



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2002, Vol. 2, Part 2

2002, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2002] 2 F.C., 205-411

Renvoi [2002] 2 C.F., 205-411

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2002.

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

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

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

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

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2002.

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

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

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4800 or 1-800-635-7943.

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

All judgments and digests published in the Federal Court Reports as well as a feature "Coming Attractions" (an awareness service being brief notes on decisions selected for reporting) may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Digests **D-21**
Appeals Noted **I**

Bear v. Canada (Attorney General) (T.D.) **356**

Native Peoples—Pensions—Due to conjunctive effect of Canada Pension Plan, Income Tax Act, Indian Act, income earned by Indian on reserve not taxable, therefore not pensionable under CPP before December 1988 — Based on Canadian Bill of Rights, applicant, Indian having worked on reserve from 1966 to 1988, should be allowed to contribute retroactively to Canada Pension Plan.

Bill of Rights — Due to conjunctive effect of Canada Pension Plan, Income Tax Act, Indian Act, income earned by Indian on reserve not taxable, therefore not pensionable under CPP before December 1988 — Denying applicant right to contribute retroactively to Canada Pension Plan discriminatory — Utility of Bill of Rights in post-Charter era discussed — Bill of Rights, s. 2 authority for providing remedy where right infringed — Appropriate remedy direction allowing applicant to pay back CPP premiums so as to qualify for full benefits upon reaching 65.

Continued on next page

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

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.

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

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale, ainsi que la rubrique «Bientôt à l'écran» (annonces, au moyen de brèves notes, des décisions choisies pour publication) peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Fiches analytiques **F-27**
Appels notés **I**

Bear c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) **356**

Peuples autochtones — Pensions — En raison de l'effet combiné du Régime de pensions du Canada, de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la Loi sur les Indiens, le revenu gagné par un Indien dans une réserve n'était pas imposable et n'ouvrait donc pas droit à pension selon le RPC avant décembre 1988 — Compte tenu de la Déclaration canadienne des droits, la demanderesse, une Indienne qui avait travaillé dans une réserve de 1966 à 1988, devrait être autorisée à cotiser rétroactivement au Régime de pensions du Canada.

Déclaration des droits — En raison de l'effet combiné du Régime de pensions du Canada, de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la Loi sur les Indiens, le revenu gagné par un Indien dans une réserve n'était pas imposable et n'ouvrait donc pas droit à pension selon le RPC avant décembre 1988 — Le refus à la demanderesse du droit de cotiser rétroactivement au Régime de pensions du Canada était discriminatoire — Examen de l'utilité de la Déclaration des droits après l'entrée en vigueur de la Charte — L'art. 2 de la Déclaration des droits constitue un fondement pour l'octroi d'une réparation lorsqu'un droit est nié — La réparation qui s'imposait était une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Due to conjunctive effect of Canada Pension Plan, Income Tax Act, Indian Act, income earned by Indian on reserve not taxable, therefore not pensionable under CPP before December 1988 — Denying applicant right to contribute retroactively to Canada Pension Plan violating Charter, s. 15, but Charter probably not applicable in view of prohibition against retroactive application.

Canada (Attorney General) v. Sveinson (C.A.) 205

Employment insurance — Judicial review of Umpire's decision retroactive pay award attributable to pay period to which related, not to time of receipt — Employment Insurance Regulations, s. 23(1)(a) providing "remuneration, including statutory holiday pay, other than the remuneration referred to in paragraph (b) paid in respect of a pay period . . . shall be allocated to that pay period" — S. 23(1)(b) providing "retroactive pay increases . . . and any other remuneration including vacation pay not paid in respect of a pay period . . . , shall be allocated proportionately over the pay period in which they are paid" — Umpire holding retroactive pay raise in respect of pay period used to calculate insurable earnings, s. 23(1)(a) applied — Erred in law — Umpire's interpretation proceeded on premise key distinction made by s. 23(1)(a), (b) between remuneration paid in respect of specific pay period and remuneration that is not — Words in s. 23(1)(b), "not paid in respect of a pay period", qualify "vacation pay" and possibly, "other remuneration", but not preceding list of payments, including "retroactive pay increases".

Construction of statutes — Employment Insurance Regulations, s. 23(1)(a) providing "remuneration, including statutory holiday pay, other than the remuneration referred to in paragraph (b) paid in respect

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

directive autorisant la demanderesse à verser rétroactivement ses primes au RPC afin de pouvoir se qualifier pour des prestations complètes à l'âge de 65 ans.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — En raison de l'effet combiné du Régime de pensions du Canada, de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la Loi sur les Indiens, le revenu gagné par un Indien dans une réserve n'était pas imposable et n'ouvrait donc pas droit à pension selon le RPC avant décembre 1988 — Le refus à la demanderesse du droit de cotiser rétroactivement au Régime de pensions du Canada violait l'art. 15 de la Charte, mais la Charte n'était probablement pas applicable compte tenu du principe de non-rétroactivité.

Canada (Procureur général) c. Sveinson (C.A.) 205

Assurance-emploi — Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre selon laquelle le salaire rétroactif était attribuable à la période de paie à laquelle il était lié, et non pas à la date de sa réception — L'art. 23(1)a) du Règlement sur l'assurance-emploi prévoit que «la rétribution, y compris la paie des jours fériés, autre que la rétribution visée à l'alinéa b), qui est versée pour une période de paie [. . .] est attribuée à cette période de paie» — L'art. 23(1)b) prévoit que «les augmentations de salaire rétroactives [. . .] et toute autre rétribution, y compris la paie de vacances qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie [. . .], sont réparti[e]s proportionnellement sur la période de paie au cours de laquelle [elles] sont versé[e]s» — Le juge-arbitre a conclu que l'art. 23(1)a) était applicable étant donné que le salaire rétroactif avait trait à une période de paie utilisée pour le calcul de la rémunération assurable — Il a commis une erreur de droit — L'interprétation du juge-arbitre s'est fondée sur la prémisse que la principale distinction faite par les art. 23(1)a) et b) se situe entre la rétribution versée pour une période de paie précise et celle qui ne l'est pas — À l'art. 23(1)b), les mots «*not paid in respect of a pay period*» («qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie») modifient «*vacation pay*» («paie de vacances») et, peut-être, «*other remuneration*» («autre rétribution»), mais pas la liste de versements qui précède, dont «*retroactive pay increases*» («les augmentations de salaire rétroactives»).

Interprétation des lois — L'art. 23(1)a) du Règlement sur l'assurance-emploi prévoit que «la rétribution, y compris la paie des jours fériés, autre que la rétribution visée à l'alinéa b), qui est versée pour une période de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of a pay period . . . shall be allocated to that pay period” — S. 23(1)(b) providing “retroactive pay increases . . . and any other remuneration including vacation pay not paid in respect of a pay period . . . , shall be allocated proportionately over the pay period in which they are paid” — Text, history, punctuation, French version, policy rationale of s. 23(1)(a), (b) examined — Words in s. 23(1)(b), “not paid in respect of a pay period”, qualify “vacation pay” and possibly, “other remuneration”, but not preceding list of payments, including “retroactive pay increases”.

Administrative Law — Judicial review — *Certiorari* — Standard of review of determinations by umpires of questions of law, jurisdiction that of correctness — That decisions of umpires under E.I. Act subject to judicial review (versus statutory appeal), and Commission, employees interested in inexpensive, expeditious decision-making insufficient reasons to tip balance of factors considered in pragmatic or functional approach in favour of deferential standard of review — Application of correctness standard supported by fact F.C.A. having same expertise, perspective as other decision-makers; umpires not having unique expertise as some F.C.A. judges, when on F.C.T.D., tried E.I. cases, judges assigned to sit or umpires on ad hoc basis.

Canadian National Railway Co. v. Moffatt (C.A.) 249

Transportation — Appeal from Canadian Transportation Agency’s decision referring matter of freight rates for shipping goods from Central Canada to Island of Newfoundland to final offer arbitration — Under Canada Transportation Act (CTA), Part IV shipper may submit matter to Agency for final offer arbitration if unable to agree with carrier as to rates for movement of goods — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that, for purpose of railway rate regulation, Island of Newfoundland included in Maritime Region of Canada, and through-traffic between North Sydney, Port aux Basques to be treated as all-rail traffic

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

paie [. . .] est attribuée à cette période de paie» — L’art. 23(1)b) prévoit que «les augmentations de salaire rétroactives [. . .] et toute autre rétribution, y compris la paie de vacances qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie [. . .], sont réparti[e]s proportionnellement sur la période de paie au cours de laquelle [elles] sont versé[e]s» — Le texte, l’historique, la ponctuation, la version française et les raisons de principe des art. 23(1)a) et b) ont été examinés — À l’art. 23(1)b), les mots «*not paid in respect of a pay period*» («qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie») modifient «*vacation pay*» («paie de vacances») et, peut-être, «*other remuneration*» («autre rétribution»), mais pas la liste de versements qui précède, dont «*retroactive pay increases*» («les augmentations de salaire rétroactives»).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — La norme de contrôle applicable aux décisions des juges-arbitres sur les questions de droit et sur les questions de compétence est la norme de la décision correcte — Les faits que les décisions des juges-arbitres en vertu de la Loi sur l’A.-E. fassent l’objet d’un contrôle judiciaire (plutôt que d’un appel prévu par la loi) et que la Commission et les employés aient intérêt à ce que le processus de prise de décision soit peu coûteux et rapide ne suffisent pas pour qu’on remplace les facteurs examinés dans le cadre de l’approche pragmatique ou fonctionnelle par une norme de contrôle comportant un degré élevé de retenue — L’application de la norme de la décision correcte est appuyée par le fait que la C.A.F. a la même expertise et le même point de vue que les autres décideurs; les juges-arbitres n’ont pas une expertise unique étant donné que lorsqu’ils siégeaient à la C.F. 1^{re} inst., certains juges de la Cour d’appel ont statué sur des affaires d’A.-E. comme juges-arbitres désignés ou ad hoc.

Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Moffatt (C.A.) 249

Transports — Appel d’une décision par laquelle l’Office des transports du Canada a soumis à l’arbitrage l’affaire des taux de fret pour le transport de marchandises entre la région centrale du Canada et Terre-Neuve — Selon la partie IV de la Loi sur les transports au Canada (LTC), l’expéditeur peut soumettre l’affaire à l’Office pour arbitrage s’il ne peut s’entendre avec un transporteur sur les tarifs proposés pour le transport de marchandises — La clause 32(2) des Conditions de l’union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l’île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— Agency erred in concluding had jurisdiction to conduct inquiry into application of Term 32(2) to setting of freight rates to Newfoundland, and to assign to arbitrator task of developing rates according to Term 32(2) — As creature of statute, powers must be granted by statute, in statutory law, either expressly or impliedly — Nothing in CTA, Part IV conferring jurisdiction on Agency — Part IV only requiring Agency to check contents of submission, determine whether timely notice given and choose arbitrator — Statutory history of final offer arbitration indicating Parliament intending to restrict Agency from involving itself in substantive matters preliminary to arbitration — Agency holding specifically mandated to receive applications pursuant to s. 161, refer them to arbitrator, subject to any interlocutory objections that may arise — Nothing in s. 161 or elsewhere in Part IV mandating Agency to deal with interlocutory objections that may arise — Furthermore, subject-matter, remedy not within Agency's jurisdiction — Test for jurisdiction in *Cuddy Chicks Ltd.* not met — No other provision in CTA conferring upon Agency power, duty, function of administering whole CTA — Term 32(2) neither expressly nor impliedly conferring jurisdiction on Agency — For Term 32(2) to apply, some relevant railway rate regulation in legislation administered by Agency must exist — Such railway rate regulation no longer exists in current deregulated environment — No regulation engaging Term 32(2), no basis for assumption of jurisdiction.

Railways — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that for purpose of railway rate regulation, Island of Newfoundland included in Maritime Region of Canada, and through-traffic between North Sydney and Port aux Basques treated as all-rail traffic — Historically interpreted as requiring extrapolation to points in Newfoundland on rail mileage basis of rates applicable from Central Canada to Maritime Provinces — Such rates maximum rates — Shipper relying on Term 32(2) as basis for maximum rates carrier could charge to move freight from Central Canada to Island of Newfoundland — “For the purpose

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — L'Office a commis une erreur en concluant qu'il était compétent pour juger si la clause 32(2) s'appliquait à l'établissement de taux de fret vers Terre-Neuve et pour confier à l'arbitre la tâche de développer des tarifs d'une manière conforme à la clause 32(2) — Comme l'Office est une création du législateur, les pouvoirs qu'il exerce doivent lui être conférés par sa loi constitutive, soit expressément soit par implication nécessaire — La partie IV de la LTC ne confère nullement une telle compétence à l'Office — La partie IV oblige seulement l'Office à vérifier le contenu de la demande, à apprécier le délai de signification de l'avis et à choisir l'arbitre — L'histoire de l'arbitrage atteste l'intention du législateur, dans la LTC, de limiter le rôle de l'Office avant le renvoi d'une question à l'arbitrage — L'Office a été investi expressément du mandat d'entendre ce genre de demandes en vertu de l'art. 161 de la LTC et d'adresser ces demandes à un arbitre, sous réserve des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées — Rien dans l'art. 161 ou ailleurs dans la partie IV ne donne mandat à l'Office de statuer sur des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées — D'ailleurs, l'Office n'avait pas compétence sur l'objet du litige et sur la réparation recherchée — Le critère de compétence énoncé dans l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd.* n'a pas été rempli — Il n'y a dans la LTC aucune autre disposition conférant à l'Office les pouvoirs, attributions et fonctions d'administrer l'ensemble de la LTC — La clause 32(2) ne conférerait une telle compétence à l'Office ni expressément ni par implication nécessaire — Pour que la clause 32(2) puisse s'appliquer, il faut qu'il existe une réglementation adéquate des tarifs ferroviaires dans la loi appliquée par l'Office — Une telle réglementation des tarifs ferroviaires n'existe plus dans l'environnement déréglementé d'aujourd'hui — Aucune réglementation ne met en jeu la clause 32(2), et l'Office ne peut s'arroger la compétence qu'il s'est arrogée ici.

Chemins de fer — La clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — La clause 32(2) est interprétée comme une disposition imposant la transposition, pour les endroits situés à Terre-Neuve, et au prorata de la distance parcourue en chemin de fer, des taux applicables depuis la région centrale du Canada jusqu'aux provinces Maritimes — Les taux ainsi calculés étaient des taux maximums —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of railway rate regulation” presuming existence of relevant rate regulation i.e. contemplating rate structure applicable to Maritime Region of Canada from which rates could be extrapolated to points in Newfoundland — Such railway rate regulation no longer exists — Term 32(2) not engaged.

Constitutional Law — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that, for purpose of railway rate regulation, Island of Newfoundland will be included in Maritime Region of Canada, and through-traffic moving between North Sydney and Port aux Basques will be treated as all-rail traffic — Shipper, dissatisfied with rates proposed by carrier to move goods from Central Canada to Island of Newfoundland, submitting matter to Canadian Transportation Agency for final offer arbitration — Agency holding Term 32(2) applied, referred matter to arbitration — Although finding railway rate regulations exist, examples cited not limiting power of railway company to set rates to Newfoundland, not implying requirement Maritime rate structure exists from which Newfoundland rates could be extrapolated — Agency acknowledging difficulty when concluded development of Terms of Union rates might involve developing “best guess” figure — Not reasonable to conclude Constitution of Canada would require regulation of freight rates based on “best guess” figures — In absence of relevant rate regulation, Term 32(2) not engaged — “Living tree” approach to interpretation of Term 32(2) misplaced — Cannot be used to animate anachronistic constitutional provision — Application of Term 32(2) suspended until Parliament enacting relevant railway rate regulation.

Construction of Statutes — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that for purpose of railway rate regulation, Island of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

L'expéditeur qui invoque la clause 32(2) comme fondement des taux maximums pourrait faire payer le transport de fret vers l'île de Terre-Neuve depuis la région centrale du Canada — L'expression «aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires» suppose l'existence d'une réglementation adéquate, c'est-à-dire envisage une structure tarifaire applicable à la région maritime du Canada de telle sorte que les tarifs puissent ensuite être appliqués au transport vers des endroits de Terre-Neuve — Une telle réglementation des tarifs ferroviaires n'existe plus — La clause 32(2) n'est pas mise en jeu.

Droit constitutionnel — La clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — L'expéditeur, qui n'est pas satisfait des prix que se proposait d'appliquer le transporteur pour le transport de marchandises a soumis l'affaire à l'Office pour arbitrage — L'Office a conclu que la clause 32(2) s'appliquait en l'espèce et a soumis l'affaire à l'arbitrage — Malgré la conclusion selon laquelle il existe une réglementation des tarifs ferroviaires, les exemples cités ne limitent pas le pouvoir d'une compagnie de chemin de fer de fixer des taux pour le transport vers Terre-Neuve et ils ne requièrent pas pour la région maritime l'existence d'une structure tarifaire à partir de laquelle pourraient être établis des tarifs applicables à Terre-Neuve — L'office a reconnu qu'il était difficile de déceler une structure tarifaire lorsqu'il a conclu que l'établissement de tarifs conformes aux Conditions de l'union pouvait supposer le recours «à une sorte d'estimation» — Il est inexact d'affirmer que la Constitution du Canada exigerait que la réglementation des taux de fret soit fondée sur des estimations — En l'absence d'une réglementation adéquate des tarifs, il n'y a pas mise en jeu de la clause 32(2) — Il n'est pas approprié d'appliquer le principe de l'approche évolutive à l'interprétation de la clause 32(2) — Il ne peut servir à donner vie à une disposition constitutionnelle qui ne correspond plus à la réalité — L'application de la clause 32(2) est suspendue jusqu'à ce que le législateur fédéral ait pris une réglementation en matière de tarifs ferroviaires.

Interprétation des lois — La clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Newfoundland will be included in Maritime Region of Canada, and through-traffic moving between North Sydney and Port aux Basques will be treated as all-rail traffic — Canadian Transportation Agency holding because Constitution supreme law of Canada, and because Constitution to be interpreted flexibly, consistent with “living tree” doctrine of constitutional interpretation, Term 32(2) must be made to apply to current state of railway rate regulation — Living tree approach misplaced — Constitution supreme law of Canada but in appropriate circumstances, must be adapted to conditions not existing when provisions enacted — Constitutional provisions in question must be carefully considered to determine whether “living tree” approach appropriate or whether constitutional provision no longer applicable — Living tree doctrine cannot be stretched to animate anachronistic provision — Term 32(2) subsists, and will guarantee Newfoundland protection should Parliament in future enact railway rate regulation relevant to Term 32(2) — When no relevant railway regulation provided, application of Term 32(2) suspended — Living tree doctrine not requiring Term 32(2) to apply in circumstances where no relevant railway regulation.

OSFC Holdings Ltd. v. Canada (C.A.) 288

Income Tax — Income Calculation — Deductions — General anti-avoidance rule under Income Tax Act, s. 245 — MNR disallowing non-capital loss deduction in computing taxpayer’s 1993 income, deduction of related non-capital loss carry forward in 1994 taxation year — Taxpayer purchasing 99% interest in partnership created by Standard Trust Company (STC) — STC arranging series of 3 transactions creating tax benefit — Fourth transaction acquisition by taxpayer of interest in partnership with heavy losses — Whether taxpayer’s transaction avoidance transaction under Act, s. 245(3) — Taxpayer not denying tax benefit — Avoidance transaction subject to two tests: results test, purpose test — Each transaction in series of transactions must be pre-ordained to produce final result — For purpose of Act, s. 245(3)(b), series including three STC transactions, taxpayer’s acquisition of partnership interest — Series resulting in tax benefit to taxpayer — Primary purpose of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — L’Office des transports du Canada a conclu que, parce que la Constitution est la loi suprême du Canada et parce qu’elle doit être interprétée de manière souple et cohérente avec le principe de l’approche évolutive de l’interprétation de la Constitution, la clause 32(2) doit être rendue applicable à l’état actuel de la réglementation des tarifs ferroviaires — Il n’est pas approprié d’appliquer le principe de l’approche évolutive — Bien que la Constitution soit la loi suprême du Canada, elle doit, dans les cas qui s’y prêtent, être adaptée à des conditions qui n’existaient pas lorsque ses diverses dispositions ont été édictées — Il convient d’étudier minutieusement les dispositions constitutionnelles en question pour savoir si le principe de l’approche évolutive est approprié ou si la disposition constitutionnelle n’est tout simplement plus applicable — Le principe de l’approche évolutive ne saurait être élargi pour donner vie à une disposition qui ne correspond plus à la réalité — La clause 32(2) subsiste et elle garantira à Terre-Neuve la protection qu’elle prévoit, pour le cas où le législateur fédéral édicterait, en matière de tarifs ferroviaires, une réglementation qui met en jeu la clause 32(2) — Quand aucune réglementation en matière de tarifs ferroviaires n’est prévue, l’application de la clause 32(2) est suspendue — Le principe de l’approche évolutive ne signifie pas que la clause 32(2) doit être rendue applicable lorsqu’il n’existe aucune réglementation sur les tarifs.

OSFC Holdings Ltd. c. Canada (C.A.) 288

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Disposition générale anti-évitement prévue à l’art. 245 de la Loi de l’impôt sur le revenu — Le MRN a refusé à la contribuable la déduction d’une perte autre qu’une perte en capital dans le calcul de son revenu pour 1993 et la déduction d’une perte connexe autre qu’une perte en capital d’un report prospectif pour l’année d’imposition 1994 — La contribuable a acheté une participation de 99 p. 100 dans une société de personnes créée par la Compagnie Standard Trust (STC) — La STC a effectué une série de trois opérations donnant lieu à un avantage fiscal — La quatrième opération était l’acquisition par la contribuable d’une participation dans une société de personnes qui comportait d’importantes pertes — Il s’agissait de savoir si l’opération de la contribuable constituait une opération d’évitement en vertu de l’art. 245(3) de la Loi — La contribuable n’a pas nié l’avantage fiscal — Pour qu’il y ait opération

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

taxpayer's acquisition of interest in partnership to obtain tax benefit — Each of four transactions avoidance transaction — Tax benefit denied if transaction resulting in use, misuse of specific tax provision under Act, s. 245(4) — Avoidance transactions not resulting in misuse of Act, s. 18(13) — General policy of Income Tax Act against trading of non-capital losses by corporations — Exception in Act, allowing for use of losses from loss business by another business, not applicable as between STC, taxpayer — Avoidance transactions resulting in abuse of provisions of Act.

Radil Bros. Fishing Co. v. Canada (Department of Fisheries and Oceans, Pacific Region) (C.A.) 219

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Swap of fishing licences in respect of fishing vessels — Negative impact on catch history of one of vessels for Individual Vessel Quota calculations, in spite of DFO representations to contrary — Cause of action not illegality of Minister's decision, but failure to discharge duty of care owed to fishing vessel owner by Minister — Federal fisheries legislation cannot be considered laws pertaining to navigation and shipping for purposes of Federal Court Act, s. 22(1) — Judges having civil law background reluctant to include within federal maritime law matters not traditionally associated with commerce and shipping as that would be at expense of provincial competence over property and civil rights — Federal Court's admiralty jurisdiction ought not to be extended to include essentially non-maritime matters under pretext of "modern context of commerce and shipping" — No authority for proposition fishing licence could be considered "necessaries" supplied to ship.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'évitement, deux critères doivent être remplis: le critère des résultats et le critère de l'objet — Chaque opération dans une série d'opérations doit être déterminée d'avance pour produire un résultat final — Aux fins de l'application de l'art. 245(3)b) de la Loi, la série englobait les trois opérations de la STC et l'acquisition d'une participation par la contribuable — La série a donné lieu à un avantage fiscal au profit de la contribuable — L'objet principal de l'acquisition de la participation dans la société de personnes par la contribuable était d'obtenir un avantage fiscal — Chacune des quatre opérations était une opération d'évitement — L'avantage fiscal est refusé si l'opération entraîne un abus dans l'application d'une disposition précise comme le prévoit l'art. 245(4) de la Loi — Les opérations d'évitement n'ont entraîné aucun abus (*misuse*) dans l'application de l'art. 18(13) de la Loi — La politique générale qui sous-tend la Loi de l'impôt sur le revenu interdit l'échange des pertes autres que des pertes en capital par les sociétés — L'exception prévue par la Loi, permettant à une entreprise de se prévaloir des pertes d'une entreprise déficitaire, ne s'applique pas entre la STC et la contribuable — Les opérations d'évitement ont entraîné un abus (*abuse*) dans l'application des dispositions de la Loi.

Radil Bros. Fishing Co. c. Canada (Ministère des Pêches et des Océans, Région du Pacifique) (C.A.) 219

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Échange de permis de pêche à l'égard de bateaux de pêche — Conséquences négatives sur les prises antérieures de l'un des bateaux en ce qui concerne les calculs du contingent individuel, malgré que le MPO soutienne le contraire — La cause d'action n'est pas l'illégalité de la décision du ministre, mais l'omission par le ministre de satisfaire à son obligation de diligence envers le propriétaire du bateau de pêche — Les lois fédérales sur les pêcheries ne peuvent pas être considérées comme des lois relatives à la navigation et à la marine marchande aux fins de l'art. 22(1) de la Loi sur la Cour fédérale — Les juges de droit civil hésitent à inclure dans le droit maritime fédéral des matières qui ne sont pas traditionnellement rattachées au contexte du commerce et de la navigation parce que cela se ferait aux dépens de la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils dans la province — La compétence de la Cour fédérale en matière maritime ne doit pas être élargie de manière à comprendre essentiellement des matières non maritimes sous prétexte d'un «contexte moderne du commerce et des expéditions par eau» — Il n'y a aucun précédent autorisant la propo-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Fisheries — Swap of fishing licences in respect of fishing vessels — Negative impact on catch history of one vessel for Individual Vessel Quota calculations, in spite of DFO representations to contrary — Cause of action not illegality of Minister's decision, but failure to discharge duty of care owed to fishing vessel owner by Minister — Federal Court's admiralty jurisdiction ought not to be extended to include essentially non-maritime matters under pretext of "modern context of commerce and fishing" — No authority for proposition fishing licence could be considered "necessaries" supplied to ship.

Sawridge Band v. Canada (C.A.) 346

Evidence — Appeals from orders transcript of evidence given at original trial should be used, as far as possible, at new trial — Original judgment quashed on ground of reasonable apprehension of bias — Statement in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)* that hearing void where reasonable apprehension of bias, meaning even if ultimate decision correct, cannot stand because of inherent unfairness in conduct of hearing — Void hearing resulting in void order — But evidence taken at trial, under oath, in open court, subject to cross-examination and transcription, subsists, and in appropriate circumstances, transcripts thereof may be used at subsequent trial.

Practice — Case Management — F.C.A. states its position on appeals from orders of case management judges — Case management judges must be given latitude to manage cases, resolve protracted interlocutory proceedings, move cases on to trial — F.C.A. will interfere only in clearest case of misuse of judicial discretion.

SOMMAIRE (Fin)

sition selon laquelle un permis de pêche pourrait faire partie des «nécessités» fournies à un navire.

Pêches — Échange de permis de pêche à l'égard de bateaux de pêche — Conséquences négatives sur les prises antérieures de l'un des bateaux en ce qui concerne les calculs du contingent individuel, malgré que le MPO soutienne le contraire — La cause d'action n'est pas l'illégalité de la décision du ministre, mais l'omission par le ministre de satisfaire à son obligation de diligence envers le propriétaire du bateau de pêche — La compétence de la Cour fédérale en matière maritime ne doit pas être élargie de manière à comprendre essentiellement des matières non maritimes sous prétexte d'un «contexte moderne du commerce et des expéditions par eau» — Il n'y a aucun précédent autorisant la proposition selon laquelle un permis de pêche pourrait faire partie des «nécessités» fournies à un navire.

Bande de Sawridge c. Canada (C.A.) 346

Preuve — Appels d'ordonnances prévoyant que, dans la mesure du possible, la transcription de la preuve recueillie lors du procès initial devrait être utilisée dans le nouveau procès — Le jugement initial avait été annulé pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité — La remarque qui a été faite dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)* selon laquelle l'audience est nulle s'il existe une crainte raisonnable de partialité veut dire que la décision finale, même si elle est correcte, ne peut pas être maintenue à cause d'une injustice intrinsèque dans la conduite de l'audience — La nullité de l'audience emporte la nullité de l'ordonnance — Cependant, la preuve qui a été recueillie sous serment et en public lors de ce procès-là et qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire et a été transcrite, subsiste et, dans les cas appropriés, la transcription de pareille preuve peut être utilisée dans un procès subséquent.

Pratique — Gestion des instances — La C.A.F. a énoncé sa position dans les cas où une ordonnance rendue par le juge responsable de la gestion d'une instance a été portée en appel — Le juge doit avoir une certaine latitude lorsqu'il s'agit de gérer l'instance, de régler des questions interlocutoires interminables et de faire avancer l'affaire jusqu'à l'étape du procès — La C.A.F. n'intervient que dans les cas où un pouvoir discrétionnaire judiciaire a manifestement été mal exercé.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Consorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc., [2001] 2 F.C. 536 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-85-01, 2002 FCA 169), reasons for judgment handed down 1/5/02.

SUPREME COURT OF CANADA

Stewart v. Canada, [2000] 3 F.C. D-7 (C.A.), was reversed by a decision dated 23/5/02, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Walls v. Canada, A-163-96, Roberston J.A., judgment dated 23/11/99 (C.A.), was affirmed by a decision dated 23/5/02, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn., [2001] 4 F.C. 237 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 16/5/02.

Canada v. Milewski, [2001] 1 F.C. D-25 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 23/5/02.

Szebenyi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), A-787-00; 2001 FCA 277, Linden J.A., judgment dated 30/9/01 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 23/5/02.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Consorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc.*, [2001] 2 C.F. 536 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-85-01, 2002 CAF 169), les motifs du jugement ayant été prononcés le 1-5-02.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Stewart c. Canada, [2000] 3 C.F. F-13 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 23-5-02, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Walls c. Canada, A-163-96, le juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 23-11-99 (C.A.), a été confirmé par une décision en date du 23-5-02, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble, [2001] 4 C.F. 237 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 16-5-02.

Canada c. Milewski, [2001] 1 C.F. F-31 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 23-5-02.

Szebenyi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), A-787-00; 2001 CAF 277, le juge Linden, J.C.A., jugement en date du 30-9-01 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 23-5-02.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2002, Vol. 2, Part 2

2002, Vol. 2, 2^e fascicule

A-551-00
2001 FCA 315

A-551-00
2001 CAF 315

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Victoria Sveinson (*Respondent*)

Victoria Sveinson (*défenderesse*)

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

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

Court of Appeal, Linden, Sexton and Evans JJ.A.—
Ottawa, October 16 and 19, 2001.

Cour d'appel, juges Linden, Sexton et Evans, J.C.A.—
Ottawa, 16 et 19 octobre 2001.

Employment insurance — Judicial review of Umpire's decision retroactive pay award attributable to pay period to which related, not to time of receipt — Employment Insurance Regulations, s. 23(1)(a) providing “remuneration, including statutory holiday pay, other than the remuneration referred to in paragraph (b) paid in respect of a pay period . . . shall be allocated to that pay period” — S. 23(1)(b) providing “retroactive pay increases . . . and any other remuneration including vacation pay not paid in respect of a pay period . . ., shall be allocated proportionately over the pay period in which they are paid” — Umpire holding retroactive pay raise in respect of pay period used to calculate insurable earnings, s. 23(1)(a) applied — Erred in law — Umpire's interpretation proceeded on premise key distinction made by s. 23(1)(a), (b) between remuneration paid in respect of specific pay period and remuneration that is not — Words in s. 23(1)(b), “not paid in respect of a pay period”, qualify “vacation pay” and possibly, “other remuneration”, but not preceding list of payments, including “retroactive pay increases”.

Assurance-emploi — Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre selon laquelle le salaire rétroactif était attribuable à la période de paie à laquelle il était lié, et non pas à la date de sa réception — L'art. 23(1)a du Règlement sur l'assurance-emploi prévoit que «la rétribution, y compris la paie des jours fériés, autre que la rétribution visée à l'alinéa b), qui est versée pour une période de paie [. . .] est attribuée à cette période de paie» — L'art. 23(1)b prévoit que «les augmentations de salaire rétroactives [. . .] et toute autre rétribution, y compris la paie de vacances qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie [. . .], sont réparti[e]s proportionnellement sur la période de paie au cours de laquelle [elles] sont versé[e]s» — Le juge-arbitre a conclu que l'art. 23(1)a était applicable étant donné que le salaire rétroactif avait trait à une période de paie utilisée pour le calcul de la rémunération assurable — Il a commis une erreur de droit — L'interprétation du juge-arbitre s'est fondée sur la prémisse que la principale distinction faite par les art. 23(1)a et b) se situe entre la rétribution versée pour une période de paie précise et celle qui ne l'est pas — À l'art. 23(1)b, les mots «not paid in respect of a pay period» («qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie») modifient «vacation pay» («paie de vacances») et, peut-être, «other remuneration» («autre rétribution»), mais pas la liste de versements qui précède, dont «retroactive pay increases» («les augmentations de salaire rétroactives»).

Construction of statutes — Employment Insurance Regulations, s. 23(1)(a) providing “remuneration, including statutory holiday pay, other than the remuneration referred to in paragraph (b) paid in respect of a pay period . . . shall be allocated to that pay period” — S. 23(1)(b) providing “retroactive pay increases . . . and any other remuneration including vacation pay not paid in respect of a pay period . . ., shall be allocated proportionately over the pay period in which they are paid” — Text, history, punctuation, French version, policy rationale of s. 23(1)(a), (b) examined — Words in s. 23(1)(b), “not paid in respect of a pay period”, qualify “vacation pay” and possibly, “other remuneration”, but not preceding list of payments, including

Interprétation des lois — L'art. 23(1)a du Règlement sur l'assurance-emploi prévoit que «la rétribution, y compris la paie des jours fériés, autre que la rétribution visée à l'alinéa b), qui est versée pour une période de paie [. . .] est attribuée à cette période de paie» — L'art. 23(1)b prévoit que «les augmentations de salaire rétroactives [. . .] et toute autre rétribution, y compris la paie de vacances qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie [. . .], sont réparti[e]s proportionnellement sur la période de paie au cours de laquelle [elles] sont versé[e]s» — Le texte, l'historique, la ponctuation, la version française et les raisons de principe des art. 23(1)a et b) ont été examinés — À l'art. 23(1)b, les mots «not paid in respect of a pay

“retroactive pay increases”.

Administrative Law — Judicial review — Certiorari — Standard of review of determinations by umpires of questions of law, jurisdiction that of correctness — That decisions of umpires under E.I. Act subject to judicial review (versus statutory appeal), and Commission, employees interested in inexpensive, expeditious decision-making insufficient reasons to tip balance of factors considered in pragmatic or functional approach in favour of deferential standard of review — Application of correctness standard supported by fact F.C.A. having same expertise, perspective as other decision-makers; umpires not having unique expertise as some F.C.A. judges, when on F.C.T.D., tried E.I. cases, judges assigned to sit or umpires on ad hoc basis.

This was an application for judicial review of an Umpire’s decision that a retroactive pay award was attributable to the pay period to which it related and not to the time of its receipt. The respondent was employed from April to October, 1998. She established a claim for employment insurance benefits in January 1999. As a result of a new collective agreement, she received a retroactive pay increase in April 1999, after she had obtained other employment. She applied for an adjustment to the employment insurance benefits that she had received on the ground that the raise had increased her insurable earnings.

Employment Insurance Regulations, paragraph 23(1)(a) provides that “remuneration, including statutory holiday pay, other than the remuneration referred to in paragraph (b) paid in respect of a pay period . . . shall be allocated to that pay period”. Paragraph 23(1)(b) provides that “retroactive pay increases . . . and any other remuneration including vacation pay not paid in respect of a pay period . . . shall be allocated proportionately over the pay period in which they are paid”. Paragraphs 23(1)(a) and (b) were enacted by SOR/96-332, and amended twice thereafter in a period of just over a year by SOR/97-31 and SOR/97-310. In the first version of paragraph 23(1)(b), commas were placed around the phrase “including vacation pay not paid in respect of a pay period”, clearly indicating that the words “not paid in respect of a pay period” modified “vacation pay” and not the other items in the preceding list. In SOR/97-31, the comma between “remuneration” and “including” disappeared

period» («qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie») modifient «vacation pay» («paie de vacances») et, peut-être, «other remuneration» («autre rétribution»), mais pas la liste de versements qui précède, dont «retroactive pay increases» («les augmentations de salaire rétroactives»).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La norme de contrôle applicable aux décisions des juges-arbitres sur les questions de droit et sur les questions de compétence est la norme de la décision correcte — Les faits que les décisions des juges-arbitres en vertu de la Loi sur l’A.-E. fassent l’objet d’un contrôle judiciaire (plutôt que d’un appel prévu par la loi) et que la Commission et les employés aient intérêt à ce que le processus de prise de décision soit peu coûteux et rapide ne suffisent pas pour qu’on remplace les facteurs examinés dans le cadre de l’approche pragmatique ou fonctionnelle par une norme de contrôle comportant un degré élevé de retenue — L’application de la norme de la décision correcte est appuyée par le fait que la C.A.F. a la même expertise et le même point de vue que les autres décideurs; les juges-arbitres n’ont pas une expertise unique étant donné que lorsqu’ils siègent à la C.F. 1^{re} inst., certains juges de la Cour d’appel ont statué sur des affaires d’A.-E. comme juges-arbitres désignés ou ad hoc.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision d’un juge-arbitre selon laquelle le salaire rétroactif était attribuable à la période de paie à laquelle il était lié, et non pas à la date de sa réception. La défenderesse a occupé un emploi d’avril à octobre 1998. Elle a présenté une demande de prestations d’assurance-emploi en janvier 1999. En raison de la conclusion d’une nouvelle convention collective, elle a reçu une augmentation de salaire rétroactive en avril 1999, après avoir obtenu un autre emploi. Elle a demandé le rajustement des prestations d’assurance-emploi qu’elle avait reçues au motif que son augmentation de salaire rétroactive avait fait augmenter sa rémunération assurable.

L’alinéa 23(1)a) du *Règlement sur l’assurance-emploi* prévoit que «la rétribution, y compris la paie des jours fériés, autre que la rétribution visée à l’alinéa b), qui est versée pour une période de paie [. . .] est attribuée à cette période de paie». L’alinéa 23(1)b) prévoit que «les augmentations de salaire rétroactives [. . .] et toute autre rétribution, y compris la paie de vacances qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie [. . .], sont réparti[e]s proportionnellement sur la période de paie au cours de laquelle [elles] sont versé[e]s». Les alinéas 23(1)a) et b) ont été adoptés par le règlement DORS/96-332 et modifiés ensuite à deux reprises en un peu plus d’un an par les règlements DORS/97-31 et DORS/97-310. Dans la première version de l’alinéa 23(1)b), des virgules ont été placées autour des termes «including vacation pay not paid in respect of a pay period» («y compris la paie de vacances qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie»), ce qui indiquait clairement que les

making it less clear that the words “not paid in respect of a pay period” modify only “vacation pay”. In SOR/97-310, there is no longer a comma after “period” either, but there is a comma at the end of the added phrase, “or that remains unpaid for the reasons described in subsection 2(2) of the *Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations*”.

The Commission and the Board of Referees refused her application, but the Umpire allowed it. He held that since the retroactive pay was in respect of a pay period used to calculate insurable earnings, paragraph 23(1)(a) applied.

The issue was whether the retroactive pay increase should be attributed to the pay period in respect of which it was paid, or to the earnings period when it was actually received.

Held, the application should be allowed.

The standard of review applicable to determinations by an umpire of questions of law and jurisdiction is that of correctness. That umpires’ decisions reach this Court by way of judicial review, not by way of appeal, and that the Commission, as well as employees, have an obvious interest in inexpensive and expeditious decision-making are insufficient reasons to tip the balance of the factors considered in the pragmatic or functional approach in favour of a deferential standard of review to legal determinations by Umpires. The following considerations support the application of a correctness standard. The decision-makers, judges of the Federal Court, Trial Division or other courts, do not bring to the task of interpreting the legislation an expertise superior to, or a perspective different from, that of the Federal Court of Appeal. They are performing an adjudicative function: determining the legal rights of the parties on the basis of umpires’ interpretation of detailed and complex legislation and its application to the facts of individual cases. Judicial deference to umpires’ decisions could not be justified on the ground of their unique expertise, since some members of the Court of Appeal may have become familiar with employment insurance legislation as members of the Trial Division, and since judges may sit as Umpires in employment insurance cases either on an *ad hoc* basis or as part of their regular judicial duties.

mots «not paid in respect of a pay period» («qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie») modifiaient «vacation pay» («paie de vacances»), et non pas les autres éléments figurant dans la liste qui précède. Dans le règlement DORS/97-31, la virgule entre «remuneration» («rémunération») et «including» («y compris») a disparu, de sorte qu’il est devenu moins clair que les mots «not paid in respect of a pay period» («qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie») ne modifiaient que «vacation pay» («paie de vacances»). Dans le règlement DORS/97-310, il n’y a également plus de virgule après «period» («période de paie»), mais il y a une virgule à la fin du texte ajouté par cette modification, soit «or that remains unpaid for the reasons described in subsection 2(2) of the *Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations*» («ou qui n’est pas versée pour les raisons visées au paragraphe 2(2) du *Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations*»).

La Commission et le Conseil arbitral ont refusé sa demande, mais le juge-arbitre l’a accueillie. Il a conclu que l’alinéa 23(1)a) était applicable étant donné que le salaire rétroactif avait trait à une période de paie utilisée pour le calcul de la rémunération assurable.

Il s’agissait de déterminer si l’augmentation de salaire rétroactive devait être attribuée à la période de paie pour laquelle elle a été versée ou à la période de paie où elle a effectivement été reçue.

Arrêt: la demande doit être accueillie.

La norme de contrôle applicable aux décisions qu’un juge-arbitre rend sur des questions de droit et sur des questions de compétence est la norme de la décision correcte. Les faits que les décisions des juges-arbitres se rendent à la Cour par voie de demande de contrôle judiciaire, et non pas par voie d’appel, et que la Commission et les employés aient manifestement intérêt à ce que le processus de prise de décision soit peu coûteux et rapide ne suffisent pas pour qu’on remplace les facteurs examinés dans le cadre de l’approche pragmatique ou fonctionnelle par une norme de contrôle comportant un degré élevé de retenue quant aux décisions juridiques des juges-arbitres. Les éléments suivants appuient l’application de la norme de la décision correcte. Qu’ils soient juges à la Section de première instance de la Cour ou juges d’une autre cour, les décideurs n’ont pas une expertise supérieure à la Cour d’appel fédérale ni un point de vue différent en matière d’interprétation de la loi. Ils exercent une fonction décisionnelle, à savoir celle de déterminer les droits légaux des parties à la lumière de l’interprétation de dispositions législatives détaillées et complexes et de leur application aux faits de chaque affaire. On ne peut pas justifier la retenue à l’égard des décisions des juges-arbitres en se fondant sur leur expertise unique étant donné que lorsqu’ils siégeaient à la Section de première instance, certains juges de la Cour d’appel peuvent s’être familiarisés avec les dispositions

The Umpire erred in law. The text and history of paragraphs 23(1)(a) and (b) are incompatible with the Umpire's interpretation, which proceeded on the premise that the key distinction made by paragraphs 23(1)(a) and (b) is between remuneration paid in respect of a specific pay period and remuneration that is not. The words in paragraph 23(1)(b), "not paid in respect of a pay period", qualify "vacation pay" and possibly, "other remuneration", but not the preceding list of payments, including "retroactive pay increases" for the following reasons. (1) The punctuation of the predecessors of the version of paragraph 23(1)(b) relevant to this appeal indicates that the words, "not paid in respect of a pay period", modify only "vacation pay". Moreover, the French version of paragraph 23(1)(b) has always retained the comma preceding the critical phrase thus indicating that the words "*qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie*" modify only "*la paie de vacances*". Also, the use of the third person singular and the feminine gender indicates that the pronoun "*qui*" refers to "*la paie de vacances*". A similar inference may be drawn from the word "remains" in the English text. (2) The only function performed by the words in paragraph 23(1)(a), "other than the remuneration referred to in paragraph (b)" is to remove from the scope of paragraph (a) items of remuneration that would otherwise have fallen within it. Since paragraph (a) deals only with remuneration "paid in respect of a pay period", there would be nothing to remove unless some of the items of remuneration listed in paragraph (b) were similarly "paid in respect of a pay period". (3) Paragraph (a) speaks merely of "remuneration, including statutory holiday pay", while paragraph (b) lists a number of non-regular payments and "other remuneration". This is a highly implausible way of expressing a legislative intention that the paragraphs deal with the same items of remuneration, except that paragraph (a) covers all items of remuneration paid in respect of a pay period, while (b) covers the same items when not paid in respect of a pay period. (4) There is a cogent policy rationale for this interpretation. The common thread linking the items listed in paragraph 23(1)(b) is that they may or may not have been paid in respect of a particular pay period. For the Commission to have to determine if they were, and to which pay period, if any, they should be attributed, would require officials to go behind the pay record presented by the claimant and investigate the employer's pay practices. In order to avoid this kind of administrative cost and inconvenience, the Regulation prescribed that all the listed non-regular items of remuneration are to be attributed to the time of their receipt, whether or not they were in fact paid in respect of a specific pay period. Regular remuneration and statutory holiday pay, on the other hand, are always readily attributable to a period,

applicables en matière d'assurance-emploi et qu'ils peuvent siéger comme juges-arbitres dans des affaires d'assurance-emploi de façon *ad hoc* ou dans le cadre de leurs fonctions judiciaires régulières.

Le juge-arbitre a commis une erreur de droit. Le texte et l'historique des alinéas 23(1)(a) et (b) sont incompatibles avec l'interprétation du juge-arbitre, laquelle s'est fondée sur la prémisse que la principale distinction faite par les alinéas 23(1)(a) et (b) se situe entre la rétribution versée pour une période de paie précise et celle qui ne l'est pas. À l'alinéa (b), les mots «*not paid in respect of a pay period*» («qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie») modifient «*vacation pay*» («paie de vacances») et, peut-être, «*other remuneration*» («autre rétribution»), mais pas la liste de versements qui précède, dont «*retroactive pay increases*» («les augmentations de salaire rétroactives»), pour les motifs suivants. 1) La ponctuation des anciennes versions de l'alinéa 23(1)(b) qui sont pertinentes pour le présent appel indique que les mots «*not paid in respect of a pay period*» («qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie») modifient uniquement «*vacation pay*» («paie de vacances»). De plus, la version française de l'alinéa 23(1)(b) a toujours conservé la virgule avant la partie cruciale, ce qui indique que les mots «*qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie*» modifient uniquement «*la paie de vacances*». En outre, l'utilisation de la troisième personne du singulier et du genre féminin indique que le pronom «*qui*» fait référence à «*la paie de vacances*». On peut tirer la même conclusion de l'usage du mot «*remains*» («n'est pas») dans la version anglaise. 2) Les mots «*other than the remuneration referred to in paragraph (b)*» («autre que la rétribution visée à l'alinéa (b)»), qui figurent à l'alinéa (a), ont comme seule fonction d'écarter de la portée de cet alinéa des éléments de rétribution qu'il aurait visé par ailleurs. Comme l'alinéa (a) porte uniquement sur la rétribution «*paid in respect of a pay period*» («qui est versée pour une période de paie»), il n'y aurait rien à écarter sauf si certains des éléments de rétribution énumérés à l'alinéa (b) étaient également «*versé[s]* pour une période de paie». 3) L'alinéa (a) parle simplement de «*remuneration, including statutory holiday pay*» («la rétribution, y compris la paie des jours fériés») tandis que l'alinéa (b) énumère un certain nombre de versements non réguliers et vise «*other remuneration*» («toute autre rétribution»). Il s'agit d'une façon non plausible d'indiquer que le législateur veuille que ces alinéas portent sur les mêmes éléments de rétribution; on pourrait seulement dire que l'alinéa (a) couvre tous les éléments de rétribution versés pour une période de paie tandis que l'alinéa (b) couvre les mêmes éléments lorsqu'ils ne sont pas versés à l'égard d'une période de paie. 4) Il y a des raisons de principe convaincantes à l'appui de cette interprétation. Le fil conducteur liant les éléments énumérés à l'alinéa 23(1)(b) était que ces éléments pouvaient ou non avoir été versés pour une période de paie particulière. Si la Commission était tenue de déterminer si ces éléments

hence their inclusion in paragraph 23(1)(a).

avaient été versés et à quelle période de paie, le cas échéant, ils devaient être attribués, ses fonctionnaires devraient aller plus loin que l'examen du dossier de paie présenté par le requérant et faire enquête sur les pratiques salariales de l'employeur. Pour éviter ce genre de coûts et de tracas administratifs, le Règlement a prescrit que tous les éléments de rétribution non réguliers énumérés devaient être attribués à la date de leur réception, qu'ils aient ou non en fait été versés à l'égard d'une période de paie précise. La rétribution régulière et la paie des jours fériés sont par ailleurs toujours facilement attribuables à une période, d'où leur inclusion dans l'alinéa 23(1)a).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23.

Employment Insurance Regulations, SOR/96-332, s. 23 (as am. by SOR/97-31, s. 12; 97-310, s. 6).

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

Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations, SOR/97-33.

Unemployment Insurance (Collection of Premiums) Regulations, C.R.C., c. 1575, s. 3.1 (as am. by SOR/88-584, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Haberman (2000), 258 N.R. 150 (F.C.A.); *Black v. Canada (Employment Insurance Commission)*, [2002] 1 F.C. 468; (2001), 275 N.R. 371 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of the Umpire's decision (*In re Sveinson* (2000), CUB 48893) that a retroactive pay award was attributable to the pay period to which it related pursuant to *Employment Insurance Regulations*, paragraph 23(1)(b) and not to the time of its receipt, thus increasing the respondent's insurable earnings that formed the basis of her benefits. Application allowed.

APPEARANCES:

Julia Parker for applicant.
Andrew J. Raven for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23.

Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations, DORS/97-33.

Règlement sur l'assurance-chômage (perception des cotisations), C.R.C., ch. 1575, art. 3.1 (mod. par DORS/88-584, art. 1; 89-329, art. 1).

Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332, art. 23 (mod. par DORS/97-31, art. 12; 97-310, art. 6).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Procureur général) c. Haberman (2000), 258 N.R. 150 (C.A.F.); *Black c. Canada (Commission de l'assurance-emploi)*, [2002] 1 C.F. 468; (2001), 275 N.R. 371 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre (*In re Sveinson* (2000), CUB 48893) concluant qu'une augmentation de salaire rétroactive était attribuable à la période de paie à laquelle elle avait trait en vertu de l'alinéa 23(1)(b) du *Règlement sur l'assurance-emploi*, et non à celle où elle avait été reçue, faisant ainsi augmenter la rémunération assurable utilisée pour le calcul des prestations de la défenderesse. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Julia Parker pour le demandeur.
Andrew J. Raven pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] EVANS J.A.: If this were a detective novel it might have been called, *The Mystery of the Missing Comma*. As it is, it is an application for judicial review to set aside a decision of an umpire who, according to counsel for the applicant, the Attorney General, misinterpreted a provision of the *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332, as a result of the omission of a comma from the English text.

[2] In 1998, Ms. Sveinson was employed on a term basis at the Revenue Tax Centre in Winnipeg from April to October. She established a claim for employment insurance benefits in January 1999. As a result of a new collective agreement, she received a retroactive pay increase in April 1999, part of which was paid in respect of the period of her employment at the Tax Centre relevant for calculating her benefits. She received the payment after obtaining other employment.

[3] Ms. Sveinson applied for an adjustment to the employment insurance benefits that she had received, on the ground that her retroactive pay raise had increased her insurable earnings while at the Tax Centre. The Commission refused the application.

[4] The issue in dispute is the earning period to which the retroactive pay increase should be attributable under the Regulations. Ms. Sveinson submits that it should be attributed to the pay period in respect of which it was paid, thus increasing her insurable earnings at the Tax Centre that formed the basis for calculating the amount of her benefits. The Attorney General submits that, since the pay increase should be attributable to the earnings period when it was actually received, it did not affect the amount of benefits that she had received from January. Reversing the decision of the Board of Referees, the Umpire found in favour of Ms. Sveinson: *In re Sveinson* (2000), CUB 48893.

Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE EVANS, J.C.A.: S'il s'agissait d'un roman policier, la présente affaire aurait pu s'intituler *Le mystère de la virgule manquante*. En réalité, il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un juge-arbitre qui, selon l'avocate du demandeur, le procureur général, a mal interprété une disposition du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332, en raison de l'omission d'une virgule dans la version anglaise.

[2] M^{me} Sveinson a occupé d'avril à octobre 1998 un poste à durée déterminée au Centre fiscal de Winnipeg. Elle a présenté une demande de prestations d'assurance-emploi en janvier 1999. En raison de la conclusion d'une nouvelle convention collective, elle a reçu une augmentation de salaire rétroactive en avril 1999, dont une partie a été versée pour sa période d'emploi au Centre fiscal qui était pertinente pour le calcul de ses prestations. Elle a reçu le versement après avoir obtenu un autre emploi.

[3] M^{me} Sveinson a demandé le rajustement des prestations d'assurance-emploi qu'elle avait reçues au motif que son augmentation de salaire rétroactive avait fait augmenter sa rémunération assurable provenant du Centre fiscal. La Commission a refusé la demande.

[4] Il s'agit de déterminer la période de paie à laquelle il faut attribuer l'augmentation de salaire rétroactive en vertu du Règlement. M^{me} Sveinson soutient que cette augmentation doit être attribuée à la période de paie pour laquelle elle a été versée, ce qui a pour effet d'accroître sa rémunération assurable du Centre fiscal qui constituait la base de calcul du montant de ses prestations. Le procureur général prétend que comme l'augmentation de salaire doit être attribuée à la période de paie où elle a effectivement été reçue, elle n'a eu aucune incidence sur le montant des prestations que l'intimée a reçues à partir de janvier. Infirmant la décision du Conseil arbitral, le juge-arbitre a donné gain de cause à M^{me} Sveinson: *In re Sveinson* (2000), CUB 48893.

[5] The application for judicial review brought by the Attorney General against this decision was heard together with another application for judicial review of a decision by the same Umpire raising exactly the same issue on materially identical facts. The reasons given in Ms. Sveinson's application are applicable to that other application (A-488-00) and a copy will be inserted in the file.

[6] The relevant provisions of the version of the Regulations governing this case read as follows:

Employment Insurance Regulations, SOR/96-332,
s. 23 [as am. by SOR/97-31, s. 12;
97-310, s. 6]

23. (1) For the purposes of section 14 of the Act, insurable earnings shall be allocated in the following manner:

(a) remuneration, including statutory holiday pay, other than the remuneration referred to in paragraph (b), paid in respect of a pay period or that remains unpaid for the reasons described in subsection 2(2) of the *Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations* shall be allocated to that pay period; and

(b) overtime pay, shift premiums, pay adjustments, retroactive pay increases, bonuses, gratuities, accumulated sick leave credits, incentive payments, cost of living allowances, separation payments, wages in lieu of notice and any other remuneration including vacation pay not paid in respect of a pay period or that remains unpaid for the reasons described in subsection 2(2) of the *Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations*, shall be allocated proportionately over the pay period in which they are paid. [Underlining added.]

[7] This provision replaced the following version enacted in December 1996:

Employment Insurance Regulations, SOR/96-332,
s. 23 [as am. by SOR/97-31]

23. (1) For the purposes of section 14 of the Act, insurable earnings shall be allocated in the following manner:

(a) remuneration, including statutory holiday pay, other than the remuneration referred to in paragraph (b), paid in respect of a pay period shall be allocated to that pay period; and

[5] La demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général contre cette décision a été entendue conjointement avec une autre demande de contrôle judiciaire de la décision du même juge-arbitre qui soulevait exactement la même question relativement à des faits essentiellement identiques. Les motifs exposés dans le cadre de la demande de M^{me} Sveinson s'appliquent à cette autre demande (A-488-00) et une copie de ces motifs sera déposée dans l'autre dossier.

[6] Les dispositions pertinentes de la version du Règlement qui régit la présente affaire prévoient:

Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332,
art. 23 [mod. par DORS/97-31, art. 12;
97-310, art. 6]

23. (1) Pour l'application de l'article 14 de la Loi, la rémunération assurable est répartie de la façon suivante:

a) la rétribution, y compris la paie des jours fériés, autre que la rétribution visée à l'alinéa b), qui est versée pour une période de paie ou qui n'est pas versée pour les raisons visées au paragraphe 2(2) du *Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations*, est attribuée à cette période de paie;

b) la paie d'heures supplémentaires, les primes de quart de travail, les rajustements de salaire, les augmentations de salaire rétroactives, les primes, les gratifications, les crédits de congés de maladie non utilisés, les primes de rendement, l'indemnité de vie chère, l'indemnité de fin d'emploi, l'indemnité de pré-avis et toute autre rétribution, y compris la paie de vacances qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie ou qui n'est pas versée pour les raisons visées au paragraphe 2(2) du *Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations*, sont répartis proportionnellement sur la période de paie au cours de laquelle ils sont versés. [Soulignements ajoutés.]

[7] Cette disposition a remplacé la version suivante, adoptée en décembre 1996:

Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332, art.
23 [mod. par DORS/97-31]

23. (1) Pour l'application de l'article 14 de la Loi, la rémunération assurable est répartie de la façon suivante:

a) la rétribution, y compris la paie des jours fériés, autre que la rétribution visée à l'alinéa b), versée pour une période de paie est attribuée à cette période de paie;

(b) overtime pay, shift premiums, pay adjustments, retroactive pay increases, bonuses, gratuities, accumulated sick leave credits, incentive payments, cost of living allowances, separation payments, wages in lieu of notice and any other remuneration including vacation pay not paid in respect of a pay period, shall be allocated proportionately over the pay period in which they are paid. [Underlining added.]

[8] This version, in turn, had replaced Regulations enacted six months earlier:

Employment Insurance Regulations, SOR/96-332

23. (1) For the purposes of section 14 of the Act, insurable earnings shall be allocated to a rate calculation period in the following manner:

(a) remuneration, including statutory holiday pay, other than the remuneration referred to in paragraph (b), paid in respect of a pay period shall be allocated to that pay period;

(b) overtime pay, shift premiums, pay adjustments, retroactive pay increases, bonuses, gratuities, accumulated sick leave credits, incentive payments, cost of living allowances, separation payments, wages in lieu of notice and any other remuneration, including vacation pay not paid in respect of a pay period, shall be allocated to the pay period in which they are paid. [Underlining added.]

[9] Paragraphs 23(1)(a) and (b) were fine tuned twice in a period of just over a year. As they became more elaborate, they suffered a corresponding loss of clarity, a fate not uncommon with complex legislation. The substantive amendments appear to have been the addition by SOR/97-31 of the phrase “proportionately over” to the last line of paragraph 23(1)(b), and the addition to both paragraphs by SOR/97-310 of the words “or that remains unpaid for the reasons described in subsection 2(2) of the *Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations*” [SOR/97-33].

[10] In addition, commas have disappeared from the English version of paragraph (b), thereby further muddying its meaning. Thus, in the first version,

b) la paie d’heures supplémentaires, les primes de quart de travail, les rajustements de salaire, les augmentations de salaire rétroactives, les primes, les gratifications, les crédits de congés de maladie non utilisés, les primes de rendement, l’indemnité de vie chère, l’indemnité de fin d’emploi, l’indemnité de pré-avis et toute autre rétribution, y compris la paie de vacances qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie, sont répartis proportionnellement sur la période de paie au cours de laquelle ils sont versés. [Soulignements ajoutés.]

[8] Pour sa part, cette version avait remplacé la disposition adoptée six mois auparavant:

Règlement sur l’assurance-emploi, DORS/96-332

23. (1) Pour l’application de l’article 14 de la Loi, la rémunération assurable est répartie sur la période de base de la façon suivante:

a) la rétribution, y compris la paie des jours fériés, autre que la rétribution visée à l’alinéa b), versée pour une période de paie est attribuée à cette période de paie;

b) la paie d’heures supplémentaires, les primes de quart de travail, les rajustements de salaire, les augmentations de salaire rétroactives, les primes, les gratifications, les crédits de congés de maladie non utilisés, les primes de rendement, l’indemnité de vie chère, l’indemnité de fin d’emploi, l’indemnité de pré-avis et toute autre rétribution, y compris la paie de vacances qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie, sont attribués à la période de paie au cours de laquelle ils sont versés. [Soulignement ajouté.]

[9] Les alinéas 23(1)a) et b) ont été peaufinés à deux reprises en un peu plus d’un an. En devenant plus élaborés, ils ont perdu de la clarté, ce qui n’est pas inhabituel avec des dispositions complexes. Il ressort que les modifications de fond ont été l’ajout par le Règlement DORS/97-31 des termes «proportionnellement sur» dans les dernières lignes de l’alinéa 23(1)b) et l’ajout aux deux alinéas par le Règlement DORS/97-310 des mots «ou qui n’est pas versée pour les raisons visées au paragraphe 2(2) du *Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations*» [DORS/97-33].

[10] En outre, des virgules ont été enlevées de la version anglaise de l’alinéa b), ce qui a ajouté à la confusion. Ainsi, dans la première version,

SOR/96-332, commas were placed around the phrase “including vacation pay not paid in respect of a pay period”. This punctuation would seem clearly to indicate that, within this phrase, the words “not paid in respect of a pay period” modified “vacation pay”, and not the other items in the preceding list. However, when SOR/97-31 amended paragraph 23(1)(b), the comma between “remuneration” and “including” disappeared and, as a result, it has become less clear that the words “not paid in respect of a pay period” modify only “vacation pay”.

[11] In the version of paragraph 23(1)(b) relevant to the case at bar, SOR/97-310, there is no longer a comma after “period” either. Nonetheless, since there is a comma at the end of the phrase added by that amendment, “or that remains unpaid for the reasons described in subsection 2(2) of the *Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations*”, the removal of the comma after the word “period” is of no consequence.

[12] Before addressing the interpretative issue, I should deal with the submission by counsel for the respondent that the Court should apply a standard of patent unreasonableness when reviewing decisions of umpires challenged on the ground that they are based on a misinterpretation of the *Employment Insurance Act* [S.C. 1996, c. 23] and Regulations.

[13] Counsel were able to refer us to only one case in which this issue has been addressed by the Court, namely, *Canada (Attorney General) v. Haberman* (2000), 258 N.R. 150 (F.C.A.). In a dissenting judgment, Isaac J.A. stated, at paragraph 52, that correctness is the standard of review applicable to determinations by an umpire of questions of law and jurisdiction. It is equally clear from paragraphs 53 and

DORS/96-332, des virgules ont été placées autour des termes «*including vacation pay not paid in respect of a pay period*» («y compris la paie de vacances qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie»). Cette ponctuation semble indiquer clairement que, dans cette partie, les mots «*not paid in respect of a pay period*» («qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie») modifiaient «*vacation pay*» («paie de vacances»), et non pas les autres éléments figurant dans la liste qui précède. Toutefois, lorsque le Règlement DORS/97-31 a modifié l’alinéa 23(1)(b), la virgule entre «*remuneration*» («rétribution») et «*including*» («y compris») a disparu, de sorte qu’il est devenu moins clair que les mots «*not paid in respect of a pay period*» («qui n’est pas versée à l’égard d’une période de paie») ne modifiaient que «*vacation pay*» («paie de vacances»).

[11] Dans la version anglaise de l’alinéa 23(1)(b) pertinente en l’espèce, DORS/97-310, il n’y a également plus de virgule après «*period*» («période de paie»). Néanmoins, comme il y a une virgule à la fin du texte ajouté par cette modification, soit «*or that remains unpaid for the reasons described in subsection 2(2) of the Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations*» («ou qui n’est pas versée pour les raisons visées au paragraphe 2(2) du Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations»), le retrait de la virgule après «*period*» («période de paie») n’a aucune conséquence.

[12] Avant d’aborder la question de l’interprétation, je dois me prononcer sur l’argument de l’avocat de la demanderesse selon lequel la Cour doit appliquer la norme de la décision manifestement déraisonnable lorsqu’elle contrôle la décision d’un juge-arbitre contestée au motif qu’elle est fondée sur une interprétation erronée de la *Loi sur l’assurance-emploi* [L.C. 1996, ch. 23] et du Règlement.

[13] Les avocats ont été en mesure de nous mentionner seulement une affaire dans laquelle la Cour s’est penchée sur cette question, à savoir l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Haberman* (2000), 258 N.R. 150 (C.A.F.). Dans ses motifs dissidents, le juge Isaac a déclaré (au paragraphe 52) que la norme de la décision correcte était la norme de contrôle applicable aux décisions qu’un juge-arbitre rendait sur des

57 that Isaac J.A. did not consider the issue before him to be one of jurisdiction.

[14] As I indicated when writing for the Court in *Black v. Canada (Employment Insurance Commission)*, [2002] 1 F.C. 468 (C.A.), at paragraph 27, I agree with this view of the standard of review applicable to umpires' interpretation of the employment insurance legislation. It is, of course, true that umpires' decisions reach this Court by way of judicial review, and not by way of appeal, and that the Commission and employees have an obvious interest in inexpensive and expeditious decision-making. Nonetheless, these considerations are insufficient to tip the balance of the factors considered in the pragmatic or functional approach in favour of a deferential standard of review to legal determinations by umpires.

[15] The differences between an appeal and an application for judicial review unfettered by a preclusive clause are of much less practical significance than once they were. Hence, the fact that, in the absence of a right of appeal, decisions of umpires are reviewable under paragraph 28(1)(m) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8], on the generous grounds of review set out in subsection 18.1(4) [as enacted *idem*, s. 5], is a very weak indicator of a legislative intention that the Court should apply a deferential standard of review to umpires' legal determinations. Despite the undoubted advantages of expeditious and inexpensive decision-making, these factors are nearly always one of the reasons for empowering administrative tribunals to make decisions. However, in my opinion these factors do not loom so unusually large in this scheme as to trump all others, even though employment insurance claimants are often of modest means.

questions de droit et sur des questions de compétence. Il ressort également des paragraphes 53 et 57 que le juge Isaac a estimé que la question dont il était saisi n'avait pas trait à la compétence.

[14] Comme je l'ai indiqué dans les motifs que j'ai rédigés au nom de la Cour dans l'arrêt *Black c. Canada (Commission de l'assurance-emploi)*, [2002] 1 C.F. 468 (C.A.), au paragraphe 27, je partage cette opinion relative à la norme de contrôle applicable à la manière dont les juges-arbitres interprètent les dispositions en matière d'assurance-emploi. Bien entendu, il est vrai que les décisions des juges-arbitres se rendent à la Cour par voie de demande de contrôle judiciaire, et non pas par voie d'appel, et que la Commission et les employés ont manifestement intérêt à ce que le processus de prise de décision soit peu coûteux et rapide. Néanmoins, ces considérations ne suffisent pas pour qu'on remplace les facteurs examinés dans le cadre de l'approche pragmatique ou fonctionnelle par une norme de contrôle comportant un degré élevé de retenue quant aux décisions juridiques des juges-arbitres.

[15] La différence entre un appel et une demande de contrôle judiciaire non entravée par une clause privative a concrètement beaucoup moins d'importance qu'auparavant. Par conséquent, le fait qu'en l'absence de droit d'appel, les décisions des juges-arbitres soient susceptibles de contrôle en vertu de l'alinéa 28(1)m) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8 art. 8], pour les motifs très généraux établis au paragraphe 18.1(4) [édicte, *idem*, art. 5], constitue un indicateur très faible d'une intention du législateur selon laquelle la Cour devrait appliquer une norme de contrôle comportant un degré élevé de retenue aux décisions juridiques des juges-arbitres. Un processus décisionnel rapide et peu coûteux présente des avantages incontestés, mais, de toute manière, ces facteurs sont presque toujours l'une des raisons pour lesquelles les tribunaux administratifs sont autorisés à rendre des décisions. Je suis toutefois d'avis que, dans ce régime, ces facteurs ne sont pas importants au point de l'emporter sur tous les autres même si les prestataires d'assurance-emploi sont souvent peu fortunés.

[16] The following considerations, in particular, support the application of a correctness standard. First, the decision-makers, judges of either the Trial Division of this Court, or other courts, do not bring to the task of interpreting the legislation an expertise superior to, or a perspective different from that of this Court. They are performing an adjudicative function no different in nature from that of this or of any other court: determining the legal rights of the parties on the basis of umpires' interpretation of detailed and complex legislation and its application to the facts of individual cases.

[17] True, umpires may render more decisions on the legislation than members of this Court, but that is an insufficient basis for deference, especially since some members of this Court, when members of the Trial Division, may well have become familiar with employment insurance legislation. Further, judges are assigned *ad hoc* to sit as umpires in employment insurance cases, and, if they are serving judges, these assignments are simply part of their regular judicial duties. Hence, judicial deference to umpires' decisions cannot be justified on the ground of their unique expertise.

[18] Turning to the substantive issue in this appeal, I am persuaded that the Umpire erred in law when he adopted the interpretation of paragraphs 23(1)(a) and (b) advanced on behalf of the claimant. He held that, since the retroactive pay received by Ms. Sveinson after the termination of her employment was in respect of a pay period used to calculate her insurable earnings, and hence was relevant to the amount of benefits to which she was entitled, paragraph 23(1)(a) was applicable. Accordingly, the retroactive pay award was attributable to the pay period to which it related, and not to the time of its receipt.

[19] In my respectful opinion, the text and history of the paragraphs of the Regulation in dispute here are incompatible with this reading, which proceeds on the premise that the key distinction made by paragraphs 23(1)(a) and (b) is between remuneration paid in

[16] Les éléments suivants, en particulier, appuient l'application de la norme de la décision correcte. Premièrement, qu'ils soient juges à la Section de première instance de la Cour ou juges d'une autre cour, les décideurs n'ont pas une expertise supérieure à la Cour ni un point de vue différent en matière d'interprétation de la loi. Ils exercent une fonction décisionnelle qui n'est pas différente par nature de celle de la Cour ou d'une autre cour, à savoir celle de déterminer les droits légaux des parties à la lumière de l'interprétation par les juges-arbitres de dispositions législatives détaillées et complexes et de leur application aux faits de chaque affaire.

[17] Il est vrai que les juges-arbitres rendent plus de décisions que les membres de la Cour relativement aux dispositions en matière d'assurance-emploi, mais cela ne justifie pas qu'on fasse preuve de retenue d'autant plus que, lorsqu'ils siégeaient à la Section de première instance, certains juges peuvent fort bien s'être familiarisés avec ces dispositions. En outre, des juges sont nommés *ad hoc* pour siéger comme juges-arbitres dans des affaires d'assurance-emploi et, s'il s'agit de juges en exercice, ces nominations font simplement partie de leurs fonctions judiciaires régulières. Il s'ensuit donc qu'on ne peut pas justifier la retenue à l'égard des décisions des juges-arbitres en se fondant sur leur expertise unique.

[18] Quant à la question de fond dans le présent appel, je suis convaincu que le juge-arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a adopté l'interprétation des alinéas 23(1)a) et b) qu'on a avancée au nom de la requérante. Il a conclu que l'alinéa 23(1)a) était applicable étant donné que le salaire rétroactif reçu par M^{me} Sveinson après la fin de son emploi avait trait à une période de paie utilisée pour le calcul de sa rémunération assurable et qu'il était donc pertinent pour la détermination du montant des prestations auquel elle avait droit. En conséquence, le salaire rétroactif était attribuable à la période de paie à laquelle il était lié, et non pas à la date de sa réception.

[19] À mon humble avis, le texte et l'historique des alinéas du Règlement en litige en l'espèce sont incompatibles avec cette interprétation, qui se fonde sur la prémisse que la principale distinction faite par les alinéas 23(1)a) et b) se situe entre la rétribution

respect of a specific pay period and remuneration that is not. Despite the interpretative difficulties undoubtedly raised by the wording of these provisions, it is clear to me that the applicant's interpretation provides a better fit with their text, history and structure. For the following reasons, I am of the view that the words in paragraph 23(1)(b), "not paid in respect of a pay period", qualify "vacation pay" and, possibly, "other remuneration", but not the preceding list of payments, including "retroactive pay increases".

[20] First, the punctuation of the predecessors of the version of paragraph 23(1)(b) relevant to this appeal, and particularly of SOR/96-332, indicates that the words, "not paid in respect of a pay period", modify only "vacation pay". Indeed, in an even earlier iteration, section 3.1 of the *Unemployment Insurance (Collection of Premiums) Regulations*, C.R.C., c. 1575 [as am. by SOR/88-584, s. 1], the matter was even clearer. Moreover, the French version of the text of paragraph 23(1)(b) has always retained the comma preceding the critical phrase, thus indicating that the words, "*qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie*", modify only "*la paie de vacances*". In addition, the use of the third person singular and the feminine gender in the subordinate clause, "*qui n'est pas versée*", indicates that the pronoun "*qui*" refers to "*la paie de vacances*". A similar inference may also be drawn from the word "remains" in the English text. In light of this, it is very difficult to argue that the omission of the comma in the English text evidences a legislative intention to change its meaning.

[21] Second, the only function performed by the words in paragraph 23(1)(a), "other than the remuneration referred to in paragraph (b)", is to remove from the scope of paragraph (a) items of remuneration that would otherwise have fallen within it. Since paragraph (a) only deals with remuneration

versée pour une période de paie précise et celle qui ne l'est pas. Malgré les problèmes d'interprétation que soulèvent sans aucun doute le libellé de ces dispositions, il m'apparaît clairement que l'interprétation du demandeur est plus compatible avec leur texte, leur historique et leur structure. Pour les motifs suivants, je suis d'avis qu'à l'alinéa b), les mots «*not paid in respect of a pay period*» («qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie») modifient «*vacation pay*» («paie de vacances») et, peut-être, «*other remuneration*» («autre rétribution»), mais pas la liste de versements qui précède, dont «*retroactive pay increases*» («les augmentations de salaire rétroactives»).

[20] Premièrement, la ponctuation des anciennes versions de l'alinéa 23(1)(b) qui sont pertinentes pour le présent appel, notamment la version adoptée sous DORS/96-332, indique que les mots «*not paid in respect of a pay period*» («qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie») modifient uniquement «*vacation pay*» («paie de vacances»). D'ailleurs, dans une disposition encore plus ancienne, soit l'article 3.1 du *Règlement sur l'assurance-chômage (perception des cotisations)*, C.R.C., ch. 1575 [mod. par DORS/88-584, art. 1; 89-329, art. 1], ce point était encore plus clair. De plus, la version française du texte de l'alinéa 23(1)(b) a toujours conservé la virgule avant la partie cruciale, ce qui indique que les mots «qui n'est pas versée à l'égard d'une période de paie» modifient uniquement «la paie de vacances». En outre, l'utilisation de la troisième personne du singulier et du genre féminin dans la proposition subordonnée «qui n'est pas versée» indique que le pronom «qui» fait référence à «la paie de vacances». On peut tirer la même conclusion de l'usage du mot «*remains*» («n'est pas») dans la version anglaise. À la lumière de ce qui précède, il est très difficile de prétendre que l'absence de virgule dans la version anglaise démontre l'intention du législateur de modifier le sens de la disposition.

[21] Deuxièmement, les mots «*other than the remuneration referred to in paragraph (b)*» («autre que la rétribution visée à l'alinéa b)»), qui figurent à l'alinéa 23(1)(a), ont comme seule fonction d'écarter de la portée de cet alinéa des éléments de rétribution qu'il aurait visé par ailleurs. Comme l'alinéa a) porte

“paid in respect of a pay period”, there would be nothing to remove unless some of the items of remuneration listed in paragraph (b) were similarly “paid in respect of a pay period”. This is another indication that the Umpire’s interpretation of paragraph (b) as applying only to remuneration not paid in respect of a pay period is not correct.

[22] Third, it is difficult to reconcile the structure of paragraphs (a) and (b) with the meaning ascribed to them by the Umpire. Paragraph (a) speaks merely of “remuneration, including statutory holiday pay” while paragraph (b) lists a number of non-regular payments and “other remuneration”. This is a highly implausible way of expressing a legislative intention that the paragraphs deal with the same items of remuneration, except that paragraph (a) covers all items of remuneration paid in respect of a pay period, while paragraph (b) covers the same items when not paid in respect of a pay period.

[23] Fourth, there would be some obvious policy attractions to a scheme that attributed all forms of remuneration to the period for which they were paid and, if there was no such period, allocating them to the period when they were received. However, counsel for the Attorney General provided a cogent policy rationale to support the interpretation of paragraphs 23(1)(a) and (b) for which she contended. She submitted that the common thread linking the items listed in paragraph 23(1)(b) is that they may or may not have been paid in respect of a particular pay period. For the Commission to have to determine if they were, and to which pay period, if any, they should be attributed, would require officials to go behind the pay record presented by the claimant and investigate the employer’s pay practices.

[24] In order to avoid this kind of administrative cost and inconvenience, the Regulation prescribed that all the listed non-regular items of remuneration are to be attributed to the time of their receipt, whether or not

uniquement sur la rétribution «*paid in respect of a pay period*» («qui est versée pour une période de paie»), il n’y aurait rien à écarter sauf si certains des éléments de rétribution énumérés à l’alinéa b) étaient également «versé[s] pour une période de paie». Il s’agit d’un autre élément indiquant que le juge-arbitre a eu tort d’interpréter l’alinéa b) comme s’appliquant seulement à la rétribution qui n’est pas versée pour une période de paie.

[22] Troisièmement, il est difficile de concilier la structure des alinéas a) et b) et le sens que leur attribue le juge-arbitre. L’alinéa a) parle simplement de «*remuneration, including statutory holiday pay*» («la rétribution, y compris la paie des jours fériés») tandis que l’alinéa b) énumère un certain nombre de versements non réguliers et vise «*other remuneration*» («toute autre rétribution»). Il s’agit d’une façon non plausible d’indiquer que le législateur veuille que ces alinéas portent sur les mêmes éléments de rétribution; on pourrait seulement dire que l’alinéa a) couvre tous les éléments de rétribution versés pour une période de paie tandis que l’alinéa b) couvre les mêmes éléments lorsqu’ils ne sont pas versés à l’égard d’une période de paie.

[23] Quatrièmement, il y aurait des avantages évidents sur le plan des principes à un régime qui attribuerait toutes les formes de rétribution à la période où elles sont versées et, en l’absence d’une telle période, à la période où elles sont reçues. Toutefois, l’avocate du procureur général a fourni des raisons de principe convaincantes à l’appui de son interprétation des alinéas 23(1)a) et b). Elle a soutenu que le fil conducteur liant les éléments énumérés à l’alinéa 23(1)b) était que ces éléments pouvaient ou non avoir été versés pour une période de paie particulière. Si la Commission était tenue de déterminer si ces éléments avaient été versés et à quelle période de paie, le cas échéant, ils devaient être attribués, ses fonctionnaires devraient aller plus loin que l’examen du dossier de paie présenté par le requérant et faire enquête sur les pratiques salariales de l’employeur.

[24] Pour éviter ce genre de coûts et de tracas administratifs, le Règlement a prescrit que tous les éléments de rétribution non réguliers énumérés devaient être attribués à la date de leur réception,

they were in fact paid in respect of a specific pay period. Regular remuneration and statutory holiday pay, on the other hand are always readily attributable to a period, hence their inclusion in paragraph 23(1)(a).

[25] I should note that, although this interpretation is not to the advantage of Ms. Sveinson on the facts of this case, it does not follow that in other circumstances claimants would be unable to be credited with the retroactive pay increase. Thus, for example, if Ms. Sveinson had become eligible for employment insurance benefits after receiving the retroactive pay increase, her insurable earnings calculation would have included that amount and, as a result, her benefits would be higher, provided, of course, that the week in which she received it was a relevant week for calculating her insurable earnings. In addition, if she were unemployed at the time that she received the payment, the retroactive pay increase would be allocated proportionately over the last pay period for which she received regular pay: paragraph 23(1.1) [as am. by SOR/97-31, s. 12].

[26] For these reasons, I would grant the application for judicial review, set aside the decision of the Umpire and remit the matter to him to dispose of in accordance with these reasons. Since counsel for the Attorney General withdrew her request for costs, I would award none.

LINDEN J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

qu'ils aient ou non en fait été versés à l'égard d'une période de paie précise. La rétribution régulière et la paie des jours fériés sont par ailleurs toujours facilement attribuables à une période, d'où leur inclusion dans l'alinéa 23(1)a).

[25] Je dois souligner que même si cette interprétation ne favorise pas M^{me} Sveinson à la lumière des faits de la présente affaire, cela ne veut pas dire que des prestataires ne pourraient pas dans d'autres cas se voir créditer l'augmentation de salaire rétroactive. Donc, par exemple, si M^{me} Sveinson était devenue admissible à des prestations d'assurance-emploi après avoir reçu cette augmentation de salaire rétroactive, le calcul de sa rémunération assurable aurait compris ce montant, de sorte que ses prestations auraient été plus élevées, dans la mesure, naturellement, où la semaine dans laquelle elle l'aurait reçue aurait été une semaine pertinente pour ce calcul. En outre, si elle avait été sans emploi à la date où elle a reçu le versement, l'augmentation de salaire rétroactive aurait été attribuée proportionnellement sur la période de paie pour laquelle elle a reçu une paie régulière: paragraphe 23(1.1) [mod. par DORS/97-31, art. 12].

[26] Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir la demande de contrôle judiciaire, d'infirmier la décision du juge-arbitre et de lui renvoyer l'affaire pour qu'il statue conformément aux présents motifs. Comme l'avocate du procureur général a retiré sa demande d'octroi des dépens, je n'en accorde aucun.

LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

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

A-786-00
2001 FCA 317

A-786-00
2001 CAF 317

Radil Bros. Fishing Co. Ltd. (Appellant)

v.

Her Majesty the Queen in right of Canada, represented by the Regional Director-General of the Department of Fisheries and Oceans, Pacific Region, and British Columbia Packers Limited and Titan Fishing Ltd. (Respondents)

INDEXED AS: RADIL BROS. FISHING CO. v. CANADA (DEPARTMENT OF FISHERIES AND OCEANS, PACIFIC REGION) (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Décary and Sexton, J.J.A.
—Vancouver, September 25, Ottawa, October 19, 2001.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Swap of fishing licences in respect of fishing vessels — Negative impact on catch history of one of vessels for Individual Vessel Quota calculations, in spite of DFO representations to contrary — Cause of action not illegality of Minister's decision, but failure to discharge duty of care owed to fishing vessel owner by Minister — Federal fisheries legislation cannot be considered laws pertaining to navigation and shipping for purposes of Federal Court Act, s. 22(1) — Judges having civil law background reluctant to include within federal maritime law matters not traditionally associated with commerce and shipping as that would be at expense of provincial competence over property and civil rights — Federal Court's admiralty jurisdiction ought not to be extended to include essentially non-maritime matters under pretext of "modern context of commerce and shipping" — No authority for proposition fishing licence could be considered "necessaries" supplied to ship.

Fisheries — Swap of fishing licences in respect of fishing vessels — Negative impact on catch history of one vessel for Individual Vessel Quota calculations, in spite of DFO representations to contrary — Cause of action not illegality of Minister's decision, but failure to discharge duty of care owed to fishing vessel owner by Minister — Federal Court's admiralty jurisdiction ought not to be extended to include essentially non-maritime matters under pretext of "modern context of commerce and fishing" — No authority for proposition fishing licence could be considered "necessaries" supplied to ship.

Radil Bros. Fishing Co. Ltd. (appellante)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le directeur général régional du ministère des Pêches et des Océans, Région du Pacifique, et British Columbia Packers Limited et Titan Fishing Ltd. (intimées)

RÉPERTORIÉ: RADIL BROS. FISHING CO. c. CANADA (MINISTÈRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS, RÉGION DU PACIFIQUE) (C.A.)

Cour d'appel, juges Desjardins, Décary et Sexton, J.C.A.
—Vancouver, 25 septembre; Ottawa, 19 octobre 2001.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Échange de permis de pêche à l'égard de bateaux de pêche — Conséquences négatives sur les prises antérieures de l'un des bateaux en ce qui concerne les calculs du contingent individuel, malgré que le MPO soutienne le contraire — La cause d'action n'est pas l'illégalité de la décision du ministre, mais l'omission par le ministre de satisfaire à son obligation de diligence envers le propriétaire du bateau de pêche — Les lois fédérales sur les pêcheries ne peuvent pas être considérées comme des lois relatives à la navigation et à la marine marchande aux fins de l'art. 22(1) de la Loi sur la Cour fédérale — Les juges de droit civil hésitent à inclure dans le droit maritime fédéral des matières qui ne sont pas traditionnellement rattachées au contexte du commerce et de la navigation parce que cela se ferait aux dépens de la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils dans la province — La compétence de la Cour fédérale en matière maritime ne doit pas être élargie de manière à comprendre essentiellement des matières non maritimes sous prétexte d'un «contexte moderne du commerce et des expéditions par eau» — Il n'y a aucun précédent autorisant la proposition selon laquelle un permis de pêche pourrait faire partie des «nécessités» fournies à un navire.

Pêches — Échange de permis de pêche à l'égard de bateaux de pêche — Conséquences négatives sur les prises antérieures de l'un des bateaux en ce qui concerne les calculs du contingent individuel, malgré que le MPO soutienne le contraire — La cause d'action n'est pas l'illégalité de la décision du ministre, mais l'omission par le ministre de satisfaire à son obligation de diligence envers le propriétaire du bateau de pêche — La compétence de la Cour fédérale en matière maritime ne doit pas être élargie de manière à comprendre essentiellement des matières non maritimes sous prétexte d'un «contexte moderne du commerce et des expéditions par eau»

B.C. Packers offered administrative, financial and management services to the parties who fished for it and comprised its fishing fleet, including Radil Bros. (Radil). In 1993, Radil, the owner of the fishing vessel *Seacrest* used for Pacific groundfish trawl fishery (for which Radil held a category "T" licence—T8 licence) entered into an agreement whereby B.C. Packers agreed to transfer a category "A" licence (for salmon) to the *Seacrest* in consideration of payment of \$250,000 by Radil. At that time, B.C. Packers owned or held a "T" licence (T92 licence) which was issued and placed on the fishing vessel *Pacific Eagle*. At the time of the transfer of the "A" licence from B.C. Packers to Radil, B.C. Packers and the Department of Fisheries and Oceans, without the knowledge or consent of Radil, purported to exchange licence T8, issued to Radil in respect of the *Seacrest*, for licence T92 issued in respect of the *Pacific Eagle*. Prior to the swap of licences T8 and T92, and unknown to Radil at the time, the Department represented to B.C. Packers that the swap would not impact on the catch history of the *Seacrest* for the purposes of calculating the individual vessel quota (IVQ) of the *Seacrest* and that its catch history would remain with it even though the licence had been swapped. But, for the 1997 IVQ allocation for the *Seacrest*, the Department used the catch history of the *Pacific Eagle* rather than the *Seacrest*. As a result, the *Seacrest* received a significantly lower IVQ than it would have, based on its own catch history.

In February 1998, Radil initiated judicial review proceedings attacking the transfer. A motion to strike the application was dismissed, but the Motions Judge directed that the matter be treated and proceeded with as an action. In order to comply, Radil filed a statement of claim for a declaration that the transfer was invalid and for damages as against the Crown, and for damages as against B.C. Packers and Titan Fishing Ltd., who had bought the *Pacific Eagle* together with licence T8 in 1995. In March 1999, Radil filed a statement of claim seeking declarations and damages against the Crown and B.C. Packers and for a declaration against Titan. Radil also filed an identical action in the Supreme Court of British Columbia. In June 1999, the Crown's motion to set aside, strike or dismiss the statement of claim was dismissed, but the plaintiff was directed to add to the pleading grounds upon which the Minister's discretionary decision might be challenged, grounds that might include malfeasance. In November 2000, a Federal Court Trial Division decision struck out the statement of claim.

— *Il n'y a aucun précédent autorisant la proposition selon laquelle un permis de pêche pourrait faire partie des «nécessités» fournies à un navire.*

La société B.C. Packers offrait des services administratifs et financiers et des services de gestion aux parties qui pêchaient pour elle et se joignaient à sa flotte de pêche, notamment Radil Bros. (Radil). En 1993, Radil, la propriétaire du bateau de pêche *Seacrest* utilisé pour la pêche au chalut du poisson de fond (pour laquelle Radil détenait un permis de catégorie «T»)—un permis T8) a conclu une entente dans laquelle B.C. Packers s'engageait à transférer un permis de catégorie «A» (pour la pêche du saumon) au *Seacrest*, moyennant le versement par Radil d'une somme de 250 000 \$. À l'époque, B.C. Packers possédait ou détenait un permis de catégorie «T» (un permis T92), qui avait été délivré et placé sur le bateau de pêche *Pacific Eagle*. À l'époque du transfert du permis «A» de B.C. Packers à Radil, B.C. Packers et le ministère des Pêches et des Océans auraient, sans la connaissance ou le consentement de Radil, échangé le permis T8 délivré à Radil à l'égard du *Seacrest* pour le permis T92 délivré à l'égard du *Pacific Eagle*. Avant l'échange des permis T8 et T92, et à l'insu de Radil à l'époque, le Ministère indiqua à B.C. Packers que l'échange serait sans effet sur les prises antérieures du *Seacrest* aux fins du calcul du contingent individuel du *Seacrest* et que les prises antérieures du *Seacrest* resteraient avec le *Seacrest* malgré l'échange du permis. Mais pour établir le contingent individuel du *Seacrest* pour l'année 1997, le Ministère s'est servi des prises antérieures du *Pacific Eagle* et non de celles du *Seacrest*. Le *Seacrest* recevait donc un contingent individuel nettement inférieur à celui qu'il aurait eu compte tenu de ses propres prises antérieures.

En février 1998, Radil a déposé une procédure en contrôle judiciaire contestant le transfert. Une requête en radiation de la demande a été rejetée, mais le juge des requêtes a ordonné que la demande soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Pour se conformer à l'ordonnance, Radil a déposé une déclaration dans laquelle elle sollicitait un jugement déclaratoire selon lequel le transfert était invalide et des dommages-intérêts contre la Couronne et contre B.C. Packers et Titan Fishing Ltd., qui avaient acheté toutes deux le *Pacific Eagle* ainsi que le permis T8 en 1995. En mars 1999, Radil a déposé une déclaration dans laquelle elle sollicitait des jugements déclaratoires et des dommages-intérêts contre la Couronne et B.C. Packers et un jugement déclaratoire contre Titan. Radil a également déposé une action identique devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. En juin 1999, la requête de la Couronne en vue de l'annulation, de la radiation ou du rejet de la déclaration a été rejetée, mais il a été ordonné à la demanderesse d'ajouter à l'acte de procédure les moyens susceptibles de fonder une contestation de la décision discrétionnaire du ministre, moyens qui pourront englober la prévarication. En novembre 2000, une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale a radié la déclaration.

The issues were: whether there is a reasonable cause of action against the Crown; whether the Federal Court has jurisdiction with respect to the claim against B.C. Packers; if so on one or both points, whether a stay should be ordered.

Held, the appeal should be allowed in part. With respect to the declaratory relief sought in the statement of claim, the appeal should be allowed, and the statement of claim struck. With respect to the claim in damages against the Crown, the appeal should be dismissed and the statement of claim should be struck. With respect to the claim against B.C. Packers, the appeal should be allowed and the statement of claim quashed for lack of jurisdiction of the Federal Court. With respect to the claim against Titan, the appeal should be allowed and the statement of claim quashed.

Both the Prothonotary and the Motions Judge appear to have misunderstood the true nature of the cause of action alleged by Radil in its claim for damages against the Crown. The Prothonotary seemed to have viewed the cause of action as being “the way in which he [the Minister] calculated the IVQ”. The Motions Judge apparently based his decision on an understanding that the cause of action was the illegality of the decision of the Minister, rather than the duty of care owed to Radil by the Minister or his officers whatever the legality of the decision.

It is premature, at this early stage of the proceedings, to conclude that Radil has no chance, with appropriate amendments, to demonstrate that the alleged negligent misrepresentation was part of an operational, as opposed to policy decision, that there was a *prima facie* duty of care and that the scope of the duty was not, in the circumstances, to be negatived or limited.

The Prothonotary erred when he went on to allow the amendments on grounds of malfeasance or on grounds similar to those associated with judicial review proceedings.

The appeal with respect to the claim in damages against the Crown should be allowed and the original and amended statement of claim should be struck out, but with leave to file a re-amended statement of claim in accordance with these reasons.

For the Federal Court to have jurisdiction, there must be a statutory grant of jurisdiction by Parliament, there must be an existing body of federal law essential to the disposition of the case which nourishes the statutory grant of jurisdiction, and the law on which the case is based must be “a law of Canada” within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

Subsection 22(1) of the *Federal Court Act* grants jurisdiction to the Trial Division with respect to relief sought under either Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation

Voici quelles étaient les questions en litiges: y a-t-il une cause d’action valable contre la Couronne; la Cour fédérale du Canada a-t-elle compétence pour statuer sur le recours déposé contre B.C. Packers; s’il est répondu par l’affirmative aux deux questions ou à l’une d’elles, une suspension devrait-elle être ordonnée?

Arrêt: l’appel doit être accueilli en partie. S’agissant du jugement déclaratoire demandé dans la déclaration, l’appel doit être accueilli et la déclaration doit être radiée. S’agissant de la demande de dommages-intérêts contre la Couronne, l’appel doit être rejeté et la déclaration doit être radiée. S’agissant de la demande déposée contre B.C. Packers, l’appel doit être accueilli et la déclaration doit être annulée pour incompétence de la Cour fédérale. S’agissant de la demande déposée contre Titan, l’appel doit être accueilli et la déclaration doit être annulée.

Le protonotaire et le juge des requêtes semblent tous deux ne pas avoir très bien compris la véritable nature de la cause d’action alléguée par Radil dans sa demande de dommages-intérêts contre la Couronne. Le protonotaire semble avoir exprimé l’avis que la cause d’action était «la manière dont il (le ministre) a calculé le contingent individuel». Le juge des requêtes semble avoir fondé sa décision sur l’idée que la cause d’action était l’illégalité de la décision du ministre, plutôt que l’obligation de diligence du ministre ou de ses représentants envers Radil, quelle que soit la légalité de la décision.

Il est prématuré à ce stade initial de l’instance de conclure que Radil n’a aucun moyen, avec les modifications adéquates, de prouver que la présumée déclaration inexacte entachée de négligence s’inscrivait dans une décision opérationnelle et non une décision de principe, qu’il y avait *prima facie* une obligation de diligence et que la portée de l’obligation ne devait pas, eu égard aux circonstances, être rejetée ou restreinte.

Le protonotaire a commis une erreur lorsqu’il a autorisé ensuite les modifications fondées sur des moyens pouvant englober la prévarication ou sur des moyens semblables à ceux qui intéressent les procédures de contrôle judiciaire.

Pour ce qui est de la demande de dommages-intérêts contre la Couronne, l’appel devrait être accueilli et la déclaration originale ainsi que la déclaration modifiée devraient être radiées, mais avec autorisation de déposer une déclaration de nouveau modifiée, en conformité avec les présents motifs.

Pour que la Cour fédérale soit compétente, il doit y avoir attribution législative de compétence par le Parlement, il doit exister un ensemble de règles juridiques fédérales qui permettent de disposer de l’affaire et qui confirment l’attribution législative de compétence, et la loi sur laquelle l’affaire est fondée doit être «une loi du Canada» selon l’expression employée dans l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le paragraphe 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* attribue une compétence à la Section de première instance à l’égard de toute réparation demandée en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine

and shipping (subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*), not, as here, laws relating to fisheries.

Nor is the matter at issue “Canadian maritime law”. What is at issue here is a claim in tort by the owner of a fishing vessel against his agent for failure to ensure a proper transfer of fishing licences by the Department of Fisheries and Oceans. To the extent that any enlargement of the concept of “Canadian maritime law” is generally made at the expense of the provincial competence in the matter of “Property and Civil Rights in the Province”, it is easy to understand the reluctance of civil law judges to include within federal maritime law matters that have traditionally not been associated with the context of commerce and shipping. It is one thing to adjust, as the Supreme Court invites us to do, the maritime jurisdiction of the Federal Court to “the modern context of commerce and shipping”, it is another to extend it, through the pretext of modernity, to claims the foundation or source of which was, and still is, essentially a non-maritime matter.

There is no authority that has gone so far as to extend the concept of “Canadian maritime law” to matters initially arising out of an agreement to purchase a fishing licence from a private party, or to matters arising out of a breach of an agency contract entered into for the purpose of purchasing a fishing licence for a private party. No authority has included in “Canadian maritime law” matters related to the issuance of fishing licences or the attribution of fishing quotas independent of a cause of action already integrally connected to maritime matters. Here, the sole factor possibly connected to maritime law is the fact that the licence with respect to which the agency contract was entered into happens to be issued in relation to an activity occurring at sea.

There was no authority for the proposition that a fishing licence could be considered “necessaries” supplied to a ship. Fishing licences are not issued on the credit of a ship and the Minister can not be compared with a creditor or necessities claimant. Radil’s claim for breach of a contract of agency falls outside the Court’s admiralty jurisdiction and the claim against B.C. Packers must be struck.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(10),(12),(18), 101.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) “Canadian maritime law” (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am., *idem*, s. 4), 18.4(2) (as enacted *idem*, s. 5), 22(1),

marchande (paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), et non pas, comme en l’espèce, en vertu de lois relatives aux pêches.

La matière en litige ne relève pas du «droit maritime canadien». Ce dont il s’agit ici, c’est d’une action délictuelle introduite par le propriétaire d’un bateau de pêche contre son mandataire qui n’aurait pas veillé à ce que le ministère des Pêches et des Océans procède à un transfert valide des permis de pêche. Dans la mesure où tout accroissement de la notion de «droit maritime canadien» se fait généralement aux dépens de la compétence provinciale en matière de «propriété et droits civils dans la province», il est facile de comprendre l’hésitation des juges de droit civil à inclure dans le droit maritime fédéral des matières qui ne sont pas traditionnellement rattachées au contexte du commerce et de la navigation. C’est une chose d’adapter, comme nous y invite la Cour suprême, la compétence de la Cour fédérale en matière maritime au «contexte moderne du commerce et des expéditions par eau», c’en est une autre de l’élargir, sous prétexte de la moderniser, aux revendications dont le fondement ou la source était, et est encore, essentiellement une matière non maritime.

Il n’y a aucun précédent qui soit allé jusqu’à étendre la notion de «droit maritime canadien» à des matières découlant au départ de l’engagement d’acheter un permis de pêche à un particulier, ou à des matières découlant de la rupture d’un contrat de mandat conclu dans le dessein d’acheter un permis de pêche à un particulier. Il n’y a non plus aucun précédent qui ait englobé dans le «droit maritime canadien» des matières se rapportant à la délivrance de permis de pêche ou à l’attribution de contingents de pêche indépendamment d’une cause d’action déjà entièrement liée aux matières maritimes. Ici, le seul facteur qui pourrait être rattaché au droit maritime est le fait que le permis à l’égard duquel a été conclu le contrat de mandat se trouve à avoir été délivré pour une activité devant se dérouler en mer.

Il n’y avait aucun précédent autorisant la proposition selon laquelle un permis de pêche pourrait faire partie des «nécessités» fournies à un navire. Les permis de pêche ne sont pas délivrés sur le crédit d’un navire, et le ministre ne peut pas être comparé à un demandeur de nécessités ou à un créancier. La demande de dommages-intérêts de Radil pour rupture d’un contrat de mandat ne relève pas de la compétence de la Cour fédérale du Canada en matière maritime et la déclaration doit être radiée en ce qui concerne B.C. Packers.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi sur le Canada de 1982*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(10), (12), (18), 101.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «droit maritime canadien» (mod. par L.C. 1990, ch. 8,

(2)(m), 23.

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221(1)(a).art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.4(2) (édicte, *idem*, art. 5), 22(1),(2)m), 23.*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 221(1)a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunt v. Carey Canada Inc., [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (F.C.A.); *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1; *Bornstein Seafoods Canada Ltd. v. Hutcheon* (1997), 140 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *Inter Atlantic Canada Ltd. v. Rio Cuyaguatete (The)*, 2001 FCT 306; [2001] F.C.J. No. 549 (T.D.) (QL); *Amirault v. Prince Nova (The)* (1998), 147 F.T.R. 133 (F.C.T.D.); *Transports Insurance Co. Inc. v. The Ship "Ondine" et al.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 745; 44 N.R. 630 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1982] 2 S.C.R. xi; *Joys v. M.N.R.*, [1996] 1 F.C. 149; (1995), 128 D.L.R. (4th) 385; 189 N.R. 175 (C.A.); *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471; *Quebec and Ontario Transportation Co. Ltd. v. The Incan St. Laurent*, [1979] 2 F.C. 834; (1979), 104 D.L.R. (3d) 139; 29 N.R. 39 (C.A.); affd [1980] 2 S.C.R. 242; (1980), 121 D.L.R. (3d) 510; 33 N.R. 528.

DISTINGUISHED:

Thompson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 10; 118 F.T.R. 269; 37 Imm. L.R. (2d) 9 (F.C.T.D.); *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.); *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1995] 2 F.C. 467; (1995), 123 D.L.R. (4th) 180; 29 Admin. L.R. (2d) 264; 24 C.C.L.T. (2d) 1; 179 N.R. 241 (C.A.); *Pakistan National Shipping Corp. v. Canada*, [1997] 3 F.C. 601; (1997), 212 N.R. 304 (C.A.); *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; (1990), 77 D.L.R. (4th) 25; [1991] 2 W.W.R. 195; 52 B.C.L.R. (2d) 187; 120 N.R. 109; *H. Smith Packing Corp. v. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489; 99 N.R. 54 (F.C.A.); *Kuhr v. The Friedrich Busse*, [1982] 2 F.C. 709; (1982), 134 D.L.R. (3d) 261 (T.D.).

REFERRED TO:

Queen v. Cognos Inc., [1993] 1 S.C.R. 87; (1993), 99 D.L.R. (4th) 626; 45 C.C.E.L. 153; 14 C.C.L.T. (2d) 113; 93 CLLC 14,019; 147 N.R. 169; 60 O.A.C. 1.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hunt c. Carey Canada Inc., [1990] 2 R.C.S. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Sweet c. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (C.A.F.); *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1; *Bornstein Seafoods Canada Ltd. c. Hutcheon* (1997), 140 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.); *Inter Atlantic Canada Ltd. c. Rio Cuyaguatete (Le)*, 2001 FCT 306; [2001] A.C.F. n° 549 (1^{re} inst.) (QL); *Amirault c. Prince Nova (Le)* (1998), 147 F.T.R. 133 (C.F. 1^{re} inst.); *Transports Insurance Co. Inc. c. Le navire «Ondine» et al.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 745; 44 N.R. 630 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1982] 2 R.C.S. xi; *Joys c. M.R.N.*, [1996] 1 C.F. 149; (1995), 128 D.L.R. (4th) 385; 189 N.R. 175 (C.A.); *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Liée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 9 N.R. 471; *Quebec and Ontario Transportation Co. Ltd. c. Le Incan St. Laurent*, [1979] 2 C.F. 834; (1979), 104 D.L.R. (3d) 139; 29 N.R. 39 (C.A.); conf. par [1980] 2 R.C.S. 242; (1980), 121 D.L.R. (3d) 510; 33 N.R. 528.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Thompson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 10; 118 F.T.R. 269; 37 Imm. L.R. (2d) 9 (C.F. 1^{re} inst.); *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.); *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1995] 2 C.F. 467; (1995), 123 D.L.R. (4th) 180; 29 Admin. L.R. (2d) 264; 24 C.C.L.T. (2d) 1; 179 N.R. 241 (C.A.); *Pakistan National Shipping Corp. c. Canada*, [1997] 3 C.F. 601; (1997), 212 N.R. 304 (C.A.); *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; (1990), 77 D.L.R. (4th) 25; [1991] 2 W.W.R. 195; 52 B.C.L.R. (2d) 187; 120 N.R. 109; *H. Smith Packing Corp. c. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489; 99 N.R. 54 (C.A.F.); *Kuhr c. Le Friedrich Busse*, [1982] 2 C.F. 709; (1982), 134 D.L.R. (3d) 261 (1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Queen c. Cognos Inc., [1993] 1 R.C.S. 87; (1993), 99 D.L.R. (4th) 626; 45 C.C.E.L. 153; 14 C.C.L.T. (2d) 113; 93 CLLC 14,019; 147 N.R. 169; 60 O.A.C. 1.

AUTHORS CITED

Meeson, Nigel. *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 2nd ed. London: LLP Professional Publications, 2000.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, Blais, 1998.

APPEAL from a Trial Division order (*Radil Bros. Fishing Co. v. Canada (Department of Fisheries and Oceans, Pacific Region)* (2000), 29 Admin. L.R. (3d) 159) allowing an appeal from a Prothonotary's order (*Radil Bros. Fishing Co. v. Canada (Department of Fisheries and Oceans, Pacific Region)* (1999), 175 F.T.R. 182) and striking out in its entirety the statement of claim in Court file T-382-99. Appeal allowed in part.

APPEARANCES:

J. Raymond Pollard for appellant.
Paul F. Partridge for respondent Her Majesty the Queen.
Murray B. Blok for respondent British Columbia Packers Limited.
David R. Brown for respondent Titan Fishing Ltd.

SOLICITORS OF RECORD:

Richard Buell Sutton, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Her Majesty the Queen.
Fasken Martineau Dumoulin, Vancouver, for respondent British Columbia Packers Limited.
Stikeman Elliott, Vancouver, for respondent Titan Fishing Ltd.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: This is an appeal from an order of McKeown J. (2000), 29 Admin. L.R. (3d) 159 (F.C.T.D.), allowing an appeal from an order of Prothonotary Hargrave (reported at (1999), 175 F.T.R. 182 (F.C.T.D.)) and striking out in its entirety the statement of claim in Court file T-382-99.

[2] The appeal illustrates once again the confusion that may arise from a misunderstanding of the system of parallel proceedings which the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] imposes on litigants where they

DOCTRINE

Meeson, Nigel. *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 2nd ed. London: LLP Professional Publications, 2000.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, Blais, 1998.

APPEL d'une ordonnance de la Section de première instance (*Radil Bros. Fishing Co. c. Canada (Ministère des Pêches et des Océans, Région du Pacifique)* (2000), 29 Admin. L.R. (3d) 159) autorisant un appel à l'encontre d'une ordonnance du protonotaire (*Radil Bros. Fishing Co. c. Canada (Ministère des Pêches et des Océans, Région du Pacifique)* (1999), 175 F.T.R. 182) et radiant en entier la déclaration du dossier T-382-99. Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU:

J. Raymond Pollard pour l'appelante.
Paul F. Partridge pour l'intimée Sa Majesté la Reine.
Murray B. Blok pour l'intimée British Columbia Packers Limited.
David R. Brown pour l'intimée Titan Fishing Ltd.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Richard Buell Sutton, Vancouver, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée Sa Majesté la Reine.
Fasken Martineau Dumoulin, Vancouver, pour l'intimée British Columbia Packers Limited.
Stikeman Elliott, Vancouver, pour l'intimée Titan Fishing Ltd.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Il s'agit d'un appel à l'encontre d'une ordonnance du juge McKeown (2000), 29 Admin. L.R. (3d) 159 (C.F. 1^{re} inst.) qui avait fait droit à un appel à l'encontre d'une ordonnance du protonotaire Hargrave (publiée à (1999), 175 F.T.R. 182 (C.F. 1^{re} inst.)) et avait radié dans son intégralité la déclaration portant le numéro du greffe T-382-99.

[2] L'appel illustre encore une fois la confusion qui peut résulter d'une incompréhension du système de procédures parallèles que la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] impose aux plaideurs lorsqu'ils

wish, on the one hand, to challenge the legality of a federal board's decision by an application for judicial review, and on the other hand, to seek damages from the Crown through an action in tort.

[3] The appeal also raises an interesting question as to the extent of the Federal Court's jurisdiction in maritime matters.

[4] To fully understand the reasons that follow, it is essential to have an extensive look at the facts as they are alleged in the statement of claim and the proceedings which are relevant to the issues raised in the appeal.

The facts as alleged in the statement of claim

[5] The action arises out of fishing licence transactions which involve the appellant (Radil), the Regional Director General of the Department of Fisheries and Oceans for the Pacific Region (the Minister), British Columbia Packers Limited (B.C. Packers) and Titan Fishing Ltd. (Titan).

[6] Radil was the owner, in 1993, of the fishing vessel *Seacrest*, an 86-foot vessel used to fish for groundfish in the Pacific Groundfish Trawl Fishery. Since 1976, a fishing licence was required in order to participate in the groundfish trawl fishery.

[7] A fishing licence is a document by which the Minister of Fisheries and Oceans (the Minister) grants permission to an individual, company or vessel to engage in the harvest of certain species of fish, subject to any conditions attached to the licence. A licence is issued for one year. A category "T" licence was required with respect to the groundfish trawl fishery. Commencing in or about 1986, and continuing until 1992, a category "T" licence together with validation tab 0008 (T8 licence) was issued to Radil with respect to the *Seacrest*.

[8] At all times material to the action, B.C. Packers held themselves out as offering administrative, financial and management services to the parties who fished for them and comprised their fishing fleet, including Radil. The services provided by B.C. Packers included: applying for fishing licences on behalf of the members of its fishing fleet and advising these members of changes to fishing regulations and fisheries management.

veulent d'une part contester la légalité de la décision d'un office fédéral par demande de contrôle judiciaire et d'autre part obtenir réparation de la Couronne par action délictuelle.

[3] L'appel soulève aussi une question intéressante sur l'étendue de la compétence de la Cour fédérale dans les matières maritimes.

[4] Pour bien comprendre les motifs qui suivent, il est essentiel d'examiner attentivement les faits tels qu'ils apparaissent dans la déclaration, ainsi que les procédures qui sont reliées aux questions soulevées dans l'appel.

Les faits tels qu'ils apparaissent dans la déclaration

[5] L'action découle d'opérations en matière de permis de pêche qui mettent en cause l'appelante (Radil), le directeur général régional du ministère des Pêches et des Océans pour la Région du Pacifique (le ministre), British Columbia Packers Limited (B.C. Packers) et Titan Fishing Ltd. (Titan).

[6] Radil était en 1993 la propriétaire du bateau de pêche *Seacrest*, un bateau de 86 pi utilisé pour pêcher le poisson de fond dans la zone de pêche au chalut du poisson de fond du Pacifique. Depuis 1976, il fallait un permis de pêche pour participer à la pêche au chalut du poisson de fond.

[7] Un permis de pêche est un document par lequel le ministre des Pêches et des Océans (le ministre) accorde à une personne, une entreprise ou un bateau l'autorisation de se livrer à la récolte de certaines espèces de poisson, sous réserve des conditions inscrites dans le permis. Un permis est délivré pour une année. Un permis de catégorie «T» était nécessaire pour la pêche au chalut du poisson de fond. À partir de 1986, et jusqu'en 1992, un permis de catégorie «T» accompagné d'une plaquette de validation 0008 (le permis T8) a été délivré à Radil pour le *Seacrest*.

[8] À toutes les époques pertinentes, la société B.C. Packers s'est présentée comme une entreprise offrant des services administratifs et financiers et des services de gestion aux parties qui pêchaient pour elle et se joignaient à sa flotte de pêche, notamment Radil. B.C. Packers offrait les services suivants: elle demandait les permis de pêche au nom des membres de sa flotte de pêche et elle informait les membres en question des

- [9] On January 13, 1993, B.C. Packers submitted to the Department of Fisheries and Oceans (Department) an application for the reissuance of licence T8 to Radil for the *Seacrest* for 1993. The licence was issued on January 22, 1993.
- [10] On June 7, 1993, Radil and B.C. Packers entered into an agreement whereby B.C. Packers agreed to transfer a category "A" licence (for salmon) to the *Seacrest* in consideration for payment of \$250,000 by Radil.
- [11] At that time, B.C. Packers owned or held licence T92, which was issued and placed on the fishing vessel *Pacific Eagle*, a vessel then owned by Polar Star Enterprises Ltd. and with whom B.C. Packers had an arrangement for the placement of the T92 licence.
- [12] At the time of the transfer of the "A" licence from B.C. Packers to Radil, B.C. Packers and the Department, without the knowledge or consent of Radil, purported to exchange licence T8 issued to Radil in respect of the *Seacrest* for licence T92 owned by B.C. Packers and issued in respect of the *Pacific Eagle*.
- [13] Radil paid B.C. Packers for the "A" licence and was advised by B.C. Packers on August 3, 1993, that the "A" licence had been transferred and issued by the Department in respect of the *Seacrest*.
- [14] Prior to the swap of licences T8 and T92, and unknown to Radil at the time, the Department represented to B.C. Packers that the swap would not impact on the catch history of the *Seacrest* for the purposes of calculating the individual vessel quota (IVQ) of the *Seacrest* and that the catch history of the *Seacrest* would remain with the *Seacrest* even though the licence had been swapped.
- [15] On May 25, 1995, the *Pacific Eagle*, together with licence T8, was sold to Titan.
- [16] On March 18, 1997, it was announced that a new Groundfish Trawl Fishery Management Plan that introduced IVQs in that fishery had been approved by the
- modifications apportées aux règlements de pêche et à la gestion des pêches.
- [9] Le 13 janvier 1993, B.C. Packers présentait au Ministère des Pêches et des Océans (le Ministère) une demande de délivrance d'un nouveau permis T8 à Radil pour le *Seacrest* pour l'année 1993. Le permis a été délivré le 22 janvier 1993.
- [10] Le 7 juin 1993, Radil et B.C. Packers concluaient une entente dans laquelle B.C. Packers s'engageait à transférer un permis de catégorie «A» (pour la pêche du saumon) au *Seacrest*, moyennant le versement par Radil d'une somme de 250 000 \$.
- [11] À l'époque, B.C. Packers possédait ou détenait un permis T92, qui avait été délivré et placé sur le bateau de pêche *Pacific Eagle*, un bateau qui appartenait alors à la société Polar Star Enterprises Ltd., avec laquelle B.C. Packers avait conclu un arrangement pour le placement du permis T92.
- [12] À l'époque du transfert du permis «A» de B.C. Packers à Radil, B.C. Packers et le Ministère auraient, sans la connaissance ou le consentement de Radil, échangé le permis T8 délivré à Radil à l'égard du *Seacrest* pour le permis T92 appartenant à B.C. Packers et délivré à l'égard du *Pacific Eagle*.
- [13] Radil a payé à B.C. Packers la somme convenue pour le permis «A» et fut informée par B.C. Packers le 3 août 1993 que le permis «A» avait été transféré et délivré par le Ministère à l'égard du *Seacrest*.
- [14] Avant l'échange des permis T8 et T92, et à l'insu de Radil à l'époque, le Ministère indiqua à B.C. Packers que l'échange serait sans effet sur les prises antérieures du *Seacrest* aux fins du calcul du contingent individuel du *Seacrest* et que les prises antérieures du *Seacrest* resteraient avec le *Seacrest* malgré l'échange du permis.
- [15] Le 25 mai 1995, le *Pacific Eagle* était vendu à Titan avec le permis T8.
- [16] Le 18 mars 1997, on annonça qu'un nouveau plan de gestion de la pêche au chalut du poisson de fond, un plan qui instituait des contingents individuels de bateau

Minister. The information used to generate the IVQ allocation for the *Seacrest* was mailed that very day to Radil.

[17] On receiving the letter of March 18, 1997, Radil first became aware that the “T” licence referred to as being held by Radil with respect to the *Seacrest* was T92 rather than T8 and that the IVQ of the *Seacrest* was calculated based on the catch history of the *Pacific Eagle* rather than the *Seacrest*. As a result, the *Seacrest* received a significantly lower IVQ than it would have, based on its own catch history.

The proceedings

[18] On February 4, 1998, Radil filed an originating notice of motion under section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Court Act* in the Federal Court of Canada, Trial Division (File No. T-192-98). It sought the following remedies (A.B., at pages 113-114):

- (a) an order of mandamus or in the nature of mandamus requiring the Respondent the Director General of the Department of Fisheries and Oceans, Pacific Region, to make a decision with regard to the issuance of licence “T” 0008 to the Applicant for the 1998-1999 fishery,
- (b) a declaration that the purported transfer of licence “T” 0008 on August 3, 1993, was unauthorized, illegal, invalid, or otherwise ineffective and that the Applicant is the rightful holder of the licence,
- (c) a declaration that the Applicant is entitled to the issued “T” licence 0008 for the 1998-1999 fishery and is entitled to the individual vessel quota issued to “T” licence 0008 in 1997.

[19] In February 1998, Titan brought a motion seeking an order striking out Radil’s application as an abuse of process or, in the alternative, to have the application treated and proceeded with as an action pursuant to subsection 18.4(2) [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act*. Campbell J. dismissed the application to strike but directed that the matter be treated and proceeded with as an action.

[20] On March 24, 1998, in order to comply with Campbell J.’s order, Radil filed a statement of claim in

dans cette pêche, avait été approuvé par le ministre. L’information utilisée pour établir le contingent du *Seacrest* fut postée ce même jour à Radil.

[17] À la lecture de la lettre du 18 mars 1997, Radil apprit que le permis «T» indiqué comme permis détenu par Radil pour le *Seacrest* était un permis T92 plutôt qu’un permis T8 et que le contingent individuel du *Seacrest* était calculé d’après les prises antérieures du *Pacific Eagle* et non d’après celles du *Seacrest*. Le *Seacrest* recevait donc un contingent nettement inférieur à celui qu’il aurait eu compte tenu de ses propres prises antérieures.

Les procédures

[18] Le 4 février 1998, Radil déposait devant la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada (n° du greffe T-192-98) un avis de requête introductive d’instance en vertu de l’article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale*. Elle demandait les mesures correctives suivantes (D.A., aux pages 113 et 114):

- a) une ordonnance de *mandamus* ou de la nature d’un *mandamus* obligeant l’intimé, le directeur général du ministère des Pêches et des Océans, Région du Pacifique, à prendre une décision quant à la délivrance du permis «T» 0008 au demandeur pour la pêche de 1998-1999,
- b) une déclaration selon laquelle le présumé transfert du permis «T» 0008 en date du 3 août 1993 était non autorisé, illégal, invalide ou inopérant de quelque autre manière, et que la demanderesse est le véritable titulaire du permis,
- c) une déclaration selon laquelle la demanderesse a droit au permis «T» 0008 délivré pour la pêche de 1998-1999 et a droit au contingent individuel de bateau accordé pour le permis «T» 0008 en 1997.

[19] En février 1998, Titan présentait une requête pour que soit rendue une ordonnance radiant la demande de Radil, qualifiée d’abus de procédure, ou, subsidiairement, pour que la demande de Radil soit instruite comme s’il s’agissait d’une action, conformément au paragraphe 18.4(2) [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le juge Campbell a rejeté la requête en radiation mais ordonné que la demande de Radil soit instruite comme s’il s’agissait d’une action.

[20] Le 24 mars 1998, pour se conformer à l’ordonnance du juge Campbell, Radil déposait une

T-192-98 whose prayer for relief reads as follows (A.B., at pages 123-124):

WHEREFORE THE PLAINTIFF CLAIMS AGAINST THE DEFENDANT, HER MAJESTY THE QUEEN, as represented by the DIRECTOR GENERAL OF THE DEPARTMENT OF FISHERIES AND OCEANS, PACIFIC REGION:

- (a) a declaration that the purported transfer of licence 'T' 0008 on August 3, 1993 was unauthorized, illegal, invalid, or otherwise ineffective and that the Plaintiff is the rightful holder of the licence,
- (b) a declaration that the Plaintiff is entitled to be issued licence 'T' 0008 and is entitled to the individual vessel quotas issued to licence 'T' 0008,
- (c) damages for loss of revenue which the Plaintiff has suffered and will suffer as a result of the substitution of licence 'T' 0092 for licence 'T' 0008,
- (d) general damages relating to the diminution in value between licence 'T' 0008 and 'T' 0092

...

WHEREFORE THE PLAINTIFF CLAIMS AGAINST THE DEFENDANT, BRITISH COLUMBIA PACKERS LIMITED:

- (a) damages for loss of revenue which the Plaintiff has suffered and will suffer as a result of the substitution of licence 'T' 0092 for licence 'T' 0008,
- (b) general damages relating to the diminution in value between licence 'T' 0008 and 'T' 0092

...

WHEREFORE THE PLAINTIFF CLAIMS AGAINST THE DEFENDANT, TITAN FISHING LTD.:

- (a) a declaration that the Plaintiff is entitled to be issued licence 'T' 0008 and is entitled to the individual vessel quotas issued to licence 'T' 0008,

[21] On September 28, 1998, Titan brought a motion for summary judgment dismissing the claim for relief against both the Crown and Titan. On November 30, 1998, Rouleau J. dismissed the motion for summary judgment but held that Radil was not entitled to include a claim for damages in the statement of claim as the conversion of a judicial review application into an action did not permit a party to seek new or additional relief than originally sought. On December 15, 1998, Radil

déclaration, n° du greffe T-192-98, dans laquelle la mesure corrective demandée était rédigée ainsi (D.A., aux pages 123 et 124):

[TRADUCTION]

PAR CONSÉQUENT LA DEMANDERESSE SOLLICITE CONTRE LA DÉFENDERESSE, SA MAJESTÉ LA REINE, représentée par le DIRECTEUR GÉNÉRAL DU MINISTÈRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS, RÉGION DU PACIFIQUE:

- a) une déclaration selon laquelle le présumé transfère du permis 'T' 0008 en date du 3 août 1993 était non autorisé, illégal, invalide ou inopérant de quelque autre manière, et que la demanderesse est le véritable titulaire du permis,
- b) une déclaration selon laquelle la demanderesse a droit au permis 'T' 0008 ainsi délivré et a droit aux contingents individuels de bateau accordés pour le permis 'T' 0008,
- c) des dommages-intérêts pour la perte de revenu que la demanderesse a subie et subira suite au remplacement du permis 'T' 0008 par le permis 'T' 0092,
- d) des dommages-intérêts généraux correspondant à l'écart de valeur entre le permis 'T' 0008 et le permis 'T' 0092.

[. . .]

PAR CONSÉQUENT LA DEMANDERESSE SOLLICITE CONTRE LA DÉFENDERESSE, BRITISH COLUMBIA PACKERS LIMITED:

- a) des dommages-intérêts pour la perte de revenu que la demanderesse a subie et subira suite au remplacement du permis 'T' 0008 par le permis 'T' 0092,
- b) des dommages-intérêts généraux correspondant à l'écart de valeur entre le permis 'T' 0008 et le permis 'T' 0092.

[. . .]

PAR CONSÉQUENT LA DEMANDERESSE SOLLICITE CONTRE LA DÉFENDERESSE, TITAN FISHING LTD.:

- a) une déclaration selon laquelle la demanderesse a droit au permis 'T' 0008 ainsi délivré et a droit aux contingents individuels de bateau accordés pour le permis 'T' 0008,

[21] Le 28 septembre 1998, Titan présentait une requête en jugement sommaire pour que soit rejeté le recours déposé contre la Couronne et contre Titan. Le 30 novembre 1998, le juge Rouleau rejetait la requête en jugement sommaire, mais décidait que Radil ne pouvait insérer dans la déclaration une demande de dommages-intérêts car le fait de convertir en action une demande de contrôle judiciaire n'autorisait pas une partie à exercer un recours autre que celui exercé à l'origine. Le 15

filed an amended statement of claim in T-192-98 in which it sought only the two following remedies (A.B., at page 144):

- (a) a declaration that the purported transfer of licence 'T' 0008 on August 3, 1993, was unauthorized, illegal, invalid, or otherwise ineffective and that the Plaintiff is the rightful holder of the licence,
- (b) a declaration that the Plaintiff is entitled to be issued licence 'T' 0008 and is entitled to the individual vessel quotas issued to licence 'T' 0008,

[22] On March 5, 1999, Radil filed a statement of claim in the Trial Division (file No. T-382-99) seeking the following remedies (A.B., at pages 91-92):

THE PLAINTIFF CLAIMS AGAINST THE DEFENDANT, HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA, as represented by the REGIONAL DIRECTOR-GENERAL OF THE DEPARTMENT OF FISHERIES AND OCEANS for the PACIFIC REGION:

- (a) a declaration that the purported transfer of licence 'T' 0008 in 1993, was unauthorized, illegal, invalid, or otherwise ineffective and that the Plaintiff is the rightful holder of the licence,
- (b) a declaration that the Plaintiff is entitled to be issued licence 'T' 0008 and is entitled to the Individual Vessel Quota issued to licence 'T' 0008,
- (c) in the alternative, a declaration that the Plaintiff is entitled to the Individual Vessel Quota based on the catch history of the "SEACREST",
- (d) damages for loss of revenue which the Plaintiff has suffered and will suffer as a result of the substitution of licence 'T' 0092 for licence 'T' 0008,
- (e) general damages relating to the diminution in value between licence 'T' 0008 and 'T' 0092

...

THE PLAINTIFF CLAIMS AGAINST THE DEFENDANT, BRITISH COLUMBIA PACKERS LIMITED:

- (a) damages for loss of revenue which the Plaintiff has suffered and will suffer as a result of the substitution of licence 'T' 0092 for licence 'T' 0008,
- (b) general damages relating to the diminution in value between licence 'T' 0008 and 'T' 0092

...

décembre 1998, Radil déposait une déclaration modifiée, n° du greffe T-192-98, dans laquelle elle ne sollicitait que les deux formes de réparation suivantes (D.A., à la page 144):

- a) une déclaration selon laquelle le présumé transfert du permis 'T' 0008 en date du 3 août 1993 était non autorisé, illégal, invalide et inopérant de quelque autre manière, et que la demanderesse est le titulaire véritable du permis,
- b) une déclaration selon laquelle la demanderesse a droit au permis 'T' 0008 ainsi délivré et a droit aux contingents individuels de bateau accordés pour le permis 'T' 0008,

[22] Le 5 mars 1999, Radil déposait une déclaration devant la Section de première instance (n° du greffe T-382-99) dans laquelle elle sollicitait les réparations suivantes (D.A., aux pages 91 et 92):

LA DEMANDERESSE SOLLICITE CONTRE LA DÉFENDEESSE, SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA, représentée par le DIRECTEUR GÉNÉRAL RÉGIONAL DU MINISTÈRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS pour la RÉGION DU PACIFIQUE:

- a) une déclaration selon laquelle le présumé transfert du permis 'T' 0008 en 1993 était non autorisé, illégal, invalide ou inopérant de quelque autre manière, et que la demanderesse est le titulaire véritable du permis,
- b) une déclaration selon laquelle la demanderesse a droit au permis 'T' 0008 ainsi délivré et a droit au contingent individuel de bateau accordé pour le permis 'T' 0008,
- c) subsidiairement, une déclaration selon laquelle la demanderesse a droit au contingent individuel de bateau établi d'après les prises antérieures du «SEACREST»,
- d) des dommages-intérêts pour la perte de revenu que la demanderesse a subie et subira suite au remplacement du permis 'T' 0008 par le permis 'T' 0092,
- e) des dommages-intérêts généraux correspondant à l'écart de valeur entre le permis 'T' 0008 et le permis 'T' 0092.

[. . .]

LA DEMANDERESSE SOLLICITE CONTRE LA DÉFENDEESSE, BRITISH COLUMBIA PACKERS LIMITED:

- a) des dommages-intérêts pour la perte de revenu que la demanderesse a subie et subira suite au remplacement du permis 'T' 0008 par le permis 'T' 0092,
- b) des dommages-intérêts généraux correspondant à l'écart de valeur entre le permis 'T' 0008 et le permis 'T' 0092.

[. . .]

THE PLAINTIFF CLAIMS AGAINST THE DEFENDANT, TITAN FISHING LTD.:

- (a) a declaration that the Plaintiff is entitled to be issued licence 'T' 0008 and is entitled to the individual vessel quota issued to licence 'T' 0008,

[23] On March 17, 1999, Radil filed an identical action in the Supreme Court of British Columbia (File C-99-1428).

[24] On June 8, 1999, the Queen filed a motion for an order setting aside, striking out or summarily dismissing the statement of claim in T-382-99 or, in the alternative, staying the proceeding as Radil has brought an identical action in respect of the same claim in the Supreme Court of British Columbia.

[25] On June 16, 1999, Prothonotary Hargrave made the following order (A.B., at pages 58-59):

1. The onus on a party seeking to strike out a statement of claim is a heavy one. Moreover, a proceeding ought not to be struck out if there is a scintilla of a chance that an amendment might be successful. The motion is denied and the action shall not be struck out, provided the Plaintiff amends the Statement of Claim within 14 days, to add to the pleading, as it stands, grounds upon which the Minister's discretionary decision might be challenged, grounds which might include malfeasance, or grounds similar to those set out in *Thompson v. MCI* (1997), 37 Imm.L.R. (2d) 9 at 15-16 (T.D.) or in *Williams v. Canada* (1997), 212 N.R. 63 at 71 (F.C.A.);
2. The motion for a stay is denied;

He issued his reasons on July 12, 1999 [(1999), 175 F.T.R. 82, *supra*, paragraphe 1].

[26] Also on June 16, 1999, Prothonotary Hargrave ordered that the action in files T-192-98 and T-382-99 "be heard at the same time, or one immediately following after the other, as the trial judge may determine" (A.B., at page 60).

[27] On June 25, 1999, Radil, in compliance with the Prothonotary's order, filed an amended statement of claim, the content of which I will ignore for the purposes of this appeal since, on the same day, the Crown ap-

LA DEMANDERESSE SOLLICITE CONTRE LA DÉFENDEUSE, TITAN FISHING LTD.:

- a) une déclaration selon laquelle la demanderesse a droit au permis 'T' 0008 ainsi délivré et a droit au contingent individuel de bateau accordé pour le permis 'T' 0008,

[23] Le 17 mars 1999, Radil déposait une action identique devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique (n° du greffe C-99-1428).

[24] Le 8 juin 1999, Sa Majesté la Reine déposait une requête pour que soit rendue une ordonnance annulant, radiant ou rejetant sommairement la déclaration dans la cause T-382-99 ou, subsidiairement, suspendant l'instance puisque Radil avait déposé un recours identique pour la même cause d'action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

[25] Le 16 juin 1999, le protonotaire Hargrave rendait l'ordonnance suivante (D.A., aux pages 58 et 59):

[TRADUCTION]

1. La partie qui veut faire radier une déclaration doit s'acquitter d'une lourde tâche. De plus, une instance ne devrait pas être radiée si une modification a des chances, fussent-elles minimes, d'aboutir. La requête est rejetée et l'action ne sera pas radiée, à condition que la demanderesse modifie la déclaration dans un délai de 14 jours, pour ajouter à l'acte de procédure, dans sa forme actuelle, les moyens susceptibles de fonder une contestation de la décision discrétionnaire du ministre, moyens qui pourront englober la prévarication, ou qui pourront s'apparenter à ceux énoncés dans la décision *Thompson c. MCI* (1997), 37 Imm.L.R. (2d) 9, pages 15-16 (1^{re} inst.) ou dans l'arrêt *Williams c. Canada* (1997), 212 N.R. 63, page 71 (C.A.F.);
2. La requête en suspension est rejetée;

Il a communiqué ses motifs le 12 juillet 1999 [(1999), 175 F.T.R. 182, *supra*, paragraphe 1].

[26] Également le 16 juin 1999, le protonotaire Hargrave ordonnait que les actions, n^{os} du greffe T-192-98 et T-382-99, [TRADUCTION] «soient instruites simultanément, ou l'une immédiatement après l'autre, selon que le juge du procès en décidera» (D.A., à la page 60).

[27] Le 25 juin 1999, Radil, se conformant à l'ordonnance du protonotaire, déposait une déclaration modifiée, dont j'ignorerai le contenu aux fins du présent appel puisque, le même jour, la Couronne faisait appel

pealed the order of the Prothonotary and it is this appeal which is now before this Court.

[28] On November 17, 2000, McKeown J. allowed the appeal and struck out the statement of claim in T-382-99. This appeal is with respect to McKeown J.'s order.

[29] Mr. McEwen, whose first appearance in this matter was in the appeal before us, argued for the appellant Radil. He does not question the part of McKeown J.'s order which strikes out the totality of the declaratory relief sought in the statement of claim. The appeal must therefore be dismissed at least in that regard.

[30] The issues that remain to be decided in this appeal are the following: (1) Is there a reasonable cause of action against the Crown? (2) Does the Federal Court of Canada have jurisdiction with respect to the claim against B.C. Packers? (3) If question (1) or (2) is answered in the affirmative, should a stay be ordered?

The appeal against Titan

[31] Radil having abandoned at the hearing of the appeal all declaratory relief, there is no longer any relief sought against Titan. The appeal with respect to Titan should therefore be dismissed with costs.

A reasonable cause of action against the Crown

[32] Motions under paragraph 221(1)(a) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] to strike out statements of claims as disclosing no reasonable cause of action are only to be granted if it is plain and obvious, assuming the facts as stated in the statement of claim can be proved, that the plaintiff has no chance of success (see *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1999] 2 S.C.R. 959). It is not an easy burden to satisfy.

[33] In addition, in cases where, as here, relief has to be sought in parallel proceedings because of the unusual requirements of the *Federal Court Act*, the Court may be more disposed to allow a party to make amendments of a wider nature to a statement of claim than it might otherwise be (see *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (F.C.A.)).

de l'ordonnance du protonotaire, et c'est de cet appel dont la Cour est aujourd'hui saisie.

[28] Le 17 novembre 2000, le juge McKeown accueillait l'appel et radiait la déclaration dans le dossier T-382-99. Le présent appel concerne l'ordonnance du juge McKeown.

[29] M. McEwen, dont la première comparution en l'espèce a eu lieu dans l'appel dont nous sommes saisis, a plaidé pour l'appelante Radil. Il ne conteste pas la partie de l'ordonnance du juge McKeown qui a pour effet de radier la totalité de la demande de jugement déclaratoire apparaissant dans la déclaration. L'appel doit donc être rejeté, à tout le moins pour cet aspect.

[30] Les points qu'il faut encore décider dans le présent appel sont les suivants: 1) Y a-t-il une cause d'action valable contre la Couronne? 2) La Cour fédérale du Canada a-t-elle compétence pour statuer sur le recours déposé contre B.C. Packers? 3) S'il est répondu à la question 1) ou 2) par l'affirmative, une suspension devrait-elle être ordonnée?

L'appel formé contre Titan

[31] Radil ayant abandonné à l'audition de l'appel toute demande de jugement déclaratoire, plus aucun recours n'est maintenant déposé contre Titan. L'appel concernant Titan devrait donc être rejeté, avec dépens.

Une cause d'action valable contre la Couronne

[32] Les requêtes en radiation de déclarations selon l'alinéa 221(1)a des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] pour le motif qu'elles ne révèlent aucune cause d'action valable ne peuvent être accordées que s'il est manifeste et évident, dans la mesure où les faits énoncés dans la déclaration peuvent être prouvés, que le demandeur ne peut avoir gain de cause (voir l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1999] 2 R.C.S. 959). Il s'agit là d'un mur difficile à franchir.

[33] De plus, dans les cas où, comme celui-ci, un recours doit être déposé dans une instance parallèle à cause des exigences inusitées de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour sera parfois plus encline qu'elle ne le serait autrement à permettre à une partie de modifier plus largement une déclaration (voir l'arrêt *Sweet c. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (C.A.F.)).

[34] Both the Prothonotary and the Motions Judge appear to have misunderstood the true nature of the cause of action alleged by Radil in its claim for damages against the Crown.

[35] The Prothonotary seemed to be of the view that the cause of action was “the way in which he [the Minister] calculated the IVQ” (at paragraph 35 of his reasons), which led him in his order to allow amendments on “grounds which might include malfeasance, or grounds similar to those set out in *Thompson v. MCI* (1997), 37 Imm.L.R. (2d) 9 at 15-16 (T.D.) or in *Williams v. Canada* (1997), 212 N.R. 63 at 71 (F.C.A.)” (see paragraph 25, *supra*). This, clearly, was a misdirection. Both these cases dealt with applications for judicial review, not with actions in tort, and malfeasance was not a cause of action relied upon by Radil.

[36] The Motions Judge, in turn, seems to have based his decision on the understanding that the cause of action was the illegality of the decision of the Minister, rather than the duty of care owed to Radil by the Minister or his officers whatever the legality of the decision. In relying on the decision of this Court in *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1995] 2 F.C. 467, to find that the opportunity given to Radil to seek judicial review of the Minister's decision negated the duty of care, the Motions Judge went beyond what was actually said by Stone J.A., at page 488:

... the availability of adequate administrative law remedies by way of judicial review is a consideration to be taken into account under the second branch of the *Anns* [*Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)] test in deciding whether the scope of *prima facie* duty of care should be negated in the circumstances of this case. [My emphasis.]

[37] It is premature, at this early stage of the proceedings, to conclude that Radil has no chance, with appropriate amendments, to demonstrate that the alleged negligent misrepresentation was part of an operational, as opposed to policy decision, that there was a *prima facie* duty of care and that the scope of the duty was not, in the circumstances, to be negated or limited. Radil

[34] Le protonotaire et le juge des requêtes semblent tous deux ne pas avoir très bien compris la véritable nature de la cause d'action alléguée par Radil dans sa demande de dommages-intérêts contre la Couronne.

[35] Le protonotaire semble avoir exprimé l'avis que la cause d'action était «de la façon dont il [le ministre] a calculé le QIP» (au paragraphe 35 de ses motifs), ce qui l'a conduit dans son ordonnance à autoriser des modifications par ajout de [TRADUCTION] «moyens qui pourront englober la prévarication, ou qui pourront s'apparenter à ceux énoncés dans la décision *Thompson c. MCI* (1997), 37 Imm.L.R. (2d) 9, pages 15-16 (1^{re} inst.) ou dans l'arrêt *Williams c. Canada* (1997), 212 N.R. 63, page 71 (C.A.F.)» (voir le paragraphe 25 des présents motifs). C'était là manifestement faire fausse route. Dans ces deux précédents, il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire, non d'actions délictuelles, et la prévarication n'était pas une cause d'action invoquée par Radil.

[36] Le juge des requêtes semble quant à lui avoir fondé sa décision sur l'idée que la cause d'action était l'illégalité de la décision du ministre, plutôt que l'obligation de diligence du ministre ou de ses représentants envers Radil, quelle que soit la légalité de la décision. S'appuyant sur l'arrêt de la Cour fédérale dans l'affaire *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1995] 2 C.F. 467, pour conclure que la possibilité donnée à Radil de demander le contrôle judiciaire de la décision du ministre annulait l'obligation de diligence, le juge des requêtes est allé au-delà des propos du juge Stone, à la page 488:

[...] la disponibilité de recours adéquats en droit administratif par voie de contrôle judiciaire doit être prise en considération à la lumière du second volet du critère énoncé dans *Anns* [*Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)] lorsqu'il s'agit de décider si la portée d'une obligation de diligence *prima facie* devrait être rejetée dans les circonstances de l'espèce. [Non souligné dans l'original.]

[37] Il est prématuré à ce stade initial de l'instance de conclure que Radil n'a aucun moyen, avec les modifications adéquates, de prouver que la présumée déclaration inexacte entachée de négligence s'inscrivait dans une décision opérationnelle et non une décision de principe, qu'il y avait *prima facie* une obligation de diligence et que la portée de l'obligation ne devait pas, eu égard aux

has a steep hill to climb, but it cannot, at this stage, be said that it cannot be done.

[38] The Prothonotary committed no reviewable error when he allowed the action to go on with appropriate amendments. He erred, however, when he went on to allow the amendments on grounds of malfeasance or on grounds similar to those associated with judicial review proceedings. He should, instead, have invited Radil to make amendments that would plead in more explicit terms negligent misrepresentation by a servant of the Crown and would open the door to findings with respect to the five general requirements listed by the Supreme Court of Canada in *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, at page 110, i.e.:

The required elements for a successful *Hedley Byrne* claim have been stated in many authorities, sometimes in varying forms. The decisions of this Court cited above suggest five general requirements: (1) there must be a duty of care based on a "special relationship" between the representor and the representee; (2) the representation in question must be untrue, inaccurate, or misleading; (3) the representor must have acted negligently in making said misrepresentations; (4) the representee must have relied, in a reasonable manner, on said negligent misrepresentation; and (5) the reliance must have been detrimental to the representee in the sense that damages resulted. In the case at bar, the trial judge found that all elements were present and allowed the appellant's claim.

[39] I would allow the appeal with respect to the claim in damages against the Crown and order that the statement of claim filed in Court file T-382-99 on March 5, 1999 and the amended statement of claim filed on June 25, 1999 be struck out, but with leave to file a re-amended statement of claim in accordance with these reasons and within 14 days of the date of the judgment in this appeal.

The claim in damages against B.C. Packers: does the Federal Court have jurisdiction?

[40] In its motion to strike out the statement of claim, the Crown alleged the following ground (A.B., at page 33):

circonstances, être rejetée ou restreinte. La tâche qui attend Radil est ardue, mais l'on ne saurait dire à ce stade qu'elle est impossible à accomplir.

[38] Le protonotaire n'a commis aucune erreur sujette à révision lorsqu'il a permis que l'action subsiste avec les modifications nécessaires. Il a commis cependant une erreur lorsqu'il a autorisé ensuite les modifications fondées sur des moyens pouvant englober la prévarication ou sur des moyens semblables à ceux qui intéressent les procédures de contrôle judiciaire. Au lieu de cela, il aurait dû inviter Radil à faire des modifications propres à alléguer, d'une manière plus explicite, la fausse déclaration négligente d'un préposé de la Couronne, et propres à ouvrir la porte à des conclusions au regard des cinq conditions générales énumérées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, à la page 110 savoir:

Les éléments requis, pour qu'il soit fait droit à une demande fondée sur l'arrêt *Hedley Byrne*, ont été énoncés dans de nombreux arrêts, parfois sous diverses formes. Les arrêts précités de notre Cour donnent à penser qu'il existe cinq conditions générales: (1) il doit y avoir une obligation de diligence fondée sur un «lien spécial» entre l'auteur et le destinataire de la déclaration; (2) la déclaration en question doit être fausse, inexacte ou trompeuse; (3) l'auteur doit avoir agi d'une manière négligente; (4) le destinataire doit s'être fié d'une manière raisonnable à la déclaration inexacte faite par négligence, et (5) le fait que le destinataire s'est fié à la déclaration doit lui être préjudiciable en ce sens qu'il doit avoir subi un préjudice. En l'espèce, le juge de première instance a conclu que tous les éléments étaient présents et a fait droit à la demande de l'appelant.

[39] J'accueillerais l'appel pour ce qui est de la demande de dommages-intérêts contre la Couronne, et j'ordonnerais que la déclaration déposée dans le dossier T-382-99, le 5 mars 1999, ainsi que la déclaration modifiée déposée le 25 juin 1999, soient radiées, mais avec autorisation de déposer une déclaration de nouveau modifiée, en conformité avec les présents motifs, et dans un délai de 14 jours après la date du jugement rendu dans cet appel.

La demande de dommages-intérêts contre B.C. Packers: La Cour fédérale est-elle compétente?

[40] Dans sa requête en radiation de la déclaration, la Couronne invoquait le moyen suivant (D.A., à la page 33):

(f) the pleading fails to disclose a reasonable cause of action and is otherwise an abuse of the process of the court as beyond the jurisdiction of the court pursuant to the *Federal Court Act* insofar as the claims in the nature of negligence, fraud, fiduciary or otherwise seeking relief in damages, interest and costs as against the defendant, British Columbia Packers Limited:

[41] Neither the Prothonotary nor the Motions Judge addressed that issue.

[42] Counsel for the Crown submits that the Federal Court has no jurisdiction to hear private law claims based on fraud, negligence and fiduciary duty against B.C. Packers. Essentially, the argument goes, the claim by Radil against B.C. Packers cannot be qualified as being based on Canadian maritime law.

[43] It is settled law that, in order for the Federal Court to have jurisdiction, (1) there must be a statutory grant of jurisdiction by Parliament; (2) there must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case which nourishes the statutory grant of jurisdiction; and (3) the law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] (see *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766, per McIntyre J.).

[44] Subsection 22(1) of the *Federal Court Act* reads as follows:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

[45] “Canadian maritime law”, in turn, is defined as follows in subsection 2(1):

[TRADUCTION]

f) l’acte de procédure ne révèle pas une cause d’action valable et constitue par ailleurs un abus de la procédure de la cour car il déborde la compétence de la cour selon la *Loi sur la Cour fédérale*, dans la mesure où la demande allègue la négligence, la fraude, la rupture du lien fiduciaire ou autrement, en vue de faire condamner la défenderesse, British Columbia Packers Limited, à verser une réparation, avec intérêts et dépens:

[41] Ni le protonotaire ni le juge des requêtes n’ont examiné cet aspect.

[42] L’avocat de la Couronne affirme que la Cour fédérale n’a pas compétence pour statuer sur des demandes de droit privé fondées sur la fraude, la négligence et l’obligation fiduciaire à l’encontre de B.C. Packers. Essentiellement, selon cet argument, la demande de Radil contre B.C. Packers ne peut être considérée comme une demande fondée sur le droit maritime canadien.

[43] Il est bien établi en droit que, pour que la Cour fédérale soit compétente, 1) il doit y avoir attribution législative de compétence par le Parlement, 2) il doit exister un ensemble de règles juridiques fédérales qui permettent de disposer de l’affaire et qui confirment l’attribution législative de compétence, et 3) la loi sur laquelle l’affaire est fondée doit être «une loi du Canada» selon l’expression employée dans l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] (voir *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766, le juge McIntyre).

[44] Le paragraphe 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* est ainsi rédigé:

22. (1) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas—opposant notamment des administrés—où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

[45] L’expression «droit maritime canadien» est définie quant à elle comme il suit au paragraphe 2(1):

2. (1) . . .

“Canadian maritime law” means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament;

[46] For subsection 22(1) to apply, the relief must be sought under either Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping. I shall deal first with the latter.

[47] “The class of subject” of “Navigation and Shipping” is precisely that enumerated in section 91(class 10) of the *Constitution Act, 1867*. That class of subject is to be contrasted with that of “Sea Coast and Inland Fisheries” found in section 91 (class 12). No authority has been quoted for the proposition that federal laws pertaining to fisheries could be equated, for the purposes of subsection 22(1) of the *Federal Court Act*, with laws pertaining to navigation and shipping. Clearly, the federal laws at issue in this part of the appeal (the claim of Radil against B.C. Packers), should there be any, would be laws relating to fisheries, not laws relating to navigation and shipping. I am not prepared to hold that a matter which falls under a class of subject listed in section 91 other than the one listed in section 91 (class 10) may be found, for the purposes of interpreting subsection 22(1) of the *Federal Court Act*, to fall also under section 91 (class 10) of the *Constitution Act, 1867*.

[48] It is sufficient to look at section 23 of the Act, which confers jurisdiction on the Federal Court “in relation to any matter coming within any of the following classes of subjects, namely (a) bills of exchange and promissory notes, where the Crown is a party to the proceedings; (b) aeronautics; and (c) works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province” to be satisfied

2. (1) [. . .]

«droit maritime canadien» Droit—compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale—dont l’application relevait de la Cour de l’Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l’Amirauté, aux termes de la *Loi sur l’Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d’amirauté.

[46] Pour que le paragraphe 22(1) soit applicable, le recours doit être exercé soit en vertu du droit maritime canadien, soit en vertu d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande. J’examinerai d’abord ce dernier aspect.

[47] La catégorie «navigation ou marine marchande» est précisément celle qui figure à la catégorie 10 de l’article au paragraphe 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette catégorie doit être mise en contraste avec celle des «pêcheries des côtes de la mer et de l’intérieur», au catégorie 12, de l’article 91. Aucun précédent n’a été avancé au soutien de la proposition selon laquelle les lois fédérales se rapportant aux pêches pourraient être assimilées, pour l’application du paragraphe 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, aux lois se rapportant à la navigation et à la marine marchande. Manifestement, les lois fédérales en question dans cette partie de l’appel (la demande de Radil contre B.C. Packers), à supposer qu’il en existe, seraient des lois se rapportant aux pêches, non des lois se rapportant à la navigation et à la marine marchande. Je ne suis pas disposé à dire qu’une matière qui relève d’une catégorie énumérée à l’article 91, autre que la catégorie 10 de l’article, peut être considérée, pour l’interprétation du paragraphe 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, comme une catégorie relevant également de la catégorie 10, de l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[48] Il suffit de considérer l’article 23 de la Loi, qui confère à la Cour fédérale une compétence «en matière a) de lettres de change et billets à ordre lorsque la Couronne est partie aux procédures; b) d’aéronautique; c) d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province», pour être persuadé que, lorsque le Parlement parle d’une catégorie énumérée à l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de*

that when Parliament refers to one class of subject enumerated in section 91 of the *Constitution Act, 1867*, it refers to that class only, and even then, not necessarily to the whole of the class, as in the case of “Bills of Exchange and Promissory Notes” (section 91 (class 18)), where the Federal Court is given jurisdiction only when the Crown is a party to the proceedings.

[49] Is the matter at issue a matter of “Canadian maritime law”?

[50] What is at issue here is a claim in tort by the owner of a fishing vessel against his agent for failure to ensure a proper transfer of fishing licences by the Department of Fisheries and Oceans.

[51] The expression “Canadian maritime law” was given a broad meaning by McIntyre J. in *ITO* (at pages 774-776):

I would agree that the historical jurisdiction of the Admiralty courts is significant in determining whether a particular claim is a maritime matter within the definition of Canadian maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*. I do not go so far, however, as to restrict the definition of maritime and admiralty matters only to those claims which fit within such historical limits. An historical approach may serve to enlighten, but it must not be permitted to confine. In my view the second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law was adopted for the purpose of assuring that Canadian maritime law would include an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. As such, it constitutes a statutory recognition of Canadian maritime law as a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. Those matters are not to be considered as having been frozen by *The Admiralty Act, 1934*. On the contrary, the words “maritime” and “admiralty” should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*. I am aware in arriving at this conclusion that a court, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, must avoid encroachment on what is in “pith and substance” a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. It is important, therefore, to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence.

1867, il ne parle que de cette catégorie, et encore pas nécessairement de l'ensemble de la catégorie, comme c'est le cas des «lettres de change et les billets promissaires» (catégorie 18 de l'article 91), pour lesquels la Cour fédérale n'a compétence que lorsque la Couronne est partie aux procédures.

[49] La matière en litige relève-t-elle du «droit maritime canadien»?

[50] Ce dont il s'agit ici, c'est d'une action délictuelle introduite par le propriétaire d'un bateau de pêche contre son mandataire qui n'aurait pas veillé à ce que le ministère des Pêches et des Océans procède à un transfert valide des permis de pêche.

[51] L'expression «droit maritime canadien» a été interprétée libéralement par le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO* (aux pages 774 à 776):

Je suis d'accord pour dire que la compétence historique des cours d'amirauté est importante pour déterminer si une demande particulière est une matière maritime au sens qu'en donne la définition du droit maritime canadien que l'on trouve à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je n'irais pas cependant jusqu'à limiter la définition de matière maritime et d'amirauté aux seules demandes qui cadrent avec ces limites historiques. Une méthode historique peut servir à éclairer, mais ne serait autorisée à limiter. À mon avis, la seconde partie de la définition que donne l'article 2 du droit maritime canadien a été adoptée afin d'assurer que le droit maritime canadien comprenne une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. À ce titre, elle constitue une reconnaissance légale du droit maritime canadien comme ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d'amirauté. On ne saurait considérer ces matières comme ayant été figées par la *Loi d'amirauté, 1934*. Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. En réalité, l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je n'ignore pas, en tirant cette conclusion, que la cour, en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l'art. 92 *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.

...

It is clear, in my view, that such incidental storage by the carrier itself or by a third party under contract to the carrier is also a matter of maritime concern by virtue of the “close, practical relationship of the terminal operation to the performance of the contract of carriage” (*per* Le Dain J. in the Court of Appeal). It may then be concluded that cargo-handling and incidental storage before delivery and before the goods pass from the custody of a terminal operator within the port area is sufficiently linked to the contract of carriage by sea to constitute a maritime matter within the ambit of Canadian maritime law, as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*.

At the risk of repeating myself, I would stress that the maritime nature of this case depends upon three significant factors. The first is the proximity of the terminal operation to the sea, that is, it is within the area which constitutes the port of Montreal. The second is the connection between the terminal operator’s activities within the port area and the contract of carriage by sea. The third is the fact that the storage at issue was short-term pending final delivery to the consignee. In my view, it is these factors, taken together, which characterize this case as one involving Canadian maritime law.

[52] In *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779, Iacobucci J. said the following (at pages 797-801):

Indeed, I agree with Hugessen J.A. when he said that the “connecting factors”, as I have called them, to maritime law in this case are stronger than they were in *ITO* itself.

...

To conclude on this first point, many of the undertakings in the telex relate to a contract of carriage, which is, in my view, clearly a maritime matter within the scope of maritime law. However, under the *ITO* reasoning of McIntyre J., it is not enough to show that maritime undertakings are involved, rather it must be shown that the specific claims advanced are integrally connected to maritime matters because if they are so connected to the sale of goods, they will be governed, as Island argues, by the provisions of the *Sale of Goods Act* of Prince Edward Island.

...

Similarly with the claim for demurrage, its maritime character, as Pratte J.A. found, cannot be denied. Demurrage relates directly to the discharge of a vessel’s cargo, again in this case finding its source in the contract of carriage aspects of the agreement entered into between the parties. The nature and scope of demurrage is clearly a topic that is defined and informed by maritime law considerations.

[. . .]

Il est clair, à mon sens, que cet entreposage accessoire par le transporteur lui-même, ou par un tiers lié par contrat avec le transporteur, est aussi une affaire d’intérêt maritime en vertu du «rapport étroit existant en pratique entre le transit et l’exécution du contrat de transport» (le juge Le Dain en Cour d’appel). On peut donc conclure que la manutention et l’entreposage accessoire, avant la livraison et pendant que la marchandise reste sous la garde d’un acconier dans la zone portuaire, est suffisamment liée au contrat de transport maritime pour constituer une affaire maritime qui relève du droit maritime canadien, au sens de l’art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Au risque de me répéter, je tiens à souligner que la nature maritime de l’espèce dépend de trois facteurs importants. Le premier est le fait que les activités d’acconage se déroulent à proximité de la mer, c’est-à-dire dans la zone qui constitue le port de Montréal. Le second est le rapport qui existe entre les activités de l’acconier dans la zone portuaire et le contrat de transport maritime. Le troisième est le fait que l’entreposage en cause était à court terme en attendant la livraison finale des marchandises au destinataire. À mon avis, ce sont ces facteurs qui, pris ensemble, permettent de caractériser la présente affaire comme mettant en cause du droit maritime canadien.

[52] Dans l’arrêt *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779, le juge Iacobucci s’est exprimé ainsi (aux pages 797 à 801):

En effet, je suis d’accord avec le juge Hugessen, lorsqu’il dit que les «facteurs de liaison», comme je les ai appelés, avec le droit maritime en l’espèce sont considérablement plus forts que ceux que l’on trouve dans l’arrêt *ITO*.

[. . .]

Pour en terminer avec ce premier point, un grand nombre des engagements constatés par le télex ont trait à un contrat de transport, qui est à mon sens clairement une affaire maritime ressortissant au droit maritime. Cependant, selon le raisonnement suivi par le juge McIntyre dans l’arrêt *ITO*, il ne suffit pas de démontrer l’existence d’engagements de caractère maritime, encore faut-il prouver que les revendications elles-mêmes sont entièrement liées aux affaires maritimes car si elles sont liées de cette façon à la vente de marchandises, elles seront régies, comme le soutient Island, par les dispositions de la *Sale of Goods Act* de l’Île-du-Prince-Édouard.

[. . .]

Il en va de même pour la demande de surestaries; son caractère maritime, comme l’a conclu le juge Pratte, ne saurait être nié. En effet, la surestarie a directement trait au déchargement de la cargaison d’un navire, activité qui procède aussi en l’espèce des modalités de l’entente entre les parties propres au contrat de transport. La nature et l’étendue des surestaries est clairement un sujet défini et précisé par des considérations touchant au droit maritime.

In my view, the activity of employing shore cranes to discharge a ship's cargo has even more of a proximity with a contract of carriage and maritime matters than the short-term storage of goods was found to have by McIntyre J. in *ITO*.

In short, the underlying activity to which the claims of Monk relate was the discharge of cargo, which was an obligation on Island arising from the contract of carriage aspects of the agreement between the parties and which had a maritime character.

...

The maritime character of the claims is not diminished by the fact that Monk was the seller of the urea and Island was the purchaser with no privity between Island and the owners of the vessel *Super Spirit*. Island assumed a maritime obligation—the discharge of cargo—in connection with the sale and purchase of the urea. It is that maritime obligation that is the foundation for the claims by Monk. Parties can assume maritime obligations governed by maritime law even though they may not formally be parties to a charter-party or even a contract of carriage by sea. What is important for purposes of maritime law jurisdiction is that their claim be integrally connected with maritime matters.

Finally, I would say that the claims of Monk are maritime in character and are not in any way an encroachment of what is in “pith and substance” a matter falling within s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. The claims here advanced do not in my view have as their foundation or source sale of goods elements of the telex arrangement between Monk and Island and therefore are not within the provincial scope of property and civil rights or within any other heading of s. 92.

I should also like to add that the approach I have taken in this matter corresponds with McIntyre J.’s urging that the terms “maritime” and “admiralty” should be interpreted within the modern context of commerce and shipping and should not be static or frozen. Such terms should rather be capable of adjusting to evolving circumstances unencumbered by rigid doctrinal categorization and historical straitjackets. [My emphasis.]

[53] I do not read *ITO* and *Monk* as suggesting that the courts should readily expand the concept of “Canadian maritime law”. Quite to the contrary, the Court was careful to ensure that the “foundation or source” of the claim was so “integrally connected with maritime matters” as to not be encroaching on what was, in pith or substance, a matter falling within provincial competence. This is not an easy requirement to meet, as is evidenced

À mon sens, l’utilisation des grues de quai pour décharger la cargaison d’un navire se rattache encore plus au contrat de transport et aux affaires maritimes que ne l’a trouvé le juge McIntyre dans l’arrêt *ITO* à l’égard de l’entreposage à court terme des marchandises.

Bref, l’activité sous-jacente visée par les demandes de Monk est le déchargement de la cargaison, dont Island était responsable en raison des aspects de l’entente entre les parties propres au contrat de transport et possédant un caractère maritime.

[...]

Le caractère maritime des demandes n’est pas atténué du fait que Monk était le vendeur de l’urée et Island l’acheteur, sans qu’il y ait aucun lien de droit contractuel entre Island et les propriétaires du *Super Spirit*. Island a assumé une obligation maritime—le déchargement de la cargaison—relativement à la vente et à l’achat de l’urée. C’est cette obligation de nature maritime qui est le fondement des demandes de Monk. Les parties peuvent assumer des obligations maritimes régies par le droit maritime bien qu’elles puissent ne pas être formellement parties à une charte-partie ou même à un contrat de transport maritime. Ce qui importe pour que les demandes ressortissent au droit maritime, c’est qu’elles soient entièrement liées aux affaires maritimes.

Finalement, je dirais que les demandes de Monk ont un caractère maritime et qu’elles n’empiètent d’aucune façon sur ce qui constitue, «de par son caractère véritable», une matière qui relève de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon sens, les prétentions avancées en l’espèce ne trouvent pas leur fondement ni leur source dans les conventions du télex adressé par Monk à Island qui tiennent de la vente de marchandises, et, par conséquent, elles ne ressortissent pas à la propriété et aux droits civils ni à aucune autre rubrique de l’art. 92.

Je tiens aussi à ajouter que ma façon d’aborder cette question correspond au point de vue du juge McIntyre lorsqu’il dit que les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau, et qu’ils ne doivent pas être statiques ou figés. On devrait plutôt pouvoir adapter ces termes selon l’évolution des circonstances sans être prisonniers du carcan des classifications doctrinales rigides ou des limites historiques excessives. [Non souligné dans l’original.]

[53] Je ne vois dans les arrêts *ITO* et *Monk* rien qui donne à penser que les tribunaux devraient d’emblée élargir la notion de «droit maritime canadien». Bien au contraire, la Cour a pris soin de s’assurer que «le fondement ou la source» de la revendication soit «entièrement lié aux affaires maritimes», de manière à ne pas empiéter sur ce qui constituait, de par son caractère véritable, une matière relevant de la compétence provinciale. Ce n’est

by the lengthy analysis both McIntyre J. in *ITO* and Iacobucci J. in *Monk* went through before finding in favour of the Court's jurisdiction and as is evidenced, also, by the dissenting opinions of Justices Beetz, Chouinard and Lamer in *ITO* and L'Heureux-Dubé in *Monk*. To the extent that any enlargement of the concept of "Canadian maritime law" is generally made at the expense of the provincial competence in the matter of "Property and Civil Rights in the Province", it is easy to understand the reluctance of civil law judges to include into federal maritime law matters that have traditionally not been associated with the context of commerce and shipping. It is indeed one thing to adjust, as the Supreme Court invites us to do, the maritime jurisdiction of the Federal Court to "the modern context of commerce and shipping", it is another to extend it, through the pretext of modernity, to claims the foundation or source of which was, and still is, essentially a non-maritime matter.

[54] The appellant recognizes, at paragraph 16 of its reply memorandum of fact and law, that its claim against B.C. Packers "initially arises out of an agreement to purchase a fishing licence from B.C. Packers". It goes on to say that "In order to transfer the fishing licence to the appellant, B.C. Packers entered into an agreement with the Department of Fisheries and Oceans which resulted in the appellant's 'T' licence being transferred (or swapped) with a 'T' licence owned by B.C. Packers".

[55] The appellant then jumps, at paragraph 17, to the conclusion that "the grant of jurisdiction by section 22(1) is very broad" and "includes any claim under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping and encompasses the common law principles of tort, i.e. negligence, fraud and fiduciary duty". I pause here to note that these common law principles of tort are only encompassed by subsection 22(1) to the extent that the matters in which they arise are integrally connected to maritime law.

[56] I know of no authority, and counsel for the appellant has provided the Court with none, that has

pas là une tâche facile à accomplir, comme en témoigne la longue analyse à laquelle se sont livrés le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO* et le juge Iacobucci dans l'arrêt *Monk* avant de conclure que la Cour avait compétence, et comme en témoignent également les avis dissidents des juges Beetz, Chouinard et Lamer dans l'arrêt *ITO*, et du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Monk*. Dans la mesure où tout accroissement de la notion de «droit maritime canadien» se fait généralement aux dépens de la compétence provinciale en matière de «propriété et droits civils dans la province», il est facile de comprendre l'hésitation des juges de droit civil à inclure dans le droit maritime fédéral des matières qui ne sont pas traditionnellement rattachées au contexte du commerce et de la navigation. C'est en effet une chose d'adapter, comme nous y invite la Cour suprême, la compétence de la Cour fédérale en matière maritime au «contexte moderne du commerce et des expéditions par eau», c'en est une autre de l'élargir, sous prétexte de la moderniser, aux revendications dont le fondement ou la source était, et est encore, essentiellement une matière non maritime.

[54] L'appelante reconnaît, au paragraphe 16 de son contre-exposé des faits et du droit, que sa demande contre B.C. Packers [TRADUCTION] «découle au départ d'un engagement d'acheter un permis de pêche à B.C. Packers». On peut lire ensuite que [TRADUCTION] «Pour transférer le permis de pêche à l'appelante, B.C. Packers a conclu une entente avec le ministère des Pêches et des Océans, entente dont le résultat a été le transfert (ou l'échange) du permis "T" de l'appelante avec un permis "T" appartenant à B.C. Packers».

[55] L'appelante saute ensuite à la conclusion, au paragraphe 17, que [TRADUCTION] «la compétence attribuée par le paragraphe 22(1) est très large» et [TRADUCTION] «englobe toute revendication relevant du droit maritime canadien ou d'une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, et embrasse les principes de common law du quasi-délit, c'est-à-dire la faute, la fraude et l'obligation fiduciaire». Je m'arrête ici pour faire observer que ces principes de common law du quasi-délit ne sont compris dans le paragraphe 22(1) que dans la mesure où les matières dans lesquelles ils entrent en jeu sont entièrement liées au droit maritime.

[56] Je n'ai connaissance d'aucun précédent, et l'avocat de l'appelante n'en a mentionné aucun à la Cour, qui

gone so far as to extend the concept of “Canadian maritime law” to matters initially arising out of an agreement to purchase a fishing licence from a private party, or to matters arising out of a breach of an agency contract entered into for the purpose of purchasing a fishing licence from a private party. Further, I know of no authority which has included in “Canadian maritime law” matters related to the issuance of fishing licences or the attribution of fishing quotas independent of a cause of action already integrally connected to maritime matters.

[57] In *Pakistan National Shipping Corp. v. Canada*, [1997] 3 F.C. 601 (C.A.), this Court found that it had jurisdiction with respect to the appellant’s third party claim in tort for negligent representation in relation to the suitability of the cargo to withstand the stresses and strains of an ocean voyage. The Court had first found, however, that the claims asserted against the appellant in the main action were indisputably maritime matters (shipping of goods by sea under a contract of carriage). At paragraph 19, Stone J.A. expressed the following view:

I do not regard the circumstance that the alleged misrepresentation may have been made on land as conclusively establishing a want of jurisdiction. The cause of action in tort, if it can be made out, did not become crystallized until the loss or damage—if proven—occurred after some of the drums collapsed in the course of the ocean voyage. In *Whitbread*, *supra* [*Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273], at pages 1288-1289, in referring to the above quoted statement of principle of McIntyre J. in *ITO*, *supra*, at page 779, La Forest J. stated “that tortious liability which arises in a maritime context is governed by a body of maritime law within the exclusive legislative jurisdiction of Parliament”.

[58] In *H. Smith Packing Corp. v. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489 (F.C.A.), Desjardins J.A. decided as follows (at pages 494-495):

In the case at bar, the representations by the shipping agents both with regard to the conditions of carriage of the cargo and its coverage by insurance arose because of the existence of the contract of carriage by sea. There would have been no occasion for them to occur had there not been such a contract. It would be hard not to concede that those representations were

soit allé jusqu’à étendre la notion de «droit maritime canadien» à des matières découlant au départ de l’engagement d’acheter un permis de pêche à un particulier, ou à des matières découlant de la rupture d’un contrat de mandat conclu dans le dessein d’acheter un permis de pêche à un particulier. Je n’ai connaissance non plus d’aucun précédent qui ait englobé dans le «droit maritime canadien» des matières se rapportant à la délivrance de permis de pêche ou à l’attribution de contingents de pêche indépendamment d’une cause d’action déjà entièrement liée aux matières maritimes.

[57] Dans l’arrêt *Pakistan National Shipping Corp. c. Canada*, [1997] 3 C.F. 601 (C.A.), la Cour d’appel fédérale a jugé qu’elle avait compétence dans une demande en garantie de nature délictuelle de l’appelante pour déclarations inexactes se rapportant à la capacité de la cargaison de supporter les tensions et les contraintes d’un voyage en mer. La Cour avait d’abord jugé cependant que les prétentions formulées contre l’appelante dans l’action principale étaient indiscutablement des matières maritimes (expédition de marchandises par mer en vertu d’un contrat de transport). Au paragraphe 19, le juge Stone a exprimé le point de vue suivant:

À mon avis, le fait que les présumées déclarations inexactes puissent avoir été faites à terre n’établit pas de façon concluante l’absence de compétence. La cause de l’action délictuelle, si elle peut être établie, ne s’est pas matérialisée avant que la perte ou les dommages—s’ils sont prouvés—se soient produits après l’affaissement de certains barils au cours du voyage en mer. Dans l’arrêt *Whitbread*, précité [*Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273], aux pages 1288 et 1289, le juge La Forest, se référant à la déclaration de principe susmentionnée du juge McIntyre dans *ITO*, précité, à la page 779, déclare que «la responsabilité délictuelle dont il est question dans un contexte maritime est régie par un ensemble de règles de droit maritime relevant de la compétence exclusive du Parlement».

[58] Dans l’arrêt *H. Smith Packing Corp. c. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489 (C.A.F.), le juge Desjardins s’est prononcé ainsi (aux pages 494 et 495):

En l’espèce, c’est l’existence du contrat de transport par mer qui a donné lieu aux déclarations de l’agent maritime, tant à l’égard des conditions de transport de la cargaison qu’à l’égard de la couverture de celle-ci par une assurance. N’eût été de ce contrat, ces déclarations n’auraient jamais été faites. Il serait difficile de nier que ces déclarations étaient intimement liées

integrally connected with the contract of carriage by sea and with the shipping operation itself. In such circumstances, the law of agency becomes "a law of Canada" within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

...

In view of the wide definition of Canadian maritime law under the second part of the definition contained in s. 2 of the *Federal Court Act*, the law of agency in situations where it is integrally connected with shipping becomes part of Canadian maritime law as defined in that section.

She added, at page 495:

The factual situation in the case at bar is to be distinguished from that of *Intermunicipal Realty & Development Corp. v. Gore Mutual Ins. Co.*, *supra* [[1978] 2 F.C. 691], where it was decided that a claim against an insurance broker based on allegations that the insurance broker had negligently misrepresented certain facts, was not in respect of any maritime or admiralty matter that was part of "Canadian maritime law". The court was, however, careful to note that the allegations in question were not "allegations of negligence under the subject contract policies of marine insurance" but were allegations "founded in the agency relationship generally". This is not our case. Here both types of misrepresentations made by the shipping agents are interwoven with the fact that there existed a contract of carriage by sea.

[59] The appellant also relies on *Kuhr v. The Friedrich Busse*, [1982] 2 F.C. 709 (T.D.), where Addy J. found that a contract, whereby the plaintiffs were to supply fish at sea to the defendant vessel which was obliged to remain within the specified fishing areas and receive delivery of and pay for the fish, was a maritime contract. As I understand the reasons for judgment and assuming them to be correct in law, the foundation of the decision resides, in my view, in the following observations (at pages 716-717):

What is of equal importance, however, is the question of whether a contract between the owners of two ships, one of which is to supply the fish on the high seas to the other which is obliged to remain within the specified fishing areas and receive delivery of and pay for the fish, would fall within the meaning of the words "Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping" contained in subsection 22(1).

...

The contract is not merely one covering the transfer of property in goods but also more essentially one which deals

au contrat de transport par mer et à l'opération d'expédition elle-même. Dans les circonstances, le droit du mandat devient une «loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[...]

Étant donné la définition large que donne au droit maritime canadien la seconde partie de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le droit du mandat, dans les cas où il est intimement lié aux expéditions par eau, devient partie intégrante du droit maritime canadien tel que défini à cet article.

Elle a ajouté, à la page 495:

Les faits de la présente affaire doivent être distingués des circonstances de l'arrêt *Intermunicipal Realty & Development Corp. c. Gore Mutual Ins. Co.*, précité [[1978] 2 C.F. 691], où il a été décidé que la réclamation présentée contre un courtier d'assurance au motif qu'il avait, par négligence, dénaturé certains faits, n'était pas liée à une matière maritime ou d'amirauté relevant du «droit maritime canadien». La Cour a toutefois pris soin de noter que les allégations en cause n'étaient pas des «allégations de négligence en vertu des polices d'assurance maritime en question» mais qu'elles étaient, d'une façon générale, «fondées sur les relations avec l'agence». Ce n'est pas le cas en l'espèce. Dans la présente affaire, les deux types de déclarations inexactes faites par l'agent maritime sont liés à l'existence d'un contrat de transport par mer.

[59] L'appelante invoque aussi le jugement *Kuhr c. Le Friedrich Busse*, [1982] 2 C.F. 709 (1^{re} inst.), dans lequel le juge Addy a estimé qu'un contrat, en vertu duquel les demandeurs devaient fournir du poisson en mer au navire défendeur, lequel était tenu de demeurer à l'intérieur des zones de pêche précisées et de recevoir, moyennant paiement, livraison du poisson, était un contrat maritime. Selon ma compréhension des motifs du jugement, et à supposer qu'ils soient juridiquement exacts, le fondement de la décision réside à mon avis dans les observations suivantes (aux pages 716 et 717):

Ce qui est tout aussi important toutefois, c'est de savoir si un contrat intervenu entre les propriétaires de deux navires, dont l'un doit fournir le poisson en haute mer à l'autre, qui, lui, doit demeurer sur certains champs de pêche spécifiés pour y recevoir livraison du poisson et le payer, tombe sous l'emprise des termes «droit maritime canadien ou d'une autre loi du Canada en matière de navigation ou de marine marchande» du paragraphe 22(1).

[...]

Ce contrat ne stipule pas une simple translation de la propriété de certains biens mais traite aussi, ce qui est plus

with the actual transfer and delivery of possession of those goods on the high seas between two ships. The goods themselves are to come from an agreed area of the sea and the contracting parties have mutually agreed that their vessels are to operate there and carry out the provisions of the contract in that specified area. It is difficult to conceive of a situation or of an undertaking which is more maritime in nature than the subject-matter covered by the contract in issue and I feel confident that had any Admiralty Court in England been faced with that factual situation, it would necessarily have assumed jurisdiction and legally disposed of the issue between parties.

The applicant also relied on another decision of Mr. Justice Collier in support of his argument, namely the case *Sumitomo Shoji Canada Ltd. v. The Ship "Juzan Maru"*, [1974] 2 F.C. 488; 49 D.L.R. (3d) 277. In that case the Court declined jurisdiction, but it was clearly on the basis that, on examining the true essence of the contract in the light of all the circumstances and the particular facts of the case, it appeared that the maritime or shipping aspects of the business arrangement between the parties were minuscule or incidental, (ref. p. 284 of the above-mentioned report) [[1974] 2 F.C. at pp. 496-497], and that the essence of the arrangement was not maritime. I fully agree with that principle and with the test of dominant features and objects applied in the case of *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673; [1960] O.R. 416. Those are precisely the tests which, when applied to the facts of the present case, convince me that the matter is predominantly maritime in character.

[60] None of these cases is helpful to the appellant. Quite to the contrary, they tend to show that the Court will not assert its admiralty jurisdiction in agency claims unless the true essence of the contract relied upon is maritime. This is not the case here, where the sole factor possibly connected to maritime law is the fact that the licence with respect to which the agency contract was entered into happens to be issued in relation to an activity occurring at sea. There is no contract for carriage of goods by sea. There is no marine insurance. There are no goods at issue. Nothing has happened at sea. There is no issue as to the seaworthiness of the ships. The ships are not party to the action. There are no *in rem* proceedings. There are no shipping agents. There are no admiralty laws or principles or practices applicable. The claim, at best and incidentally, may be said to relate to the ability of a ship to perform certain fishing activities in accordance with requirements that have nothing to do with navigation and shipping and everything to do with fisheries.

essentiel, de leur transbordement véritable et de leur délivrance en haute mer d'un navire à l'autre. Ces biens doivent provenir d'une aire de la mer dont les parties contractantes sont convenues et leurs navires doivent être exploités là et ils doivent exécuter les stipulations du contrat dans cette aire spécifiée. Il est difficile de concevoir un cas, un contrat, qui ait un caractère plus maritime. Je suis sûr que toute Cour d'amirauté anglaise saisie des mêmes faits se serait assurément présumée compétente et fondée en droit à statuer sur le litige opposant les parties.

Le requérant s'est aussi appuyé sur une autre décision du juge Collier, soit l'espèce *Sumitomo Shoji Canada Ltd. c. Le navire «Juzan Maru»*, [1974] 2 C.F. 488; 49 D.L.R. (3ed) 277. Dans cette espèce, la Cour déclina sa compétence manifestement parce que, à l'examen de l'essence véritable du contrat, à la lumière de tous les faits et du cas d'espèce, il apparaissait que les aspects maritimes des arrangements d'affaires intervenus entre les parties étaient minimes voire accidentels, (voir p. 284 du recueil précité) [[1974] 2 C.F. aux pp. 496 et 497]; l'essence de l'arrangement n'était pas maritime. Je souscris entièrement à ce principe et au critère dit des caractéristiques et objets dominants appliqué dans l'espèce *Underwater Gas Developers Ltd. c. Ontario Labour Relations Board* (1960) 24 D.L.R. (2ed) 673; [1960] O.R. 416. Ce sont précisément ces critères qui, appliqués aux faits de l'espèce en cause, me convainquent que son caractère maritime prédomine. [Non souligné dans l'original.]

[60] Aucun de ces précédents ne vient en aide à l'appelante. Bien au contraire, ils tendent à montrer que la Cour n'affirmera pas sa compétence en matière maritime sur des revendications résultant d'un contrat de mandat, à moins que le contrat invoqué ne soit véritablement un contrat maritime. Tel n'est pas le cas ici, où le seul facteur qui pourrait être rattaché au droit maritime est le fait que le permis à l'égard duquel a été conclu le contrat de mandat se trouve à avoir été délivré pour une activité devant se dérouler en mer. Il n'y a pas de contrat de transport de marchandises par mer. Il n'y a pas d'assurance maritime. Il n'y a pas de marchandises en jeu. Rien n'est arrivé en mer. La navigabilité des navires n'est pas en cause. Les navires ne sont pas parties à l'action. Il n'y a pas de procédure *in rem*. Il n'y a pas de courtiers maritimes. Il n'y a pas de lois, de principes ou de pratiques maritimes qui soient applicables. Au mieux, et accessoirement, on pourrait dire que la demande se rapporte à la capacité d'un navire d'effectuer certaines activités de pêche en conformité avec des exigences qui n'ont rien à voir avec la navigation et la marine marchande, et tout à voir avec les pêches.

[61] The following decisions, it seems to me, are much more relevant to the issue before us than those referred to by the appellant.

[62] In *Bornstein Seafoods Canada Ltd. v. Hutcheon* (1997), 140 F.T.R. 241 (F.C.T.D.), Gibson J. found that a dispute over the ownership of a fishing quota does not come within the definition of maritime law. He stated, at paragraph 30 of his decision:

Despite the able argument of counsel for the plaintiff, I could not conclude that the subject-matter of this action is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law. That is not to say that the subject-matter of this action might not well be within federal legislative competence, relating as it does to groundfish quota and the entitlement thereto, which in turn relates to the federal head of jurisdiction "seacoast and inland fisheries". However, on the facts of this matter, quota entitlement turns substantially on the interpretation of the contract referred to earlier between the plaintiff and the Hutcheon defendants as well as on laws, practices and procedures related to Canada's westcoast groundfish fishery.

[63] In *Inter Atlantic Canada Ltd. v. Rio Cuyaguajeje (The)*, 2001 FCT 306; [2001] F.C.J. No. 549 (QL), MacKay J. confirmed the ruling of Prothonotary Morneau to the effect that a dispute over an agreement to exploit a fishing quota did not fall within the jurisdiction of the Federal Court.

[64] In *Amirault v. Prince Nova (The)* (1998), 147 F.T.R. 133 (F.C.T.D.), MacKay J. held that a claim for damages arising out of breach of an agreement of sale for a ship was within the jurisdiction of the Federal Court, but that a claim in tort for interference in said contract against a private citizen was not.

[65] In *Transports Insurance Co. Inc. v. The Ship "Ondine" et al.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 745 (F.C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused September 22, 1982 [[1982] 2 S.C.R. xi], this Court held that although the Federal Court had jurisdiction with respect to an action arising out of a collision between two ships, third party proceedings arising from the attempt to settle the claim did not fall within the court's

[61] Les affaires suivantes, me semble-t-il, traitent bien davantage de la question dont nous sommes saisis que celles mentionnées par l'appelante.

[62] Dans le jugement *Bornstein Seafoods Canada Ltd. c. Hutcheon* (1997), 140 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Gibson a estimé qu'un différend concernant la propriété d'un contingent de pêche ne relève pas de la définition du droit maritime. Il s'est exprimé ainsi, au paragraphe 30 de sa décision:

Malgré l'argument valable de l'avocat de la demanderesse, je ne pouvais pas conclure que l'objet de la présente action est entièrement lié aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien. Cela ne veut pas dire que l'objet de la présente action ne pourrait pas relever de la compétence législative fédérale, se rapportant comme il le fait au contingent de poisson de fond et aux droits y afférents, contingent qui à son tour se rapporte à la compétence du gouvernement fédéral en matière de «pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur». Cependant, d'après les faits de l'espèce, le droit au contingent tourne pour l'essentiel autour de l'interprétation du contrat susmentionné intervenu entre la demanderesse et les défendeurs Hutcheon et autour des lois, des pratiques et des procédures concernant la pêche au poisson de fond sur la côte ouest du Canada.

[63] Dans le jugement *Inter Atlantic Canada Ltd. c. Rio Cuyaguajeje (Le)*, 2001 CFPI 306, [2001] A.C.F. n^o 549 (QL), le juge MacKay a confirmé la décision du protonotaire Morneau selon laquelle un différend portant sur l'engagement d'exploiter un contingent de pêche ne ressortissait pas à la Cour fédérale.

[64] Dans le jugement *Amirault c. Prince Nova (Le)* (1998), 147 F.T.R. 133 (C.F. 1^{re} inst.), le juge MacKay a estimé qu'une demande de dommages-intérêts découlant de la rupture du contrat de vente d'un navire ressortissait à la Cour fédérale, mais non une action délictuelle introduite contre un particulier pour ingérence dans ledit contrat.

[65] Dans l'arrêt *Transport Insurance Co. Inc. c. Le navire «Ondine» et al.* (1982), 138 D.L.R. (3d) 745 (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée le 22 septembre 1982 [[1982] 2 R.C.S. xi], la Cour d'appel fédérale a jugé que, même si la Cour fédérale connaissait d'une action découlant d'un abordage, les procédures de mise en cause résultant d'une volonté de transiger échappaient à la compétence

jurisdiction. Chief Justice Thurlow, at pages 746-747, held that the claim is:

... simply a claim that arises from negotiations carried on by the defendant and the third party or from a contract arranged between them. It does not appear to us to arise out of the collision or out of the claim for damages caused by the collision or to arise out of or to be connected with any claim on a contract of marine insurance.

[66] Counsel for the appellant suggested that this claim fell under paragraph 22(2)(m) of the *Federal Court Act*:

22. . . .

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any one or more of the following:

...

(m) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for the operation or maintenance of the ship, including, without restricting the generality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighterage;

[67] This argument has no merit. A fishing licence, and even more so a quota attributed to a fishing licence, cannot be equated with “goods, materials or services . . . supplied to a ship”. This Court, in *Joy's v. M.N.R.*, [1996] 1 F.C. 149 (C.A.), has held that fishing licences are not “goods” (at page 162), that they are not an integral part of the vessel (at pages 164 and 173) and that they are not, properly speaking, issued to a vessel, but to a person in respect of a vessel (at page 165).

[68] It is also very doubtful that the concept of “necessaries” in maritime law could be invoked in the present case. Counsel for the appellant has not referred the Court to any authority for the proposition that a fishing licence could form part of the “necessaries” provided to a ship. Necessaries, in my view, do not extend to fishing licences issued by the Minister with respect to a ship. As noted by William Tetley, in *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed., (Montréal: International Shipping Publications, Blais, 1998) (at page 551):

Necessaries may be defined as supplies, repairs and equipment (and in some jurisdictions other goods and services)

de la Cour. Le juge en chef Thurlow, aux pages 746 et 747, a estimé que:

Il s'agit simplement, à notre avis, d'une réclamation résultant de négociations entre la défenderesse et un tiers ou d'un contrat conclu entre eux. Elle ne découle pas à notre avis de l'abordage, ni de la demande de dommages-intérêts à la suite de l'abordage, ni d'une demande née d'un contrat d'assurance maritime ou s'y rapportant.

[66] L'avocat de l'appelante a lancé l'idée que cette demande relevait de l'alinéa 22(2)m) de la *Loi sur la Cour fédérale*:

22. [. . .]

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), la Section de première instance a compétence dans les cas suivants:

[. . .]

m) une demande relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien, notamment en ce qui concerne l'acconage et le gabarage;

[67] Cet argument n'est pas recevable. Un permis de pêche, et à plus forte raison un contingent attribué à un permis de pêche, ne saurait être assimilé à «des marchandises, matériels ou services fournis à un navire». Dans l'arrêt *Joy's c. M.R.N.*, [1996] 1 C.F. 149, la Cour d'appel fédérale a jugé que les permis de pêche ne sont pas des «marchandises» (à la page 162), qu'ils ne font pas partie intégrante du navire, (aux pages 164 et 173) et qu'ils ne sont pas, à proprement parler, délivrés à un navire, mais à une personne pour un navire (à la page 165).

[68] Il est également très douteux que la notion de «nécessités» en droit maritime puisse être invoquée en l'espèce. L'avocat de l'appelante n'a signalé à la Cour aucun précédent autorisant la proposition selon laquelle un permis de pêche pourrait faire partie des «nécessités» fournies à un navire. À mon avis, les nécessités ne s'étendent pas aux permis de pêche délivrés par le ministre pour un navire. Comme le fait observer William Tetley, dans *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd., (Montréal: International Shipping Publications, Blais, 1998) (à la page 551):

[TRADUCTION] Les nécessités peuvent être définies comme les fournitures, les réparations et les équipements (et dans

ordered on the credit of the ship and which are generally beneficial to the ship, so that it may carry out the common venture.

(For a list of goods or services to which the concept of “necessaries” has been extended, and which does not include fishing licences, see Nigel Meeson, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 2nd ed., London: LLP Professional Publications, 2000, at page 2-163.) Fishing licences are not issued on the credit of a ship and the Minister of Fisheries and Oceans can hardly be compared with a claimant for necessaries or a creditor.

[69] I would add that even if paragraph 22(2)(m) were found to be applicable, it would not bring the appellant very far. As noted by McIntyre J. in *ITO*, *supra*, at page 772:

Even if a claim could be shown to fall within s. 22(2) the inquiry does not end. That section does no more than grant jurisdiction and it does not create operative law. One must still be able to point to some applicable and existing federal law which nourishes the grant of jurisdiction: see *Quebec North Shore Paper* [*Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054] and *McNamara* [*McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654] cases.

[70] For example, in *Quebec and Ontario Transportation Co. Ltd. v. The Incan St. Laurent*, [1979] 2 F.C. 834 (C.A.), confirmed by the Supreme Court of Canada at [1980] 2 S.C.R. 242, the Federal Court of Appeal found that an action based on a joint venture agreement and seeking to determine whether the appellant was the beneficial owner of some interest in the respondent ship, was beyond this Court’s admiralty jurisdiction. *Le Dain J.* noted that the claim was based on an alleged failure to perform an obligation to transfer ownership found in a contract and, on the basis of the decision of the Supreme Court of Canada in *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, he ruled that the Federal Court had no jurisdiction in the matter as there was no applicable and existing federal law upon which the jurisdiction of the Federal Court could be exercised.

certain pays, d’autres biens et services) qui sont commandés sur le crédit du navire et qui sont généralement utiles pour le navire, pour qu’il puisse accomplir l’entreprise commune.

(Pour une liste des marchandises ou services auxquels la notion de «nécessités» a été élargie, une liste qui ne comprend pas les permis de pêche, voir Nigel Meeson, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 2^e éd. (Londres: LLP Professional Publication, 2000, à la page 2-163.) Les permis de pêche ne sont pas délivrés sur le crédit d’un navire, et le ministre des Pêches et des Océans pourrait difficilement être comparé à un demandeur de nécessités ou à un créancier.

[69] J’ajouterais que, même si l’alinéa 22(2)m) était jugé applicable, il ne conduirait pas l’appelante très loin. Comme l’a indiqué le juge McIntyre dans l’arrêt *ITO*, *supra*, à la page 772:

Même si on pouvait démontrer qu’une demande relève du par. 22(2), les choses ne s’arrêtent pas là. Ce paragraphe n’est qu’attributif de compétence; il ne crée pas de règle de droit applicable. On doit encore être en mesure d’indiquer sur quelle loi fédérale existante applicable se fonde l’attribution de compétence: voir les arrêts *Quebec North Shore Paper* [*Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054] et *McNamara* [*McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654].

[70] Ainsi, dans l’arrêt *Quebec and Ontario Transportation Co. Ltd. c. Le Incan St. Laurent*, [1979] 2 C.F. 834 (C.A.), confirmé par la Cour suprême du Canada à [1980] 2 R.C.S. 242, la Cour d’appel fédérale a jugé qu’une action fondée sur un accord de coentreprise et visant à établir si l’appelante était le propriétaire réel de certains intérêts dans le navire intimé échappait à la compétence de la Cour en matière maritime. Le juge *Le Dain* a fait observer que la demande était fondée sur le présumé non-accomplissement d’une obligation de transfert de propriété, une obligation figurant dans un contrat, et, eu égard à l’arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054, il a jugé que la Cour fédérale n’était pas compétente dans cette affaire puisqu’il n’existait aucune loi fédérale applicable en vertu de laquelle la Cour fédérale pourrait exercer sa compétence.

[71] In the end, I reach the conclusion that the claim in damages by Radil against B.C. Packers for breach of an agency contract entered into for negotiating the purchase of a fishing licence with officials of the Department of Fisheries and Oceans does not fall under the admiralty jurisdiction of the Federal Court of Canada. The appeal should be dismissed with costs and the statement of claim in court file T-382-99 should be struck out as regards B.C. Packers.

[72] This is not to say that the Federal Court has no jurisdiction with respect to fisheries issues, assuming the present claim against B.C. Packers to be a fisheries issue. But such issues do not come to this Court under its admiralty jurisdiction but under its jurisdiction with respect to the judicial review of the legality of decisions made by officers of the Department of Fisheries and Oceans or under its jurisdiction with respect to actions in tort against the Crown.

The application for a stay

[73] The judicial review (converted to an action) of the Minister's decision—i.e. Court file T-192-98—can only proceed in the Federal Court of Canada.

[74] The claim in damages against B.C. Packers can only proceed in the Supreme Court of British Columbia.

[75] The claim in damages against the Crown can proceed in the Federal Court of Canada or in the Supreme Court of British Columbia.

[76] No single court, therefore, can resolve the totality of Radil's claims. Yet, the claims in damages against the Crown and against B.C. Packers may, in a large measure, be influenced by the fate of the judicial review application (Court file no. T-192-98) which should preferably be heard first. It makes more sense, in my view, not to stay the claim in damages against the Crown in Court file no. T-382-99 which, according to the order of Prothonotary Hargrave dated June 16, 1999, may be heard at the same time as Court file no. T-182-98 or

[71] En définitive, j'arrive à la conclusion que la demande de dommages-intérêts de Radil à l'encontre de B.C. Packers pour rupture d'un contrat de mandat conclu en vue de la négociation de l'achat d'un permis de pêche avec les fonctionnaires du ministère des Pêches et des Océans ne relève pas de la compétence de la Cour fédérale du Canada en matière maritime. L'appel devrait être rejeté, avec dépens, et la déclaration déposée sous le n° du greffe T-382-99 devrait être radiée en ce qui concerne B.C. Packers.

[72] Cela ne veut pas dire que la Cour fédérale n'a pas compétence dans les questions relatives aux pêches, à supposer que la présente demande à l'encontre de B.C. Packers suscite une question de ce genre. De telles questions ne sont pas cependant portées devant la Cour au titre de sa compétence en matière maritime, mais au titre de sa compétence touchant le contrôle judiciaire de la légalité des décisions prises par les fonctionnaires du ministère des Pêches et des Océans, ou au titre de sa compétence touchant les actions délictuelles introduites contre la Couronne.

La demande de suspension

[73] La demande de contrôle judiciaire (transformée en action) de la décision du ministre—c.-à-d. le n° du greffe T-192-98—ne peut être portée que devant la Cour fédérale du Canada.

[74] La demande de dommages-intérêts à l'encontre de B.C. Packers ne peut être portée que devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

[75] La demande de dommages-intérêts à l'encontre de la Couronne peut être portée devant la Cour fédérale du Canada ou la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

[76] Aucun tribunal ne peut donc à lui seul statuer sur la totalité des prétentions de Radil. Or, les demandes de dommages-intérêts à l'encontre de la Couronne et à l'encontre de B.C. Packers peuvent dans une grande mesure être influencées par l'issue de la demande de contrôle judiciaire (n° du greffe T-192-98), laquelle devrait de préférence être instruite en priorité. Il vaut mieux à mon avis ne pas suspendre la demande de dommages-intérêts à l'encontre de la Couronne qui porte le numéro T-382-99 et qui, selon l'ordonnance du

immediately following it, as the Trial Judge may determine.

[77] Furthermore, Radil was precisely told by this Court to do what it eventually did, i.e. institute two parallel proceedings. Radil was also told, in an order which is still in force, that it could have its two proceedings heard by the Federal Court. In the circumstances, it would be unfair to Radil and it would serve no useful purpose to stay Court file no. T-382-99. I would let Radil decide on its own whether it wants to proceed in its claim in damages against the Crown in the Federal Court.

[78] The application for a stay should be dismissed. There should be no costs on the appeal with respect to that application.

DISPOSITION

[79] The appeal should be granted in part and the following order substituted to that of the Motions Judge to take effect as from the date of the judgment in this appeal:

With respect to the declaratory relief sought in the statement of claim, the appeal from the order of the Prothonotary is allowed and the statement of claim is struck out.

With respect to the claim in damages against the Crown, the appeal from the order of the Prothonotary is dismissed and both the statement of claim and the amended statement of claim are struck out with leave to amend within fourteen days of the date of judgment. Costs to plaintiff.

With respect to the claim against B.C. Packers, the appeal from the order of the prothonotary is allowed with costs and the statement of claim is quashed for lack of jurisdiction of the Federal Court of Canada.

With respect to the claim against Titan, the appeal from the order of the Prothonotary is allowed with costs and the statement of claim is quashed.

protonotaire Hargrave en date du 16 juin 1999, peut être instruite en même temps que la demande portant le numéro du greffe T-182-98, ou immédiatement après, selon que le juge du procès en décidera.

[77] Par ailleurs, la Cour a dit précisément à Radil de faire ce que Radil a fini par faire, c.-à-d. d'introduire deux instances parallèles. Elle a également dit à Radil, dans une ordonnance qui est encore en vigueur, qu'elle pourrait faire instruire ses deux instances par la Cour fédérale. Dans ces conditions, il serait injuste pour Radil, et il ne servirait aucun intérêt pratique, de suspendre le dossier T-382-99. Je laisserais Radil décider par elle-même si elle souhaite aller de l'avant dans sa demande de dommages-intérêts à l'encontre de la Couronne devant la Cour fédérale.

[78] Je suis d'avis de rejeter la demande de suspension. Il ne devrait pas y avoir adjudication de dépens dans l'appel se rapportant à cette demande.

DISPOSITIF

[79] Je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie et de remplacer l'ordonnance du juge des requêtes par l'ordonnance suivante, qui prendra effet à la date du jugement rendu dans le présent appel:

S'agissant du jugement déclaratoire demandé dans la déclaration, l'appel formé contre l'ordonnance du protonotaire est accueilli et la déclaration est radiée.

S'agissant de la demande de dommages-intérêts contre la Couronne, l'appel formé contre l'ordonnance du protonotaire est rejeté, et la déclaration ainsi que la déclaration modifiée sont radiées, avec autorisation de la modifier dans un délai de 14 jours après la date du jugement. Dépens adjugés à la demanderesse.

S'agissant de la demande déposée contre B.C. Packers, l'appel formé contre l'ordonnance du protonotaire est accueilli, avec dépens, et la déclaration est annulée pour incompétence de la Cour fédérale du Canada.

S'agissant de la demande déposée contre Titan, l'appel formé contre l'ordonnance du protonotaire est accueilli, avec dépens, et la déclaration est annulée.

No stay is ordered.

Aucune suspension n'est ordonnée.

[80] B.C. Packers and Titan should have their costs on the appeal as against Radil.

[80] Radil devrait payer les dépens de B.C. Packers et de Titan dans l'appel.

[81] Radil should have its costs on the appeal as against the Crown.

[81] La Couronne devrait payer les dépens de Radil dans l'appel.

DESJARDINS J.A.: I agree.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'y souscris.

SEXTON J.A.: I agree.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: J'y souscris.

A-613-99
2001 FCA 327

A-613-99
2001 CAF 327

Canadian National Railway Company (*Appellant*)

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

v.

c.

Gordon Moffatt, Her Majesty in Right of the Province of Newfoundland and Labrador, Canadian Transportation Agency (*Respondents*)

Gordon Moffatt, Sa Majesté du chef de la Province de Terre-Neuve et du Labrador, Office des transports du Canada (*intimés*)

and

et

Canadian Pacific Railway, The Atlantic Provinces Trucking Association (*Intervenors*)

Chemin de fer du Canadien Pacifique, l'Association du camionnage des provinces de l'Atlantique (*intervenantes*)

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. MOFFATT (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. MOFFATT (C.A.)

Court of Appeal, Richard C.J., Rothstein and Noël J.A.—Halifax, September 24 and 25; Ottawa, October 31, 2001.

Cour d'appel, juge en chef Richard, juges Rothstein et Noël, J.C.A.—Halifax, 24 et 25 septembre; Ottawa, 31 octobre 2001.

Transportation — Appeal from Canadian Transportation Agency's decision referring matter of freight rates for shipping goods from Central Canada to Island of Newfoundland to final offer arbitration — Under Canada Transportation Act (CTA), Part IV shipper may submit matter to Agency for final offer arbitration if unable to agree with carrier as to rates for movement of goods — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that, for purpose of railway rate regulation, Island of Newfoundland included in Maritime Region of Canada, and through-traffic between North Sydney, Port aux Basques to be treated as all-rail traffic — Agency erred in concluding had jurisdiction to conduct inquiry into application of Term 32(2) to setting of freight rates to Newfoundland, and to assign to arbitrator task of developing rates according to Term 32(2) — As creature of statute, powers must be granted by statute, in statutory law, either expressly or impliedly — Nothing in CTA, Part IV conferring jurisdiction on Agency — Part IV only requiring Agency to check contents of submission, determine whether timely notice given and choose arbitrator — Statutory history of final offer arbitration indicating Parliament intending to restrict Agency from involving itself in substantive matters preliminary to arbitration — Agency holding specifically mandated to receive applications pursuant to s. 161, refer them to arbitrator, subject to any interlocutory objections that may arise — Nothing in s. 161 or elsewhere in Part IV mandating Agency to deal with interlocutory objections that may arise — Furthermore, subject-matter, remedy not within Agency's jurisdiction — Test for jurisdiction in Cuddy Chicks Ltd. not met — No other provision in CTA conferring upon Agency power, duty, function of administering whole CTA — Term

Transports — Appel d'une décision par laquelle l'Office des transports du Canada a soumis à l'arbitrage l'affaire des taux de fret pour le transport de marchandises entre la région centrale du Canada et Terre-Neuve — Selon la partie IV de la Loi sur les transports au Canada (LTC), l'expéditeur peut soumettre l'affaire à l'Office pour arbitrage s'il ne peut s'entendre avec un transporteur sur les tarifs proposés pour le transport de marchandises — La clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — L'Office a commis une erreur en concluant qu'il était compétent pour juger si la clause 32(2) s'appliquait à l'établissement de taux de fret vers Terre-Neuve et pour confier à l'arbitre la tâche de développer des tarifs d'une manière conforme à la clause 32(2) — Comme l'Office est une création du législateur, les pouvoirs qu'il exerce doivent lui être conférés par sa loi constitutive, soit expressément soit par implication nécessaire — La partie IV de la LTC ne confère nullement une telle compétence à l'Office — La partie IV oblige seulement l'Office à vérifier le contenu de la demande, à apprécier le délai de signification de l'avis et à choisir l'arbitre — L'histoire de l'arbitrage atteste l'intention du législateur, dans la LTC, de limiter le rôle de l'Office avant le renvoi d'une question à l'arbitrage — L'Office a été investi expressément du mandat d'entendre ce genre de demandes en vertu de l'art. 161 de la LTC et d'adresser ces demandes à un arbitre, sous réserve des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées — Rien dans l'art. 161 ou ailleurs dans la partie IV ne donne

32(2) neither expressly nor impliedly conferring jurisdiction on Agency — For Term 32(2) to apply, some relevant railway rate regulation in legislation administered by Agency must exist — Such railway rate regulation no longer exists in current deregulated environment — No regulation engaging Term 32(2), no basis for assumption of jurisdiction.

Railways — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that for purpose of railway rate regulation, Island of Newfoundland included in Maritime Region of Canada, and through-traffic between North Sydney and Port aux Basques treated as all-rail traffic — Historically interpreted as requiring extrapolation to points in Newfoundland on rail mileage basis of rates applicable from Central Canada to Maritime Provinces — Such rates maximum rates — Shipper relying on Term 32(2) as basis for maximum rates carrier could charge to move freight from Central Canada to Island of Newfoundland — “For the purpose of railway rate regulation” presuming existence of relevant rate regulation i.e. contemplating rate structure applicable to Maritime Region of Canada from which rates could be extrapolated to points in Newfoundland — Such railway rate regulation no longer exists — Term 32(2) not engaged.

Constitutional Law — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that, for purpose of railway rate regulation, Island of Newfoundland will be included in Maritime Region of Canada, and through-traffic moving between North Sydney and Port aux Basques will be treated as all-rail traffic — Shipper, dissatisfied with rates proposed by carrier to move goods from Central Canada to Island of Newfoundland, submitting matter to Canadian Transportation Agency for final offer arbitration — Agency holding Term 32(2) applied, referred matter to arbitration — Although finding railway rate regulations exist, examples cited not limiting power of railway company to set rates to Newfoundland, not implying requirement Maritime rate structure exists from which Newfoundland rates could be extrapolated — Agency acknowledging difficulty when concluded development of Terms of Union rates might involve developing “best guess” figure — Not reasonable to conclude

mandat à l'Office de statuer sur des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées — D'ailleurs, l'Office n'avait pas compétence sur l'objet du litige et sur la réparation recherchée — Le critère de compétence énoncé dans l'arrêt Cuddy Chicks Ltd. n'a pas été rempli — Il n'y a dans la LTC aucune autre disposition conférant à l'Office les pouvoirs, attributions et fonctions d'administrer l'ensemble de la LTC — La clause 32(2) ne conférerait une telle compétence à l'Office ni expressément ni par implication nécessaire — Pour que la clause 32(2) puisse s'appliquer, il faut qu'il existe une réglementation adéquate des tarifs ferroviaires dans la loi appliquée par l'Office — Une telle réglementation des tarifs ferroviaires n'existe plus dans l'environnement déréglementé d'aujourd'hui — Aucune réglementation ne met en jeu la clause 32(2), et l'Office ne peut s'arroger la compétence qu'il s'est arrogée ici.

Chemins de fer — La clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — La clause 32(2) est interprétée comme une disposition imposant la transposition, pour les endroits situés à Terre-Neuve, et au prorata de la distance parcourue en chemin de fer, des taux applicables depuis la région centrale du Canada jusqu'aux provinces Maritimes — Les taux ainsi calculés étaient des taux maximums — L'expéditeur qui invoque la clause 32(2) comme fondement des taux maximums pourrait faire payer le transport de fret vers l'île de Terre-Neuve depuis la région centrale du Canada — L'expression «aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires» suppose l'existence d'une réglementation adéquate, c'est-à-dire envisage une structure tarifaire applicable à la région maritime du Canada de telle sorte que les tarifs puissent ensuite être appliqués au transport vers des endroits de Terre-Neuve — Une telle réglementation des tarifs ferroviaires n'existe plus — La clause 32(2) n'est pas mise en jeu.

Droit constitutionnel — La clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — L'expéditeur, qui n'est pas satisfait des prix que se proposait d'appliquer le transporteur pour le transport de marchandises a soumis l'affaire à l'Office pour arbitrage — L'Office a conclu que la clause 32(2) s'appliquait en l'espèce et a soumis l'affaire à l'arbitrage — Malgré la conclusion selon laquelle il existe une réglementation des tarifs ferroviaires, les exemples cités ne limitent pas le pouvoir d'une compagnie de chemin de fer de fixer des taux pour le transport vers Terre-Neuve et ils ne requièrent pas pour la région maritime l'existence d'une structure tarifaire à partir de laquelle pourraient être établis des tarifs applicables à Terre-Neuve — L'office a reconnu

Constitution of Canada would require regulation of freight rates based on "best guess" figures — In absence of relevant rate regulation, Term 32(2) not engaged—"Living tree" approach to interpretation of Term 32(2) misplaced— Cannot be used to animate anachronistic constitutional provision — Application of Term 32(2) suspended until Parliament enacting relevant railway rate regulation.

Construction of Statutes — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that for purpose of railway rate regulation, Island of Newfoundland will be included in Maritime Region of Canada, and through-traffic moving between North Sydney and Port aux Basques will be treated as all-rail traffic — Canadian Transportation Agency holding because Constitution supreme law of Canada, and because Constitution to be interpreted flexibly, consistent with "living tree" doctrine of constitutional interpretation, Term 32(2) must be made to apply to current state of railway rate regulation — Living tree approach misplaced— Constitution supreme law of Canada but in appropriate circumstances, must be adapted to conditions not existing when provisions enacted — Constitutional provisions in question must be carefully considered to determine whether "living tree" approach appropriate or whether constitutional provision no longer applicable — Living tree doctrine cannot be stretched to animate anachronistic provision — Term 32(2) subsists, and will guarantee Newfoundland protection should Parliament in future enact railway rate regulation relevant to Term 32(2) — When no relevant railway regulation provided, application of Term 32(2) suspended — Living tree doctrine not requiring Term 32(2) to apply in circumstances where no relevant railway regulation.

This was an appeal from a Canadian Transportation Agency decision submitting the matter of freight rates for transporting goods in containers between Central Canada and Newfoundland to final offer arbitration. Under *Canada Transportation Act*, Part IV, a shipper who is dissatisfied with the rates proposed to be charged by a carrier for the movement of goods may submit the matter to the Agency for final offer arbitration. The Agency then refers the matter to an arbitrator. Shipper Moffatt's final offer was based upon the principles contained in Term 32(2) of the Terms of Union of Newfoundland with Canada. Term 32(2) provides that "for the

qu'il était difficile de déceler une structure tarifaire lorsqu'il a conclu que l'établissement de tarifs conformes aux Conditions de l'union pouvait supposer le recours «à une sorte d'estimation» — Il est inexact d'affirmer que la Constitution du Canada exigerait que la réglementation des taux de fret soit fondée sur des estimations — En l'absence d'une réglementation adéquate des tarifs, il n'y a pas mise en jeu de la clause 32(2) — Il n'est pas approprié d'appliquer le principe de l'approche évolutive à l'interprétation de la clause 32(2) — Il ne peut servir à donner vie à une disposition constitutionnelle qui ne correspond plus à la réalité — L'application de la clause 32(2) est suspendue jusqu'à ce que le législateur fédéral ait pris une réglementation en matière de tarifs ferroviaires.

Interprétation des lois — La clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — L'Office des transports du Canada a conclu que, parce que la Constitution est la loi suprême du Canada et parce qu'elle doit être interprétée de manière souple et cohérente avec le principe de l'approche évolutive de l'interprétation de la Constitution, la clause 32(2) doit être rendue applicable à l'état actuel de la réglementation des tarifs ferroviaires — Il n'est pas approprié d'appliquer le principe de l'approche évolutive — Bien que la Constitution soit la loi suprême du Canada, elle doit, dans les cas qui s'y prêtent, être adaptée à des conditions qui n'existaient pas lorsque ses diverses dispositions ont été édictées — Il convient d'étudier minutieusement les dispositions constitutionnelles en question pour savoir si le principe de l'approche évolutive est approprié ou si la disposition constitutionnelle n'est tout simplement plus applicable — Le principe de l'approche évolutive ne saurait être élargi pour donner vie à une disposition qui ne correspond plus à la réalité — La clause 32(2) subsiste et elle garantira à Terre-Neuve la protection qu'elle prévoit, pour le cas où le législateur fédéral édicterait, en matière de tarifs ferroviaires, une réglementation qui met en jeu la clause 32(2) — Quand aucune réglementation en matière de tarifs ferroviaires n'est prévue, l'application de la clause 32(2) est suspendue — Le principe de l'approche évolutive ne signifie pas que la clause 32(2) doit être rendue applicable lorsqu'il n'existe aucune réglementation sur les tarifs.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle l'Office des transports du Canada a soumis à l'arbitrage l'affaire des taux de fret pour le transport de marchandises dans des conteneurs entre la région centrale du Canada et Terre-Neuve. Selon la partie IV de la *Loi sur les transports au Canada*, l'expéditeur qui n'est pas satisfait des prix que se propose d'appliquer un transporteur pour le transport de marchandises peut soumettre l'affaire à l'Office pour arbitrage. L'Office renvoie ensuite l'affaire à un arbitre. La dernière offre de l'expéditeur Moffatt était fondée sur les principes énoncés dans la clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve

purpose of railway rate regulation, the Island of Newfoundland will be included in the Maritime Region of Canada, and through-traffic moving between North Sydney and Port aux Basques will be treated as all-rail traffic". Term 32(2) has been interpreted to require the extrapolation to points in Newfoundland on a rail mileage basis, of rates applicable from Central Canada to the Maritime Provinces. Such rates were maximum rates. CN objected to the referral of the matter to arbitration on the following grounds: Term 32(2) had no further application after closure of the Newfoundland Railway in 1988; there is no longer any relevant railway rate regulation to which Term 32(2) could apply; and CN is no longer a Crown corporation and there is no law binding on CN to implement Term 32(2) in its rate making. The Agency concluded that, as CN had offered "through" rates from mainland Canada to points in Newfoundland, these rates fell within the purview of Term 32(2). It acknowledged that identification of a Maritime rate structure was difficult as most rates are contained in confidential contracts, but as the Constitution requires Terms of Union rates, they must be developed even if it meant resorting to developing a "best guess" figure. The Agency concluded that Term 32(2) applied herein and submitted the matter for arbitration, assigning the task of developing a Maritime rate structure and Terms of Union rates to the arbitrator. The Agency held that it had jurisdiction over the subject-matter, parties and remedy and met the test for jurisdiction set out in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*. The issue was whether the Agency had jurisdiction to conduct an inquiry into the application of Term 32(2) to the setting of freight rates to Newfoundland and to assign to the arbitrator the task of developing rates to Newfoundland according to Term 32(2).

Held, the appeal should be allowed.

The Agency erred in concluding that it had such jurisdiction. It is a creature of statute and the powers it exercises must be granted by statute, either expressly or by necessary implication. For a tribunal to address a constitutional issue, it must already have jurisdiction over the whole of the matter before it, namely the parties, subject-matter and remedy.

Nothing in Part IV of the CTA authorized the Agency to conduct the inquiry regarding the Terms of Union and to issue instructions to the arbitrator to develop a Maritime rate structure and Terms of Union rates. Part IV of the CTA only requires the Agency to check the contents of the submission, determine whether timely notice has been given to the railway

au Canada. La clause 32(2) prévoit que, «aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire». La condition 32(2) est interprétée comme une disposition imposant la transposition, pour les endroits situés à Terre-Neuve, et au prorata de la distance parcourue en chemin de fer, des taux applicables depuis la région centrale du Canada jusqu'aux provinces Maritimes. Les taux ainsi calculés étaient des taux maximums. Les moyens invoqués par le CN pour s'opposer au renvoi de la question à l'arbitrage étaient les suivants: la clause 32(2) n'était plus applicable après la fermeture du Chemin de fer de Terre-Neuve en 1988; il n'existe plus de règlement sur les tarifs ferroviaires auquel la clause 32(2) puisse s'appliquer; et le CN n'est plus une société d'État et aucune loi n'oblige le CN à donner effet à la clause 32(2) lorsqu'il établit des taux de fret. L'Office a conclu que, puisque le CN avait offert des tarifs forfaitaires depuis le Canada continental jusqu'à des endroits situés à Terre-Neuve, ces tarifs relevaient du champ de la clause 32(2). Il a reconnu qu'il était difficile de décoder une structure tarifaire de la région maritime car la plupart des tarifs sont indiqués dans des contrats confidentiels, mais, comme la Constitution impose des tarifs conformes aux Conditions de l'union, ceux-ci doivent être établis même s'il faut recourir «à une sorte d'estimation». L'Office a conclu que la clause 32(2) s'appliquait en l'espèce et a soumis l'affaire à l'arbitrage, en assignant à l'arbitre la tâche d'établir une structure tarifaire de la région maritime et des tarifs conformes aux Conditions de l'union. L'Office a conclu qu'il avait compétence à l'égard de la question soumise, des parties et de la réparation recherchée et répondait au critère énoncé dans l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*. La question était de savoir si l'Office était compétent pour juger si la clause 32(2) s'appliquait à l'établissement de taux de fret vers Terre-Neuve et pour confier à l'arbitre la tâche de développer, d'une manière conforme à la clause 32(2), des tarifs pour le transport de fret vers Terre-Neuve.

Arrêt: l'appel est accueilli.

L'Office a commis une erreur en concluant qu'il avait cette compétence. Il est une création du législateur et les pouvoirs qu'il exerce doivent lui être conférés par sa loi constitutive, soit expressément soit par implication nécessaire. Pour qu'un tribunal administratif étudie une question constitutionnelle, il doit déjà avoir compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée.

La partie IV de la LTC n'autorisait nullement l'Office à se livrer à l'examen qu'il a effectué à propos des Conditions de l'union ni à donner à l'arbitre des instructions selon lesquelles il devait développer une structure tarifaire pour la région maritime et des taux conformes aux Conditions de l'union. La partie IV de la LTC oblige seulement l'Office à vérifier le

company and, when necessary, choose the arbitrator. Final offer arbitration was introduced in the *National Transportation Act, 1987* (NTA, 1987). Some significant changes in the CTA indicate that Parliament intended to restrict the Agency from involving itself in substantive matters preliminary to an arbitration.

The Agency found that “Parliament has specifically mandated the Agency to receive such applications pursuant to section 161 of the CTA and refer them to an arbitrator, subject to any interlocutory objections that may arise”. Nothing in section 161 or elsewhere in Part IV mandates the Agency to deal with “interlocutory objections that may arise”. The Agency read words into section 161 that do not appear, in order to justify its assumption of jurisdiction. The Agency must take the statute as it finds it.

Further, the Agency did not have jurisdiction over the subject-matter and remedy. The issue before the Agency was whether the submission for final offer arbitration was properly before it and the remedy sought was not to refer the matter for arbitration. Nothing in Part IV of the CTA confers on the Agency jurisdiction to decide, on any substantive basis, whether a submission for final offer arbitration is properly before it. Nor is there authority for the Agency not to refer the matter for arbitration if it meets the procedural requirements of Part IV. Finally, jurisdiction cannot be conferred by agreement, and expertise, on its own, is not a basis for a tribunal assuming a jurisdiction not conferred upon it by statute. The test for jurisdiction in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* was not met.

There is no provision in the CTA conferring upon the Agency the power, duty or function of administering the whole CTA. Unless there is specific jurisdiction in the CTA to conduct a Term 32(2) inquiry upon submission of an application for final offer arbitration, there is no such jurisdiction. Part IV does not confer such jurisdiction. Nor does any other provision of the CTA confer a general jurisdiction on the Agency to deal with Term 32(2).

The only other possible source of Agency jurisdiction is Term 32(2), which does not mention the Agency or its predecessor tribunals, and therefore does not expressly confer jurisdiction on the Agency to regulate railway rates generally or rates to and from Newfoundland. Nor does it necessarily imply railway rate regulation by the Agency. The words “For the purpose of railway rate regulation” presume the existence of rate regulation that is relevant to the balance of the Term, but they do not mandate that Parliament enact or maintain such regulation. Relevant railway rate regulation means regulation that gives some meaning to Newfoundland being included in the Maritime Region of Canada and “through-traffic” between

contenu de la demande, à apprécier le délai de signification de l’avis à la compagnie de chemin de fer et, si nécessaire, à choisir l’arbitre. L’arbitrage a été introduit dans la *Loi nationale de 1987 sur les transports* (LNT de 1987). Quelques changements importants attestent l’intention du législateur, dans la LTC, de limiter le rôle de l’Office avant le renvoi d’une question à l’arbitrage.

L’Office a conclu que «le Parlement a expressément investi l’Office du mandat d’entendre ce genre de demandes en vertu de l’article 161 de la LTC et d’adresser ces demandes à un arbitre, sous réserve des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées». Rien dans l’article 161 ou ailleurs dans la partie IV ne donne mandat à l’Office de statuer sur «des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées». L’Office a interprété un peu trop libéralement le texte de l’article 161, de manière à justifier la compétence qu’il voulait s’arroger. L’Office doit prendre la loi telle qu’elle existe.

D’ailleurs, l’Office n’avait pas compétence sur l’objet du litige et sur la réparation recherchée. La question soulevée devant l’Office était de savoir si celui-ci avait été valablement saisi de la demande d’arbitrage, et la réparation recherchée n’était pas le renvoi de la question à l’arbitrage. La partie IV de la LTC ne confère nullement à l’Office le pouvoir de statuer au fond sur la question de savoir s’il est valablement saisi d’une demande d’arbitrage. L’Office n’a pas non plus le pouvoir de ne pas renvoyer la question à l’arbitrage si elle répond aux règles de forme de la partie IV. Finalement, une compétence ne saurait résulter d’une entente, et des connaissances spécialisées ne peuvent à elles seules conférer à un tribunal administratif une compétence que ne lui reconnaît pas la loi. Le critère de compétence énoncé dans l’arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)* n’a pas été rempli.

Il n’y a dans la LTC aucune disposition conférant à l’Office les pouvoirs, attributions et fonctions d’administrer l’ensemble de la LTC. Si la LTC ne confère pas expressément compétence à l’égard d’un examen se rapportant à la clause 32(2) après qu’a été présentée une demande d’arbitrage, une telle compétence n’existe pas. La partie IV ne confère pas une telle compétence. Et aucune autre disposition de la LTC ne confère elle non plus à l’Office une compétence générale au regard de la clause 32(2).

La seule autre source possible d’une compétence de l’Office est la clause 32(2), qui ne mentionne pas l’Office ni les tribunaux administratifs qui l’ont précédé et qui ne confère donc pas expressément à l’Office une compétence pour réglementer les tarifs ferroviaires en général ni les taux de fret vers ou depuis Terre-Neuve. Elle ne suppose pas nécessairement la réglementation des tarifs ferroviaires par l’Office. L’expression «aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires» suppose l’existence d’une réglementation qui se rapporte au reste de la clause, mais elle ne veut pas dire que le législateur doit édicter ou maintenir cette réglementation. Pour qu’une réglementation sur les tarifs ferroviaires soit applicable,

North Sydney and Port aux Basques being treated as “all-rail traffic”. The nature of railway rate regulation contemplated by Term 32(2) was a power in an administrative tribunal to identify a rate structure applicable to the Maritime Region of Canada so that rates could then be extrapolated on a rail mileage basis to points in Newfoundland, treating the water movement from North Sydney to Port aux Basques as a rail movement and ignoring dissimilar circumstances between Newfoundland and the Maritime Provinces. The history of railway rate regulation and statutory provisions relating to Term 32(2) supports this view and demonstrates that such railway rate regulation no longer exists in the current deregulated environment.

The Agency found that railway rate regulation currently exists under the CTA. However, the examples cited do not limit the power of a railway company to set rates to Newfoundland and do not imply a requirement that a Maritime rate structure exists, from which Newfoundland rates could be extrapolated. The Agency acknowledged this difficulty when it concluded that the development of Terms of Union rates might involve developing a “best guess” figure. It is not reasonable to conclude that the Constitution of Canada would require that regulation of freight rates would be based on “best guess” figures. In the absence of rate regulation that has some relevance to the setting of rates to Newfoundland by a railway company, there is no regulation that engages Term 32(2) and no basis for the Agency to have assumed the jurisdiction it did in this case. Although final offer arbitration is a form of rate regulation that can be invoked by shippers relative to railway rates to Newfoundland, it is not a regulatory basis for the Agency to have conducted the inquiry it did in this case or to have instructed the arbitrator to develop Terms of Union rates.

Although the Constitution is the supreme law of Canada, it must, in appropriate circumstances, be adapted to conditions that did not exist when its various provisions were enacted. The constitutional provisions in question must be carefully considered to determine whether the “living tree” approach is appropriate or whether the constitutional provision is no longer applicable. The living tree doctrine cannot be stretched to animate a provision that is a practical anachronism. Term 32(2) subsists and will guarantee Newfoundland the protection it affords should Parliament, in the future, enact railway rate regulation which is relevant to Term 32(2). However, at the present time, when Parliament has not provided for any relevant railway rate regulation, the application of Term 32(2)

il doit s’agir d’une réglementation qui impose d’inclure Terre-Neuve dans la région maritime du Canada et de traiter le «transport direct» entre North Sydney et Port-aux-Basques comme un transport «exclusivement ferroviaire». La nature de la réglementation des tarifs ferroviaires envisagée par la clause 32(2) était un pouvoir dévolu à un tribunal administratif de définir une structure tarifaire applicable à la région maritime du Canada de telle sorte que les tarifs puissent ensuite être appliqués, selon le kilométrage parcouru, au transport vers des endroits de Terre-Neuve, le transport par eau de North Sydney à Port-aux-Basques étant réputé constituer un transport par chemin de fer, et les différences entre Terre-Neuve et les provinces Maritimes étant simplement ignorées. L’historique de la réglementation des tarifs ferroviaires et des dispositions législatives se rapportant à la clause 32(2) confirme cette manière de voir et montre qu’une telle réglementation des tarifs ferroviaires n’existe plus dans l’environnement déréglementé d’aujourd’hui.

L’Office a conclu qu’il existe aujourd’hui dans la LTC une réglementation des tarifs ferroviaires. Cependant, les exemples cités ne limitent pas le pouvoir d’une compagnie de chemin de fer de fixer des taux pour le transport vers Terre-Neuve et ils ne requièrent pas pour la région maritime l’existence d’une structure tarifaire à partir de laquelle pourraient être établis des tarifs applicables à Terre-Neuve. L’Office a reconnu cette difficulté lorsqu’il a conclu que le développement de tarifs conformes aux Conditions de l’union pourrait nécessiter le recours «à une sorte d’estimation». Il est inexact d’affirmer que la Constitution du Canada exige que la réglementation des taux de fret soit fondée sur des estimations. En l’absence d’une réglementation des tarifs qui intéresse de quelque façon l’établissement de tarifs à destination de Terre-Neuve par une compagnie de chemin de fer, alors aucune réglementation ne met en jeu la clause 32(2), et l’Office ne peut s’arroger la compétence qu’il s’est arrogée ici. L’arbitrage est une forme de réglementation des tarifs qui peut être invoquée par les expéditeurs à propos des tarifs du transport ferroviaire vers Terre-Neuve, mais l’arbitrage ne constitue pas un fondement réglementaire autorisant l’Office à faire enquête comme il l’a fait ici ou à donner des directives à l’arbitre pour qu’il développe des tarifs conformes aux Conditions de l’union.

Bien que la Constitution soit la loi suprême du Canada, elle doit, dans les cas qui s’y prêtent, être adaptée à des conditions qui n’existaient pas lorsque ses diverses dispositions ont été édictées. Il convient d’étudier minutieusement les dispositions constitutionnelles en question pour savoir si le principe de l’approche évolutive est approprié ou si la disposition constitutionnelle n’est tout simplement plus applicable. Le principe de l’approche évolutive ne saurait être élargi pour donner vie à une disposition qui ne correspond plus à la réalité. La clause 32(2) subsiste et elle garantira à Terre-Neuve la protection qu’elle prévoit, pour le cas où le législateur fédéral édicterait, en matière de tarifs ferroviaires, une réglementation qui met en jeu la clause 32(2). Toutefois, pour l’heure, le

is suspended. The living tree doctrine does not require that Term 32(2) be made to apply in circumstances where there is no relevant railway regulation. Term 32(2) neither expressly nor by necessary implication, confers jurisdiction on the Agency to have conducted the inquiry it did into Term 32(2) nor to issue instructions to the arbitrator to develop Terms of Union rates.

As the period during which the rate selected by the arbitrator was to have effect has long since expired, no useful purpose would be served by remitting the matter to the Agency for referral for final offer arbitration.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Budget Implementation Act, 1995*, S.C. 1995, c. 17, s. 25.
Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 26, 37, 161 (as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 11), 162, 165 (as am. *idem*, s. 16).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, s. 106(1).
Maritime Freight Rates Act, R.S.C., 1985, c. M-1 (repealed by S.C. 1995, c. 15, s. 25).
National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, s. 45.
National Transportation Act, S.C. 1966-67, c. 69.
National Transportation Act, 1987, S.C. 1987, c. 34, ss. 35, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 111.
Newfoundland Act, 12-13 Geo. VI, c. 22 (U.K.) (as am. by *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 21) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 32], Schedule, Term 32(2),(3).
Railway Act, R.S.C. 1927, c. 170, ss. 314, 325, 326(6) (as am. by S.C. 1966-67, c. 69, s. 49).
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 269(6).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Canadian National Railway Co. v. Brocklehurst*, [2001] 2 F.C. 141; (2000), 195 D.L.R. (4th) 589; 30 Admin. L.R. (3d) 153; 36

législateur fédéral n'a pris aucune réglementation en matière de tarifs ferroviaires, et l'application de la clause 32(2) est donc suspendue. Le principe de l'approche évolutive ne signifie pas que la clause 32(2) doit être rendue applicable lorsqu'il n'existe aucune réglementation sur les tarifs ferroviaires. La clause 32(2) ne conférerait à l'Office, ni expressément ni par implication nécessaire, le pouvoir de se prononcer sur l'application de la clause 32(2), ni le pouvoir de donner des directives à l'arbitre pour qu'il développe des tarifs conformes aux Conditions de l'union.

Comme la période durant laquelle le tarif choisi par l'arbitre devait avoir effet est depuis longtemps expirée, le renvoi de l'affaire à l'Office en vue d'un arbitrage ne présenterait aucun intérêt pratique.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, ch. 228, art. 106(1).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
Loi des chemins de fer, S.R.C. 1927, ch. 170, art. 314, 325, 326(6) (mod. par S.C. 1966-67, ch. 69, art. 49).
Loi d'exécution du budget 1995, L.C. 1995, ch. 17, art. 25.
Loi nationale de 1987 sur les transports, L.C. 1987, ch. 34, art. 35, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 111.
Loi nationale sur les transports, S.C. 1966-67, ch. 69.
Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, ch. N-17, art. 45.
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, ch. R-2, art. 269(6).
Loi sur les taux de transport des marchandises dans les provinces Maritimes, L.R.C. (1985), ch. M-1 (abrogée par L.C. 1995, ch. 15, art. 25).
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 26, 37, 161 (mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 11), 162, 165 (mod., *idem*, art. 16).
Loi sur Terre-Neuve, 12-13 Geo. VI, ch. 22 (R.-U.) (mod. par *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 21) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 32], annexe, clause 32(2),(3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Brocklehurst*, [2001] 2 C.F. 141; (2000), 195 D.L.R. (4th) 589; 30

C.E.L.R. (N.S.) 177; 265 N.R. 97 (C.A.).

CONSIDERED:

A.-G. Nfld. v. C.N.R. (1950), 64 C.R.T.C. 352 (T. Bd.); *A.-G. Nfld. v. C.N.R.* (1951), 67 C.R.T.C. 353 (T. Bd.); *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *In the matter of a complaint made by Atlantic Container Express Inc. pursuant to subsection 35(1) of the National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), dated July 6, 1989, that Canadian National Railway Company is charging rates to Newfoundland destinations not consistent with the Terms of Union*, Decision No. 266-R-1991, May 22, 1991.

REFERRED TO:

Duthie v. Grand Trunk R.W. Co. (1905), 4 C.R.C. 304 (Bd. of Ry Commissioners); *Newfoundland (AG) and Atlantic Container Express (Re)*, [1987] C.T.C.R. 28 (Cdn. Transport Comm.); *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co. et al.*, [1980] 2 S.C.R. 466; (1980), 112 D.L.R. (3d) 592; [1980] 5 W.W.R. 591; 23 B.C.L.R. 86; [1980] C.T.C. 338; 7 E.T.R. 93; 32 N.R. 326; *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (P.C.).

APPEAL from a Canadian Transportation Agency decision (*In the matter of an objection by the Canadian National Railway Company to a submission for a final offer arbitration filed by Mr. Gordon Moffatt pursuant to Part IV of the Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10*, Decision No. 300-R-1999, June 2, 1999) submitting a matter of freight rates to transport goods between central Canada and the Island of Newfoundland to final offer arbitration. Appeal allowed on ground of lack of jurisdiction in Canadian Transportation Agency to conduct inquiry into application of Term 32(2) of Terms of Union of Newfoundland with Canada or to instruct an arbitrator to develop Terms of Union rates.

APPEARANCES:

Brian A. Crane, Q.C., *Ronald D. Lunau* and *L. Michel Huart* for appellant.
Gary J. Corsano for respondent Gordon Moffatt.
Donald H. Burrage for respondent Her Majesty in Right of the Province of Newfoundland and Labrador.

Admin. L.R. (3d) 153; 36 C.E.L.R. (N.S.) 177; 265 N.R. 97 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

P.G. T.-N. c. C.N.R. (1950), 64 C.R.T.C. 352 (Comm. Transp.); *P.G. T.-N. c. C.N.R.* (1951), 67 C.R.T.C. 353 (Comm. Transp.); *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (C.P.); *Relative à une plainte déposée par Atlantic Container Express Inc. en vertu du paragraphe 35(1) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.)*, le 6 juillet 1989, et selon laquelle les prix exigés par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada pour le transport vers Terre-Neuve seraient non conformes aux Conditions d'adhésion, Décision n° 266-R-1991, le 22 mai 1991.

DÉCISIONS CITÉES:

Duthie v. Grand Trunk R.W. Co. (1905), 4 C.R.C. 304 (Comm. des chemins de fer); *Terre-Neuve (PG) et Atlantic Container Express (Re)*, [1987] C.T.C.R. 28 (Comm. can. des transports); *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 466; (1980), 112 D.L.R. (3d) 592; [1980] 5 W.W.R. 591; 23 B.C.L.R. 86; [1980] C.T.C. 338; 7 E.T.R. 93; 32 N.R. 326; *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (C.P.).

APPEL d'une décision de l'Office des transports du Canada (*Relative à l'opposition de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada à la demande d'arbitrage présentée par Gordon Moffatt en vertu de la partie IV de la Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10*, Décision n° 300-R-1999, 2 juin 1999), qui a soumis à l'arbitrage une affaire de taux de fret pour le transport de marchandises dans des conteneurs entre la région centrale du Canada et Terre-Neuve. Appel accueilli pour absence de compétence de l'Office des transports du Canada pour juger si la clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada s'appliquait ou pour confier à un arbitre la tâche de développer des tarifs conformes aux Conditions de l'union.

ONT COMPARU:

Brian A. Crane, c.r., *Ronald D. Lunau* et *L. Michel Huart* pour l'appelante.
Gary J. Corsano pour l'intimé Gordon Moffatt.
Donald H. Burrage pour l'intimée Sa Majesté du chef de la Province de Terre-Neuve et du Labrador.

Ronald Ashley for respondent Canadian Transportation Agency.

Ronald Ashley pour l'intimé l'Office des transports du Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for appellant.

Sampson McDougall, Sydney, Nova Scotia for respondent Gordon Moffatt.

Attorney General of Newfoundland and Labrador for Her Majesty in Right of the Province of Newfoundland and Labrador.

Canadian Transportation Agency for respondent Canadian Transportation Agency.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, pour l'appelante.

Sampson McDougall, Sydney (Nouvelle-Écosse), pour l'intimé Gordon Moffatt.

Le procureur général de Terre-Neuve et du Labrador pour Sa Majesté du chef de la Province de Terre-Neuve et du Labrador.

L'Office des transports du Canada pour l'intimé l'Office des transports du Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

ROTHSTEIN J.A.:

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

INTRODUCTION

INTRODUCTION

[1] This is an appeal from Canadian Transportation Agency Decision 300-R-1999, dated June 2, 1999 [*In the matter of an objection by the Canadian National Railway Company to a submission for a final offer arbitration filed by Mr. Gordon Moffatt pursuant to Part IV of the Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10*]. Under Part IV of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (CTA), where a shipper is dissatisfied with the rates proposed to be charged by a carrier for the movement of goods and the matter cannot be resolved between the shipper and the carrier, the shipper may submit the matter to the Canadian Transportation Agency (Agency) for final offer arbitration. On submission of a matter for final offer arbitration, the Agency is to refer the matter to the arbitrator chosen by the shipper and carrier or, if no arbitrator has been chosen by the parties, to an arbitrator chosen by the Agency. When this matter was submitted to the Agency for final offer arbitration, a constitutional question pertaining to the Terms of Union between Canada and Newfoundland was raised. It is the constitutional question that gives rise to this appeal.

[1] Il est fait appel de la décision 300-R-1999 de l'Office des transports du Canada, en date du 2 juin 1999 [*Relative à l'opposition de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada à la demande d'arbitrage présentée par Gordon Moffatt en vertu de la partie IV de la Loi sur les transports au Canada, L.C. (1996), ch. 10*]. Selon la partie IV de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la LTC), lorsqu'un expéditeur n'est pas satisfait des prix que se propose d'appliquer un transporteur pour le transport de marchandises et que l'affaire ne peut être réglée entre l'expéditeur et le transporteur, l'expéditeur peut soumettre l'affaire à l'Office des transports du Canada (l'Office) pour arbitrage. Lorsqu'une affaire lui est soumise pour arbitrage, l'Office doit renvoyer l'affaire à l'arbitre choisi par l'expéditeur et le transporteur ou, si aucun arbitre n'a été choisi par les parties, à un arbitre choisi par l'Office. Lorsque la présente affaire a été soumise à l'Office pour arbitrage, une question constitutionnelle se rapportant aux Conditions de l'union entre le Canada et Terre-Neuve a été soulevée. C'est la question constitutionnelle qui donne lieu au présent appel.

FACTS

LES FAITS

[2] Agency Decision 300-R-1999 arose out of an August 26, 1997 submission by Gordon Moffatt for final offer arbitration of a freight rate dispute between him

[2] La décision 300-R-1999 a été rendue par l'Office après que Gordon Moffatt eut saisi l'Office le 26 août 1997 pour qu'il arbitre un différend surgi entre lui et la

and the Canadian National Railway Company (CN). Mr. Moffatt wished to engage in the business of transporting goods in containers between Central Canada and Newfoundland.

[3] In his submission for final offer arbitration, Mr. Moffatt stated what he thought were the highest rates CN could charge based upon the principles contained in Term 32(2) of the Terms of Union of Newfoundland with Canada (Schedule to the *Newfoundland Act*, [12-13 Geo. VI, c. 22 (U.K.) (as am. by *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 21) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 32]]. It appears these rates constituted Mr. Moffatt's final offer. (The actual rates are not before the Court and nothing turns on them.) Term 32(2) provides:

32. . . .

(2) For the purpose of railway rate regulation the Island of Newfoundland will be included in the Maritime Region of Canada, and through-traffic moving between North Sydney and Port aux Basques will be treated as all-rail traffic.

I will return to Term 32(2) in the analysis portion of these reasons. At this point, it is sufficient to observe that, historically, Term 32(2) has been interpreted to require the extrapolation to points in Newfoundland, on a rail mileage basis, of rates applicable from Central Canada to the Maritime Provinces. Rates constructed on this basis were maximum rates; that is, CN could not charge rates to Newfoundland higher than those constructed according to Term 32(2).

[4] Upon being served with Mr. Moffatt's submission to the Agency for final offer arbitration, CN wrote to the Agency by letter dated September 15, 1997, arguing that Moffatt's submission was not validly constituted and that the Agency was, therefore, not in a position to refer the matter to arbitration.

[5] CN raised a number of objections, but the only ones dealt with in Agency Decision 300-R-1999 and that are the subject of this appeal, relate to Term 32(2) of the Terms of Union. CN objected to referral of the matter to

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le CN) portant sur les taux de fret. M. Moffatt voulait s'adonner au transport de marchandises dans des conteneurs entre la région centrale du Canada et Terre-Neuve.

[3] Dans sa demande d'arbitrage, M. Moffatt avait indiqué ce qu'il croyait être les prix les plus élevés que le CN pouvait appliquer eu égard aux principes énoncés dans la clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada (annexe de la *Loi sur Terre-Neuve* [12-13 Geo. VI, ch. 22 (R.-U.) (mod. par *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 21) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 32]]. Il semble que ces taux constituaient la dernière offre de M. Moffatt. (Les taux effectifs n'ont pas été produits devant la Cour et rien ne dépend d'eux.) La clause 32(2) est rédigée ainsi:

32. [. .]

(2) Aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire.

Je reviendrai sur la clause 32(2) dans la partie «analyse» des présents motifs. Pour l'heure, il suffit d'observer que, historiquement, la clause 32(2) est interprétée comme une disposition imposant la transposition, pour les endroits situés à Terre-Neuve, et au prorata de la distance parcourue en chemin de fer, des taux applicables depuis la région centrale du Canada jusqu'aux provinces maritimes. Les taux ainsi calculés étaient des taux maximums; c'est-à-dire que le CN ne pouvait appliquer pour le transport vers Terre-Neuve des taux plus élevés que les taux calculés selon la clause 32(2).

[4] Après que lui eut été signifiée la demande d'arbitrage présentée par M. Moffatt à l'Office, le CN a envoyé à l'Office le 15 septembre 1997 une lettre dans laquelle il affirmait que la demande de M. Moffatt n'était pas valide et que l'Office n'était donc pas en état de renvoyer l'affaire à l'arbitrage.

[5] Le CN avait soulevé plusieurs objections, mais les seules qui sont examinées dans la décision 300-R-1999 de l'Office et qui font l'objet du présent appel se rapportent à la clause 32(2) des Conditions de l'union.

arbitration on three grounds:

1. Term 32(2) had no further application after closure of the Newfoundland Railway in 1988;
2. There is no longer any relevant railway rate regulation to which Term 32(2) could apply;
3. CN is no longer a Crown corporation and there is no law binding on CN to implement Term 32(2) in its rate making with respect to movements to Newfoundland that include rail transportation.

[6] In Decision 300-R-1999, the Agency rejected these objections and concluded that, as CN had offered “through” rates to Mr. Moffatt from the mainland of Canada to points in Newfoundland, these rates fell within the purview of Term 32(2). Having come to that conclusion, the Agency then embarked upon a consideration of how rates should be developed to and from Newfoundland.

[7] The Agency noted that the development of a Maritime rate structure was critical, since the extension of Newfoundland rates have historically been based on a mileage prorated extrapolation of rates found within an existing Maritime rate structure. However, the Agency acknowledged that identification of a Maritime rate structure had been difficult in recent years, as the majority of railway traffic now moves under rates contained in confidential contracts. Nonetheless, in the view of the Agency, as the Constitution requires Terms of Union rates, they must be developed “even if it means resorting to developing a ‘best guess’ figure” (at page 28 of Decision 300-R-1999).

[8] The Agency concluded that Term 32(2) continued to apply to Mr. Moffatt’s traffic and that CN had obligations under Term 32(2). While acknowledging that the development of a Maritime rate structure may be a difficult task for an arbitrator and that the arbitrator may not have expertise in rate matters, the Agency concluded that the arbitrator could use his own resources or ask for assistance from the Agency. It, therefore, submitted the matter for arbitration, assigning the task of developing a Maritime rate structure and Terms of Union rates to the arbitrator, reminding the arbitrator that the Terms of

Les moyens invoqués par le CN pour s’opposer au renvoi de la question à l’arbitrage étaient les suivants:

1. La clause 32(2) n’était plus applicable après la fermeture du Chemin de fer de Terre-Neuve en 1988;
2. Il n’existe plus de règlement sur les tarifs ferroviaires auquel la clause 32(2) puisse s’appliquer;
3. Le CN n’est plus une société d’État et aucune loi n’oblige le CN à donner effet à la clause 32(2) lorsqu’il établit des taux de fret pour les expéditions vers Terre-Neuve qui comprennent un transport ferroviaire.

[6] Dans sa décision 300-R-1999, l’Office a rejeté ces objections et conclu que, puisque le CN avait offert à M. Moffatt des tarifs forfaitaires depuis le Canada continental jusqu’à des endroits situés à Terre-Neuve, ces tarifs relevaient du champ de la clause 32(2). Étant arrivé à cette conclusion, l’Office s’est ensuite demandé comment devraient être établis les tarifs à destination et en provenance de Terre-Neuve.

[7] L’Office a fait observer que l’établissement d’une structure tarifaire pour la région maritime était essentiel, puisque les taux appliqués à Terre-Neuve avaient toujours été fondés sur une transposition, d’après le kilométrage parcouru, des tarifs compris dans une structure tarifaire de la région maritime. Cependant, l’Office a reconnu qu’il avait été difficile ces dernières années de déceler une structure tarifaire de la région maritime car la majorité du trafic ferroviaire se fait aujourd’hui selon les tarifs indiqués dans des contrats confidentiels. Néanmoins, de l’avis de l’Office, comme la Constitution impose des tarifs conformes aux Conditions de l’union, de tels tarifs doivent être établis «même s’il faut recourir à une sorte d’estimation» (à la page 28 de la décision 300-R-1999).

[8] L’Office a conclu que la clause 32(2) demeurerait applicable aux marchandises de M. Moffatt et qu’elle conférerait des obligations au CN. Tout en reconnaissant qu’il pourrait être difficile pour un arbitre d’établir une structure tarifaire de la région maritime et que l’arbitre n’aurait peut-être pas les connaissances requises en la matière, l’Office a conclu que l’arbitre pouvait recourir à ses propres ressources ou demander l’aide de l’Office. Il a donc soumis la question à l’arbitrage, en demandant à l’arbitre de développer une structure tarifaire de la région maritime et un barème conforme aux Conditions

Union are mandatory and a paramount consideration in the arbitration.

ANALYSIS

[9] The initial question to be addressed is whether, in the present circumstances, the Agency had the jurisdiction to conduct an inquiry into the application of Term 32(2) to the setting of freight rates to Newfoundland and to assign to the arbitrator the task of developing rates to Newfoundland according to Term 32(2). The Agency was of the view that it possessed such jurisdiction. The Agency referred to the test for jurisdiction set out in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, that for a tribunal to address a constitutional issue, it “must already have jurisdiction over the whole of the matter before it, namely, the parties, subject matter and remedy sought”. The Agency found it met the *Cuddy Chicks* test. The Agency states, at page 16 of Decision 300-R-1999:

In this case, the Agency finds that it meets the tests for jurisdiction set out by the Supreme Court of Canada in the *Cuddy Chicks* case. That is, the Agency has before it an application for statutory arbitration under Part IV of the CTA. Parliament has specifically mandated the Agency to receive such applications pursuant to section 161 of the CTA and refer them to an arbitrator, subject to any interlocutory objections that may arise. Thus, in terms of the tests established in *Cuddy Chicks* the Agency has jurisdiction over the subject matter. Further, there is no debate here that Mr. Moffatt is a shipper and that CN is a federal railway company; thus, the Agency has jurisdiction over the parties. Finally, the requested remedy here is referral of the matter (or in the case of CN’s objection, the refusal to refer the matter) to an arbitrator. The remedy is, therefore, also in the Agency’s specific mandate.

In my respectful opinion, the Agency erred in concluding that it had such jurisdiction.

[10] I commence my analysis with the basic proposition that the Agency is a creature of statute and the powers it exercises must be found in statutory law, either expressly or by necessary implication: see *Duthie v. Grand Trunk R.W. Co.* (1905), 4 C.R.C. 304 (Bd. of Ry Commissioners). This principle is expressed by

de l’union, et en lui rappelant que les Conditions de l’union étaient impératives et constituaient un aspect primordial de l’arbitrage.

ANALYSE

[9] La question initiale à examiner est de savoir si, en l’occurrence, l’Office était compétent pour juger si la clause 32(2) s’appliquait à l’établissement de taux de fret vers Terre-Neuve et pour confier à l’arbitre la tâche de développer, d’une manière conforme à la clause 32(2), des tarifs pour le transport de fret vers Terre-Neuve. L’Office a exprimé l’avis qu’il avait cette compétence. Il s’est référé pour cela au critère énoncé dans l’arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, critère selon lequel, pour qu’un tribunal administratif examine une question constitutionnelle, il «doit déjà avoir compétence à l’égard de l’ensemble de la question qui lui est soumise, c’est-à-dire à l’égard des parties, de l’objet du litige et de la réparation recherchée». L’Office a estimé qu’il répondait au critère de l’arrêt *Cuddy Chicks*. Il s’est exprimé ainsi, à la page 16 de la décision 300-R-1999:

Dans le cas présent, l’Office est d’avis qu’il répond aux tests de compétence fixés par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Cuddy Chicks*, et qu’il est saisi d’une demande d’arbitrage en vertu de la partie IV de la LTC. Le Parlement a expressément investi l’Office du mandat d’entendre ce genre de demandes en vertu de l’article 161 de la LTC et d’adresser ces demandes à un arbitre, sous réserve des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées. Ainsi donc, si l’on se fonde sur les tests établis par l’affaire *Cuddy Chicks*, l’Office est habilité à statuer sur la question. De plus, personne ne conteste que M. Moffatt soit un expéditeur et que le CN soit une compagnie de chemins de fer de compétence fédérale; l’Office a donc compétence sur les deux parties. Enfin, le recours sollicité est le renvoi de la question (ou, dans le cas de l’opposition du CN, le refus de renvoyer la question) devant un arbitre. Le recours relève donc également du mandat de l’Office.

Je regrette de dire qu’à mon avis, l’Office a commis une erreur en concluant qu’il avait cette compétence.

[10] Je commence mon analyse par la proposition fondamentale selon laquelle l’Office est une création du législateur et que les pouvoirs qu’il exerce doivent lui être conférés par sa loi constitutive, soit expressément soit par implication nécessaire: voir l’arrêt *Duthie c. Grand Trunk R.W. Co.* (1905), 4 C.R.C. 304 (Comm.

La Forest J. in *Cuddy Chicks*, *supra*, with reference to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] not functioning as an independent source of an administrative tribunal's jurisdiction to address constitutional issues. At page 14, he stated:

Rather, jurisdiction must have expressly or impliedly been conferred on the tribunal by its enabling statute or otherwise. This fundamental principle holds true regardless of the nature of the issue before the administrative body. Thus, a tribunal prepared to address a *Charter* issue must already have jurisdiction over the whole of the matter before it, namely, the parties, subject matter and remedy sought.

It is, therefore, necessary to consider whether jurisdiction has been conferred on the Agency by statute to conduct the inquiry into the application of Term 32(2), and to instruct the arbitrator to develop a Maritime rate structure and Terms of Union rates. There are three possible sources for such jurisdiction:

1. Part IV of the CTA under which the matter came before the Agency;
2. Other powers of the Agency under the CTA; and
3. Term 32(2) itself.

Part IV of the CTA

[11] The matter came before the Agency under Part IV of the CTA, which is entitled "Final Offer Arbitration". The role of the Agency under Part IV is limited.

[12] Under subsection 162(1), on the submission of a matter to the Agency for final offer arbitration, the Agency shall refer the matter for arbitration. (Section 161 and relevant statutory provisions not reproduced in the body of these reasons are set forth in Appendix A.) Under subsection 161(2), the submission shall contain the shipper's final offer and the railway company's last offer, an undertaking by the shipper to ship the goods in accordance with the decision of the arbitrator, an undertaking by the shipper to pay the shipper's portion of the arbitrator's fee, and the name of the arbitrator agreed upon between the shipper and carrier. Once the

des chemins de fer). Ce principe est exposé par le juge La Forest dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, au soutien de la proposition selon laquelle le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] ne constitue pas une source autonome du pouvoir d'un tribunal administratif de statuer sur des questions constitutionnelles. Il s'exprime ainsi, à la page 14:

La compétence du tribunal doit plutôt lui avoir été conférée expressément ou implicitement par sa loi constitutive ou autrement. Ce principe fondamental demeure, quelle que soit la nature de la question dont est saisi le tribunal administratif. Ainsi, le tribunal administratif qui s'apprête à étudier une question ayant trait à la *Charte* doit déjà avoir compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée.

Il faut donc se demander si la loi a conféré à l'Office le pouvoir de procéder à l'examen de l'application de la clause 32(2) et d'ordonner à l'arbitre de développer une structure tarifaire de la région maritime ainsi que des taux conformes aux Conditions de l'union. Il existe trois sources possibles pour une telle compétence:

1. La partie IV de la LTC, le texte en vertu duquel l'Office a été saisi de la question;
2. Les autres pouvoirs de l'Office selon la LTC; et
3. La clause 32(2) elle-même.

La partie IV de la LTC

[11] L'Office a été saisi de la question en vertu de la partie IV de la LTC, qui est intitulée «Arbitrage». Le rôle de l'Office selon la partie IV est restreint.

[12] Selon le paragraphe 162(1), lorsqu'une question est soumise à l'Office pour arbitrage, l'Office doit renvoyer la question à l'arbitrage. (L'article 161 et les dispositions légales applicables non reproduits dans le texte des présents motifs apparaissent à l'appendice A.) Selon le paragraphe 161(2), la demande d'arbitrage doit contenir la dernière offre de l'expéditeur et la dernière offre de la compagnie de chemin de fer, l'engagement de l'expéditeur d'expédier les marchandises selon les termes de la décision de l'arbitre, l'engagement de l'expéditeur de payer sa part des honoraires de l'arbitre, enfin le nom de l'arbitre sur lequel l'expéditeur et le

Agency determines that there has been compliance with subsection 161(2), the requirement to refer for arbitration is mandatory. The only exception appears to be in subsection 161(3), that the matter is not to be referred to arbitration if the shipper has not, at least five days before submission to the Agency, served on the carrier a written notice indicating the shipper's intention to submit the matter to the Agency for final offer arbitration.

[13] The only other duty assigned to the Agency is to choose the arbitrator if the parties have not already done so, or if the arbitrator selected by the parties is unavailable. Other than these three procedural functions, i.e. checking the contents of the submission, determining whether timely notice has been given to the railway company and, when necessary, choosing the arbitrator, Part IV does not provide for any other duties or functions by the Agency prior to referring the matter to the arbitrator.

[14] The statutory history of final offer arbitration makes it quite clear that Parliament intended to restrict the Agency from involving itself in substantive matters preliminary to an arbitration. Final offer arbitration was introduced in the *National Transportation Act, 1987*, S.C. 1987, c. 34 (NTA, 1987) in sections 47 to 57. Sections 47 to 57 are the predecessors to Part IV of the CTA. Part IV is similar in many respects to sections 47 to 57 but there are some significant changes indicating Parliament's intention in the CTA to restrict the Agency's role prior to referring a matter to arbitration.

[15] One change is that unless the parties otherwise agree, the arbitrator's decision is to be rendered within 60 days after the date on which the submission for final offer arbitration is filed with the Agency by the shipper (CTA paragraph 165(2)(b)). This compares to 90 days under the NTA, 1987 (NTA, 1987 paragraph 52(2)(b)).

[16] This is a strong indicator that Parliament intended that the Agency refer the matter to the arbitrator without becoming involved in a preliminary regulatory proceeding. There is virtually no time for the Agency to deal with substantive matters if the parties are to exchange information, request and answer interro-

transporteur se sont entendus. Lorsque l'Office juge qu'il y a conformité au paragraphe 161(2), le renvoi de la question à l'arbitrage est obligatoire. La seule exception semble se trouver au paragraphe 161(3), selon lequel la question ne doit pas être renvoyée à l'arbitrage si l'expéditeur n'a pas signifié au transporteur, dans les cinq jours précédant la demande, un avis écrit annonçant son intention de soumettre la question à l'Office pour arbitrage.

[13] La seule autre obligation de l'Office est de choisir l'arbitre si les parties ne l'ont pas déjà fait, ou si l'arbitre choisi par les parties doit s'excuser. Hormis ces trois fonctions procédurales, c'est-à-dire vérification du contenu de la demande, appréciation du délai de signification de l'avis à la compagnie de chemin de fer et, si nécessaire, choix de l'arbitre, la partie IV ne confère pas d'autres attributions à l'Office avant le renvoi de la question à l'arbitre.

[14] Il ressort manifestement de l'historique législatif de l'arbitrage que le législateur voulait empêcher l'Office d'intervenir dans les questions de fond préalables à un arbitrage. L'arbitrage a été introduit dans la *Loi nationale de 1987 sur les transports*, L.C. 1987, ch. 34 (LNT de 1987), aux articles 47 à 57. Les articles 47 à 57 sont les prédécesseurs de la partie IV de la LTC. La partie IV ressemble à maints égards aux articles 47 à 57, mais elle présente quelques changements importants, qui attestent l'intention du législateur, dans la LTC, de limiter le rôle de l'Office avant le renvoi d'une question à l'arbitrage.

[15] L'un de ces changements est que, sauf entente contraire des parties, la décision de l'arbitre doit être rendue dans un délai de 60 jours après la date à laquelle la demande d'arbitrage est déposée auprès de l'Office par l'expéditeur (alinéa 165(2)b) de la LTC). Dans la LNT de 1987, ce délai était de 90 jours (alinéa 52(2)b) de la LNT de 1987).

[16] C'est là un signe évident que le législateur voulait que l'Office renvoie la question à l'arbitre sans s'engager dans une procédure réglementaire préliminaire. L'Office n'a à peu près pas le temps d'examiner des questions de fond si les parties doivent s'échanger des renseignements, demander des interro-

gatories, make submissions to the arbitrator and if the arbitrator is to be given a reasonable amount of time to consider the submissions and evidence and to make a decision.

[17] Most significantly, under paragraph 48(3)(b) of the NTA, 1987, the Agency (under that legislation, the National Transportation Agency) was not to cause any matter submitted to it by a shipper to be arbitrated if the Agency was of the view that the matter raised issues of general public interest, that interests other than those of the shipper and carrier may be materially prejudiced by the matter submitted, and that the matter should be investigated under section 59 of that Act. Paragraph 48(3)(b) provided:

48. . . .

(3) The Agency shall not cause any matter submitted to it by a shipper under subsection (1) to be arbitrated if

. . .

(b) the Agency has, within 10 days after receipt of the submission, advised the shipper in writing that the Agency is of the opinion that

(i) the matter raises issues of general public interest and that interests other than those of the shipper and carrier concerned may be materially prejudiced by the matter submitted, and

(ii) the matter should be investigated by the Agency pursuant to section 59.

[18] Section 59 of the NTA, 1987 was a provision under which the Agency could conduct an investigation into whether rates charged by a carrier were prejudicial to the public interest. Under the CTA, there is no provision similar to paragraph 48(3)(b) of the NTA, 1987. Nor is there a public interest rate investigation provision similar to section 59 of the NTA, 1987.

[19] Clearly, the role of the Agency, when a matter was submitted to it for final offer arbitration, was broader under the NTA, 1987 than it currently is under the CTA. Under the NTA, 1987, the Agency was obliged to consider whether a final offer arbitration raised public interest issues and issues that affected others than the shipper and carrier involved. There is no such role for the Agency under the CTA.

gatoires et y répondre et présenter des arguments à l'arbitre, et si l'arbitre doit disposer d'un délai suffisant pour examiner les arguments et la preuve et rendre une décision.

[17] Élément particulièrement révélateur, selon l'alinéa 48(3)b) de la LNT de 1987, l'Office (qui s'appelait dans ce texte l'Office national des transports) ne devait renvoyer à l'arbitrage aucune question qui lui était soumise par un expéditeur si l'Office était d'avis que la question soulevée était d'intérêt public général, que la tenue de l'arbitrage serait notablement préjudiciable à des intérêts autres que ceux du transporteur et de l'expéditeur et qu'il y aurait lieu d'examiner la question selon l'article 59 de la Loi. L'alinéa 48(3)b) était ainsi rédigé:

48. [. . .]

(3) L'arbitrage prévu au paragraphe (1) est exclu dans les cas suivants:

[. . .]

b) l'Office a, dans les dix jours suivant réception de la demande, avisé par écrit l'expéditeur qu'il estime que la question soulevée est d'intérêt public général et que la tenue de l'arbitrage serait notablement préjudiciable aux intérêts autres que ceux du transporteur et de l'expéditeur en cause, et qu'il est d'avis qu'il y aurait lieu de procéder par voie d'enquête en application de l'article 59.

[18] L'article 59 de la LNT de 1987 prévoyait que l'Office pouvait examiner si les tarifs demandés par un transporteur étaient préjudiciables à l'intérêt public. Il n'y a dans la LTC aucune disposition rappelant l'alinéa 48(3)b) de la LNT de 1987. La LTC ne renferme non plus aucune disposition autorisant, comme le faisait l'article 59 de la LNT de 1987, un examen concernant l'incidence des tarifs sur l'intérêt public.

[19] Manifestement, le rôle de l'Office lorsqu'une question lui était soumise pour arbitrage était plus étendu dans la LNT de 1987 qu'il ne l'est aujourd'hui dans la LTC. Dans la LNT de 1987, l'Office était tenu de se demander si un arbitrage soulevait des questions d'intérêt public ou des questions qui allaient au-delà des intérêts de l'expéditeur et du transporteur. La LTC ne confère aucun rôle semblable à l'Office.

[20] Nevertheless, the Agency found that “Parliament has specifically mandated the Agency to receive such applications pursuant to section 161 of the CTA and refer them to an arbitrator, subject to any interlocutory objections that may arise” [underlining added] (at page 16 of Decision 300-R-1999). I see nothing in section 161 or elsewhere in Part IV that mandates the Agency to deal with “interlocutory objections that may arise”. With respect, I think the Agency has read words into section 161 that do not appear, in order to justify its assumption of jurisdiction in this case. It goes without saying that the Agency must take the statute as it finds it.

[21] Further, it was incorrect for the Agency to have found, at page 16 of Decision 300-R-1999, that it had jurisdiction over the subject-matter and remedy in this case. As in *Cuddy Chicks*, *supra*, where La Forest J. held that the subject-matter in that case could not be characterized simply as an application for certification, in this case, the subject-matter cannot be characterized simply as an application for final offer arbitration. The issue raised before the Agency by CN was whether the submission for final offer arbitration was properly before it and the remedy sought was not to refer the matter for arbitration. There is nothing in Part IV of the CTA that confers on the Agency jurisdiction to decide, on any substantive basis, whether a submission for final offer arbitration is properly before it. Nor is there authority for the Agency not to refer the matter for arbitration if it meets the procedural requirements of Part IV. Thus, in so far as Part IV is concerned, the subject-matter and remedy were not within the jurisdiction of the Agency.

[22] Finally, the Agency argued that it has the expertise in such a matter and that it was necessary for it to have dealt with CN’s objection relative to the Terms of Union as a preliminary matter. I acknowledge that the Agency does have expertise dealing with Term 32(2) of the Terms of Union, that the matter was raised by Mr. Moffatt and that CN requested the Agency to deal with it as a preliminary matter (even though, before this Court, CN’s position was that the Agency did not have such jurisdiction). However, jurisdiction cannot be conferred by agreement and expertise, on its own, is not

[20] Néanmoins, l’Office a conclu que «le Parlement a expressément investi l’Office du mandat d’entendre ce genre de demandes en vertu de l’article 161 de la LTC et d’adresser ces demandes à un arbitre, sous réserve des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées» [soulignement ajouté] (à la page 16 de la décision 300-R-1999). Je ne vois, dans l’article 161 ou ailleurs dans la partie IV, rien qui donne mandat à l’Office de statuer sur «des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées». Je crois malheureusement que l’Office a interprété un peu trop libéralement le texte de l’article 161, de manière à justifier ici la compétence qu’il voulait s’arroger. Il va sans dire que l’Office doit prendre la loi telle qu’elle existe.

[21] Il était d’ailleurs inexact pour l’Office de conclure, à la page 16 de la décision 300-R-1999, qu’il avait dans la présente affaire compétence sur l’objet du litige et sur la réparation recherchée. Comme pour l’arrêt *Cuddy Chicks*, précité, où le juge La Forest a estimé que dans cette affaire-là l’objet ne pouvait être considéré simplement comme une demande d’accréditation, l’objet du litige dans la présente affaire ne peut être qualifié simplement de demande d’arbitrage. La question soulevée devant l’Office par le CN était de savoir si l’Office avait été valablement saisi de la demande d’arbitrage, et la réparation recherchée n’était pas le renvoi de la question à l’arbitrage. La partie IV de la LTC ne confère nullement à l’Office le pouvoir de statuer au fond sur la question de savoir s’il est valablement saisi d’une demande d’arbitrage. L’Office n’a pas non plus le pouvoir de ne pas renvoyer la question à l’arbitrage si elle répond aux règles de forme de la partie IV. Ainsi, pour ce qui concerne la partie IV, l’objet et la réparation ne relevaient pas de la compétence de l’Office.

[22] Finalement, l’Office a fait valoir qu’il détient les connaissances spécialisées en la matière et qu’il lui était nécessaire, à titre préjudiciel, de se prononcer sur l’objection du CN se rapportant aux Conditions de l’union. Je reconnais que l’Office a bien les connaissances requises pour ce qui est de la clause 32(2) des Conditions de l’union, que la question a été soulevée par M. Moffatt et que le CN a demandé à l’Office d’en disposer à titre préjudiciel (même si, devant la Cour, le CN a exprimé l’avis que l’Office n’avait pas cette compétence). Cependant, une compétence ne saurait

a basis for a tribunal assuming a jurisdiction not conferred upon it by statute.

[23] On the facts of this case, nothing in Part IV of the CTA authorizes the Agency to have conducted the inquiry it undertook regarding the Terms of Union and to have issued instructions to the arbitrator to develop a Maritime rate structure and Terms of Union rates. For these reasons, the test for jurisdiction in *Cuddy Chicks*, *supra*, in respect of Part IV was not met.

Other Provisions of the CTA

[24] Are there provisions of the CTA outside Part IV that confer jurisdiction on the Agency to conduct a Term 32(2) inquiry and issue instructions to the arbitrator? This Court has had the occasion to address the extent of the Agency's jurisdiction in the wider context of the CTA as a whole, in *Canadian National Railway Co. v. Brocklehurst*, [2001] 2 F.C. 141 (C.A.). In that case, as in this, the Agency relied on sections 26 and 37 of the CTA. They provide:

26. The Agency may require a person to do or refrain from doing any thing that the person is or may be required to do or is prohibited from doing under any Act of Parliament that is administered in whole or in part by the Agency.

...

37. The Agency may inquire into, hear and determine a complaint concerning any act, matter or thing prohibited, sanctioned or required to be done under any Act of Parliament that is administered in whole or in part by the Agency.

The analysis undertaken by Décary J.A. in paragraphs 6 to 9 and 13 to 17 of *Brocklehurst*, *supra*, is applicable to this case. Specifically, at paragraphs 13 and 14, Décary J.A. stated:

The Agency interprets sections 26 and 37 to mean that once the Agency administers part of an Act of Parliament, it is deemed to be administering the whole of the Act and is therefore the appropriate authority unless the Act expressly says otherwise. I do not agree with that interpretation. The two sections, in my view, give jurisdiction to the Agency either with respect to the whole of a statute should the Agency be generally mandated by the statute to administer it, or with

résulter d'une entente, et des connaissances spécialisées ne peuvent à elles seules conférer à un tribunal administratif une compétence que ne lui reconnaît pas la loi.

[23] En l'espèce, la partie IV de la LTC n'autorisait nullement l'Office à se livrer à l'examen qu'il a effectué à propos des Conditions de l'union ni à donner à l'arbitre des instructions selon lesquelles il devait développer une structure tarifaire pour la région maritime et des taux conformes aux Conditions de l'union. Pour ces motifs, le critère de compétence énoncé dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, n'a pas été rempli au regard de la partie IV.

Les autres dispositions de la LTC

[24] Y a-t-il dans la LTC, hormis la partie IV, des dispositions qui donnent à l'Office le pouvoir d'effectuer un examen au regard de la clause 32(2) des Conditions de l'union et de donner des directives à l'arbitre? La Cour a eu l'occasion, dans l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Brocklehurst*, [2001] 2 C.F. 141 (C.A.), d'examiner l'étendue de la compétence de l'Office dans le contexte plus général de la LTC tout entière. Dans cette affaire, comme dans la présente affaire, l'Office invoquait les articles 26 et 37 de la LTC. Ils sont ainsi rédigés:

26. L'Office peut ordonner à quiconque d'accomplir un acte ou de s'en abstenir lorsque l'accomplissement ou l'abstention sont prévus par une loi fédérale qu'il est chargé d'appliquer en tout ou en partie.

[. . .]

37. L'Office peut enquêter sur une plainte, l'entendre et en décider lorsqu'elle porte sur une question relevant d'une loi fédérale qu'il est chargé d'appliquer en tout ou en partie.

L'analyse effectuée par le juge Décary aux paragraphes 6 à 9 et 13 à 17 de l'arrêt *Brocklehurst*, précité, est applicable à la présente espèce. Plus précisément, aux paragraphes 13 et 14, le juge Décary s'est exprimé ainsi:

Selon l'interprétation qu'il donne des articles 26 et 37, l'Office, lorsqu'il administre une partie d'une loi fédérale, est réputé administrer l'ensemble de cette loi et constitue par conséquent l'autorité compétente, sauf disposition contraire expresse de la loi. Je ne partage pas cette interprétation. Les deux articles, à mon avis, confèrent à l'Office une compétence soit à l'égard de l'ensemble d'une loi, dans le cas où cette loi habilite l'Office de manière générale à administrer la loi, soit

respect to parts of a statute should the Agency be specifically mandated by the statute to administer parts only of the statute.

The 1996 Act contains no provision conferring upon the Agency the power, duty or function of administering the whole Act. It is indeed noteworthy that neither section 26 nor section 37 refer expressly to the very statute in which they are found. The statute, however, contains numerous provisions that confer upon the Agency jurisdiction with respect to the administration of specific parts of the Act. Unless section 95 is one such provision, the Agency has no jurisdiction with respect to that section.

[25] As Décarry J.A. found, there is no provision in the CTA conferring upon the Agency the power, duty or function of administering the whole CTA. Unless there is specific jurisdiction in the CTA to conduct a Term 32(2) inquiry upon submission of an application for final offer arbitration, there is no such jurisdiction. As I have already determined, Part IV does not confer such jurisdiction on the Agency. Nor does any other provision of the CTA confer a general jurisdiction on the Agency to deal with Term 32(2).

[26] The only other provision referred to by the Agency was section 5 of the CTA, the declaration of the National Transportation Policy. Section 5 declares that as part of the National Transportation Policy, the objective of carriers being able to compete must have "due regard . . . to legal and constitutional requirements". The Agency submitted that section 5 confers on it jurisdiction to deal with Term 32(2) as a constitutional requirement.

[27] However, section 5 is not a jurisdiction-conferring provision. While not minimizing its importance, I believe that section 5 is a declaratory provision which states the objectives of Canada's National Transportation Policy. Those objectives are implemented by the regulatory provisions of the CTA and, in the currently largely deregulated environment, by the absence of regulatory provisions. Section 5 does not, itself, confer on the Agency the jurisdiction it assumed in this case. If it were construed to do so, then presumably any legal question could also be brought before the Agency for determination. Obviously section 5 was not intended to confer on the Agency jurisdiction over all disputes of any sort affecting carriers, simply because they involve legal or constitutional questions. Of

à l'égard de parties d'une loi dans le cas où la loi habilite spécifiquement l'Office à en administrer seulement des parties.

La Loi de 1996 ne comporte aucune disposition conférant à l'Office les pouvoirs, attributions et fonctions d'administrer l'ensemble de la Loi. Il est remarquable en effet que ni l'article 26 ni l'article 37 ne mentionnent expressément la Loi même où ils figurent. Par contre, la Loi contient un grand nombre de dispositions qui confèrent à l'Office une compétence pour l'administration de parties spécifiques de la Loi. À moins que l'article 95 ne fasse partie de ces dispositions, l'Office n'a pas compétence à l'égard de cet article.

[25] Comme l'a constaté le juge Décarry, il n'y a dans la LTC aucune disposition conférant à l'Office les pouvoirs, attributions et fonctions d'administrer l'ensemble de la LTC. Si la LTC ne confère pas expressément compétence à l'égard d'un examen se rapportant à la clause 32(2) après qu'a été présentée une demande d'arbitrage, une telle compétence n'existe pas. Comme je l'ai déjà indiqué, la partie IV ne confère pas une telle compétence à l'Office. Et aucune autre disposition de la LTC ne confère elle non plus à l'Office une compétence générale au regard de la clause 32(2).

[26] La seule autre disposition mentionnée par l'Office était l'article 5 de la LTC, qui concerne la Politique nationale des transports. L'article 5 mentionne que, dans le cadre de la Politique nationale des transports, l'objectif d'instaurer la concurrence parmi les transporteurs doit tenir compte «du contexte juridique et constitutionnel». L'Office a affirmé que l'article 5 lui confère une compétence pour examiner la clause 32(2) en tant que contexte constitutionnel.

[27] Cependant, l'article 5 n'est pas une disposition attributive de compétence. Sans minimiser son importance, je crois que l'article 5 est une disposition déclarative qui énonce les objectifs de la Politique nationale des transports du Canada. Ces objectifs sont mis en œuvre par les dispositions de la LTC qui autorisent la prise de règlements et, vu l'environnement largement déréglementé d'aujourd'hui, par l'absence de tels règlements. L'article 5 ne confère pas en tant que tel à l'Office la compétence qu'il s'est arrogée en l'espèce. S'il était interprété de la sorte, alors toute question juridique pourrait vraisemblablement elle aussi être portée devant l'Office pour qu'il la résolve. À l'évidence, l'article 5 n'était pas destiné à conférer à l'Office une compétence sur tous les différends intéressant les

course, the Constitution must be respected. But section 5 does not give the Agency plenary power to address any constitutional question that is raised before it where there is no specific statutory authority for it to conduct such an inquiry. This is the point made by La Forest J. in *Cuddy Chicks*, *supra*, in relation to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and it is equally applicable to section 5 of the CTA. Indeed, unlike prior legislation, the CTA does not mention Term 32(2) and there is no general jurisdiction in the Agency to regulate freight rates as there was in such prior legislation.

[28] In *Cuddy Chicks*, *supra*, the Ontario *Labour Relations Act* [R.S.O. 1980, c. 228, s. 106(1)] stipulated that the Labour Board had exclusive jurisdiction “to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it”. The Act conferred on the Board the power to determine questions of law and fact relating to its own jurisdiction and specifically to decide if a matter is arbitrable. Such provisions are noticeably absent in the CTA and that is not surprising, given the highly regulated nature of labour relations and the relatively deregulated nature of transportation. The CTA does not, expressly or by necessary implication, confer jurisdiction on the Agency to regulate freight rates to Newfoundland or to deal with Term 32(2).

Term 32(2)

[29] The only other possible source of Agency jurisdiction is Term 32(2) itself. Term 32(2) does not mention the Agency or its predecessor tribunals. It does not, therefore, expressly confer jurisdiction on the Agency to regulate railway rates generally or rates to and from Newfoundland specifically.

[30] Could it be construed, however, that railway rate regulation by the Agency is necessarily implied? In other words, could it be said that Term 32(2) requires rate regulation, that such rate regulation necessarily implies that there be a regulator and that the regulator be the

transporteurs, du seul fait que tels différends font intervenir des questions juridiques ou constitutionnelles. Certes, la Constitution doit être observée. Mais l'article 5 ne donne pas à l'Office la latitude entière d'examiner toute question constitutionnelle qui est soulevée devant lui lorsque la loi ne lui confère nullement le pouvoir de procéder à un tel examen. C'est ce qu'a conclu le juge La Forest dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, au regard du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et ses propos sont également applicables à l'article 5 de la LTC. Au reste, contrairement à la loi antérieure, la LTC ne fait pas mention de la clause 32(2), et l'Office n'a aucune compétence générale pour régler les barèmes de fret comme c'était le cas dans ladite loi antérieure.

[28] Dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, la *Labour Relations Act* [R.S.O. 1980, ch. 228, art. 106(1)] de l'Ontario prévoyait que la Commission des relations de travail avait compétence exclusive [TRADUCTION] «pour trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise». La Loi conférait à la Commission le pouvoir de statuer sur les questions de droit et de fait se rapportant à sa propre compétence et plus précisément de dire si une affaire se prêtait ou non à l'arbitrage. De telles dispositions sont visiblement absentes de la LTC, et cela n'est pas surprenant, vu la nature fortement réglementée des relations de travail et la nature relativement déréglementée des transports. La LTC ne confère pas à l'Office, expressément ou par implication nécessaire, une compétence pour régler les taux de fret vers Terre-Neuve ou pour se prononcer sur la clause 32(2).

La clause 32(2)

[29] La seule autre source possible d'une compétence de l'Office est la clause 32(2) elle-même. La clause 32(2) ne mentionne pas l'Office ni les tribunaux administratifs qui l'ont précédé. Il ne confère donc pas expressément à l'Office une compétence pour régler les tarifs ferroviaires en général ni les taux de fret vers ou depuis Terre-Neuve en particulier.

[30] Pourrait-on dire cependant que l'Office a par nécessité le pouvoir implicite de régler les tarifs ferroviaires? En d'autres termes, pourrait-on dire que la clause 32(2) requiert une réglementation des tarifs et que cette réglementation suppose nécessairement qu'il doit

Agency? I think not. In my opinion, Term 32(2) does not, of itself, require rate regulation. The words “For the purpose of railway rate regulation” presume the existence of rate regulation that is relevant to the balance of the Term, but they do not mandate that Parliament enact or maintain such regulation. The railway rate regulation to which the words “For the purpose of railway rate regulation” refer, was always found in the *Railway Act*, the *National Transportation Act* or the *National Transportation Act, 1987*. For Term 32(2) to apply, there must exist some relevant railway rate regulation in legislation administered by the Agency.

[31] Relevant rate regulation is railway rate regulation that has some relevance to the regulation of railway rates to Newfoundland. Specifically, it must be regulation that gives some meaning to Newfoundland being included in the Maritime Region of Canada and “through-traffic” between North Sydney and Port Aux Basques being treated as “all-rail traffic”.

[32] The nature of railway rate regulation contemplated by Term 32(2) was a power in an administrative tribunal, the Board of Transport Commissioners at the time, to identify a rate structure applicable to the Maritime Region of Canada so that rates could then be extrapolated on a rail mileage basis to points in Newfoundland, treating the water movement from North Sydney to Port Aux Basques as a rail movement and ignoring dissimilar circumstances between Newfoundland and the Maritime Provinces. The history of railway rate regulation and statutory provisions relating to Term 32(2) since its enactment in 1949 supports this view and demonstrates that such railway rate regulation no longer exists in the current deregulated environment.

[33] This history, up to 1987, has been well documented in the jurisprudence of the Board of Transport Commissioners and the Canadian Transport

y avoir un organisme de réglementation et que cet organisme doit être l'Office? Je ne le crois pas. À mon avis, la clause 32(2) n'impose pas par elle-même une réglementation des tarifs. L'expression «aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires» suppose l'existence d'une réglementation qui se rapporte au reste de la clause, mais elle ne veut pas dire que le législateur doit édicter ou maintenir cette réglementation. La réglementation des tarifs ferroviaires dont parle l'expression «aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires» a toujours existé dans la *Loi sur les chemins de fer*, la *Loi nationale sur les transports* ou la *Loi nationale de 1987 sur les transports*. Pour que la clause 32(2) soit applicable, il doit exister dans la loi appliquée par l'Office une réglementation applicable en matière de tarifs ferroviaires.

[31] Une réglementation applicable est une réglementation sur les tarifs ferroviaires qui intéresse de quelque façon la réglementation des tarifs ferroviaires vers Terre-Neuve. Plus précisément, il doit s'agir d'une réglementation qui impose d'inclure Terre-Neuve dans la région maritime du Canada et de traiter le «transport direct» entre North Sydney et Port-aux-Basques comme un transport «exclusivement ferroviaire».

[32] La nature de la réglementation des tarifs ferroviaires envisagée par la clause 32(2) était un pouvoir dévolu à un tribunal administratif, la Commission des transports du Canada de l'époque, de définir une structure tarifaire applicable à la région maritime du Canada de telle sorte que les tarifs puissent ensuite être appliqués, selon le kilométrage parcouru, au transport vers des endroits de Terre-Neuve, le transport par eau de North Sydney à Port-aux-Basques étant réputé constituer un transport par chemin de fer, et les différences entre Terre-Neuve et les provinces maritimes étant simplement ignorées. L'historique de la réglementation des tarifs ferroviaires et des dispositions législatives se rapportant à la clause 32(2) depuis que cette condition a été édictée en 1949 confirme cette manière de voir et montre qu'une telle réglementation des tarifs ferroviaires n'existe plus dans l'environnement déréglementé d'aujourd'hui.

[33] Cet historique, jusqu'à 1987, a été bien exposé dans la jurisprudence de la Commission des transports du Canada et de la Commission canadienne des

Commission, particularly in *Newfoundland (AG) and Atlantic Container Express (Re)*, [1987] C.T.C.R. 28 (ACE, 1987).

The Railway Act in effect in 1949

[34] When Newfoundland became a province in 1949, railway rate regulation was pervasive. Railway rates had to be published in tariffs that were public. Railway rates for traffic under substantially similar circumstances and conditions had to be charged equally to all shippers (*Railway Act*, R.S.C. 1927, c. 170, s. 314).

[35] Unjust discrimination and undue preference were the terms applied when the principle of equal treatment of shippers in substantially similar circumstances was departed from by a railway company.

[36] Under the *Railway Act* at the time, the Board of Transport Commissioners had the power to disallow tariffs of rates that were unjust or unreasonable and to require the railway company to substitute a tariff satisfactory to the Board (section 325).

[37] Railway rates setting, therefore, had to take into account the necessity to treat shippers equally in each region of Canada, the Maritimes being one such region. And indeed, there was a rate structure applicable to the Maritime Region from Central Canada and within the Maritime Region itself (see ACE, 1987, at pages 60-61).

[38] The concern of Newfoundland at the time of Confederation was that its circumstances were not similar to those of the Maritime Provinces. The movement from North Sydney to Port aux Basques was a water movement. The railway on the island of Newfoundland was narrow gauge and traversed rough terrain. Under railway rate regulation at the time, it could not be said that a higher level of rates to Newfoundland than pertained to the Maritime Provinces would be unjustly discriminatory. Indeed, CN had imposed a surcharge for extra handling involved in transferring traffic at Port aux Basques and also additional charges because the capacity of freight cars used in

transports, en particulier dans la décision *Terre-Neuve (P.G.) et Atlantic Container Express Inc. (Re)*, [1987] C.T.C.R. 28 (ACE, 1987).

La Loi des chemins de fer en vigueur en 1949

[34] Lorsque Terre-Neuve est devenue une province en 1949, la réglementation des tarifs ferroviaires était considérable. Les tarifs devaient être publiés dans des barèmes qui étaient publics. Les tarifs ferroviaires applicables au transport effectué dans des circonstances et conditions très semblables devaient être uniformes pour tous les expéditeurs (*Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1927, ch. 170, art. 314).

[35] «Discrimination injuste» et «préférence indue» étaient les expressions employées lorsqu'une compagnie de chemin de fer s'écartait du principe de l'égalité de traitement des expéditeurs opérant dans des conditions très semblables.

[36] Selon la *Loi des chemins de fer* de l'époque, la Commission des transports du Canada avait le pouvoir de désavouer un tarif qui était injuste ou déraisonnable et d'obliger la compagnie de chemin de fer à adopter un tarif acceptable pour la Commission (article 325).

[37] L'établissement des tarifs ferroviaires devait donc prendre en compte la nécessité de traiter sur un pied d'égalité les expéditeurs de chaque région du Canada, les Maritimes constituant l'une de ces régions. Et il existait effectivement une structure tarifaire applicable à la région maritime depuis la région centrale du Canada, et à l'intérieur de la région maritime elle-même (voir ACE, 1987, aux pages 60 et 61).

[38] L'inquiétude de Terre-Neuve au moment de la Confédération était que sa situation n'était pas semblable à celle des provinces maritimes. Le transport de North Sydney à Port-aux-Basques était un transport par eau. La voie ferrée qui parcourait l'île de Terre-Neuve était une voie étroite et elle traversait un relief difficile. Au vu de la réglementation de l'époque en matière de tarifs ferroviaires, on ne pouvait affirmer que des tarifs plus élevés vers Terre-Neuve que les tarifs applicables aux provinces maritimes entraîneraient une discrimination injuste. Le CN avait d'ailleurs imposé une surtaxe pour la manutention supplémentaire que nécessitait le transfert des marchandises à Port-aux-Basques, ainsi que des

Newfoundland were smaller than the capacity of freight cars used on standard gauge railway lines.

[39] The Province of Newfoundland brought an application to the Board of Transport Commissioners asking the Board to order CN to cancel the tariffs it had in effect and to substitute tariffs of rates based on the rate structure in effect into and within the Maritime Provinces. In *A.-G. Nfld. v. C.N.R.* (1950), 64 C.R.T.C. 352 (T. Bd.), the Board of Transport Commissioners held that railway companies had the right to discriminate in rates because of dissimilarity in circumstances and that Term 32(2) did not lay down a different rule for Newfoundland (at page 353).

[40] Newfoundland then asked the Board to reconsider its decision. In *A.-G. Nfld. v. C.N.R.* (1951), 67 C.R.T.C. 353 (T. Bd.), Wardrope A.C.C., in reversing the Board's prior decision, interpreted the opening words of Term 32(2) in the following manner, at page 357:

I further believe that, in the absence of car ferries, the treating of traffic between North Sydney and Port aux Basques as rail traffic, apart from other purposes, is to provide an extension of a reasonable and comparable mainland rate from North Sydney to Port aux Basques.

In my opinion they must then mean that notwithstanding certain dissimilar, disadvantageous circumstances and conditions pertaining to Newfoundland, this Province is to be included rate-wise in the Maritime region on a general level of rates similar to the other Maritime Provinces.

[41] Term 32(2) then, as a constitutional provision or "Special Act" as it was termed at the time in the *Railway Act*, took precedence over railway rate regulation under the *Railway Act*. It was intended to give to Newfoundland something to which it was not otherwise entitled under railway rate regulation pursuant to the *Railway Act*. It required the setting of freight rates to Newfoundland on a non-discriminatory basis, notwithstanding dissimilar circumstances between the Maritimes and Newfoundland. This required the extrapolation of rates to Newfoundland on a rail mileage basis, based upon the structure of rates applicable from Central Canada to the Maritimes and within the

frais additionnels parce que la capacité des wagons utilisés à Terre-Neuve était moindre que la capacité des wagons utilisés sur des voies ferrées à écartement normal.

[39] La province de Terre-Neuve présenta à la Commission des transports du Canada une demande invitant celle-ci à ordonner au CN d'annuler les tarifs qu'il appliquait et de les remplacer par un barème fondé sur la structure tarifaire en vigueur pour les provinces maritimes. Dans l'affaire *P.G. T.-N. c. C.N.R.* (1950), 64 C.R.T.C. 352 (Comm. Transp.), la Commission des transports du Canada jugea que les compagnies de chemin de fer avaient le droit d'appliquer des tarifs différents en raison de l'existence de conditions différentes et que la clause 32(2) n'énonçait pas une règle différente pour Terre-Neuve (à la page 353).

[40] Terre-Neuve demanda alors à la Commission de revoir sa décision. Dans l'affaire *P.G. T.-N. c. C.N.R.* (1951), 67 C.R.T.C. 353 (Comm. Transp.), le commissaire Wardrope, infirmant la décision antérieure de la Commission, interpréta de la manière suivante les mots introductifs de la clause 32(2), à la page 357:

[TRADUCTION] Je crois aussi que, en l'absence de traversiers, le fait de considérer le transport entre North Sydney et Port-aux-Basques comme un transport ferroviaire, abstraction faite d'autres objets, vise à assurer l'application, pour le transport de North Sydney à Port-aux-Basques, d'un barème raisonnable qui se compare à celui du Canada continental.

À mon avis, ils doivent donc signifier que, malgré certaines conditions et circonstances dissemblables et défavorables en ce qui concerne Terre-Neuve, cette province doit être placée sur le même pied que la région maritime et se voir appliquer des tarifs généraux semblables à ceux des autres provinces maritimes.

[41] La clause 32(2), en tant que disposition constitutionnelle ou «loi spéciale» comme la qualifiait à l'époque la *Loi des chemins de fer*, a donc eu préséance, en vertu de la *Loi des chemins de fer*, sur la réglementation des tarifs ferroviaires. Elle devait donner à Terre-Neuve une chose à laquelle Terre-Neuve n'avait pas autrement droit d'après les règlements sur les tarifs ferroviaires pris conformément à la *Loi des chemins de fer*. Elle nécessitait l'établissement de taux de fret pour le transport vers Terre-Neuve, et cela d'une manière non discriminatoire, malgré l'existence de conditions différentes entre les Maritimes et Terre-Neuve. Cela nécessitait l'établissement de taux à destination de Terre-

Maritimes. By reason of the pervasive nature of railway rate regulation and the extensive power of the Board as regulator under the *Railway Act*, there is no question the Board had the authority to require CN, in accordance with Term 32(2), to treat Newfoundland as a rail extension of the Maritime Provinces and to require CN to charge rates based on rates applicable to and within the Maritime Provinces, extrapolated on a rail mileage basis to points in Newfoundland.

NTA of 1967

[42] That pervasive rail rate regulation remained until the *National Transportation Act* (NTA) was enacted in 1967 by S.C. 1966-67, c. 69. The NTA of 1967 reduced the regulation of railways and railway rates under the *Railway Act* significantly. The pervasive regulatory powers of the Board of Transport Commissioners over railway rates were replaced by amendments to the *Railway Act* which granted to the railway companies the power, subject to specific and limited exceptions to be administered by the Canadian Transport Commission (which replaced the Board), to fix rates unencumbered by legislative or regulatory restrictions.

[43] One exception was Term 32 of the Terms of Union. Subsection 326(6) of the *Railway Act* (as am. by S.C. 1966-67, c. 69, s. 49), and renumbered subsection 269(6) pursuant to R.S.C. 1970, c. R-2, provided:

269. . . .

(6) Notwithstanding section 3, the power given by this Act to the company to fix, prepare and issue tariffs, tolls and rates, and to change and alter the same, is not limited or in any manner affected by any Act of the Parliament of Canada or by any agreement made or entered into pursuant thereto, whether general in application or special and relating only to any specific railway or railways, except the *Maritime Freight Rates Act*, Term 32 of the Terms of Union of Newfoundland with Canada, and Part IV of the *Transport Act*.

Neuve, au prorata de la distance parcourue en chemin de fer, compte tenu de la structure des taux applicables depuis la région centrale du Canada vers les Maritimes et à l'intérieur des Maritimes. En raison du caractère généralisé de la réglementation des tarifs ferroviaires, et en raison du pouvoir étendu conféré par la *Loi des chemins de fer* à la Commission en tant qu'organisme de réglementation, il ne fait aucun doute que la Commission avait le pouvoir d'obliger le CN, conformément à la clause 32(2), à traiter Terre-Neuve comme un prolongement ferroviaire des provinces maritimes et d'obliger le CN à appliquer, pour le transport vers Terre-Neuve, et selon le kilométrage parcouru, des taux fondés sur les taux applicables au transport vers les provinces maritimes et à l'intérieur des provinces maritimes.

La LNT de 1967

[42] Cette réglementation généralisée des tarifs ferroviaires a subsisté jusqu'à la promulgation de la *Loi nationale sur les transports* (LNT), en 1967, par S.C. 1966-67, ch. 69. La LNT de 1967 réduisait notablement la réglementation des chemins de fer et les tarifs ferroviaires établis en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*. Les vastes pouvoirs de réglementation de la Commission des transports du Canada sur les tarifs ferroviaires furent remplacés par des modifications apportées à la *Loi sur les chemins de fer*, modifications qui conféraient aux compagnies de chemin de fer, sous réserve d'exceptions précises et restreintes que devait administrer la nouvelle Commission canadienne des transports, le pouvoir de fixer des tarifs sans égard aux restrictions législatives ou réglementaires.

[43] L'une des exceptions était la clause 32 des Conditions de l'union. Le paragraphe 326(6) de la *Loi sur les chemins de fer* (mod. par S.C. 1966-67, ch. 69, art. 49), et renuméroté paragraphe 269(6) conformément à S.R.C. 1970, ch. R-2, prévoyait ce qui suit:

269. [. . .]

(6) Nonobstant les dispositions de l'article 3, le pouvoir que la présente loi attribue à la compagnie de fixer, préparer et émettre des tarifs, taxes et taux, et de les changer et les modifier, n'est pas limité ni d'aucune façon atteint par une loi quelconque du Parlement du Canada, ni par un traité conclu ou passé en conformité d'une telle loi, qu'elle soit générale ou spéciale dans son application et qu'elle ait trait à un seul ou à plusieurs chemins de fer particuliers, à l'exception de la *Loi sur les taux de transport des marchandises dans les Provinces maritimes*, de la clause 32 des Conditions de l'Union de Terre-

In ACE, 1987, at page 57, referring to subsection 269(6), the Review Committee of the Canadian Transport Commission concluded:

We therefore conclude that subsection 269(6) of the *Railway Act* limits the powers of the railway in constructing rates to, from and within Newfoundland by making these powers subject to the rights guaranteed to Newfoundland in the Terms of Union. Hence, in constructing these rates, the railway must ensure that Newfoundland is accorded rates in compliance with the Terms of Union.

[44] Under the NTA, railway rates were public and had to be filed with the Commission. It appears there still existed a Maritime rate structure. Accordingly, the Review Committee ordered CN to review its rates and file new rates in compliance with the Terms of Union. At page 68, it concluded:

To this end, we are directing CN to begin an immediate review of all its rates to, from and within Newfoundland to satisfy itself that each and every rate meets the criteria outlined in this decision and to inform the Committee when this review has been completed. Where rates are found to be too high and thereby out of line with similar mainland maritime rates adjusted for distance, or too low and thereby lower than similar mainland maritime rates adjusted for distance and lower than the compensatory level, CN is directed to file new rates no later than 90 days from the date of this decision.

It then provided that parties dissatisfied with the rates filed by CN could make application to the Commission under section 45 of the NTA:

Should any of the parties or any other person be of the opinion that any rates in effect after that date do not comply with the *Railway Act*, they are free to refer the matter to the Commission pursuant to section 45 of the *National Transportation Act*.

[45] Section 45 of the NTA [R.S.C. 1970, c. N-17] gave the Canadian Transport Commission broad power to determine any application complaining that a railway company had failed to do anything required by the *Railway Act*, i.e. subsection 269(6), or the Special Act

Neuve au Canada, et de la Partie IV de la *Loi sur les transports*.

Dans l'affaire ACE 1987, à la page 57, se référant au paragraphe 269(6), le comité d'examen de la Commission canadienne des transports concluait ainsi:

Par conséquent, nous concluons que le paragraphe (6) de l'article 269 de la *Loi sur les chemins de fer* limite les pouvoirs de la société ferroviaire d'établir des taux à destination, en provenance et à l'intérieur de Terre-Neuve en assujettissant ces pouvoirs aux droits garantis à Terre-Neuve dans les Conditions de l'union. Ainsi, en déterminant ces taux, la société ferroviaire doit veiller à fixer pour Terre-Neuve des taux qui soient conformes aux Conditions de l'Union.

[44] Selon la LNT, les taux ferroviaires étaient publics et devaient être déposés auprès de la Commission. Il semble qu'il existait encore une structure tarifaire de la région maritime. En conséquence, le comité d'examen ordonna au CN de revoir ses taux et de déposer de nouveaux taux conformes aux Conditions de l'union. À la page 68, il concluait ainsi:

À cette fin, nous ordonnons au CN d'entreprendre un examen immédiat de tous ses taux à destination, en provenance et à l'intérieur de Terre-Neuve afin de s'assurer que chaque taux répond aux critères établis dans la présente décision et d'avertir le CTCF (le Comité) lorsque cet examen sera complété. Si certains taux s'avèrent trop élevés et par conséquent disproportionnés aux taux semblables de la partie continentale des Maritimes redressés en fonction de la distance, ou trop bas et par conséquent inférieurs aux taux semblables de la partie continentale des Maritimes redressés en fonction de la distance, et inférieurs au niveau compensatoire, le CN devra déposer de nouveaux tarifs au plus tard 90 jours à compter de la date de la présente décision.

Il prévoyait ensuite que les parties non satisfaites des taux déposés par le CN pouvaient présenter une demande à la Commission en vertu de l'article 45 de la LNT:

Si l'une ou l'autre des parties ou toute autre personne est d'avis que les taux en vigueur après cette date ne sont pas conformes à la *Loi sur les chemins de fer*, elles sont libres de renvoyer la question à la Commission aux termes de l'article 45 de la *Loi nationale sur les transports*.

[45] L'article 45 de la LNT [S.R.C. 1970, ch. N-17] donnait à la Commission canadienne des transports un pouvoir étendu de statuer sur toute demande où il était allégué qu'une compagnie de chemin de fer avait négligé de faire quelque chose que lui imposait la *Loi sur les*

(Term 32(2)) and to order a railway company to do forthwith anything that it was required to do under the *Railway Act* or Special Act. Section 45 provided in relevant part:

45. (1) The Commission has full jurisdiction to inquire into, hear and determine any application by or on behalf of any party interested,

(a) complaining that any company, or person, has failed to do any act, matter or thing required to be done by the *Railway Act*, or the Special Act . . . or that any company or person has done or is doing any act, matter or thing contrary to or in violation of the *Railway Act*, or the Special Act

(2) The Commission may order and require any company or person to do forthwith, or within or at any specified time, and in any manner prescribed by the Commission, so far as is not inconsistent with the *Railway Act*, any act, matter or within or thing that such company or person is or may be required to do under the *Railway Act*, or the Special Act . . . ; and for the purposes of the *Railway Act* has full jurisdiction to hear and determine all matters whether of law or of fact.

Of significance is the breadth of the Commission's power to regulate railway companies under section 45 of the NTA, as contrasted with the currently limited powers of the Agency under sections 26 and 37 of the CTA. There is no question that, by reason of subsection 269(6) of the *Railway Act* and section 45 of the NTA, the Commission had the jurisdiction to order CN to file and charge rates in accordance with Term 32(2).

NTA, 1987

[46] The next major legislative change affecting the regulation of railways in Canada came with the NTA, 1987. Subsection 269(6), under which the railway companies were free to fix rates subject to limited exceptions, was continued as section 111 of the NTA, 1987. Section 111 provided:

111. The powers given by this Division to a railway company with respect to tariffs, confidential contracts and agreed charges are not limited or in any manner affected by

chemins de fer, p. ex. le paragraphe 269(6) ou la loi spéciale (la clause 32(2) des Conditions de l'union), et un pouvoir étendu d'ordonner à une compagnie de chemin de fer de faire sur-le-champ toute chose qu'elle était tenue de faire en vertu de la *Loi sur les chemins de fer* ou de la loi spéciale. L'article 45 prévoyait, dans sa partie applicable, ce qui suit:

45. (1) La Commission a pleine juridiction pour instruire, entendre et juger toute requête présentée par une partie intéressée ou en son nom,

a) se plaignant qu'une compagnie ou qu'une personne a omis de faire une action ou une chose qu'elle était tenue de faire par la *Loi sur les chemins de fer*, par la loi spéciale [. . .] ou qu'une compagnie ou une personne a fait ou fait une action ou une chose contrairement ou en contrevention à la *Loi sur les chemins de fer* ou à la loi spéciale [. . .]

[. . .]

(2) La Commission peut ordonner et prescrire à toute compagnie ou personne de faire immédiatement, ou dans tel délai ou à telle époque qu'elle fixe, et de telle manière qu'elle prescrit, en tant qu'il n'y a rien d'incompatible avec la *Loi sur les chemins de fer*, toute action ou chose que cette compagnie ou personne est, ou peut être, tenue de faire sous le régime de la *Loi sur les chemins de fer* ou de la loi spéciale; [. . .] et elle a, aux fins de la *Loi sur les chemins de fer*, plein juridiction pour entendre et juger toute question tant de droit que de fait.

L'étendue du pouvoir de la Commission de réglementer les compagnies de chemin de fer en vertu de l'article 45 de la LNT contraste vivement avec les pouvoirs actuellement limités de l'Office selon les articles 26 et 37 de la LTC. Il ne fait aucun doute que, en raison du paragraphe 269(6) de la *Loi sur les chemins de fer* et de l'article 45 de la LNT, la Commission était compétente pour ordonner au CN de déposer et d'appliquer des taux conformes à la clause 32(2) des Conditions de l'union.

La LNT de 1987

[46] L'autre principale modification législative qui intéresse la réglementation des chemins de fer au Canada a été la LNT de 1987. Le paragraphe 269(6), en vertu duquel les compagnies de chemin de fer étaient libres de fixer leurs taux sous réserve d'exceptions restreintes, est devenu l'article 111 de la LNT de 1987. L'article 111 était rédigé ainsi:

111. Les pouvoirs, conférés par la présente section à une compagnie de chemin de fer, à l'égard des tarifs, des contrats confidentiels et des prix convenus ne sont pas limités ni

any Act of Parliament, other than this Act, or by any agreement made or entered into pursuant to any Act of Parliament other than this Act, whether general in application or special and relating only to any specific railway, except the *Atlantic Region Freight Assistance Act*, the *Maritime Freight Rates Act*, the *Western Grain Transportation Act*, Term 32 of the Terms of Union of Newfoundland with Canada set out in the schedule to the *Newfoundland Act* and section 272 of the *Railway Act*.

[47] Under the NTA, 1987, railway rates continued to be published, although there was no requirement that they be filed with the National Transportation Agency. One exception to publication was the introduction of confidential contracts, in which the rate agreed between the railway company and shipper would not be public. However, such contracts had to be filed with the Agency. Thus, the Agency had access to information upon which it could determine rates in confidential contracts applicable from Central Canada to the Maritimes and within the Maritime Provinces as a basis for the extrapolation of rates to Newfoundland pursuant to Term 32(2). In Decision 266-R-1991, May 22, 1991 [*In the matter of a complaint made by Atlantic Container Express Inc. pursuant to subsection 35(1) of the National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), dated July 6, 1989, that Canadian National Railway Company is charging rates to Newfoundland destinations not consistent with the Terms of Union*], (ACE, 1991), the Agency found at page 17 that as a basis for constructing Term 32(2) rates, CN was required to determine a Maritime rate structure by including rates in confidential contracts with similar terms and conditions as those applicable to Newfoundland shippers.

[48] However, the broad power of the prior Canadian Transport Commission under section 45 of the NTA to hear and determine complaints and make orders resulting from such determinations was vastly curtailed. The Agency's power under the NTA, 1987 was identical to its power under the CTA today. Sections 26 and 37 of the CTA are identical to subsections 35(4) and 35(1) of

touchés par une loi du Parlement, autre que la présente loi, ou par un accord conclu en application d'une loi du Parlement, autre que la présente loi, d'application générale ou particulière à un chemin de fer, sauf la *Loi sur le taux de transport des marchandises dans les provinces Maritimes*, la *Loi sur le transport des marchandises dans la Région Atlantique*, la *Loi sur le transport du grain de l'Ouest*, la clause 32 des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada, énoncée à l'annexe de la *Loi sur Terre-Neuve* et l'article 272 de la *Loi sur les chemins de fer*.

[47] En vertu de la LNT de 1987, les tarifs ferroviaires ont continué d'être publiés, encore qu'il n'y eût aucune obligation de les déposer auprès de l'Office national des transports. Une exception à la publication concernait l'adoption de contrats confidentiels, selon lesquels le taux convenu entre la compagnie de chemin de fer et l'expéditeur ne serait pas public. Toutefois, de tels contrats devaient être déposés auprès de l'Office. L'Office avait donc accès à des renseignements grâce auxquels il pouvait déterminer les taux indiqués dans les contrats confidentiels, et applicables depuis la région centrale du Canada jusqu'aux Maritimes et à l'intérieur des provinces maritimes, ce qui lui permettait d'établir des taux applicables au transport vers Terre-Neuve, et conformes à la clause 32(2). Dans la décision 266-R-1991, en date du 22 mai 1992 [*Relative à une plainte déposée par Atlantic Container Express Inc. en vertu du paragraphe 35(1) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), le 6 juillet 1989, et selon laquelle les prix exigés par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada pour le transport vers Terre-Neuve seraient non conformes aux Conditions d'adhésion*] (ACE 1991), l'Office a jugé, à la page 17, que, pour le calcul de taux conformes à la clause 32(2), le CN était tenu de déterminer une structure tarifaire pour la région maritime en y incluant les taux des contrats confidentiels comportant des modalités semblables à celles applicables aux expéditeurs de Terre-Neuve.

[48] Cependant, le vaste pouvoir de l'ancienne Commission canadienne des transports, selon l'article 45 de la LNT, d'entendre et de juger les plaintes et de rendre des ordonnances en conséquence était considérablement réduit. Le pouvoir conféré à l'Office par la LNT de 1987 était identique au pouvoir que lui confère la LTC aujourd'hui. Les articles 26 et 37 de la LTC sont

the NTA, 1987.

[49] In ACE, 1991, the Agency's role with respect to section 111 was explained by the majority of the panel at page 13:

Section 111 allows CN to set its rates as it sees fit subject only to various legal requirements including the Terms of Union. In the competitive environment established by the NTA, 1987, it is the responsibility of CN to establish rates and it is not within the mandate of the Agency, except on a properly filed complaint within its jurisdiction, to interfere with that responsibility. The Agency, therefore, has no ongoing monitoring function to ensure that the Terms of Union rates are properly established.

[50] Section 111 of the NTA, 1987 appeared in Part III, "Railway Transportation, Division I, Rail Freight". That Part of the Act was regulatory in nature and placed regulatory obligations on railway companies. The Agency is referred to throughout the Part. Accordingly, the Agency had the jurisdiction, at that time, to inquire into and determine the complaint made, namely that CN was not charging rates in accordance with the Terms of Union and require CN to charge rates in accordance with the Terms of Union.

CTA

[51] Finally, we come to the CTA enacted in 1996. As indicated, the power of the Agency under sections 26 and 37 of the CTA remains the same as under subsections 35(4) and 35(1) of the NTA, 1987. However, section 111 of the NTA, 1987 has been repealed. In other words, there is no Term 32(2) limitation in the CTA on the power of a railway company to set freight rates.

[52] Further, under the CTA, there is no longer a requirement for railway companies to file confidential contracts with the Agency. While freight rates in tariffs continue to be public, the evidence before the Agency in this case was that 75 to 80 percent of CN's domestic intermodal business to and from the Maritimes moves under confidential contracts and not rates in public tariffs (page 23 of Decision 300-R-1999). The Agency does not have access to such rates as there is no power in the

identiques aux paragraphes 35(4) et 35(1) de la LNT de 1987.

[49] Dans la décision ACE 1991, le rôle de l'Office au regard de l'article 111 a été expliqué ainsi par les membres majoritaires de la formation, à la page 13:

L'article 111 permet au CN de fixer ses taux comme il l'entend à condition seulement qu'il respecte diverses exigences juridiques dont les Conditions d'adhésion. Dans le milieu de concurrence établi par la LNT 1987, il incombe au CN d'établir des taux et l'Office n'a pas à intervenir, sauf si une plainte bien fondée lui est soumise. Donc, l'Office n'a pas comme fonction d'exercer une surveillance continue afin d'assurer que les taux dictés par les Conditions d'adhésion sont établis convenablement.

[50] L'article 111 de la LNT de 1987 figurait dans la partie III, «Transport ferroviaire, Section I, Transport des marchandises par chemins de fer». Cette partie de la loi était de nature réglementaire et imposait des obligations administratives aux compagnies de chemin de fer. L'Office est mentionné dans toute cette partie. En conséquence, l'Office était compétent, à l'époque, pour étudier et juger la plainte déposée, c'est-à-dire la plainte selon laquelle le CN n'appliquait pas des tarifs conformes aux Conditions de l'union, et pour obliger le CN à appliquer des tarifs conformes aux Conditions de l'union.

La LTC

[51] Finalement, nous arrivons à la LTC édictée en 1996. Comme on l'a dit, le pouvoir de l'Office selon les articles 26 et 37 de la LTC demeure le même que le pouvoir de l'Office selon les paragraphes 35(4) et 35(1) de la LNT de 1987. Cependant, l'article 111 de la LNT de 1987 a été abrogé. En d'autres termes, il n'y a dans la LTC aucune limite, en ce qui a trait à la clause 32(2), au pouvoir d'une compagnie de chemin de fer de fixer des taux de fret.

[52] De plus, dans la LTC, les compagnies de chemin de fer ne sont plus tenues de déposer les contrats confidentiels auprès de l'Office. Les taux de fret indiqués dans les barèmes demeurent publics, mais, selon la preuve déposée auprès de l'Office dans cette affaire, 75 à 80 pour cent du transport multimodal intérieur du CN vers et depuis les Maritimes se font en vertu de contrats confidentiels et non en vertu de taux figurant dans des barèmes publics (page 23 de la

Agency to call for such confidential contracts or information contained in such contracts. In repealing section 111 of the NTA, 1987, I think Parliament recognized the fact that the vast majority of rates are negotiated individually between shippers and railway companies, and there is no longer a requirement to charges rates equally to shippers under substantially similar conditions. The notion of a Maritime rate structure had become an anachronism and there was no basis upon which to establish a realistic Maritime rate structure from which could be extrapolated rates to Newfoundland.

[53] In summary, initially it was the broad power of the Board of Transport Commissioners to enforce and require just and reasonable rates that was the rate regulation to which Term 32(2) referred. Subsequently, by the *National Transportation Act* of 1967, it was the combination of the Canadian Transport Commission's broad power to inquire into matters under its statutory administration and the Term 32(2) limitation on the power of railway companies to fix freight rates under subsection 269(6) of the *Railway Act*, that was the source of the Commission's jurisdiction to order CN to file freight rates that complied with the Terms of Union. Under the NTA, 1987, it was the existence of section 111 of that Act combined with the Commission's power under subsections 35(1) and 35(4) that was the source of the Agency's jurisdiction.

[54] Under the CTA, there is no provision for the Agency to have access to the vast majority of rates governing railway freight traffic. Nor is there any regulatory basis for the Agency to require a railway company to maintain a Maritime rate structure. There is no Term 32(2) limitation on a railway company's power to fix freight rates. In the absence of such provisions, there is no railway rate regulation that engages Term 32(2).

[55] In Decision 300-R-1999, the Agency, correctly in my view, found that there must be railway rate

décision 300-R-1999). L'Office n'a pas accès à ces taux car il n'a pas le pouvoir d'exiger la production de ces contrats confidentiels ou des renseignements qui y figurent. Je crois que, en abrogeant l'article 111 de la LNT de 1987, le législateur reconnaissait que la grande majorité des taux sont négociés individuellement entre expéditeurs et compagnies de chemin de fer, et il n'y a plus obligation d'appliquer des taux uniformes aux expéditeurs dont la situation est sensiblement la même. L'idée d'une structure tarifaire pour la région maritime était devenue un anachronisme et il n'y avait plus de fondement justifiant une structure tarifaire réaliste du genre, à partir de laquelle pourraient être établis des taux de fret à destination de Terre-Neuve.

[53] En bref, la réglementation tarifaire dont il est question dans la clause 32(2) coïncidait à l'origine avec le vaste pouvoir de la Commission des transports du Canada d'appliquer et d'exiger des taux justes et raisonnables. Par la suite, dans la Loi nationale de 1967 sur les transports, la source du pouvoir de la Commission canadienne des transports d'ordonner au CN de déposer des taux de fret conformes aux Conditions de l'union était la combinaison de deux choses: le vaste pouvoir de la Commission canadienne des transports d'enquêter sur les matières relevant de sa compétence, et la limitation qu'imposait la clause 32(2) au pouvoir des compagnies de chemin de fer de fixer des taux de fret selon le paragraphe 269(6) de la *Loi sur les chemins de fer*. Dans la LNT de 1987, la source de la compétence de l'Office était l'article 111 de cette Loi, ce à quoi il faut ajouter le pouvoir donné à la Commission par les paragraphes 35(1) et 35(4).

[54] Dans la LTC, aucune disposition ne donne à l'Office l'accès à la multitude de taux régissant le transport de fret par chemin de fer. Il n'existe non plus aucune disposition réglementaire donnant à l'Office le droit d'obliger une compagnie de chemin de fer à appliquer une structure tarifaire pour la région maritime. Il n'y a pas de limite, par l'effet de la clause 32(2), au pouvoir d'une compagnie de chemin de fer de fixer des taux de fret. Vu l'absence de telles dispositions, aucune réglementation des tarifs ferroviaires ne met en jeu la clause 32(2).

[55] Dans sa décision 300-R-1999, l'Office a estimé, à mon avis avec raison, qu'il doit exister une réglemen-

regulation in existence for Term 32(2) to be applied. The Agency stated at page 14:

Contrary to the arguments of the Government of Newfoundland and Labrador and Mr. Moffatt, the Agency cannot ignore these words and conclude that no rate regulation is needed at all for this Term to apply. While no legislation is mentioned in Term 32(2), not even in a general sense as is the case with Term 32(3), it does contemplate that there be at least some sort of railway rate regulation in existence for the Term to be applied.

The Agency then went on to find that railway rate regulation currently exists under the CTA:

Having so concluded, the Agency finds that 'railway rate regulation' currently exists. Such regulation exists today, albeit in a diminished and different form than that which existed even as recently as 1996. Today's rate regulation is far less pervasive and much narrower in focus or limited than that which existed in earlier legislation.

The Agency then provided examples of current railway rate regulation: interswitching rates, competitive line rates, joint rates, maximum grain rates, level of service obligations and final offer arbitrations. On this basis, the Agency concluded at page 15:

... there is still some rate regulation today and this is enough to conclude that Term 32(2) continues to apply.

However, these regulations do not limit the power of a railway company to set rates to Newfoundland and do not imply a requirement that a Maritime rate structure exists, from which Newfoundland rates could be extrapolated.

[56] The Agency seems to have acknowledged this difficulty when it concluded that the development of Terms of Union rates might involve "developing a 'best guess' figure". At page 28 of Decision 300-R-1999, the Agency stated:

A rate must be identified or developed because the Constitution requires it, and it is the task of the Agency or the arbitrator, or some other party, to determine an appropriate rate in the circumstances of any particular case. The fact that such a task is daunting is unfortunate, but no matter how difficult,

tation des tarifs ferroviaires pour que la clause 32(2) puisse être appliquée. L'Office s'était exprimé ainsi à la page 14:

Contrairement aux arguments avancés par le Gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador et par M. Moffatt, l'Office ne peut ignorer ces mots et conclure qu'aucune réglementation des tarifs n'est nécessaire pour que cette condition s'applique. Même si la condition 32(2) ne renvoie à aucune loi, pas même en termes généraux comme c'est le cas de la condition 32(3), elle reconnaît qu'il doit exister au moins une certaine réglementation des tarifs ferroviaires pour que la condition puisse s'appliquer.

Puis l'Office concluait qu'il existe aujourd'hui dans la LTC une réglementation des tarifs ferroviaires:

Cela étant, l'Office est d'avis qu'il existe actuellement une «réglementation des tarifs ferroviaires». Cette réglementation existe aujourd'hui, même si elle revêt une forme réduite et différente de celle qui existait pas plus tard qu'en 1996. La réglementation des tarifs d'aujourd'hui est nettement moins omniprésente et beaucoup plus étroite ou limitée que celle qui existait dans les lois antérieures.

L'Office donnait ensuite des exemples d'une réglementation actuelle des tarifs ferroviaires: prix d'interconnexion, prix de lignes concurrentiels, prix communs, taux de transport du grain, obligations sur le niveau des services, enfin arbitrages. L'Office concluait alors ainsi, à la page 15:

[. . .] il existe toujours aujourd'hui une réglementation des tarifs qui suffit à déduire que la condition 32(2) continue de s'appliquer.

Cependant, ces règlements ne limitent pas le pouvoir d'une compagnie de chemin de fer de fixer des taux pour le transport vers Terre-Neuve et ils ne requièrent pas pour la région maritime l'existence d'une structure tarifaire à partir de laquelle pourraient être établis des tarifs applicables à Terre-Neuve.

[56] L'Office semble avoir reconnu cette difficulté lorsqu'il a conclu que le développement de tarifs conformes aux Conditions de l'union pourrait nécessiter le recours «à une sorte d'estimation». À la page 28 de la décision 300-R-1999, l'Office s'est exprimé ainsi:

Un tarif doit être identifié ou établi parce que la Constitution le veut et il appartient à l'Office ou à l'arbitre, ou à une autre partie, d'établir un tarif approprié aux circonstances qui entourent une cause donnée. Le caractère redoutable d'une telle tâche est regrettable, mais, peu importe le degré de

it is necessary, even if it means resorting to developing a “best guess” figure. The Agency or the arbitrator, when so called upon, is charged by the Constitution to develop a rate—if there is no clearly identical or comparable rate in terms of the type and quantity of traffic, then the best estimate based upon all the available information, must suffice.

With respect, I do not think it is reasonable to conclude that the Constitution of Canada would require that regulation of freight rates would be based on “best guess” figures.

[57] The Agency does not explain how any of the examples of railway rate regulation that are cited in its reasons have any relevance to railway rates to Newfoundland. Indeed, the type of railway rate regulation to which the Agency referred has never been cited by the Agency, or its predecessor tribunals, as the basis for regulating railway rates to Newfoundland. In the absence of rate regulation that has some relevance to the setting of rates to Newfoundland by a railway company, there is no regulation that engages Term 32(2) and no basis for the Agency to have assumed the jurisdiction it did in this case.

[58] Although final offer arbitration is a form of rate regulation that can be invoked by shippers relative to railway rates to Newfoundland, for the reasons that I found Part IV did not confer jurisdiction on the Agency to do so, final offer arbitration is not a regulatory basis for the Agency to have conducted the inquiry it did in this case or to have instructed the arbitrator to develop Terms of Union rates.

Living Tree Doctrine of Constitutional Interpretation

[59] The Agency seemed to feel that, because the Constitution is the supreme law of Canada and because, in its view, the Constitution is to be interpreted flexibly, consistent with the “living tree” doctrine of constitutional interpretation (see, for example, *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at page 136 per Lord Sankey L.C.; and *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co. et al.*, [1980] 2

difficulté, cela est nécessaire, même s’il faut recourir à une sorte d’estimation. L’Office ou l’arbitre, à qui l’on demande d’agir ainsi, est obligé par la Constitution d’établir un tarif et, s’il n’existe pas de tarif comparable ou manifestement identique sous l’angle du type et du volume de trafic, la meilleure estimation reposant sur toutes les données disponibles doit alors suffire.

Malheureusement, à mon avis, il est inexact d’affirmer que la Constitution du Canada exige que la réglementation des taux de fret soit fondée sur des estimations.

[57] L’Office n’explique pas en quoi ses exemples de réglementation des tarifs ferroviaires, exemples qu’il cite dans ses motifs, intéressent de quelque façon les tarifs du transport ferroviaire vers Terre-Neuve. Le genre de réglementation des tarifs ferroviaires auquel s’est référé l’Office n’a d’ailleurs jamais été considéré par l’Office, ou par les organismes administratifs qui l’ont précédé, comme le fondement d’une réglementation des tarifs ferroviaires vers Terre-Neuve. En l’absence d’une réglementation des tarifs qui intéresse de quelque façon l’établissement de tarifs à destination de Terre-Neuve par une compagnie de chemin de fer, alors aucune réglementation ne met en jeu la clause 32(2), et l’Office ne peut s’arroger la compétence qu’il s’est arrogée ici.

[58] L’arbitrage est une forme de réglementation des tarifs qui peut être invoquée par les expéditeurs à propos des tarifs du transport ferroviaire vers Terre-Neuve, mais, pour les motifs qui m’ont conduit à conclure que la partie IV ne confère à l’Office aucune compétence en la matière, l’arbitrage ne constitue pas un fondement réglementaire autorisant l’Office à faire enquête comme il l’a fait ici ou à donner des directives à l’arbitre pour qu’il développe des tarifs conformes aux Conditions de l’union.

Le principe de l’approche évolutive de l’interprétation constitutionnelle

[59] L’Office semble avoir considéré que, parce que la Constitution est la loi suprême du Canada et parce que, à son avis, elle doit être interprétée avec souplesse, d’une manière conforme au principe de l’approche évolutive de l’interprétation constitutionnelle (voir par exemple l’arrêt *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la page 136, lord Sankey; et l’arrêt *Procureur général de la Colombie-Britannique c.*

S.C.R. 466, at page 478), Term 32(2) must be made to apply to the current state of railway rate regulation in Canada. With respect, I think this approach is misplaced. Certainly the Constitution is the supreme law of Canada and, in appropriate circumstances, it must be adapted to conditions that did not exist when its various provisions were enacted. However, the constitutional provisions in question in any given circumstances must be carefully considered to determine whether the living tree approach is appropriate or whether, as I believe is the case here, the constitutional provision is simply no longer applicable. The living tree doctrine cannot be stretched to animate a provision that is a practical anachronism.

[60] A clear example of a constitutional provision that is no longer applicable is Term 32(3) of the Terms of Union. It provides:

32. . . .

(3) All legislation of the Parliament of Canada providing for special rates on traffic moving within, into, or out of, the Maritime region will, as far as appropriate, be made applicable to the Island of Newfoundland.

For many years, the *Maritime Freight Rates Act*, R.S.C., 1985, c. M-1, provided for reduced rates on traffic moving within or westbound out of the Maritime Region. In 1996, this legislation was repealed. (See *Budget Implementation Act, 1995*, S.C. 1995, c. 17, section 25, repeal effective May 31, 1996 (P.C. 1996-804.)) It could not be seriously suggested that Term 32(3) still applies in such a manner as to require the continuation of legislation providing for special rates within or from the Maritime Region. In other words, Term 32(3) will only guarantee Newfoundland access to special rates provided to the Maritime Region in legislation, should Parliament choose, in the future, to enact such legislation. However, Term 32(3) currently has no application. Term 32(3) is part of the supreme law of Canada, but the living tree doctrine does not make it effective at this time.

Compagnie Trust Canada et autre, [1980] 2 R.C.S. 466, à la page 478), la clause 32(2) doit pouvoir s'appliquer à l'état actuel de la réglementation des tarifs ferroviaires au Canada. Je crois malheureusement que cette manière de voir est erronée. Certes, la Constitution est la loi suprême du Canada et, dans les cas qui s'y prêtent, elle doit être adaptée à des conditions qui n'existaient pas lorsque ses diverses dispositions ont été édictées. Cependant, il convient d'étudier minutieusement les dispositions constitutionnelles en question dans un ensemble donné de circonstances, pour savoir si le principe de l'approche évolutive est approprié ou si, comme je crois que c'est le cas ici, la disposition constitutionnelle n'est tout simplement plus applicable. Le principe de l'approche évolutive ne saurait être élargi pour donner vie à une disposition qui ne correspond plus à la réalité.

[60] Un exemple manifeste de disposition constitutionnelle qui n'est plus applicable est la clause 32(3) des Conditions de l'union. La clause 32(3) est rédigée ainsi:

32. [. . .]

(3) Toute législation du Parlement du Canada accordant des taux spéciaux pour le transport à l'intérieur, à destination ou en provenance de la région maritime sera, dans la mesure appropriée, rendue applicable à l'île de Terre-Neuve.

Pendant de nombreuses années, la *Loi sur les taux de transport des marchandises dans les provinces Maritimes*, L.R.C. (1985), ch. M-1, avait prévu des tarifs réduits pour le transport des marchandises à l'intérieur de la région maritime, ou vers l'Ouest à partir de la région maritime. En 1996, cette Loi a été abrogée. (Voir *Loi d'exécution du budget, 1995*, L.C. 1995, ch. 17, art. 25, abrogée le 31 mai 1996 (C.P. 1996-804.)) On ne pourrait pas sérieusement affirmer que la clause 32(3) s'applique encore, au point d'imposer le maintien de lois prévoyant des tarifs spéciaux à l'intérieur de la région maritime ou à partir de la région maritime. En d'autres termes, la clause 32(3) ne garantira l'accès de Terre-Neuve qu'aux tarifs spéciaux prévus pour la région maritime dans des lois, pour le cas où le législateur fédéral déciderait un jour d'édicter de telles lois. Cependant, la clause 32(3) n'a aucune application aujourd'hui. Elle fait partie intégrante de la loi suprême du Canada, mais le principe de l'approche évolutive ne permet pas aujourd'hui de lui donner effet.

[61] Similarly, Term 32(2) subsists and will guarantee Newfoundland the protection it affords should Parliament, in the future, enact railway rate regulation which is relevant to Term 32(2). However, at the present time, when Parliament has not provided for any relevant railway rate regulation, the application of Term 32(2) is suspended. As with Term 32(3), the living tree doctrine does not require that Term 32(2) be made to apply in circumstances where there is no relevant railway rate regulation.

[62] For these reasons, I do not think that Term 32(2) itself, either expressly or by necessary implication, confers jurisdiction on the Agency to have conducted the inquiry it did into Term 32(2), nor to issue instructions to the arbitrator to develop Terms of Union rates. In answering the jurisdictional question, it will be apparent that I have also had to address the substantive question raised by CN (in paragraph 5 above) of whether there currently exists rate regulation that engages Term 32(2) and I have concluded that there is not.

CONCLUSION

[63] The appeal will be allowed and the decision of the Agency quashed. At the conclusion of the hearing, the question arose as to whether the matter should be remitted to the Agency for referral to an arbitrator to decide the dispute between Mr. Moffatt and CN. However, the period during which the rate selected by the arbitrator was to have effect has long since expired. The Court was told that Mr. Moffatt did not ship any rail traffic with CN during the relevant period. Accordingly, no useful purpose would be served by remitting the matter to the Agency for referral for final offer arbitration.

[64] As to costs, it was Mr. Moffatt who first raised the matter of Terms of Union rates in his submission to the Agency for final offer arbitration. However, it was CN who raised the inapplicability of the Terms of Union to the rate dispute, objecting to the matter being referred to arbitration. CN now agrees that the Agency did not have jurisdiction to deal with its preliminary objection. For these reasons, there will be no award of costs.

[61] De même, la clause 32(2) subsiste et elle garantira à Terre-Neuve la protection qu'elle prévoit, pour le cas où le législateur fédéral édicterait, en matière de tarifs ferroviaires, une réglementation qui met en jeu la clause 32(2). Toutefois, pour l'heure, le législateur fédéral n'a pris aucune réglementation en matière de tarifs ferroviaires, et l'application de la clause 32(2) est donc suspendue. Comme pour la clause 32(3), le principe de l'approche évolutive ne signifie pas que la clause 32(2) doit être rendue applicable lorsqu'il n'existe aucune réglementation sur les tarifs ferroviaires.

[62] Pour ces motifs, je ne crois pas que la clause 32(2) elle-même conférerait à l'Office, expressément ou par implication nécessaire, le pouvoir de se prononcer sur l'application de la clause 32(2), ni le pouvoir de donner des directives à l'arbitre pour qu'il développe des tarifs conformes aux Conditions de l'union. Pour répondre à la question constitutionnelle, il apparaîtra que j'ai dû aussi aborder la question de fond soulevée par le CN (au paragraphe 5 ci-dessus), c'est-à-dire la question de savoir s'il existe aujourd'hui une réglementation sur les tarifs ferroviaires qui fait intervenir la clause 32(2), et je suis arrivé à la conclusion qu'il n'en existe pas.

CONCLUSION

[63] L'appel sera accueilli, et la décision de l'Office annulée. À la fin de l'audience, s'est posée la question de savoir si l'affaire devrait être renvoyée à l'Office pour être soumise à un arbitre afin qu'il règle le différend entre M. Moffatt et le CN. Cependant, la période durant laquelle le tarif choisi par l'arbitre devait avoir effet est depuis longtemps expirée. La Cour a été informée que M. Moffatt n'a pas expédié de marchandises par l'intermédiaire du CN au cours de la période considérée. En conséquence, le renvoi de l'affaire à l'Office en vue d'un arbitrage ne présenterait aucun intérêt pratique.

[64] Quant aux dépens, c'est M. Moffatt qui a le premier soulevé la question des tarifs conformes aux Conditions de l'union dans la demande d'arbitrage qu'il a présentée à l'Office. Cependant, c'est le CN qui a soulevé l'inapplicabilité des Conditions de l'union au différend concernant les tarifs, lorsqu'il s'est opposé à ce que la question soit renvoyée à l'arbitrage. Le CN reconnaît aujourd'hui que l'Office n'avait pas compé-

RICHARD C.J.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

Appendix A

Statutory provisions referred to but not reproduced in the reasons

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c.10.

5. It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services accessible to persons with disabilities and that makes the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers, including persons with disabilities, and to maintain the economic well-being and growth of Canada and its regions and that those objectives are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that, having due regard to national policy, to the advantages of harmonized federal and provincial regulatory approaches and to legal and constitutional requirements,

- (a) the national transportation system meets the highest practicable safety standards,
- (b) competition and market forces are, whenever possible, the prime agents in providing viable and effective transportation services,
- (c) economic regulation of carriers and modes of transportation occurs only in respect of those services and regions where regulation is necessary to serve the transportation needs of shippers and travellers and that such regulation will not unfairly limit the ability of any carrier or mode of transportation to compete freely with any other carrier or mode of transportation,
- (d) transportation is recognized as a key to regional economic development and that commercial viability of transportation links is balanced with regional economic development objectives so that the potential economic strengths of each region may be realized,
- (e) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, bears a fair proportion of the real costs of the resources, facilities and services provided to that carrier or mode of transportation at public expense,
- (f) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, receives fair and reasonable compensation for the resources, facilities and services that it is required to provide as an imposed public duty,

tence pour statuer sur son objection préliminaire. Pour ces motifs, il ne sera pas adjugé de dépens.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: J'y souscris.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: J'y souscris.

Appendice A

Articles de la loi mentionnés mais non reproduits dans les motifs

La Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10.

5. Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, accessibles aux personnes ayant une déficience, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs—y compris des personnes ayant une déficience—en matière de transports comme à la prospérité et à la croissance économique du Canada et de ses régions, et, d'autre part, que ces objectifs sont plus susceptibles de se réaliser en situation de concurrence de tous les transporteurs, à l'intérieur des divers modes de transport ou entre eux, à condition que, compte dûment tenu de la politique nationale, des avantages liés à l'harmonisation de la réglementation fédérale et provinciale et du contexte juridique et constitutionnel:

- a) le réseau national des transports soit conforme aux normes de sécurité les plus élevées possible dans la pratique;
- b) la concurrence et les forces du marché soient, chaque fois que la chose est possible, les principaux facteurs en jeu dans la prestation de services de transport viables et efficaces;
- c) la réglementation économique des transporteurs et des modes de transport se limite aux services et aux régions à propos desquels elle s'impose dans l'intérêt des expéditeurs et des voyageurs, sans pour autant restreindre abusivement la libre concurrence entre transporteurs et entre modes de transport;
- d) les transports soient reconnus comme un facteur primordial du développement économique régional et que soit maintenu un équilibre entre les objectifs de rentabilité des liaisons de transport et ceux de développement économique régional en vue de la réalisation du potentiel économique de chaque région;
- e) chaque transporteur ou mode de transport supporte, dans la mesure du possible, une juste part du coût réel des ressources, installations et services mis à sa disposition sur les fonds publics;
- f) chaque transporteur ou mode de transport soit, dans la mesure du possible, indemnisé, de façon juste et raisonnable, du coût des ressources, installations et services qu'il est tenu de mettre à la disposition du public;

(g) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, carries traffic to or from any point in Canada under fares, rates and conditions that do not constitute

(i) an unfair disadvantage in respect of any such traffic beyond the disadvantage inherent in the location or volume of the traffic, the scale of operation connected with the traffic or the type of traffic or service involved,

(ii) an undue obstacle to the mobility of persons, including persons with disabilities,

(iii) an undue obstacle to the interchange of commodities between points in Canada, or

(iv) an unreasonable discouragement to the development of primary or secondary industries, to export trade in or from any region of Canada or to the movement of commodities through Canadian ports, and

(h) each mode of transportation is economically viable,

and this Act is enacted in accordance with and for the attainment of those objectives to the extent that they fall within the purview of subject-matters under the legislative authority of Parliament relating to transportation.

...

161. (1) A shipper who is dissatisfied with the rate or rates charged or proposed to be charged by a carrier for the movement of goods, or with any of the conditions associated with the movement of goods, may, if the matter cannot be resolved between the shipper and the carrier, submit the matter in writing to the Agency for a final offer arbitration to be conducted by one arbitrator or, if the shipper and the carrier agree, by a panel of three arbitrators.

(2) A copy of a submission under subsection (1) shall be served on the carrier by the shipper and the submission shall contain

(a) the final offer of the shipper to the carrier in the matter, excluding any dollar amounts;

(b) the last offer received by the shipper from the carrier in the matter;

(c) an undertaking by the shipper to ship the goods to which the arbitration relates in accordance with the decision of the arbitrator;

(d) an undertaking by the shipper to the Agency whereby the shipper agrees to pay to the arbitrator the fee for which the shipper is liable under section 166 as a party to the arbitration; and

(e) the name of the arbitrator, if any, that the shipper and the carrier agreed should conduct the arbitration or, if they agreed that the arbitration should be conducted by a panel of three arbitrators, the name of an arbitrator chosen by the shipper and the name of an arbitrator chosen by the carrier.

(3) The Agency shall not have any matter submitted to it by a shipper under subsection (1) arbitrated if the shipper has not,

g) les liaisons assurées en provenance ou à destination d'un point du Canada par chaque transporteur ou mode de transport s'effectuent, dans la mesure du possible, à des prix et selon des modalités qui ne constituent pas:

(i) un désavantage injuste pour les autres liaisons de ce genre, mis à part le désavantage inhérent aux lieux desservis, à l'importance du trafic, à l'ampleur des activités connexes ou à la nature du trafic ou du service en cause,

(ii) un obstacle abusif à la circulation des personnes, y compris les personnes ayant une déficience,

(iii) un obstacle abusif à l'échange des marchandises à l'intérieur du Canada,

(iv) un empêchement excessif au développement des secteurs primaire ou secondaire, aux exportations du Canada ou de ses régions, ou au mouvement des marchandises par les ports canadiens;

h) les modes de transport demeurent rentables.

Il est en outre déclaré que la présente loi vise la réalisation de ceux de ces objectifs qui portent sur les questions relevant de la compétence législative du Parlement en matière de transports.

[...]

161. (1) L'expéditeur insatisfait des prix appliqués ou proposés par un transporteur pour le transport de marchandises ou des conditions imposées à cet égard peut, lorsque ceux-ci ne sont pas en mesure de régler eux-mêmes la question, la soumettre par écrit à l'Office pour arbitrage.

(2) Un exemplaire de la demande d'arbitrage est signifié au transporteur par l'expéditeur; la demande contient:

a) la dernière offre faite par l'expéditeur au transporteur;

b) la dernière offre reçue par l'expéditeur de la part du transporteur;

c) l'engagement par l'expéditeur d'expédier les marchandises visées par l'arbitrage selon les termes de la décision de l'arbitre;

d) l'engagement par l'expéditeur envers l'Office de payer à l'arbitre les honoraires auxquels il est tenu en application de l'article 166 à titre de partie à l'arbitrage;

e) le cas échéant, le nom de l'arbitre sur lequel l'expéditeur et le transporteur se sont entendus.

(3) L'arbitrage prévu au paragraphe (1) est écarté en cas de défaut par l'expéditeur de signifier, dans les cinq jours

at least five days before making the submission, served on the carrier a written notice indicating that the shipper intends to submit the matter to the Agency for a final offer arbitration.

(4) A final offer arbitration is not a proceeding before the Agency.

162. (1) On the submission of a matter to the Agency for a final offer arbitration, the Agency shall refer the matter for the arbitration

(a) to the chosen arbitrator, if any, referred to in paragraph 161(2)(e), if that arbitrator is available to conduct the arbitration; or

(b) where no arbitrator is chosen as contemplated by paragraph (a) or the arbitrator chosen is, in the opinion of the Agency, unavailable to conduct the arbitration, to any other arbitrator, chosen by the Agency from the list of arbitrators referred to in section 169, that the Agency determines is appropriate and available to conduct the arbitration

(2) The Agency may, at the request of the arbitrator, provide administrative, technical and legal assistance to the arbitrator on a cost recovery basis.

...

165. (1) The decision of the arbitrator in conducting a final offer arbitration shall be the selection by the arbitrator of the final offer of either the shipper or the carrier.

(a) the final offer of the shipper shall be the shipper's final offer set out in the submission to the Agency under subsection 161(1); and

(b) the final offer of the carrier shall be the last offer received by the shipper from the carrier as set out in the submission to the Agency under subsection 161(1) or any other offer that the carrier, within ten days after the service referred to in subsection 161(2), specifies in writing to the shipper and to the Agency as the carrier's final offer.

(2) The decision of the arbitrator shall

(a) be in writing;

(b) unless the parties agree otherwise, be rendered within 60 days or, in the case of an arbitration conducted in accordance with section 164.1, 30 days after the date on which the submission for the final offer arbitration was received by the Agency; and

(c) unless the parties agree otherwise, be rendered so as to apply to the parties for a period of one year or any lesser period that may be appropriate, having regard to the negotiations between the parties that preceded the arbitration.

(3) The carrier shall, without delay after the arbitrator's decision, set out the rate or rates or the conditions associated with the movement of goods that have been selected by the arbitrator in a tariff of the carrier, unless, where the carrier is entitled to keep the rate or rates or conditions confidential, the

précédant la demande, un avis écrit au transporteur annonçant son intention de soumettre la question à l'Office pour arbitrage.

(4) La soumission d'une question à l'Office pour arbitrage ne constitue pas une procédure devant l'Office.

162. (1) En cas de demande d'arbitrage, l'Office renvoie la question:

a) à l'arbitre visé à l'alinéa 161(2)e), s'il est disponible pour mener l'arbitrage;

b) en cas d'absence de choix d'un arbitre ou du manque de disponibilité, selon l'Office, de l'arbitre choisi, à un autre arbitre, que l'Office estime disponible et compétent et qui est inscrit sur la liste établie en vertu de l'article 169.

(2) À la demande de l'arbitre, l'Office lui offre, moyennant remboursement des frais, le soutien administratif, technique et juridique voulu.

[. . .]

165. (1) L'arbitre rend sa décision en choisissant la dernière offre de l'expéditeur ou celle du transporteur; pour l'application du présent article, la dernière offre:

a) de l'expéditeur est celle contenue dans sa demande présentée à l'Office en application du paragraphe 161(1);

b) du transporteur est la dernière offre du transporteur à l'expéditeur contenue dans la demande présentée à l'Office en application du paragraphe 161(1) ou toute autre offre, qualifiée de finale, que présente le transporteur à l'expéditeur et à l'Office dans les dix jours suivant la signification visée au paragraphe 161(2).

(2) La décision de l'arbitre est rendue:

a) par écrit;

b) sauf accord entre les parties à l'effet contraire, dans les soixante jours suivant la date de réception par l'Office de la demande d'arbitrage présentée par l'expéditeur;

c) sauf accord entre les parties à l'effet contraire, de manière à être applicable à celles-ci pendant un an, ou le délai inférieur indiqué, eu égard aux négociations ayant eu lieu entre les parties avant l'arbitrage.

(3) Le transporteur inscrit, sans délai après la décision de l'arbitre, les prix ou conditions liés à l'acheminement des marchandises choisis par l'arbitre dans un tarif du transporteur, sauf si, dans les cas où celui-ci a droit de ne pas dévoiler les prix ou conditions, les parties à l'arbitrage conviennent de les

parties to the arbitration agree to include the rate or rates or conditions in a contract that the parties agree to keep confidential.

(4) No reasons shall be set out in the decision of the arbitrator.

(5) The arbitrator shall, if requested by all of the parties to the arbitration within 30 days or, in the case of an arbitration conducted in accordance with section 164.1, seven days after the decision of the arbitrator, give written reasons for the decision.

(6) Except where both parties agree otherwise,

(a) the decision of the arbitrator on a final offer arbitration shall be final and binding and be applicable to the parties as of the date on which the submission for the arbitration was received by the Agency from the shipper, and is enforceable as if it were an order of the Agency; and

(b) the arbitrator shall direct in the decision that interest at a reasonable rate specified by the arbitrator shall be paid to one of the parties by the other on moneys that, as a result of the application of paragraph (a), are owed by a party for the period between the date referred to in that paragraph and the date of the payment.

(7) Moneys and interest referred to in paragraph (6)(b) that are owed by a party pursuant to a decision of the arbitrator shall be paid without delay to the other party.

National Transportation Act, 1987, S.C. 1987, c. 34.

52. (1) The decision of the arbitrator in conducting a final offer arbitration shall be the selection by the arbitrator of the final offer of either the shipper or the carrier and, for the purpose of this section, the final offer of

(a) the shipper shall be the shipper's final offer set out in the submission to the Agency under subsection 48(1); and

(b) the carrier shall be the last offer received by the shipper from the carrier as set out in the submission to the Agency under subsection 48(1) or such other offer as the carrier, within ten days after the service referred to in subsection 48(2), specifies in writing to the shipper and the Agency as the carrier's final offer

(2) the decision of the arbitrator shall

(a) be in writing;

(b) unless the parties otherwise agree, be rendered within ninety days after the date on which the submission for the final offer arbitration was received by the Agency from the shipper; and

(c) unless the parties otherwise agree, be rendered so as to be applicable in respect of the parties to the arbitration for a period of one year or such lesser period as may be appropriate, having regard to the negotiations between the parties that preceded the arbitration.

inclure dans un contrat confidentiel conclu entre les parties.

(4) La décision de l'arbitre n'énonce pas les motifs

(5) Sur demande de toutes les parties à l'arbitrage présentée dans les trente jours suivant la décision de l'arbitre, celui-ci donne par écrit les motifs de sa décision.

(6) Sauf accord entre les parties à l'effet contraire:

a) la décision de l'arbitre est définitive et obligatoire, s'applique aux parties à compter de la date de la réception par l'Office de la demande d'arbitrage présentée par l'expéditeur et, aux fins de son exécution, est assimilée à un arrêté de l'Office;

b) l'arbitre indique dans la décision les intérêts, au taux raisonnable qu'il fixe, à payer sur les sommes qui, par application de l'alinéa a), sont en souffrance depuis la date de la demande jusqu'à celle du paiement.

(7) Les montants exigibles visés à l'alinéa (6)b) sont payables sans délai à qui y a droit.

Loi nationale de 1987 sur les transports, L.C. 1987, ch. 34.

52. (1) L'arbitre rend sa décision en choisissant la dernière offre de l'expéditeur ou du transporteur; pour l'application du présent article, la dernière offre:

a) de l'expéditeur est celle contenue dans sa demande présentée à l'Office en application du paragraphe 48(1);

b) du transporteur est la dernière offre du transporteur à l'expéditeur contenue dans la demande présentée à l'Office en application du paragraphe 48(1) ou toute autre offre, qualifiée de finale, que présente le transporteur à l'expéditeur et à l'Office dans les dix jours suivant la signification visée au paragraphe 48(2).

(2) La décision de l'arbitre est rendue:

a) par écrit;

b) sauf accord entre les parties à l'effet contraire, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de réception par l'Office de la demande d'arbitrage présentée par l'expéditeur;

c) sauf accord entre les parties à l'effet contraire, de manière à être applicable à celles-ci pendant un an, ou le délai inférieur indiqué, eu égard aux négociations ayant eu lieu entre les parties avant l'arbitrage.

59. (1) The public interest referred to in this section and in section 61 shall include the relevant matters required to be considered under section 60.

- (2) Where a person or organization has reason to believe
- (a) that the effect of any rate established by a carrier or carriers, or
- (b) that any act or omission of a carrier, or of any two or more carriers,

may prejudicially affect the public interest in respect of rates for, or conditions of, the carriage of goods within, into or from Canada, the person may request the Agency to investigate the rate, act or omission and the Agency shall make such investigation of the rate, act or omission and the effect thereof as in its opinion is warranted.

(3) Where the Agency has, pursuant to section 48, received a submission for a final offer arbitration in respect of any matter and acted in accordance with paragraph 48(3)(b), the Agency shall be deemed to have received a request to investigate the matter under subsection (2).

(4) Where, at any time after a person has requested an investigation, the person by notice to the Agency withdraws the request, the Agency shall forthwith discontinue the investigation.

Railway Act, R.S.C. 1927, c. 170.

314. All tolls shall always under substantially similar circumstances and conditions, in respect of all traffic of the same description, and carried in or upon the like kind of cars or conveyances, passing over the same line or route, be charged equally to all persons and at the same rate, whether by weight, mileage or otherwise.

2. No reduction or advance in any such tolls shall be made, either directly or indirectly, in favour of or against any particular person or company travelling upon or using the railway.

3. The tolls for carload quantities or longer distances, may be proportionately less than the tolls for less than carload quantities, or shorter distances, if such tolls are, under substantially similar circumstances, charged equally to all persons.

4. No toll shall be charged which unjustly discriminates between different localities.

5. The Board shall not approve or allow any toll, which for the like description of goods, or for passengers carried under substantially similar circumstances and conditions in the same direction over the same line or route is greater for a shorter than for a longer distance, within which such shorter distance is included, unless the Board is satisfied that, owing to competition, it is expedient to allow such toll.

59. (1) L'intérêt public mentionné au présent article et à l'article 61 vise également les éléments dont il est tenu compte pour l'application de l'article 60.

(2) La personne ou l'organisme ayant des motifs de croire qu'un prix fixé par un ou plusieurs transporteurs ou qu'un acte ou une omission de ceux-ci risque de porter préjudice à l'intérêt public en matière de prix ou de conditions de transport de marchandises à l'intérieur, à destination ou en provenance du Canada peut demander à l'Office de faire enquête sur le prix, l'acte ou l'omission; celui-ci est alors tenu de mener l'enquête qu'il estime indiquée en l'espèce.

(3) Après avoir reçu une demande d'arbitrage en application de l'article 48 et agi conformément à l'alinéa 48(3)b), l'Office est réputé avoir reçu une demande d'enquête sur la question en application du paragraphe (2).

(4) Sur avis de retrait de la personne qui a demandé la tenue de l'enquête, l'Office y met aussitôt fin.

La Loi des chemins de fer, S.R.C. 1927, ch. 170.

314. (1) Les taxes de transport doivent toujours, dans des conditions et circonstances essentiellement semblables, être exigées également de tous, et d'après le même tarif, soit au poids, ou au mille ou autrement, relativement à tout trafic de même genre et s'effectuant par la même espèce de wagons ou par le même mode de transport, sur la même voie ou le même parcours.

2. Il ne doit être faite aucune réduction ni augmentation de ces taxes, soit directement ou indirectement, en faveur ou au détriment d'une compagnie ou d'un particulier qui voyage sur le chemin de fer ou qui s'en sert.

3. Les taxes peuvent être proportionnellement moins élevées, s'il s'agit de chargements complets ou de plus longues distances à parcourir, qu'elles ne le seraient pour des quantités moindres ou dans le cas de moindres distances à parcourir, pourvu que ces taxes soient également exigées de tous dans des circonstances essentiellement analogues.

4. Il ne peut être exigé de taxes dont l'imposition établirait une disparité en faveur ou au détriment de différentes localités.

5. La Commission ne doit approuver ni permettre, pour les transports de voyageurs ou des marchandises, effectués dans des conditions et des circonstances essentiellement analogues, et dans la même direction ou sur la même ligne, des taxes plus élevées pour une plus courte distance que pour un plus long parcours, quand cette plus courte distance fait partie de ce plus long parcours, à moins que La Commission ne soit convaincue, vue la concurrence, de l'opportunité d'autoriser pareilles taxes.

6. The Board may declare that any places are competitive points within the meaning of this Act.

...

325. The Board may disallow any tariff or any portion thereof which it considers to be unjust or unreasonable, or contrary to any of the provisions of this Act, and may require the company, within a prescribed time, to substitute a tariff satisfactory to the Board in lieu thereof, or may prescribe other tolls in lieu of the tolls so disallowed.

2. The Board may designate the date at which any tariff shall come into force, and either on application or of its own motion may, pending investigation or for any reason, postpone the effective date of, or either before or after it comes into effect, suspend any tariff or any portion thereof.

3. Except as otherwise provided, any tariff in force, except standard tariffs hereinafter mentioned, may, subject to disallowance or change by the Board, be amended or supplemented by the company by new tariffs, in accordance with the provisions of this Act.

4. When any tariff has been amended or supplemented, or is proposed to be amended or supplemented, the Board may order that a consolidation and reissue of such tariff be made by the company.

5. Notwithstanding the provisions of section three of this Act the powers given to the Board under this Act to fix, determine and enforce just and reasonable rates, and to change and alter rates as changing conditions or cost of transportation may from time to time require, shall not be limited or in any manner affected by the provision of any Act of the Parliament of Canada, or by any agreement made or entered into pursuant thereto, whether general in application or special and relating only to any specific railway or railways, and the Board shall not excuse any charge of unjust discrimination, whether practised against shippers, consignees, or localities, or of undue or unreasonable preference, on the ground that such discrimination or preference is justified or required by any agreement made or entered into by the company: Provided that, notwithstanding anything in this subsection contained, rates on grain and flour shall, on and from the twenty-seventh day of June, one thousand nine hundred and twenty-five, be governed by the provisions of the agreement made pursuant to chapter five of the Statutes of Canada 1897, but such rates shall apply to all such traffic moving from all points on all lines of railway west of Fort William to Fort William or Port Arthur over all lines now or hereafter constructed by any company subject to the jurisdiction of Parliament.

6. The Board shall not excuse any charge of unjust discrimination, whether practised against shippers, consignees,

6. La Commission peut déclarer que n'importe quels endroits sont des points de concurrence au sens de la présente loi.

[. . .]

325. (1) La Commission peut rejeter un tarif ou une partie de tarif qu'elle considère injuste ou déraisonnable, ou contraire à quelque une des dispositions de la présente loi, et exiger de la compagnie qu'elle y substitue, dans un délai prescrit, un tarif jugé satisfaisant par la Commission, ou elle peut prescrire d'autres taxes pour remplacer celles qui ont été ainsi rejetées.

2. La Commission peut fixer la date à laquelle un tarif doit entrer en vigueur et, soit sur demande, soit de son propre chef, elle peut, en vue d'une enquête ou pour une raison quelconque, retarder la date de son application effective, ou, soit avant soit après son entrée en vigueur, suspendre un tarif ou une partie de tarif.

3. Sauf disposition contraire, un tarif en vigueur, excepté les tarifs-types dont il est question ci-après, peut, subordonnement au rejet ou à des changements par la Commission, être modifié ou supplémenté par la compagnie au moyen de nouveaux tarifs, conformément aux dispositions de la présente loi.

4. Lorsqu'un tarif a subi des modifications ou additions, ou lorsqu'on se propose d'y faire des modifications ou des additions, la Commission peut ordonner à la compagnie de le refondre et d'en publier une nouvelle édition.

5. Nonobstant les dispositions de l'article trois de la présente loi, les pouvoirs attribués à la Commission sous le régime de la présente loi, pour fixer, déterminer et mettre en vigueur des tarifs équitables et raisonnables, et pour changer et modifier les tarifs, selon que peuvent, à l'occasion, l'exiger des circonstances nouvelles ou le coût du transport, ne doivent pas être limités ni d'aucune façon atteints par les dispositions d'une loi quelconque du Parlement du Canada, ou par un traité fait ou conclu en conformité de cette loi, qu'elle soit générale or spéciale dans son application et qu'elle ait trait à un ou plusieurs chemins de fer particuliers, et la Commission ne doit faire grâce d'aucune accusation de disparité injuste, qu'elle soit exercée contre des expéditeurs, des consignataires ou des localités, ou de préférence indue ou déraisonnable, pour le motif que cette disparité ou préférence est justifiée ou prescrite par une entente faite ou conclue par la compagnie. Toutefois, par dérogation à toute disposition contenue dans le présent paragraphe, les tarifs du grain et de la farine sont, à et à compter de la date du vingt-cinquième jour de juin mil neuf cent vingt-cinq, régis par les dispositions de la convention conclue en conformité du chapitre cinq du Statut du Canada, 1897 mais ces tarifs s'appliquent à tout trafic en circulation, à partir de tous les endroits sur toutes les lignes de chemin de fer à l'ouest de Fort-William jusqu'à Fort-William or Port-Arthur, sur toutes les lignes actuellement ou désormais construites par une compagnie assujétie à la juridiction du Parlement.

6. La Commission ne doit faire grâce d'aucune accusation de disparité injuste, qu'elle soit exercée contre des expéditeurs,

or localities or of undue or unreasonable preference, respecting rates on grain and flour, governed by the provisions of chapter five of the Statutes of Canada 1897, and by the agreement made or entered into pursuant thereto within the territory in the immediately preceding subsection referred to, on the ground that such discrimination or preference is justified or required by the said Act or by the agreement made or entered into pursuant thereto.

des consignataires ou des localités, ou de préférence indue ou déraisonnable à l'égard des tarifs du grain et de la farine régis par les dispositions du chapitre cinq du Statut du Canada, 1897, et par la convention faite ou conclue en conformité dudit statut dans le territoire, et dont il est question au paragraphe précédent, pour le motif que cette disparité ou préférence est justifiée ou requise par ladite loi ou par la convention faite ou conclue en conformité de ladite loi.

A-424-99
2001 FCA 260

A-424-99
2001 CAF 260

OSFC Holdings Ltd. (Appellant)

v.

Her Majesty the Queen (Respondent)

INDEXED AS: OSFC HOLDINGS LTD. v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Létourneau and Rothstein JJ.A.
—Ottawa, May 9, 10 and September 11, 2001.

Income Tax — Income Calculation — Deductions — General anti-avoidance rule under Income Tax Act, s. 245 — MNR disallowing non-capital loss deduction in computing taxpayer's 1993 income, deduction of related non-capital loss carry forward in 1994 taxation year — Taxpayer purchasing 99% interest in partnership created by Standard Trust Company (STC) — STC arranging series of 3 transactions creating tax benefit — Fourth transaction acquisition by taxpayer of interest in partnership with heavy losses — Whether taxpayer's transaction avoidance transaction under Act, s. 245(3) — Taxpayer not denying tax benefit — Avoidance transaction subject to two tests: results test, purpose test — Each transaction in series of transactions must be pre-ordained to produce final result — For purpose of Act, s. 245(3)(b), series including three STC transactions, taxpayer's acquisition of partnership interest — Series resulting in tax benefit to taxpayer — Primary purpose of taxpayer's acquisition of interest in partnership to obtain tax benefit — Each of four transactions avoidance transaction — Tax benefit denied if transaction resulting in use, misuse of specific tax provision under Act, s. 245(4) — Avoidance transactions not resulting in misuse of Act, s. 18(13) — General policy of Income Tax Act against trading of non-capital losses by corporations — Exception in Act, allowing for use of losses from loss business by another business, not applicable as between STC, taxpayer — Avoidance transactions resulting in abuse of provisions of Act.

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision that the taxpayer's transaction was part of a series of transactions whose primary purpose was to obtain a tax benefit

OSFC Holdings Ltd. (appelante)

c.

Sa Majesté la Reine (intimée)

RÉPERTORIÉ: OSFC HOLDINGS LTD. c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone, Létourneau et Rothstein, J.C.A.—Ottawa, 9 et 10 mai et 11 septembre 2001.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Disposition générale anti-évitement prévue à l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le MRN a refusé à la contribuable la déduction d'une perte autre qu'une perte en capital dans le calcul de son revenu pour 1993 et la déduction d'une perte commexe autre qu'une perte en capital d'un report prospectif pour l'année d'imposition 1994 — La contribuable a acheté une participation de 99 p. 100 dans une société de personnes créée par la Compagnie Standard Trust (STC) — La STC a effectué une série de trois opérations donnant lieu à un avantage fiscal — La quatrième opération était l'acquisition par la contribuable d'une participation dans une société de personnes qui comportait d'importantes pertes — Il s'agissait de savoir si l'opération de la contribuable constituait une opération d'évitement en vertu de l'art. 245(3) de la Loi — La contribuable n'a pas nié l'avantage fiscal — Pour qu'il y ait opération d'évitement, deux critères doivent être remplis: le critère des résultats et le critère de l'objet — Chaque opération dans une série d'opérations doit être déterminée d'avance pour produire un résultat final — Aux fins de l'application de l'art. 245(3)(b) de la Loi, la série englobait les trois opérations de la STC et l'acquisition d'une participation par la contribuable — La série a donné lieu à un avantage fiscal au profit de la contribuable — L'objet principal de l'acquisition de la participation dans la société de personnes par la contribuable était d'obtenir un avantage fiscal — Chacune des quatre opérations était une opération d'évitement — L'avantage fiscal est refusé si l'opération entraîne un abus dans l'application d'une disposition précise comme le prévoit l'art. 245(4) de la Loi — Les opérations d'évitement n'ont entraîné aucun abus (misuse) dans l'application de l'art. 18(13) de la Loi — La politique générale qui sous-tend la Loi de l'impôt sur le revenu interdit l'échange de pertes autres que des pertes en capital par les sociétés — L'exception prévue par la Loi, permettant à une entreprise de se prévaloir des pertes d'une entreprise déficitaire, ne s'applique pas entre la STC et la contribuable — Les opérations d'évitement ont entraîné un abus (abuse) dans l'application des dispositions de la Loi.

Il s'agit d'un appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'opération de la contribuable était une opération qui faisait partie d'une série

and, therefore, were avoidance transactions within the meaning of paragraph 245(3)(b) of the *Income Tax Act*, the general anti-avoidance rule (GAAR). Standard Trust Company, which was in the business of lending money on the security of mortgages of real property, became insolvent as a result of the downturn in the real estate market in the late 1980s and early 1990s. Ernst & Young, appointed as liquidator of the company, sought to maximize the recovery from the disposition of Standard's assets. Its objective would best be accomplished if Standard's loss could be preserved and then utilized by a third party to reduce its income tax. Standard arranged a series of three transactions: the creation and incorporation of 1004568 Ontario Inc. as its wholly-owned subsidiary, the formation of the STIL II Partnership and the sale of its 99% interest in that partnership, which created a tax benefit. Taxpayer entered into a fourth transaction whereby it bought the interest in the STIL II partnership which contained heavy losses. The Minister of National Revenue disallowed a non-capital loss deduction of \$12,572,274 in the computation of taxpayer's income in its 1993 taxation year and the deduction of a related non-capital loss carry forward in its 1994 taxation year. The Tax Court found the general anti-avoidance rule to be applicable and dismissed taxpayer's appeal. Three main issues were raised herein: (1) whether there was a series of transactions and if so, which transactions were part of the series; (2) whether a tax benefit resulted from the series and what was the primary purpose of the transactions in the series; (3) whether any of the avoidance transactions would result in a misuse or abuse of a specific provision of the *Income Tax Act*.

Held (Létourneau J.A. concurring in the result only): the appeal should be dismissed.

Per Rothstein J.A. (Stone J.A. concurring): Subsection 245(2) of the Act only applies only where a tax benefit would result from a transaction that is an avoidance transaction or from a series of transactions that includes an avoidance transaction. Under subsection 245(3), to find that a transaction is an avoidance transaction, two tests must be satisfied. The first is a results test which requires a determination of whether a transaction or series of transactions would, but for the GAAR, result in a tax benefit. The second is a purpose test whereby it is necessary to consider the primary purpose of a transaction or series of transactions only if it would result in a tax benefit.

(1) Determining whether a series exists under paragraph 245(3)(b) of the Act involves a consideration of how closely

d'opérations dont l'objet principal était d'obtenir un avantage fiscal et qui constituaient par conséquent des opérations d'évitement au sens de l'alinéa 245(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la disposition générale anti-évitement (RGAÉ). La Compagnie Standard Trust, qui exploitait une entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques sur des immeubles, est devenue insolvable par suite du déclin du marché de l'immobilier à la fin des années 1980 et au début des années 1990. Ernst & Young, nommé liquidateur de la compagnie, a cherché à obtenir la meilleure réalisation possible de la disposition des actifs de la Standard. La meilleure façon de réaliser son objectif était de préserver la perte de la Standard et de la faire utiliser par un tiers pour réduire son impôt sur le revenu. La Standard a effectué une série de trois opérations: la création et la constitution de la compagnie 1004568 Ontario Inc., une filiale en propriété exclusive, la formation de la société de personnes STIL II et la vente de sa participation de 99 p. 100 dans cette société de personnes, opérations qui ont donné lieu à un avantage fiscal. La contribuable a effectué une quatrième opération par laquelle elle a acheté une participation dans la société de personnes STIL II qui comportait d'importantes pertes. Le ministre du Revenu national a refusé à la contribuable la déduction d'une perte autre qu'une perte en capital de 12 572 274 \$ dans le calcul de son revenu pour son année d'imposition 1993 et la déduction d'une perte connexe autre qu'une perte en capital d'un report prospectif pour son année d'imposition 1994. La Cour de l'impôt a conclu à l'application de la disposition générale anti-évitement et a rejeté l'appel de la contribuable. Trois principales questions ont été soulevées: 1) y avait-il une série d'opérations et, le cas échéant, quelles opérations faisaient partie de la série? 2) la série a-t-elle entraîné un avantage fiscal et quel était l'objet principal des opérations faisant partie de la série? 3) l'une ou l'autre des opérations d'évitement entraînerait-elle un abus dans l'application d'une disposition précise de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Arrêt (le juge Létourneau, J.C.A., souscrivant au résultat unaniment): l'appel doit être rejeté.

Le juge Rothstein, J.C.A. (avec l'appui du juge Stone, J.C.A.): le paragraphe 245(2) ne s'applique que lorsqu'un avantage fiscal découlerait d'une opération qui est une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont une opération d'évitement fait partie. D'après le paragraphe 245(3), pour conclure qu'une opération est une opération d'évitement, deux critères doivent être remplis. Le premier est le critère des résultats qui exige que l'on détermine si un avantage fiscal découlerait d'une opération ou d'une série d'opérations, sans la RGAÉ. Le second est le critère de l'objet en vertu duquel il n'est nécessaire d'examiner l'objet principal d'une opération ou de plusieurs opérations que si un avantage fiscal en découlerait.

1) Pour déterminer s'il existe une série au sens de l'alinéa 245(3)b) de la Loi, il faut examiner à quel point les

tied individual steps or transactions must be in order to constitute a series. In enacting paragraph 245(3)(b), Parliament adopted the approach to a "series of transactions" developed by the House of Lords. According to the House of Lords, for there to be a series of transactions, each transaction in the series must be pre-ordained to produce a final result. Pre-ordination means that when the first transaction of the series is implemented, all essential features of the subsequent transactions are determined by persons who have the firm intention and ability to implement them. There must be no practical likelihood that the subsequent transactions will not take place. The three Standard Trust transactions were pre-ordained. However, under the House of Lords' definition, the fourth transaction would not be part of a series with the Standard Trust transactions since it was not pre-ordained and was not practically certain to occur when these transactions were implemented. On the other hand, subsection 248(10) of the Act, which is a deeming provision, broadens the meaning of series from that defined by the House of Lords. The deeming nature of subsection 248(10) implies an enlargement of the common law series. Since subsection 245(1) defines "transaction" as including an arrangement or event, the expression "series of transactions" in subsection 245(2) and paragraph 245(3)(b) must be read as including "series of transactions or events" found in subsection 248(10). The taxpayer was aware of the series of Standard Trust transactions which were fundamental to the acquisition of its partnership interest. Taxpayer's acquisition of its STIL II Partnership interest was a transaction related to the Standard Trust series and completed in contemplation of that series. Applying the deeming effect of subsection 248(10), the Court concluded that, for purposes of subsection 245(3)(b), the series included the Standard Trust series and the acquisition transaction.

(2) The Standard Trust transactions were part of a plan whereby a tax benefit could be obtained by an arm's length purchaser of Standard Trust's STIL II Partnership interest. They did not result in a tax benefit themselves even if that was their purpose. At the conclusion of these three transactions, there was no tax benefit resulting to Standard Trust or the appellant. However, the appellant did not deny that a tax benefit resulted from the acquisition of its STIL II Partnership interest, that is the tax saving from claiming the loss originating with Standard Trust. By that acquisition, taxpayer became entitled to share in the partnership's loss and, therefore, obtained a tax benefit. As that transaction was part of a series with the Standard Trust transactions, the series resulted in a tax benefit to taxpayer.

étapes ou opérations individuelles doivent être étroitement liées pour constituer une série. En édictant l'alinéa 245(3)b), le Parlement a adopté l'approche relative à une «série d'opérations» énoncée par la Chambre des lords. Selon la Chambre des lords, pour qu'il y ait une série d'opérations, chaque opération dans la série doit être déterminée d'avance pour produire un résultat final. Par détermination d'avance, on veut dire que lorsque la première opération de la série est réalisée, tous les éléments essentiels des opérations ultérieures sont déterminés par les personnes qui ont la ferme intention et la capacité de les réaliser. Il n'existe aucune probabilité pratique que les opérations ultérieures ne se réaliseront pas. Les trois opérations de la Standard Trust étaient déterminées d'avance. Toutefois, d'après la définition retenue par la Chambre des lords, la quatrième opération ne ferait pas partie d'une série avec les opérations de la Standard Trust puisqu'elle n'était pas déterminée d'avance et qu'il n'était pas pratiquement certain qu'elle allait se réaliser lorsque les opérations ont été réalisées. Par ailleurs, le paragraphe 248(10) de la Loi, qui est une disposition déterminative, élargit le sens du mot série au-delà de la définition donnée par la Chambre des lords. La nature déterminative du paragraphe 248(10) implique un élargissement de la série au sens de la common law. Puisque le paragraphe 245(1) définit «opération» comme englobant un arrangement ou un événement, l'expression «série d'opérations» au paragraphe 245(2) et à l'alinéa 245(3)b) doit être interprétée comme englobant une «série d'opérations ou d'événements» dont il est question au paragraphe 248(10). La contribuable était au courant de la série d'opérations de la Standard Trust qui constituaient une condition fondamentale de son acquisition de sa participation dans la société de personnes. L'acquisition par la contribuable de sa participation dans la STIL II était une opération qui était liée à la série d'opérations de la Standard Trust et avait été terminée en vue de réaliser cette série. Appliquant l'effet déterminatif du paragraphe 248(10), la Cour a conclu que, pour l'application de l'alinéa 245(3)b), la série englobe la série d'opérations de la Standard Trust et l'opération d'acquisition.

2) Les opérations de la Standard Trust faisaient partie d'un plan par lequel un avantage fiscal pourrait être obtenu par un acheteur sans lien de dépendance de la participation de la Standard Trust dans la société de personnes STIL II. Elles n'ont entraîné aucun avantage fiscal en tant que tel même si c'était là leur objet. À la conclusion de ces trois opérations, la Standard Trust ou la contribuable n'en a tiré aucun avantage fiscal. Toutefois, la contribuable n'a pas nié que son acquisition de sa participation dans la STIL II a donné lieu à un avantage fiscal, c'est-à-dire l'économie d'impôt résultant de la déduction de la perte provenant de la Standard Trust. En raison de cette acquisition, la contribuable a acquis le droit à une partie de la perte de la société de personnes et, par conséquent, a obtenu un avantage fiscal. Cette opération faisant partie d'une série avec les opérations de la Standard Trust, la série a donné lieu à un avantage fiscal au profit de la contribuable.

If the primary purpose of any transaction is to obtain the tax benefit, it is an avoidance transaction. The words “may reasonably be considered to have been undertaken or arranged” in subsection 245(3) indicate that the primary purpose test is an objective one. There were both business and tax benefit purposes to the acquisition transaction. The appellant had a *bona fide* business purpose in acquiring the STIL II Partnership interest from Standard Trust. However, the transaction gave taxpayer access to expected tax losses of some \$52 million that originated with Standard Trust. The question was therefore whether the primary purpose for the acquisition of the Partnership interest was the business purpose or the tax benefit purpose. The significant disparity between the potential tax benefit to the taxpayer of about \$52 million and expected returns from the operation and disposition of the STIL II portfolio showed that taxpayer’s acquisition of Standard Trust’s 99% interest in the STIL II Partnership was not undertaken primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. Although taxpayer had a business purpose in acquiring the Standard STIL II Partnership interest, its primary purpose was to obtain a tax benefit for itself and to assign to its SRMP partners that portion of the tax benefit it did not require for its own purposes. Each of the four transactions was an avoidance transaction.

(3) If any of the avoidance transactions would result in a misuse or an abuse of a specific provision of the *Income Tax Act*, the tax benefit resulting from the series will be denied. Determining whether there has been misuse or abuse is a two-stage analytical process. The first stage involves identifying the relevant policy of the provisions of the Act as a whole. The second is the assessment of the facts to determine whether the avoidance transaction constituted a misuse or an abuse having regard to the identified policy. The policy of relevant provisions or the Act as a whole must be sufficiently clear for the Court to safely conclude that the use made of the provisions by the taxpayer constituted a misuse or an abuse. In enacting subsection 245(4), Parliament has placed the duty on the Court to ascertain its policy as the basis for denying a tax benefit from a transaction that otherwise would meet the requirements of the statute. The first question was whether taxpayer could demonstrate that the avoidance transactions may reasonably be considered not to result in a misuse of subsection 18(13) of the Act as it read in 1993. Although subsection 18(13) is a stop-loss provision, nothing refers to transfers between arm’s length parties or, in any way, purports to limit dealings between arm’s length parties. Subsection 18(13) provides for a non-arm’s length transferee to utilize the loss denied to the transferor. Where one of the express purposes of the provision is to preserve losses in the hands of a non-arm’s length transferee and the transferee may be a

L’opération dont l’objet principal est d’obtenir un avantage fiscal est une opération d’évitement. Le membre de phrase «il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour» au paragraphe 245(3) indique que le critère de l’objet principal est un critère objectif. L’opération d’acquisition avait à la fois un objet commercial et un objet d’avantage fiscal. La contribuable avait un objet commercial véritable dans l’acquisition de la participation dans la STIL II de la Standard Trust. Cependant, l’opération a donné à la contribuable accès à des pertes fiscales éventuelles de l’ordre de 52 millions de dollars qui provenaient de la Standard Trust. Il s’agissait donc de savoir si l’objet principal de l’acquisition de la participation dans la société de personnes était commercial ou encore était l’obtention d’un avantage fiscal. L’importante disparité entre l’avantage fiscal potentiel d’environ 52 millions de dollars qui reviendrait à la contribuable et le bénéfice anticipé de l’exploitation et de la disposition du portefeuille de STIL II indiquait que l’acquisition par la contribuable de la participation de 99 p. 100 de la Standard Trust dans la STIL II n’avait pas été principalement effectuée pour des objets véritables, l’obtention d’un avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable. Même si la contribuable avait un objet commercial dans l’acquisition de la participation de la Standard Trust dans la STIL II, son objet principal était d’obtenir un avantage fiscal pour elle-même et de céder à ses associés de la SRMP la fraction de l’avantage fiscal dont elle n’avait pas besoin pour son propre profit. Chacune des quatre opérations était une opération d’évitement.

3) Si l’une ou l’autre des opérations d’évitement devait entraîner un abus dans l’application d’une disposition précise de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, l’avantage fiscal découlant de la série sera refusé. Pour décider s’il y a eu abus, il faut procéder à une analyse en deux étapes. D’une part, il faut déterminer la politique générale pertinente qui sous-tend les dispositions de la Loi dans son ensemble. D’autre part, il faut évaluer les faits pour savoir si l’opération d’évitement constituait un abus compte tenu de la politique générale en question. La politique qui sous-tend les dispositions pertinentes ou la Loi lue dans son ensemble doit être suffisamment claire pour permettre à la Cour de conclure sans danger que l’application des dispositions par la contribuable constituait un abus. En édictant le paragraphe 245(4), le législateur a imposé à la Cour le fardeau de déterminer la politique générale du Parlement comme motif de refus d’un avantage fiscal découlant d’une opération qui est par ailleurs conforme aux exigences de la Loi. La première question était de savoir si la contribuable pouvait démontrer qu’il était raisonnable de considérer que les opérations d’évitement ne donnent pas lieu à un abus (*misuse*) dans l’application du paragraphe 18(13) de la Loi, tel qu’il était formulé en 1993. Bien que le paragraphe 18(13) soit une disposition qui empêche de transférer des pertes, il n’a pas pour effet de viser les transferts entre des parties n’ayant aucun lien de dépendance ou de limiter, de quelque façon, les opérations entre de telles parties. Le

partnership to which the partnership rules apply, it could not be said that the acquisition of an interest in the STIL II Partnership by taxpayer ran against the policy of subsection 18(13). Therefore, none of the avoidance transactions resulted, directly or indirectly, in a misuse of subsection 18(13).

The next issue was whether the avoidance transactions may reasonably be considered to result in abuse of the *Income Tax Act*. The general policy of the Act is against the trading of non-capital losses by corporations, subject to specific limited circumstances. There is no provision for the sale of a loss to an arm's length purchaser as if it were inventory of the business. At the relevant time, there was also no general policy in the Act against the transfer of losses between partners. The taxpayer acquired some \$52 million of Standard Trust's loss that it and its SRMP partners could use to offset their share of STIL II's income and their other income. What the avoidance transactions accomplished was the transfer of the loss from one corporation to another through the mechanism of subsection 18(13) and the Partnership Rules. Having regard to the general anti-avoidance rule, these transactions violated the general policy of the Act against the transfer of losses from one corporation to another. The change of control rules are not applicable since it is not a case of change of corporate control, but the sale of some of the assets of the corporation. The exception in the *Income Tax Act*, allowing for the use of losses from a loss business by another business, would not apply as between Standard Trust and taxpayer. The policy of the Act is not such as to allow losses incurred in the business of lending money on mortgages to be used to offset profits in the business of rehabilitating distressed real properties. The avoidance transactions have resulted in an abuse of the provisions of the Act, other than the general anti-avoidance rule, read as a whole.

Per Létourneau J.A. (concurring in the result only): Under paragraph 245(3)(a) of the *Income Tax Act*, a transaction can be an avoidance transaction if it results in a tax benefit and if it was undertaken or primarily arranged to obtain the tax benefit. Each and every transaction which is part of a series of transactions has, under paragraph 245(3)(b), to be assessed on

paragraphe 18(13) prévoit qu'un cessionnaire avec lien de dépendance peut se prévaloir de la perte refusée au cédant. Dès lors que l'un des buts exprès de cette disposition est de maintenir les pertes entre les mains d'un cessionnaire avec lien de dépendance et que ce dernier peut être une société de personnes à laquelle les règles relatives aux sociétés de personnes s'appliquent, on ne peut pas dire que l'acquisition d'une participation dans la STIL II par la contribuable est contraire à la politique générale qui sous-tend le paragraphe 18(13). Par conséquent, aucune des opérations d'évitement n'a entraîné, directement ou indirectement, d'abus (*misuse*) dans l'application du paragraphe 18(13).

Il s'agissait ensuite de savoir s'il est raisonnable de considérer que les opérations d'évitement entraînent un abus (*abuse*) dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La politique générale qui sous-tend la Loi interdit l'échange des pertes autres que des pertes en capital par les sociétés, sous réserve de certaines limites précises. Il n'est pas prévu qu'une perte peut être vendue à un acheteur sans lien de dépendance comme s'il s'agissait du stock de l'entreprise. Au moment en cause, la Loi ne comportait aucune politique générale interdisant le transfert de pertes entre associés. La contribuable a acquis quelque 52 millions de dollars de la perte de la Standard Trust dont elle-même et ses associés dans la SRMP pourraient se prévaloir pour réduire leur part du revenu de la STIL II et leurs revenus provenant d'autres sources. Les opérations d'évitement ont eu pour résultat le transfert de la perte d'une société à une autre par le mécanisme du paragraphe 18(13) et des règles relatives aux sociétés de personnes. Compte tenu de la disposition générale anti-évitement, ces opérations ont violé la politique générale qui sous-tend la Loi et interdit le transfert de pertes d'une société à une autre. Les règles relatives au changement de contrôle ne sont pas applicables puisqu'il ne s'agit pas en l'espèce du changement de contrôle d'une société, mais de la vente de certains actifs de la société. L'exception prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, permettant à une entreprise de se prévaloir des pertes d'une entreprise déficitaire, ne s'appliquait pas entre la Standard Trust et la contribuable. La politique qui sous-tend la Loi ne permet pas que les pertes subies dans l'entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques soient utilisées en compensation des bénéfices tirés de l'entreprise consistant à réhabiliter des biens immobiliers saisis. Les opérations d'évitement ont entraîné un abus (*abuse*) dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble, abstraction faite de la disposition générale anti-évitement.

Le juge Létourneau, J.C.A. (*souscrivant au résultat uniquement*): en vertu de l'alinéa 245(3)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une opération peut constituer une opération d'évitement si un avantage fiscal en découle et si elle a été principalement effectuée en vue de l'obtention de l'avantage fiscal. Chaque opération qui fait partie d'une série d'opérations

its own to determine whether it has a *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit. Once it is found that a transaction in the series is an avoidance transaction, then all the other transactions that are part of the series are coloured or contaminated by that transaction. There was no valid or legitimate reason for the creation of the non-arm's length STIL II Partnership and the transfer to it of the portfolio other than to create a tax benefit for future sale. An ultimate sale to an arm's length party was part of the pre-ordained steps carried out by Standard Trust's liquidator. The whole scheme developed and arranged by the latter was conceived and intended to create and transfer a tax benefit. The general anti-avoidance rule is result-oriented and, therefore, it matters little who produced the tax benefit. The Tax Court Judge was right in concluding that taxpayer's transaction was part of a series of avoidance transactions which resulted in a substantial tax benefit for the taxpayer. The transaction was a misuse and an abuse of the Act as a whole whereby Standard Trust's losses were made a marketable commodity and transferred from one corporation to another through the artifice of a partnership which had never incurred the losses but acted only as a conduit.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Income Tax Act, the Canada Pension Plan, the Unemployment Insurance Act, 1971, the Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act, 1977 and certain related Acts, S.C. 1988, c. 55, s. 185(2).

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 18(13), 53(2)(c), 96(1)(g), (8) (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 44), 111(1)(a), (5), 245, 248(10).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Furniss v. Dawson, [1984] A.C. 474 (H.L.); *Craven v. White*, [1989] A.C. 398 (H.L.).

DISTINGUISHED:

Jabs Construction Ltd. v. Canada, [1999] 3 C.T.C. 2556; (1999), 99 DTC 729 (T.C.C.); *Geransky v. Canada* (2001), 2001 DTC 243 (T.C.C.); *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; 99 DTC 5669; 247 N.R. 19; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16.

doit, en vertu de l'alinéa 245(3)b), être évaluée seule pour déterminer si elle a un objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal. La conclusion ayant été faite qu'une opération qui fait partie de la série est une opération d'évitement, toutes les autres opérations qui font partie de la série sont entachées ou contaminées par cette opération. Aucune raison valide ou légitime ne justifiait la création de la société de personnes STIL II et le transfert à cette dernière du portefeuille si ce n'était pour créer un avantage fiscal qui serait vendu ultérieurement. La vente éventuelle à une partie sans lien de dépendance faisait partie des étapes déterminées d'avance qui avaient été effectuées par le liquidateur de Standard Trust. L'ensemble de l'opération élaborée et effectuée par le liquidateur a été conçu dans le but, et avait pour objet, de créer et de transférer un avantage fiscal. La disposition générale anti-évitement est axée sur les résultats et, par conséquent, il importe peu qui a produit l'avantage fiscal. Le juge de la Cour de l'impôt avait raison de conclure que l'opération de la contribuable faisait partie d'une série d'opérations d'évitement dont elle a tiré un avantage fiscal important. L'opération était un abus dans l'application de la Loi lue dans son ensemble par laquelle les pertes de la Standard Trust ont été transformées en un produit vendable et transférées d'une société à une autre par l'artifice d'une société de personnes qui n'avait jamais subi les pertes et a seulement agi comme intermédiaire.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 18(13), 53(2)c), 96(1)g), (8) (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 44), 111(1)a), (5), 245, 248(10).

Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada, la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, la Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé et certaines lois connexes, L.C. 1988, ch. 55, art. 185(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Furniss v. Dawson, [1984] A.C. 474 (H.L.); *Craven v. White*, [1989] A.C. 398 (H.L.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Jabs Construction Ltd. c. Canada, [1999] 3 C.T.C. 2556; (1999), 99 DTC 729 (C.C.I.); *Geransky c. Canada* (2001), 2001 DTC 243 (C.C.I.); *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; 99 DTC 5669; 247 N.R. 19; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16.

CONSIDERED:

R. v. Verrette, [1978] 2 S.C.R. 838; (1978), 85 D.L.R. (3d) 1; 40 C.C.C. (2d) 273; 3 C.R. (3d) 132; 21 N.R. 571; *RMM Canadian Enterprises Inc. v. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300; (1997), 97 DTC 302 (T.C.C.).

AUTHORS CITED

Arnold, Brian J. *Tax Avoidance and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997.

Arnold, Brian J. and James R. Wilson. "The General Anti-Avoidance Rule—Part 2" (1988), 36 *Can. Tax J.* 1123.

Canadian Tax Foundation. *1988 Conference Report: Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

Cooper, Graeme S. *Tax Avoidance and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997.

Department of Finance. *Report of the Technical Committee on Business Taxation*. Ottawa: Department of Finance, 1997.

Department of Finance. *Technical Notes to Bill C-139: Special Report No. 851*. Don Mills, Ontario: CCH Canadian Ltd., 1988.

Dodge, David A. "A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance" (1988), 36 *Can. Tax J.* 1.

Heakes, Edward A. "New Rules, Old Chestnuts, and Emerging Jurisprudence: The Stop-Loss Rule" in *Report of Proceedings of the Forty-seventh Tax Conference, 1995 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996.

Hiltz, Michael. «Section 245 of the *Income Tax Act*» in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

Hogg, Peter W. *et al. Principles of Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Income Tax Act and Regulations *Department of Finance Technical Notes: A Consolidation of Technical Notes and other Income Tax Commentary from the Department of Finance*, Toronto: Carswell, Consolidated to September 1994.

Krishna, Vern. *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule*, Toronto: Carswell, 1990.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Tiley, John. "Series of Transactions" in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Verrette, [1978] 2 R.C.S. 838; (1978), 85 D.L.R. (3d) 1; 40 C.C.C. (2d) 273; 3 C.R. (3d) 132; 21 N.R. 571; *RMM Canadian Enterprises Inc. c. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300; (1997), 97 DTC 302 (C.C.I.).

DOCTRINE

Arnold, Brian J. *Tax Avoidance and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997.

Arnold, Brian J. and James R. Wilson. «The General Anti-Avoidance Rule—Part 2» (1988), 36 *Rev. fisc. can.* 1123.

Canadian Tax Foundation. *1988 Conference Report: Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

Cooper, Graeme S. *Tax Avoidance and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997.

Dodge, David A. «A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance» (1988), 36 *Rev. fisc. can.*

Heakes, Edward A. «New Rules, Old Chestnuts, and Emerging Jurisprudence: The Stop-Loss Rules» in *Report of Proceedings of the Forty-seventh Tax Conference, 1995 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996.

Hiltz, Michael. «Section 245 of the *Income Tax Act*» in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

Hogg, Peter W. *et al. Principles of Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Income Tax Act and Regulations *Department of Finance Technical Notes: A Consolidation of Technical Notes and other Income Tax Commentary from the Department of Finance*, Toronto: Carswell, Consolidated to September 1994.

Krishna, Vern. *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule*, Toronto: Carswell, 1990.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Ministère des Finances. *Notes techniques au projet de loi C-139: Rapport spécial n° 851*. Don Mills (Ont.): CCH Canadian Ltd., 1988.

Ministère des Finances. *Rapport du Comité technique de la fiscalité des entreprises*. Ottawa: Ministère des Finances, 1997.

Tiley, John. «Series of Transactions» in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ((1999), 46 B.L.R. (2d) 195; [1999] 3 C.T.C. 2649; 99 DTC 1044) that taxpayer's transaction was part of a series of transactions whose primary purpose was to obtain a tax benefit and, therefore, were avoidance transactions within the meaning of paragraph 245(3)(b) of the *Income Tax Act*. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Brian A. Felesky, Q.C., H. George McKenzie, Q.C. and Alistair Campbell for appellant.
Luther P. Chambers, Q.C., and Robert Carvalho for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Felesky Flynn LLP, Calgary, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.A.:

INTRODUCTION

[1] This appeal from a decision of the Tax Court (1999), 46 B.L.R. (2d) 195 (T.C.C.) presents the first opportunity for this Court to consider, in substance, section 245 of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] the general anti-avoidance rule (GAAR). The appellant's appeal to the Tax Court of Canada was from the Minister of National Revenue's reassessment disallowing a non-capital loss deduction of \$12,572,274 in the computation of the appellant's income in its 1993 taxation year and the deduction of a related non-capital loss carry forward in its 1994 taxation year. The Tax Court found the GAAR to be applicable and dismissed the appellant's appeal.

SECTION 245 AND SUBSECTION 18(13)

[2] It is relatively straightforward to set out the GAAR scheme. It is much more difficult to apply it. Generally, where a transaction is an avoidance

APPEL interjeté d'une décision ((1999), 46 B.L.R. (2d) 195; [1999] 3 C.T.C. 2649; 99 DTC 1044) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a statué que l'opération effectuée par la contribuable faisait partie d'une série d'opérations dont le principal objectif était l'obtention d'un avantage fiscal et, par conséquent, étaient des opérations d'évitement au sens de l'alinéa 245(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Brian A. Felesky, c.r., H. George McKenzie, c.r. et Alistair Campbell pour l'appelante.
Luther P. Chambers, c.r., et Robert Carvalho pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Felesky Flynn LLP, Calgary, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Le présent appel qui attaque une décision de la Cour de l'impôt (1999), 46 B.L.R. (2d) 195 (C.C.I.) offre à notre Cour la première occasion d'examiner, quant au fond, l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1], la disposition générale anti-évitement (RGAÉ). L'appelante avait interjeté, à la Cour canadienne de l'impôt, appel d'une nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national et par laquelle le ministre avait refusé à l'appelante la déduction d'une perte autre qu'une perte en capital de 12 572 274 \$ dans le calcul de son revenu pour son année d'imposition 1993 et la déduction d'une perte connexe autre qu'une perte en capital d'un report prospectif pour son année d'imposition 1994. La Cour de l'impôt a conclu à l'application de la RGAÉ et a rejeté l'appel de l'appelante.

L'ARTICLE 245 ET LE PARAGRAPHE 18(13)

[2] Il est relativement facile d'énoncer le régime de la RGAÉ. Il est beaucoup plus difficile de l'appliquer. Généralement, lorsqu'une opération est une opération

transaction (a transaction that would result in a tax benefit, and whose primary purpose was to obtain the tax benefit), the tax benefit resulting from the transaction will be denied. However, the tax benefit will not be denied if the avoidance transaction would not result in a misuse of the provisions of the Act or an abuse of the Act read as a whole.

[3] Section 245, in relevant part, provides:

245. (1) In this section,

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act;

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

“transaction” includes an arrangement or event.

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit.

d'évitement (une opération dont découlerait un avantage fiscal et dont l'objet principal était d'obtenir un avantage fiscal), l'avantage fiscal découlant de l'opération sera refusé. Toutefois, l'avantage fiscal ne sera pas refusé si l'opération d'évitement n'entraînerait pas d'abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble.

[3] La partie pertinente de l'article 245 prévoit:

245. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«attribut fiscal» S'agissant des attributs fiscaux d'une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l'impôt ou l'autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable.

«avantage fiscal» Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi.

«opération» Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.

(2) En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

(3) L'opération d'évitement s'entend:

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables—l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables—l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) For greater certainty, subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of this Act or an abuse having regard to the provisions of this Act, other than this section, read as a whole.

(5) Without restricting the generality of subsection (2),

(a) any deduction in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction. [Emphasis added.]

[4] The provision of the *Income Tax Act* which the Minister says has been misused in this case is subsection 18(13) as it read at the relevant time. It provided:

18. . . .

(13) Subject to subsection 138(5.2) and notwithstanding any other provision of this Act, where a taxpayer

(a) who was a resident of Canada at any time in a taxation year and whose ordinary business during that year included the lending of money, or

(b) who at any time in the year carried on a business of lending money in Canada

has sustained a loss on a disposition of property used or held in that business that is a share, or a loan, bond, debenture, mortgage, note, agreement of sale or any other indebtedness, other than a property that is a capital property of the taxpayer, no amount shall be deducted in computing the income of the taxpayer from that business for the year in respect of the loss where

(c) during the period commencing 30 days before and ending 30 days after the disposition, the taxpayer or a person or partnership that does not deal at arm's length with the taxpayer acquired or agreed to acquire the same or identical property (in this subsection referred to as the "substituted

(4) Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble—compte non tenu du présent article—n'est pas visée par le paragraphe (2).

(5) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2), dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :

a) toute déduction dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

b) tout ou partie de cette déduction ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte. [Non souligné dans l'original.]

[4] En l'espèce, la disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui, selon le ministre, aurait fait l'objet d'un abus est le paragraphe 18(13) tel qu'il était formulé à l'époque pertinente. Il prévoyait:

18. [. . .]

(13) Sous réserve du paragraphe 138(5.2) et malgré les autres dispositions de la présente loi, dans le cas où un contribuable—qui, à un moment donné d'une année d'imposition, réside au Canada et dont l'activité d'entreprise habituelle au cours de cette année consiste en partie à prêter de l'argent ou qui, à un moment donné de l'année, exploite une entreprise de prêt d'argent au Canada—subit une perte lors de la disposition d'un bien utilisé ou détenu dans le cadre de l'entreprise et qui est une action, ou un prêt, une obligation, un billet, une hypothèque, une convention de vente ou une autre créance mais qui n'est pas une immobilisation du contribuable, aucun montant n'est déductible au titre de la perte dans le calcul de son revenu provenant de cette entreprise pour l'année si:

a) d'une part, au cours de la période commençant 30 jours avant et se terminant 30 jours après la disposition, le contribuable ou une personne ou société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance acquiert ou convient d'acquérir le même bien ou un bien identique—appelés «bien de remplacement» au présent paragraphe;

property”), and

(d) at the end of the period described in paragraph (c), the taxpayer, person or partnership, as the case may be, owned or had a right to acquire the substituted property.

and any such loss shall be added in computing the cost to the taxpayer, person or partnership, as the case may be, of the substituted property. [Emphasis added.]

FACTS

[5] Standard Trust Company (Standard) was in the business of lending money on the security of mortgages of real property. As a result of the downturn in the real estate market in the late 1980s and early 1990s, Standard Trust became insolvent. On May 2, 1991, the Ontario Court of Justice (General Division) ordered that Standard be wound-up and appointed Ernst & Young (E&Y) as liquidator of the company.

[6] E&Y sought to maximize the recovery from the disposition of Standard’s assets. To do so, E&Y devised a plan designed to sell Standard’s mortgage portfolio (including properties of which Standard had taken possession as mortgagee) to investors in a way that would make available to the investors:

1. the Standard mortgage portfolio in packages that would, in the liquidator’s opinion, maximize recovery; and
2. the substantial losses, for taxation purposes, that Standard had suffered as a result of the reduction in the market value of its mortgage portfolio.

[7] The portion of Standard’s mortgage portfolio with which this appeal is concerned is referred to as the STIL II portfolio. It consisted of 17 non-performing loans where payments of principal and interest were 90 days or more in arrears.

[8] The plan for maximizing the value of Standard’s assets was described by the Tax Court Judge at paragraphs 4 and 7 of his judgment which I paraphrase. According to the Tax Court Judge, it was essential that

b) d’autre part, à la fin de cette période, le contribuable ou la personne ou société de personnes, selon le cas, est propriétaire du bien de remplacement ou a le droit de l’acquérir.

Cette perte doit être ajoutée dans le calcul du coût du bien de remplacement pour le contribuable ou pour la personne ou société de personnes, selon le cas. [Non souligné dans l’original.]

LES FAITS

[5] La Compagnie Standard Trust (la Standard) exploitait une entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques sur des immeubles. Par suite du déclin du marché de l’immobilier à la fin des années 1980 et au début des années 1990, la Standard Trust est devenue insolvable. Le 2 mai 1991, la Cour de justice de l’Ontario (Division générale) a ordonné qu’elle soit liquidée et a nommé Ernst & Young (E&Y) liquidateur de la compagnie.

[6] E&Y a cherché à obtenir la meilleure réalisation possible de la disposition des actifs de la Standard. Pour le faire, E&Y a formulé un plan conçu pour vendre le portefeuille de prêts hypothécaires de la Standard (y compris des biens dont la Standard avait acquis la possession en qualité de créancière hypothécaire) à des investisseurs de manière que ces derniers puissent se prévaloir:

1. d’une part, du portefeuille de prêts hypothécaires de la Standard en blocs qui, de l’avis du liquidateur, produiraient la meilleure réalisation possible;
2. d’autre part, aux fins de l’impôt, des pertes importantes que la Standard avait subies par suite de la baisse de la valeur marchande de son portefeuille de prêts hypothécaires.

[7] Le présent appel vise la partie du portefeuille de prêts hypothécaires de la Standard appelée le portefeuille de STIL II. Ce portefeuille comportait 17 prêts-problèmes à l’égard desquels les paiements au titre du principal et des intérêts étaient en souffrance depuis 90 jours ou plus.

[8] Le plan visant à optimiser la réalisation des actifs de la Standard a été décrit par le juge de la Cour de l’impôt aux paragraphes 4 et 7 de son jugement que je paraphrase. Selon le juge de la Cour de l’impôt, il était

Standard not sell the STIL II portfolio directly to an arm's length purchaser because that would result in the loss being realized by Standard which, because it was not profitable and therefore not taxable, was not in a position to utilize the loss to reduce taxes. E&Y's objective could best be accomplished if Standard's loss could be preserved and then utilized by a third party to reduce its income tax. The plan was that:

1. Standard would incorporate a wholly-owned subsidiary;
2. Standard and the subsidiary would form a partnership with Standard having a 99% interest and the subsidiary a 1% interest;
3. Standard would transfer the STIL II portfolio to the partnership as its contribution to the capital of the partnership and would lend the subsidiary sufficient cash to make its capital contribution;
4. By reason of subsection 18(13) of the *Income Tax Act*, the portfolio to be acquired by the partnership would be recorded, for income tax purposes, at Standard's cost (\$85,368,872) notwithstanding the then current market value (approximately \$33,262,000) was much less;
5. At the end of its first fiscal year, the STIL II Partnership would incur a net loss for income tax purposes of some \$52 million, by reason of the sale of properties for proceeds much less than Standard's original investment and the write-down of the remaining properties from Standard's original investment to their fair market value.
6. Prior to the end of the partnership's first fiscal year, Standard's 99% interest in the partnership would be sold to an arm's length purchaser to whom, at the first partnership year end, the tax loss would accrue to the extent of 99%.

[9] The actual steps taken were as follows:

1. October 16, 1992 — 1004568 Ontario Inc. was incorporated as a wholly-owned subsidiary of Standard.

essentiel que la Standard ne vende pas le portefeuille de STIL II directement à un acheteur sans lien de dépendance parce que cela permettrait à la Standard de réaliser la perte, car n'étant pas rentable et donc non imposable, elle n'était pas en mesure de se prévaloir de la perte pour réduire ses impôts. La meilleure façon de réaliser l'objectif de E&Y était de préserver la perte de la Standard et de la faire utiliser par un tiers pour réduire son impôt sur le revenu. Le plan prévoyait que:

1. La Standard constituerait une filiale en propriété exclusive;
2. La Standard et la filiale formeraient une société de personnes dans laquelle la Standard détiendrait une participation de 99 p. 100, tandis que la filiale détiendrait une participation de 1 p. 100;
3. La Standard transférerait le portefeuille de STIL II à la société de personnes comme apport au capital de cette dernière et prêterait ensuite à la filiale suffisamment d'argent pour que celle-ci puisse faire son apport de capital;
4. En raison du paragraphe 18(13) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le portefeuille devant être acquis par la société de personnes serait inscrit, aux fins de l'impôt sur le revenu, au coût pour la Standard (85 368 872 \$) malgré le fait que leur valeur marchande en cours (environ 33 262 000 \$) était à l'époque beaucoup moindre;
5. À la fin de son premier exercice, la société de personnes STIL II enregistrerait une perte nette, aux fins de l'impôt sur le revenu, de quelque 52 millions de dollars, résultant du fait qu'elle a dû vendre des biens à des prix bien moindres que l'investissement initial de la Standard et ramener à leur juste valeur marchande les biens restants de cet investissement initial.

6. Avant la fin du premier exercice de la société de personnes, la participation de 99 p. 100 de la Standard dans la société de personnes serait vendue à un acheteur sans lien de dépendance, à qui, à la fin du premier exercice de la société de personnes, les pertes fiscales seraient attribuées dans une proportion de 99 p. 100.

[9] Voici les démarches qui ont été effectivement entreprises:

1. 16 octobre 1992 — La 1004568 Ontario Inc. est constituée comme filiale en propriété exclusive de la Standard.

2. October 21, 1992 — An order of the Ontario Court of Justice (General Division) was obtained authorizing the incorporation of the wholly-owned subsidiary, the formation of the STIL II Partnership and the transfer of the STIL II portfolio to the partnership.
2. 21 octobre 1992 — Une ordonnance est obtenue de la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) autorisant la constitution de la filiale en propriété exclusive, la formation de la société de personnes STIL II et le transfert du portefeuille de STIL II à la société de personnes.
3. October 23, 1992 — The STIL II Partnership was formed with Standard having a 99% and 1004568 having a 1% interest.
3. 23 octobre 1992 — La société de personnes STIL II est constituée, la Standard détenant une participation de 99 p. 100, tandis que la 1004568 détenait une participation de 1 p. 100.
4. October 23, 1992 — Standard contributed the STIL II portfolio to the capital of the STIL II Partnership. Standard loaned sufficient funds to 1004568 to enable it to contribute cash in order to acquire its 1% interest in the partnership.
4. 23 octobre 1992 — La Standard a versé le portefeuille de STIL II comme son apport au capital de la société de personnes STIL II. La Standard a prêté suffisamment d'argent à la 1004568 pour lui permettre de faire son apport en argent pour acquérir sa participation de 1 p. 100 dans la société de personnes.
5. Soon after October 23, 1992 — E&Y began an intensive campaign to market the Standard 99% interest in the STIL II Partnership.
5. Peu après le 23 octobre 1992, E&Y a commencé une campagne intensive en vue de la vente de la participation de 99 p. 100 de la Standard dans la société de personnes STIL II.
6. January 1993 — Negotiations began between the appellant and E&Y, with the STIL II portfolio together with potential tax losses of some \$52 million being offered as a package deal. The appellant specializes in packaging and improving distressed real properties.
6. Janvier 1993 — Les négociations entre E&Y et l'appelante ont commencé, E&Y offrant alors à l'appelante la possibilité d'acheter, en bloc, le portefeuille de STIL II, avec les pertes fiscales potentielles de l'ordre de 52 millions de dollars. L'appelante se spécialise dans la réorganisation et l'amélioration de biens immeubles saisis.
7. January to May 1993 — Negotiations took place between the appellant and E&Y which the Tax Court Judge characterized as difficult. Due diligence was carried out by the appellant with respect to valuing the STIL II portfolio.
7. Janvier à mai 1993 — Les négociations que le juge de la Cour de l'impôt a qualifiées de difficiles ont eu lieu entre l'appelante et E&Y. L'appelante a fait preuve de diligence raisonnable à propos de l'évaluation du portefeuille de STIL II.
8. May 31, 1993 — The effective date of the appellant's purchase of Standard's 99% interest in the STIL II Partnership in consideration for:
8. 31 mai 1993 — La date de prise d'effet de l'achat par l'appelante de la participation de 99 p. 100 de la Standard dans la société de personnes STIL II pour une contrepartie établie comme suit:
- (1) \$17,500,000 payable to Standard, of which \$14,500,000 was in the form of a promissory note, and the balance was cash payable on closing;
- (1) un montant de 17 500 000 \$ payable à la Standard, dont 14 500 000 \$ sous la forme d'un billet à ordre, et le reste payable comptant à la date de conclusion de l'opération;
- (2) an additional amount, described as the "earn-out", which was to be determined by a formula whereby the appellant and Standard would share any proceeds from the disposition of the STIL II portfolio in excess
- (2) un montant supplémentaire, décrit comme étant la «contrepartie conditionnelle», qui devait être déterminé par une formule selon laquelle l'appelante et la Standard partageraient tout produit de

of \$17,500,000, with the appellant's proportionate share increasing as the proceeds increased;

(3) an amount, up to a maximum of \$5 million, payable to Standard for the tax losses to be recognized by the partnership, contingent on the partners being successful in deducting those losses from their other income.

9. June 29, 1993 — closing of purchase by the appellant of Standard's STIL II Partnership interest.

[10] The first fiscal year end of the STIL II Partnership was September 30, 1993. For that fiscal year, the STIL II Partnership had a net loss, for income tax purposes, of \$52,674,376 consisting of

(a) loss on the sale of three properties	\$ 11,535,238
(b) loss on the write-down of its remaining properties	\$ 41,725,941
Total:	\$ 53,261,179
(c) less income from operations other than disposal of properties	(\$ 568,803)
Net Loss	\$ 52,674,376

[11] The appellant did not intend to retain its 99% interest in the STIL II Partnership. In transactions that were pre-arranged before the closing of its purchase of the STIL II Partnership interest, the appellant disposed of 76% percent of its STIL II Partnership interest. The transactions were as follows:

1. July 5, 1993 — Formation of SRMP Realty and Mortgage Partnership;
2. September 22, 1993 — Closing of sale of appellant's 99% interest in STIL II Partnership to SRMP, with the appellant obtaining a 24% interest in SRMP.

[12] For its fiscal year ended October 31, 1993, SRMP realized a loss for income tax purposes of \$52,384,474 (of which \$52,147,632 represented its 99% interest of STIL II's loss of \$52,674,376). The appellant's 24% share of the SRMP loss was \$12,572,274, which it sought to deduct against its other income in 1993, 1994 and future years. It was this non-capital loss that the Minister disallowed. The disallowance was upheld by the learned

disposition du portefeuille de STIL II en sus de 17 500 000 \$, la part proportionnelle de l'appelante devant augmenter selon l'augmentation du produit de disposition;

(3) un montant maximal de 5 000 000 \$, payable à la Standard, pour les pertes fiscales devant être enregistrées par la société de personnes, sous réserve que les associés réussissent à les déduire de leurs revenus tirés d'autres sources.

9. 29 juin 1993 — Conclusion de l'achat par l'appelante de la participation de la Standard dans la société de personnes STIL II.

[10] Le premier exercice de la STIL II a pris fin le 30 septembre 1993. Pour cet exercice, elle a enregistré une perte nette, aux fins de l'impôt sur le revenu, de 52 674 376 \$ résultant

(a) de la vente de trois biens	11 535 238 \$
(b) de la réduction de valeur de ses biens restants	41 725 941 \$
Total:	53 261 179 \$
(c) moins le revenu tiré d'opérations autres que la disposition de biens	(568 803 \$)
Perte nette	52 674 376 \$

[11] L'appelante n'avait pas l'intention de conserver sa participation de 99 p. 100 dans la STIL II. Au moyen d'opérations qui avaient été prédéterminées avant la conclusion de son achat de la participation dans la STIL II, l'appelante a disposé de 76 p. 100 de sa participation dans la STIL II dans le cadre des opérations suivantes:

1. 5 juillet 1993 — Formation de SRMP Realty and Mortgage Partnership;
2. 22 septembre 1993 — Conclusion de la vente de la participation de 99 p. 100 de l'appelante dans la STIL II à la SRMP, l'appelante obtenant une participation de 24 p. 100 dans la SRMP.

[12] Pour son exercice terminé le 31 octobre 1993, la SRMP a enregistré une perte de 52 384 474 \$ aux fins de l'impôt sur le revenu (de ce montant, la somme de 52 147 632 \$ représentait sa participation de 99 p. 100 dans la perte de STIL II de 52 674 376 \$). La participation de 24 p. 100 de l'appelante dans la perte de la SRMP était de 12 572 274 \$, qu'elle a cherché à déduire de ses autres revenus pour les années 1993, 1994

Tax Court Judge.

APPELLANT'S POSITION

[13] The appellant has two broad grounds of appeal. The first is that there is no relevant avoidance transaction. The second is that even if there is a relevant avoidance transaction, the transaction would not result in a misuse of a provision of the Act or abuse of the Act as a whole.

ANAYSIS

Tax Benefit

[14] The appellant does not deny that it received a tax benefit. From the reasons of the Tax Court Judge it appears that no issue was taken on this point in that Court. The appellant claimed a non-capital loss of \$12, 572, 274, for the purpose of reducing its income tax otherwise payable. I accept that a tax benefit has occurred.

Avoidance Transaction

[15] It is next necessary to consider whether there has been an avoidance transaction. Subsection 245(2), the charging section, only applies where a tax benefit would result from a transaction that is an avoidance transaction or from a series of transactions that includes an avoidance transaction.

[16] The appellant submits that none of the transactions here were avoidance transactions. First, the appellant says that it acquired the STIL II Partnership interest primarily for business purposes, namely, the acquisition of a distressed mortgage portfolio which, with its expertise, could be disposed of for optimum proceeds. Second, the appellant says that with respect to the first three transactions, the incorporation of 1004568 Ontario Limited, the formation of the STIL II Partnership and the transfer of the STIL II Portfolio from Standard to the partnership (the Standard transactions), Standard did not obtain any tax benefit, and therefore could not have undertaken or arranged these transactions primarily to obtain a tax benefit. Third, the appellant argues that if one or more of the Standard transactions was an avoidance transaction, the fourth transaction, whereby the appellant acquired its STIL II Partnership interest, was an

et les années ultérieures. C'est la déduction de cette perte autre qu'une perte en capital que le ministre a refusée. Le refus a été maintenu par le juge de la Cour de l'impôt.

POSITION DE L'APPELANTE

[13] L'appelante invoque deux moyens d'appel généraux. D'abord, elle prétend qu'il n'y a eu aucune opération d'évitement pertinente. Ensuite, prétend-elle, même s'il y avait eu une opération d'évitement pertinente, l'opération n'entraînerait pas d'abus dans l'application d'une disposition de la Loi lue dans son ensemble.

ANALYSE

Avantage fiscal

[14] L'appelante ne nie pas qu'elle a reçu un avantage fiscal. Il ressort des motifs du juge de la Cour de l'impôt que cette question n'a pas été contestée devant cette Cour. L'appelante a déclaré une perte autre qu'une perte en capital de 12 572 274 \$, dans le but de réduire son impôt sur le revenu payable par ailleurs. J'accepte qu'il y a eu avantage fiscal.

Opération d'évitement

[15] Ensuite, il est nécessaire de déterminer s'il y a eu une opération d'évitement. Le paragraphe 245(2), l'article taxateur, ne s'applique que lorsqu'un avantage fiscal découlerait d'une opération qui est une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont une opération d'évitement fait partie.

[16] L'appelante fait valoir qu'aucune des opérations en l'espèce n'était une opération d'évitement. En premier lieu, prétend-elle, elle a acquis la participation dans la STIL II principalement à des fins d'affaires, savoir, l'acquisition du portefeuille hypothécaire saisi qu'elle pourrait, grâce à son expertise, vendre au meilleur prix. Ensuite, l'appelante prétend qu'en ce qui concerne les trois premières opérations, la constitution de la 1004568 Ontario Limited, la constitution de la société de personnes STIL II et le transfert du portefeuille de STIL II de la Standard à la société de personnes (les opérations de la Standard), la Standard n'a obtenu aucun avantage fiscal, et par conséquent n'aurait pas pu effectuer ces opérations principalement pour obtenir un avantage fiscal. En troisième lieu, l'appelante prétend que si une ou plusieurs des opérations de la Standard constituaient une opération

independent transaction and not part of a series with the Standard transactions. Therefore, the appellant's acquisition of the STIL II Partnership interest should not be tainted by the Standard transactions.

[17] Under subsection 245(3), to find that a transaction is an avoidance transaction, two tests must be satisfied. The first is a results test. The results test requires a determination of whether a transaction or series of transactions would, but for the GAAR, result in a tax benefit. The second is a purpose test. Here, the focus is on the primary purpose of the transaction, or the individual transactions that form the series, as the case may be. Only if a transaction or series of transactions would result in a tax benefit is it necessary to consider the primary purpose of the transaction or transactions.

Was there a series of transactions and if so, which transactions were part of the series?

Common Law Series

[18] In *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. (Scarborough: Carswell, 2000), at page 888, Professor Krishna explains that for the purposes of the GAAR a series of transactions:

... refers to the integration of individual and separate steps into a composite transaction. The linkage of the separate steps into a "series" results from their inter-dependence and the manner in which the transactions are structured. Thus, we must determine: when is a sequence of events (e.g. A to B, then B to C) considered a single composite transactions, such as A to C?

[19] Determining whether a series exists under paragraph 245(3)(b) involves a consideration of how closely tied individual steps or transactions must be in order to constitute a series. Paragraph 245(3)(b) provides no guidance with respect to the degree of connection or relationship that is required before transactions will be regarded as constituting a series. Moreover, there is little Canadian jurisprudence on the point. However, the House of Lords addressed the issue in a number of cases in the 1980s including *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474 (H.L.); and *Craven v. White*, [1989] A.C. 398 (H.L.). In

d'évitement, la quatrième opération par laquelle elle a acquis sa participation dans la STIL II, était une opération indépendante et ne faisait pas partie d'une série d'opérations avec la Standard. Par conséquent, l'acquisition par l'appelante de la participation dans la STIL II ne pouvait être viciée par les opérations de la Standard.

[17] D'après le paragraphe 245(3), pour conclure qu'une opération est une opération d'évitement, il faut satisfaire à deux critères. Le premier est le critère des résultats. Ce critère exige que l'on détermine si un avantage fiscal découlerait d'une opération ou d'une série d'opérations, sans la RGAÉ. Le second est le critère de l'objet. Dans ce cas, l'accent est mis sur l'objet principal de l'opération, ou des opérations individuelles qui font partie de la série, selon le cas. Il n'est nécessaire d'examiner l'objet principal d'une opération ou de plusieurs opérations que si un avantage fiscal découlerait de l'opération ou de la série d'opérations.

Y avait-il une série d'opérations? Le cas échéant, quelles opérations faisaient partie de la série?

Série au sens de la common law

[18] Dans l'ouvrage *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6^e éd. (Scarborough: Carswell, 2000), à la page 888, le professeur Krishna explique que, pour l'application de la RGAÉ, une série d'opérations:

[TRADUCTION] [...] s'entend de l'intégration d'étapes individuelles et distinctes en une opération composite. La jonction des étapes distinctes en une «série» découle de leur interdépendance et de la manière dont les opérations sont structurées. Par conséquent, nous devons déterminer: quand une série d'événements (par exemple A à B, puis B à C) peut-elle être considérée comme une seule opération composite, telle que A à C?

[19] Pour déterminer s'il existe une série au sens de l'alinéa 245(3)(b), il faut examiner à quel point les étapes ou opérations individuelles doivent être étroitement liées pour constituer une série. L'alinéa 245(3)(b) ne donne aucune indication sur l'étroitesse du lien ou du rapport qui doit exister pour que des opérations soient considérées comme constituant une série. Par ailleurs, il y a peu de jurisprudence canadienne à ce sujet. Toutefois, la Chambre des lords s'est penchée sur la question dans plusieurs arrêts au cours des années 1980, dont *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474 (C.L.); et

Craven v. White, Lord Oliver set out the approach at page 514:

As the law currently stands, the essentials emerging from *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474, appear to me to be four in number: (1) that the series of transactions was, at the time when the intermediate transaction was entered into, pre-ordained in order to produce a given result; (2) that that transaction had no other purpose than tax mitigation; (3) that there was at that time no practical likelihood that the preplanned events would not take place in the order ordained, so that the intermediate transaction was not even contemplated practically as having an independent life, and (4) that the pre-ordained events did in fact take place.

[20] In *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule* (Toronto: Carswell, 1990), Professor Krishna summarizes the approach in the following words at page 69:

To summarize: a composite transaction is one in which, when the first transaction is implemented, *all of the essential features* (not just the general nature) of the second transaction are determined by persons who have the *firm intention and ability* to implement the second transaction. That is, at the time that A sells to B, C must be identified as a prospective purchaser and *all the main terms* of the sale agreed to in principle. Otherwise the transactions will be viewed as independent transactions and not necessarily part of a series. [Italic in original.]

[21] Besides the House of Lords' approach to defining what is meant by "series of transactions", academics and the U.S. courts have developed two other possible approaches. One is called the "mutual interdependence test" under which two or more transactions will constitute a series if the transactions are so interdependent that the legal relations created by one transaction would be meaningless without a completion of the series. The "end results test", adopted by some American courts, holds that purportedly separate transactions will be amalgamated as a single transaction when it appears that they were really component parts of a single transaction intended from the outset to be taken for the purpose of reaching the ultimate result. (See John Tiley, "Series of Transactions" in 1988 *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, Conference Report* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989) 8:1, at pages 8:3 - 8:4).

Craven v. White, [1989] A.C. 398 (C.L.). Dans *Craven v. White*, lord Oliver a énoncé l'approche à la page 514:

[TRADUCTION] Dans l'état actuel du droit, les éléments essentiels qui ressortent de l'arrêt *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474, me semblent être au nombre de 4: (1) que la série d'opérations était, au moment où l'opération intermédiaire est intervenue, déterminée d'avance de manière à produire un résultat donné; (2) que l'opération n'avait d'autre but que la réduction des impôts; (3) qu'à ce moment-là il n'existait aucune probabilité pratique que les événements planifiés d'avance ne se produiraient pas dans l'ordre envisagé, de manière que l'opération intermédiaire n'était même pas envisagée pratiquement comme ayant une vie indépendante, et (4) que les événements préétablis ont effectivement eu lieu.

[20] Dans l'ouvrage *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule* (Toronto: Carswell, 1990), le professeur Krishna résume l'approche comme suit à la page 69:

[TRADUCTION] Pour récapituler: une opération composite est une opération dans laquelle lorsque la première opération est mise en œuvre, *toutes les caractéristiques essentielles* (et non seulement la nature générale) de la deuxième opération sont déterminées par les personnes qui ont la *ferme intention et la capacité* de mettre en œuvre la deuxième opération. C'est-à-dire, qu'au moment où A vend à B, C doit être identifié comme un acheteur éventuel et *toutes les modalités essentielles* de la vente doivent être fixées en principe. Autrement dit, les opérations seront considérées comme indépendantes et comme ne faisant pas nécessairement partie d'une série. [Italique dans l'original.]

[21] Outre l'approche adoptée par la Chambre des lords pour définir ce que l'on entend par «série d'opérations», les auteurs et les tribunaux américains ont développé deux autres approches possibles. L'une s'appelle le «principe de l'interdépendance» au titre duquel deux ou plusieurs opérations constitueront une série d'opérations si elles sont si interdépendantes que les relations juridiques créées par une opération seraient inutiles sans la réalisation de la série. Selon le «principe du résultat final», adopté par certains tribunaux américains, des opérations censées distinctes seront intégrées en une seule opération s'il semble qu'elles constituaient effectivement des composantes d'une seule opération dont l'objet était, dès le début, d'atteindre le résultat ultime. (Voir John Tiley, «Series of Transactions» dans *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report* (Toronto: L'Association canadienne d'études fiscales, 1989) 8:1, aux pages 8:3 et 8:4).

[22] In a paper relating to Information Circular 88-2 dealing with the GAAR, Michael Hiltz, at that time Director, Reorganizations and Non-Residents Division, Specialty Rulings Directorate, Revenue Canada, Taxation, appears to have accepted, in the absence of statutory alteration, the House of Lords' interpretation of "series of transactions". At page 7:7 of an article entitled "Section 245 of the *Income Tax Act*" in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report, supra*, (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989), he says:

The series itself would include a preliminary and a subsequent transaction only if, at the time the preliminary transaction is carried out, all important elements of the subsequent transaction are settled, and the subsequent transaction is eventually carried out.

[23] In an article entitled "A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance" ((1988), 36 *Can. Tax J.* 1), David A. Dodge, then Senior Assistant Deputy Minister, Department of Finance, Ottawa, stated at page 15:

The step transaction doctrine, however, when completed by the business purpose test as suggested in *Burmah* and *Furniss v. Dawson*, represents a coherent and orthodox approach. For that reason, this doctrine has been included in proposed section 245 in the form suggested by these cases.

[24] In view of Mr. Dodge's express reference to *Furniss v. Dawson*, I think it may reasonably be inferred that Parliament, in enacting paragraph 245(3)(b), adopted the approach to a "series of transactions" developed by the House of Lords. For that reason, I do not think the "mutual interdependence" or "end results" tests are applicable and I would, subject to subsection 248(10), adopt the House of Lords approach. Thus, for there to be a series of transactions, each transaction in the series must be pre-ordained to produce a final result. Pre-ordination means that when the first transaction of the series is implemented, all essential features of the subsequent transaction or transactions are determined by persons who have the firm intention and ability to implement them. That is, there must be no practical likelihood that the subsequent transaction or transactions will not take place.

[22] Dans un article se rapportant à la circulaire d'information 88-2 portant sur la RGAÉ, Michael Hiltz, alors directeur, Division des réorganisations et des entreprises étrangères, Direction des décisions spécialisées, Revenu Canada Impôt, semble avoir accepté, en l'absence de modification législative, l'interprétation de l'expression «série d'opérations» avancée par la Chambre des lords. À la page 7:7 de l'article intitulé «Section 245 of the *Income Tax Act*» dans *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report, supra*, il affirme:

[TRADUCTION] La série elle-même comprendrait une opération préliminaire et ultérieure seulement si, au moment de la réalisation de l'opération préliminaire, tous les éléments importants de l'opération ultérieure sont réglés, et l'opération ultérieure est éventuellement réalisée.

[23] Dans un article intitulé «A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance» ((1988), 36 *Rev. fisc. can.* 1), David A. Dodge, alors sous-ministre adjoint principal, au ministère des Finances, à Ottawa, affirme à la page 15:

[TRADUCTION] Toutefois, la doctrine de l'opération étape par étape, lorsqu'elle est complétée par le critère de l'objet commercial comme il a été suggéré dans les arrêts *Burmah* et *Furniss v. Dawson*, représente une approche cohérente et orthodoxe. Pour cette raison, cette doctrine a été incorporée dans le projet d'article 245 de la manière suggérée par ces arrêts.

[24] Compte tenu de la mention expresse de l'arrêt *Furniss v. Dawson* par M. Dodge, je pense qu'on peut raisonnablement déduire qu'en édictant l'alinéa 245(3)(b) le Parlement avait adopté l'approche relative à une «série d'opérations» énoncée par la Chambre des lords. Pour cette raison, j'estime que les principes de «l'interdépendance» ou du «résultat final» ne sont pas applicables en l'espèce et j'adopterais, sous réserve du paragraphe 248(10), l'approche énoncée par la Chambre des lords. Ainsi, pour qu'il y ait une série d'opérations, chaque opération dans la série doit être déterminée d'avance pour produire un résultat final. Par détermination d'avance, on veut dire que lorsque la première opération de la série est réalisée, tous les éléments essentiels de l'opération ultérieure ou des opérations ultérieures sont déterminés par les personnes qui ont la ferme intention et la capacité de les réaliser. C'est-à-dire qu'il n'existe aucune probabilité pratique

[25] I have no difficulty concluding that the three Standard transactions were pre-ordained. All their essential features were planned by E&Y who, with court approval, had the intention and ability to implement them. They were implemented over a period of one week in October 1992. The result they were intended to produce was the transfer of the STIL II portfolio from Standard to the STIL II Partnership, which would be recorded by the partnership at Standard's cost, i.e. the price paid by the partnership to which was added Standard's loss, by reason of subsection 18(13) of the *Income Tax Act*. In other words, the intended result was the packaging of Standard's loss in a form that would be marketable to an arm's length purchaser. They clearly constituted a series under the House of Lords' definition.

[26] That then leaves the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest from Standard. This transaction was not completed until May 31, 1993 with the closing occurring on June 29, 1993. The appellant did not come on the scene until January 1993 and the negotiations leading to the transactions were "difficult". Under the House of Lords' definition, this fourth transaction would not be part of a series with the Standard transactions since the fourth transaction was not pre-ordained and was not practically certain to occur when the Standard transactions were implemented.

Subsection 248(10) Series

[27] Does subsection 248(10) change this conclusion? Subsection 248(10) provides:

248. . . .

(10) For the purposes of this Act, where there is a reference to a series of transactions or events, the series shall be deemed to include any related transactions or events completed in contemplation of the series.

[28] The subsection is not a model of clarity. Related transactions or events are not defined. Nor is the meaning of the term "completed in contemplation of the series"

que l'opération ultérieure ou les opérations ultérieures ne se réaliseront pas.

[25] Je n'ai aucune difficulté à conclure que les trois opérations de la Standard étaient déterminées d'avance. Tous les éléments essentiels ont été planifiés par E&Y qui, avec l'approbation de la cour, avait l'intention et la capacité de les réaliser. Ils ont été réalisés sur une période d'une semaine en octobre 1992. Le résultat auquel ils devaient aboutir était le transfert du portefeuille de STIL II de la Standard à la STIL II, lequel transfert serait enregistré par la société de personnes au coût de la Standard, c'est-à-dire le prix versé par la société de personnes majoré par la perte enregistrée par la Standard, en raison du paragraphe 18(13) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En d'autres termes, le résultat recherché était la réorganisation de la perte de la Standard de manière qu'elle fût vendable à un acheteur sans lien de dépendance. D'après la définition retenue par la Chambre des lords, ils constituaient effectivement une série.

[26] Cela laisse alors la question de l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la société de personnes STIL II des mains de la Standard. Cette opération n'a été conclue que le 31 mai 1993 et finalisée le 29 juin 1993. L'appelante n'est apparue sur la scène qu'en janvier 1993 et les négociations menant à la conclusion des opérations étaient «difficiles». D'après la définition retenue par la Chambre des lords, cette quatrième opération ne ferait pas partie d'une série avec les opérations de la Standard puisque la quatrième opération n'était pas déterminée d'avance et il n'était pas pratiquement certain qu'elle allait se réaliser lorsque les opérations de la Standard ont été réalisées.

Série au sens du paragraphe 248(10)

[27] Le paragraphe 248(10) modifie-t-il cette conclusion? Il prévoit:

248. [. . .]

(10) Pour l'application de la présente loi, la mention d'une série d'opérations ou d'événements vaut mention des opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série.

[28] Cette disposition n'est pas un modèle de clarté. Les opérations ou événements liés ne sont pas définis. Le membre de phrase «terminés en vue de réaliser la

clear. On the one hand, subsection 248(10) might simply be a statutory codification of the House of Lords definition of “series of transactions”. Under this interpretation, “related transactions or events completed in contemplation of the series” would be the pre-ordained transactions which are practically certain to occur and which eventually do occur.

[29] A broader interpretation would include in the series, transactions that would not fall within the House of Lords’ test for series. Under this approach, an independent transaction would be deemed to be included in the series for purposes of subsection 248(10) if it is related to the transactions in the common law series and if it is completed in contemplation of the common law series.

[30] Had subsection 248(10) been a definition provision, I would be more inclined to the view that it might be a codification of the House of Lords’ test for series. The subsection was enacted just about two years after the House of Lords’ decision in *Furniss v. Dawson*, and the Technical Note (1985 T.N.) accompanying the subsection states it is only a clarifying provision:

New subsection 248(10) clarifies that a reference in the Act to a series of transactions or events includes any related transaction or event completed in contemplation of the series. [Emphasis added.]

Indeed, in his article in 1988, Mr. Dodge refers to the *Furniss v. Dawson* doctrine being included in the proposed section 245 in the form suggested by that case.

[31] However, the term “any related transaction or event completed in contemplation of the series” would seem to carry a wider connotation than pre-ordained transactions.

[32] Another reason supporting a broader interpretation is that, when section 245 was enacted on September 13, 1988, a “grandfather” provision was included pertaining to subsection 248(10). Section 245 was to be applicable to transactions entered into on or after September 13,

série» n’est pas clair non plus. D’une part, le paragraphe 248(10) pourrait constituer simplement une codification législative de la définition de l’expression «série d’opérations» retenue par la Chambre des lords. D’après cette interprétation, le membre de phrase «opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série» viserait les opérations déterminées d’avance dont la réalisation est pratiquement certaine et qui se réalisent éventuellement.

[29] Une interprétation plus large inclurait des opérations qui ne tomberaient pas sous le coup du critère relatif à la série retenu par la Chambre des lords. D’après cette approche, une opération indépendante serait réputée faire partie de la série pour l’application du paragraphe 248(10) si elle est liée aux opérations faisant partie de la série au sens de la common law et si elle est terminée en vue de réaliser cette série.

[30] Si le paragraphe 248(10) avait été une disposition définitoire, j’aurais été plus porté à considérer qu’il constituerait une codification du critère relatif à la série retenu par la Chambre des lords. Ce paragraphe a été édicté à peu près deux ans après la décision de la Chambre des lords dans l’affaire *Furniss v. Dawson*, et la note technique (N.T. 1985) accompagnant ce paragraphe affirme qu’il ne s’agit que d’une disposition de clarification:

[TRADUCTION] Le nouveau paragraphe 248(10) de la loi indique qu’une série d’opérations ou d’événements, lorsqu’il en est fait mention dans la loi, est réputée comprendre les opérations et événements liés accomplis en vue de réaliser la série. [Non souligné dans l’original.]

En effet, dans son article de 1988, M. Dodge mentionne que la doctrine de l’arrêt *Furniss v. Dawson* avait été incorporée à l’article 245 de la façon suggérée par cet arrêt.

[31] Toutefois, le membre de phrase «des opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série» semble avoir une portée plus large que les opérations déterminées d’avance.

[32] Une autre raison qui vient appuyer une interprétation plus large est que, lorsque l’article 245 a été édicté le 13 septembre 1988, une clause des droits acquis a été incluse concernant le paragraphe 248(10). L’article 245 devait s’appliquer aux opérations conclues

1988, other than transactions that were part of a series determined without reference to subsection 248(10) commencing before September 13, 1988 and completed before 1989. Subsection 185(2) of S.C. 1988, c. 55, *An Act to amend the Income Tax Act, the Canada Pension Plan, the Unemployment Insurance Act, 1971, the Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act, 1977 and certain related Acts* which enacted the GAAR, provided in relevant part:

185. . . .

(2) Subsection (1) [section 245] is applicable with respect to transactions entered into on or after the day on which this Act is assented to other than

(a) transactions that are part of a series of transactions, determined without reference to subsection 248(10) of the said Act, commencing before the day on which this Act is assented to and completed before 1989; or

John Tiley, *supra*, notes that subsection 248(10) was intended to widen the scope of the term “series”. Otherwise, what reason would there be for the “grandfather clause”? Tiley states at page 8:5:

Subsection 248(10) remains important not just because of what it does or does not bring in, but because of what it says about the draftsman’s understanding of the term “series”. The subsection is intended to widen the scope of this concept—why else put the grandfather clause in? This suggests that the concept of “series” is not itself wide enough to catch a related but contemplated transaction. If so, some greater degree of predictability is needed for the second step to be a part of the series of transactions. But what degree is required? Revenue Canada gives a very narrow interpretation to “series,” and so allows subsection 248(10) considerable scope.

[33] Finally, subsection 248(10) is a deeming provision. A deeming provision imports into a term a meaning that the term would not otherwise convey. It normally plays a function of enlargement. In *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838, Beetz J. explained at pages 845-846:

A deeming provision is a statutory fiction; as a rule it implicitly admits that a thing is not what it is deemed to be but decrees that for some particular purpose it shall be taken as if it were that thing although it is not or there is doubt as to whether it is. A deeming provision artificially imports into a word or an

au 13 septembre 1988 ou après cette date, à l’exclusion de celles qui font partie d’une série d’opérations — abstraction faite du paragraphe 248(10) — commençant avant cette date et terminée avant 1989. Le paragraphe 185(2) de la L.C. 1988, ch. 55, *Loi modifiant la Loi de l’impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada, la Loi de 1971 sur l’assurance-chômage, la Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d’enseignement postsecondaire et de santé et certaines lois connexes* qui a édicté la RGAÉ, prévoyait notamment:

185. [. . .]

(2) Le paragraphe (1) [article 245] s’applique aux opérations conclues à la date de sanction de la présente loi ou après cette date, à l’exclusion:

a) de celles qui font partie d’une série d’opérations— abstraction faite du paragraphe 248(10) de la même loi— commençant avant cette date et terminée avant 1989;

John Tiley, précité, fait remarquer que le paragraphe 248(10) avait pour objet d’élargir la portée du mot «série». Sinon, quelle serait la justification de la «clause des droits acquis»? Il affirme à la page 8:5:

[TRADUCTION] Le paragraphe 248(10) demeure important non seulement pour ce qu’il apporte ou n’apporte pas, mais en raison de ce qu’il dit de la compréhension par le rédacteur du mot «série». Le paragraphe a pour objet d’élargir la portée du concept, sinon pourquoi y inclure la clause des droits acquis? Cela laisse entendre que le concept de «série» n’est pas en soi suffisamment large pour englober une opération liée mais envisagée. Si tel est le cas, il faut un degré de prévisibilité plus grand pour que la deuxième étape fasse partie de la série d’opérations. Mais, quel degré est nécessaire? Revenu Canada donne une interprétation très étroite au mot «série» et accorde ainsi une portée large au paragraphe 248(10).

[33] Enfin, le paragraphe 248(10) est une disposition déterminative, c’est-à-dire une disposition qui donne à un mot un sens autre que celui qu’on lui reconnaît. Normalement, elle a une fonction d’élargissement. Dans l’arrêt *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838, le juge Beetz a expliqué aux pages 845 et 846:

Une disposition déterminative est une fiction légale; elle reconnaît implicitement qu’une chose n’est pas ce qu’elle est censée être, mais décrète qu’à des fins particulières, elle sera considérée comme étant ce qu’elle n’est pas ou ne semble pas être. Par cet artifice, une disposition déterminative donne à un

expression an additional meaning which they would not otherwise convey beside the normal meaning which they retain where they are used; it plays a function of enlargement analogous to the word “includes” in certain definitions; however, “includes” would be logically inappropriate and would sound unreal because of the fictional aspect of the provision. Thus, a scantily dressed person is not really nude; but if under certain conditions that person is deemed to be nude in a provision prohibiting nudity, the word “nude” keeps its ordinary meaning which at the same time is extended to something which is not nudity.

The deeming nature of subsection 248(10) implies an enlargement of the common law series.

[34] For all the above reasons, I am of the opinion that subsection 248(10) broadens the meaning of series from that defined by the House of Lords.

[35] Subsection 248(10) requires three things: first, a series of transactions within the common law meaning; second, a transaction related to that series; and third, the completion of the related transaction in contemplation of that series.

[36] Thus, before applying subsection 248(10), “series” must be construed according to its common law meaning, which I have found to be pre-ordained transactions which are practically certain to occur. To that is added “any related transactions or events completed in contemplation of the series”. Subsection 248(10) does not require that the related transaction be pre-ordained. Nor does it say when the related transaction must be completed. As long as the transaction has some connection with the common law series, it will, if it was completed in contemplation of the common law series, be included in the series by reason of the deeming effect of subsection 248(10). Whether the related transaction is completed in contemplation of the common law series requires an assessment of whether the parties to the transaction knew of the common law series, such that it could be said that they took it into account when deciding to complete the transaction. If so, the transaction can be said to be completed in contemplation of the common law series.

[37] The appellant says that because of the difference in wording between subsection 248(10) “series of

mot ou à une expression un sens autre que celui qu’on leur reconnaît habituellement et qu’il conserve là où on l’utilise; elle étend la portée de ce mot ou de cette expression comme le mot «comprend» dans certaines définitions; cependant, en toute logique, le verbe «comprend» n’est pas adéquat et sonne faux parce que la disposition crée une fiction. Ainsi, une personne peu vêtue n’est pas vraiment nue; mais si une disposition interdisant la nudité prévoit dans certaines conditions que cette personne est censée être nue, le mot «nu» conserve son sens habituel qui s’étend en même temps à quelque chose qui n’est pas la nudité.

La nature déterminative du paragraphe 248(10) implique un élargissement de la série au sens de la common law.

[34] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d’avis que le paragraphe 248(10) élargit le sens du mot série au-delà de la définition donnée par la Chambre des lords.

[35] Le paragraphe 248(10) exige trois choses: d’abord, une série d’opérations au sens de la common law; ensuite, une opération liée à cette série; enfin, que l’opération liée soit terminée en vue de réaliser la série.

[36] Ainsi, avant d’appliquer le paragraphe 248(10), le terme «série» doit être interprété selon son sens en common law, lequel ai-je conclu, vise les opérations déterminées d’avance et dont la réalisation est pratiquement certaine. À cela, on ajoute «[d]es opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série». Le paragraphe 248(10) n’exige pas que l’opération liée soit déterminée d’avance. Il ne précise pas non plus quand l’opération liée doit être terminée. Dès lors que l’opération a quelque lien avec la série au sens de la common law, elle fera partie, si elle a été terminée en vue de réaliser une série au sens de la common law, de la série en raison de l’effet déterminatif du paragraphe 248(10). Pour déterminer si l’opération liée est terminée en vue de réaliser une série au sens de la common law, il faut décider si les parties à l’opération étaient au courant de la série au sens de la common law, de façon qu’on puisse dire qu’elles en avaient tenu compte lorsqu’elles ont décidé de terminer l’opération. Le cas échéant, on peut dire que l’opération a été terminée en vue de réaliser une série au sens de la common law.

[37] L’appelante affirme qu’en raison de la différence entre le libellé du paragraphe 248(10): «série

transactions or events” and subsection 245(2) and paragraph 245(3)(b) “series of transactions”, subsection 248(10) has no relevance. However, I read subsection 248(10) to apply whether a series is a series of transactions, a series of events, or a series of transactions and events. In addition, as the respondent has pointed out, subsection 245(1) defines “transaction” as including an arrangement or event. Accordingly, series of transactions in subsection 245(2) and paragraph 245(3)(b) must be read as including “series of transactions or events”.

[38] The Standard series resulted in the creation of the STIL II Partnership and the transfer of the STIL II portfolio to the partnership, with a cost base in the assets of the partnership that would include Standard’s loss. It was that cost base that would accrue to the appellant upon its acquisition of its partnership interest and give rise to the loss that would be available to it at the end of the partnership’s 1993 taxation year. The preamble to the Agreement of Purchase and Sale of the partnership interest, dated May 31, 1993, makes it clear that the appellant was aware of the series of Standard transactions and that they were fundamental to the appellant acquiring its partnership interest. It reads in part:

WHEREAS:

...
 (B) The Vendor [Standard] and the Remaining Partner [1004568 Ontario Inc.] entered into the Partnership Agreement on October 23, 1992 to form STIL Partnership II;

...
 (D) Pursuant to the Asset Contribution Agreement, the Vendor has transferred to STIL Partnership II certain assets, including the mortgages [the STIL II portfolio];

For these reasons, the appellant’s acquisition of its STIL II Partnership interest was connected to the series of Standard transactions. Standard, in liquidation, and the appellant, the parties to the acquisition transaction, knew of the Standard series and took it into account when deciding to complete the acquisition transaction. Therefore, the appellant’s acquisition of its STIL II

d’opérations ou d’événements» et du paragraphe 245(2) et de l’alinéa 245(3)b): «série d’opérations», le paragraphe 248(10) n’a aucune pertinence. Toutefois, suivant l’interprétation que j’en fais, le paragraphe 248(10) s’applique qu’une série soit une série d’opérations, une série d’événements, ou une série d’opérations et d’événements. En outre, comme l’intimée l’a souligné, le paragraphe 245(1) définit «opération» comme englobant un arrangement ou un événement. En conséquence, l’expression série d’opérations au paragraphe 245(2) et à l’alinéa 245(3)b) doit être interprétée comme englobant une «série d’opérations ou d’événements».

[38] La série d’opérations de la Standard a donné lieu à la création de la société de personnes STIL II et au transfert du portefeuille de STIL II à la société de personnes, avec un prix de base pour les actifs de la société de personnes qui inclurait la perte de la Standard. C’est ce prix de base qui reviendrait à l’appelante lors de l’acquisition de sa participation dans la société de personnes et entraînerait la perte dont elle pourrait se prévaloir à la fin de l’année d’imposition de la société de personnes de 1993. Le préambule du contrat de vente de la participation dans la société de personnes, portant la date du 31 mai 1993, fait clairement ressortir que l’appelante était au courant de la série d’opérations de la Standard et qu’elle constituait une condition fondamentale de l’acquisition par l’appelante de sa participation dans la société de personnes. Il déclare:

ATTENDU:

[. . .]
 (B) Que le vendeur [Standard] et l’associé restant [1004568 Ontario Inc.] ont conclu un contrat de société le 23 octobre 1992 en vue de constituer la STIL Partnership II;

[. . .]
 (D) En conformité avec le contrat d’apport d’actifs, le vendeur a transféré à la STIL Partnership II certains éléments d’actif, y compris les hypothèques [le portefeuille de STIL II];

Pour ces motifs, l’acquisition par l’appelante de sa participation dans la STIL II était liée à la série d’opérations de la Standard. La Standard, en liquidation, et l’appelante, les parties à l’opération d’acquisition, étaient au courant de la série d’opérations de la Standard et en avaient tenu compte lorsqu’elles ont décidé de terminer l’opération d’acquisition. Donc, l’acquisition

Partnership interest was a transaction that was related to the Standard series and was completed in contemplation of that series.

[39] Applying the deeming effect of subsection 248(10), I conclude that, for purposes of subsection 245(3)(b), the series included the Standard series and the acquisition transaction.

Did a tax benefit result from the series?

[40] The Tax Court Judge's avoidance transaction analysis dealt only with the Standard transactions. At paragraph 50 of his reasons he concludes:

I find that the primary purpose for which E&Y entered into the series of transactions whereby 1004568 was incorporated, STIL II was formed, and the portfolio was transferred to it by the liquidator, was to obtain the tax benefit.

[41] The appellant says that it was not a participant in the Standard transactions and Standard did not obtain a tax benefit from them. However, I see no words in subsection 245(3) that express or imply that the person who obtains the tax benefit must necessarily have been the person that undertook or arranged the transaction in question. I think this interpretation is consistent with the scheme of section 245 which does not, in any of its subsections, link the obtaining of a tax benefit to the person or persons undertaking or arranging the transactions. In particular, subsection 245(2) speaks of the tax consequences to a person without identifying who the person is, other than that the tax benefit to that person would have resulted, directly or indirectly, from an avoidance transaction or from a series of transactions that includes the avoidance transaction. Simply put, subsection 245(3) does not say that the person who undertakes or arranges the transaction must be the one who obtains the tax benefit.

[42] However, that conclusion does not fully deal with the appellant's argument. I have no difficulty accepting that the Standard transactions were part of a plan whereby a tax benefit could be obtained by an arm's length purchaser of Standard's STIL II Partnership interest. That was their purpose. However, they did not result in a tax benefit themselves. The incorporation of 1004568 Ontario Limited and the formation of the STIL II Partnership had no relevant tax consequences. Nor is

par l'appelante de sa participation dans la STIL II était une opération qui était liée à la série d'opérations de la Standard et avait été terminée en vue de réaliser cette série.

[39] En appliquant l'effet déterminatif du paragraphe 248(10), je conclus que, pour l'application de l'alinéa 245(3)b, la série englobe la série d'opérations de la Standard et l'opération d'acquisition.

La série a-t-elle entraîné un avantage fiscal?

[40] L'analyse de l'opération d'évitement faite par le juge de la Cour de l'impôt s'est limitée aux opérations de la Standard. Au paragraphe 50 de ses motifs, il conclut:

Je conclus que la série d'opérations consistant dans la constitution de la 1004568, dans la création de la STIL II et dans le transfert du portefeuille à cette dernière par le liquidateur a été menée par E&Y principalement dans le but d'obtenir l'avantage fiscal.

[41] L'appelante affirme qu'elle n'a pas participé aux opérations de la Standard et celle-ci n'en a tiré aucun avantage fiscal. Cependant, je ne vois aucun mot au paragraphe 245(3) qui dit expressément ou implicitement que la personne qui obtient l'avantage fiscal doit nécessairement avoir été celle qui a effectué l'opération. Je pense que cette interprétation est conforme à l'économie de l'article 245 dont aucun des paragraphes ne lie l'obtention d'un avantage fiscal à la personne ou aux personnes qui effectuent les opérations. En particulier, le paragraphe 245(2) parle des attributs fiscaux d'une personne sans identifier la personne, sauf pour dire que l'avantage fiscal tiré par cette personne aurait découlé, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie. En termes simples, le paragraphe 245(3) ne dit pas que la personne qui effectue l'opération doit être celle qui en tire l'avantage fiscal.

[42] Cependant, cette conclusion n'évacue pas totalement l'argument de l'appelante. Je n'ai aucune difficulté à accepter que les opérations de la Standard faisaient partie d'un plan par lequel un avantage fiscal pourrait être obtenu par un acheteur sans lien de dépendance de la participation de la Standard dans la société de personnes STIL II. C'était là leur objet. Toutefois, elles n'ont entraîné aucun avantage fiscal en tant que tel. La constitution de la 1004568 Ontario

there any suggestion that a tax benefit resulted from the transfer of the STIL II portfolio from Standard to the STIL II Partnership. At the conclusion of these three transactions, there was no tax benefit resulting to Standard or the appellant. If the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest was not part of the series with the Standard transactions, I think the purpose of the Standard transactions would be irrelevant because they did not result in a tax benefit and they would simply not be avoidance transactions.

[43] However, the appellant does not deny that a tax benefit resulted from its acquisition of its STIL II Partnership interest, i.e. the tax saving from claiming the loss originating with Standard. By reason of paragraph 96(1)(g) of the *Income Tax Act*, by its acquisition of the STIL II Partnership interest, the appellant became entitled to share in the partnership's loss. Paragraph 96(1)(g) provides:

96. (1) Where a taxpayer is a member of a partnership, the taxpayer's income, non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss and farm loss, if any, for a taxation year, or the taxpayer's taxable income earned in Canada for a taxation year, as the case may be, shall be computed as if

...

(g) the amount, if any, by which

(i) the loss of the partnership for a taxation year from any source or sources in a particular place,

exceeds

(ii) in the case of a specified member (within the meaning of the definition "specified member" in subsection 248(1) if that definition were read without reference to paragraph (b) thereof) of the partnership in the year, the amount, if any, deducted by the partnership by virtue of section 37 in calculating its income for the taxation year from that source or sources in the particular place, as the case may be, and

(iii) in any other case, nil

were the loss of the taxpayer from that source or from sources in that particular place, as the case may be, for the taxation year of the taxpayer in which the partnership's taxation year ends, to the extent of the taxpayer's share thereof.

Limited et la création de la STIL II n'avaient aucune conséquence fiscale pertinente. Rien n'indique non plus qu'un avantage fiscal a découlé du transfert du portefeuille de STIL II de la Standard à la STIL II. À la conclusion de ces trois opérations, la Standard ou l'appelante n'en a tiré aucun avantage fiscal. Si l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II ne faisait pas partie de la série avec les opérations de la Standard, je pense que l'objet des opérations de la Standard ne serait pas pertinent parce qu'elles n'ont entraîné aucun avantage fiscal et ne constitueraient tout simplement pas des opérations d'évitement.

[43] Toutefois, l'appelante ne nie pas que son acquisition de sa participation dans la STIL II a donné lieu à un avantage fiscal, c'est-à-dire l'économie d'impôt résultant de la déduction de la perte provenant de la Standard. Du fait de l'alinéa 96(1)g) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et en raison de son acquisition de sa participation dans la STIL II, l'appelante a acquis le droit à une partie de la perte de la société de personnes. L'alinéa 96(1)g) prévoit:

96. (1) Lorsqu'un contribuable est un associé d'une société de personnes, son revenu, le montant de sa perte autre qu'une perte en capital, de sa perte en capital nette, de sa perte agricole restreinte et de sa perte agricole, pour une année d'imposition, ou son revenu imposable gagné au Canada pour une année d'imposition, selon le cas, est calculé comme si:

[. . .]

g) la perte du contribuable — à concurrence de la part dont il est tenu — résultant d'une source ou de sources situées dans un endroit donné, pour l'année d'imposition du contribuable au cours de laquelle l'année d'imposition de la société de personnes se termine, équivalait à l'excédent éventuel:

(i) de la perte de la société de personnes, pour une année d'imposition, résultant de cette source ou de ces sources, sur:

(ii) dans le cas d'un associé déterminé (au sens de la définition d'«associé déterminé» figurant au paragraphe 248(1), mais compte non tenu de l'alinéa b) de celle-ci) de la société de personnes au cours de l'année, le montant déduit par la société de personnes en application de l'article 37 dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition provenant de cette source ou de ces sources

(iii) dans les autres cas, zéro.

[44] Therefore, the acquisition of its STIL II Partnership interest resulted in a tax benefit to the appellant. As that transaction was part of a series with the Standard transactions, the series resulted in a tax benefit to the appellant.

What was the primary purpose of the transactions in the series?

[45] Once it is determined that a series of transactions results in a tax benefit, any transaction that is part of the series may be found to be an avoidance transaction. The question is the primary purpose of each of the transactions in the series. If the primary purpose of any transaction is to obtain the tax benefit, it is an avoidance transaction.

[46] The words “may reasonably be considered to have been undertaken or arranged” in subsection 245(3) indicate that the primary purpose test is an objective one. Therefore the focus will be on the relevant facts and circumstances and not on statements of intention. It is also apparent that the primary purpose is to be determined at the time the transactions in question were undertaken. It is not a hindsight assessment, taking into account facts and circumstances that took place after the transactions were undertaken.

[47] The Tax Court Judge found the primary purpose of the three Standard transactions to be to obtain the tax benefit. He conducted an extensive analysis of the evidence of the purpose of these transactions. He rejected the E&Y evidence that the primary purpose of these transactions was to enhance the value of the STIL II portfolio and to provide greater flexibility in dealing with the assets of Standard. These are findings of fact by the Tax Court Judge and I can see no error in them. Indeed, I agree with his analysis and conclusion. Each of the three Standard transactions was undertaken primarily to obtain the tax benefit. Each was therefore an avoidance transaction.

[48] In view of this conclusion respecting the Standard transactions, it appears the Tax Court Judge did not

[44] Par conséquent, l’acquisition de sa participation dans la STIL II a entraîné un avantage fiscal pour l’appelante. Cette opération faisant partie d’une série avec les opérations de la Standard, la série a donné lieu à un avantage fiscal au profit de l’appelante.

Quel était l’objet principal des opérations faisant partie de la série?

[45] Une fois qu’il est reconnu qu’une série d’opérations a donné lieu à un avantage fiscal, on peut conclure que toute opération faisant partie de la série est une opération d’évitement. La question qui se pose alors est de déterminer l’objet principal de chaque opération faisant partie de la série. L’opération dont l’objet principal est d’obtenir l’avantage fiscal est une opération d’évitement.

[46] Le membre de phrase «il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour» au paragraphe 245(3) indique que le critère de l’objet principal est un critère objectif. Par conséquent, l’accent sera mis sur les faits et les circonstances pertinentes et non sur les déclarations d’intention. Il est également évident que l’objet principal doit être déterminé au moment où les opérations en question ont été effectuées. Il ne s’agit pas d’une évaluation rétrospective, qui tiendrait compte de faits et de circonstances survenus après que les opérations ont été effectuées.

[47] Le juge de la Cour de l’impôt a conclu que l’objet principal des trois opérations de la Standard était l’obtention d’un avantage fiscal. Il a effectué une analyse fouillée de la preuve de l’objet de ces opérations. Il a rejeté le témoignage de E&Y selon lequel le principal objet de ces opérations était d’accroître la valeur du portefeuille de STIL II et d’assurer une plus grande souplesse dans la réalisation des actifs de la Standard. Il s’agit là de conclusions de fait tirées par le juge de la Cour de l’impôt et elles ne sont entachées d’aucune erreur à mon sens. En fait, je souscris à son analyse et à sa conclusion. Chacune des trois opérations de la Standard a été effectuée principalement en vue d’obtenir l’avantage fiscal. Chacune était donc une opération d’évitement.

[48] Compte tenu de cette conclusion concernant les opérations de la Standard, il semble que le juge de la

consider it necessary to determine whether the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest was also an avoidance transaction. However, in my respectful opinion, it is normally necessary to analyse the primary purpose of all the relevant transactions. The reason is that the analysis under subsection 245(4) involves assessing whether an avoidance transaction would result in a misuse or an abuse of provisions of the Act. It may be that some avoidance transactions in a series would not result in a misuse or abuse. Therefore, it is necessary to review all the relevant transactions to determine which ones are avoidance transactions, in order for the analysis under subsection 245(4) to be complete. Accordingly, an assessment of whether the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest was an avoidance transaction must be undertaken.

[49] On the evidence here, there is no doubt that there were both business and tax benefit purposes to the acquisition transaction. As the appellant has pointed out, it was in the business of acquiring, arranging and improving distressed properties; it conducted considerable due diligence at significant expense to enable it to determine the commercial potential of the STIL II portfolio and then to negotiate the acquisition of Standard's STIL II Partnership interest on terms which would afford it the opportunity to realize a profit from the management and disposition of the portfolio. The appellant therefore had a *bona fide* business purpose in acquiring the STIL II Partnership interest from Standard. However, the transaction gave the appellant access to expected tax losses of some \$52 million that originated with Standard. Therefore, obtaining the tax benefit was also a purpose for the appellant's acquisition of the STIL II Partnership interest. The question still remains therefore whether the primary purpose for the acquisition of the Partnership interest was the business purpose or the tax benefit purpose.

[50] The evidence indicates that at the time of the appellant's acquisition of the STIL II Partnership interest, the proceeds of disposition of mortgaged properties were anticipated to be in the range of about \$40 million. Under

Cour de l'impôt n'a pas jugé qu'il était nécessaire de déterminer si l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II constituait également une opération d'évitement. Toutefois, à mon humble avis, il est normalement nécessaire d'analyser le principal objet de toutes les opérations pertinentes. Il en est ainsi parce que l'analyse effectuée sous le régime du paragraphe 245(4) doit déterminer si une opération d'évitement donnerait lieu à un abus dans l'application des dispositions de la Loi. Il se pourrait que certaines opérations d'évitement faisant partie de la série ne donnent pas lieu à un abus. Par conséquent, il est nécessaire d'examiner toutes les opérations pertinentes pour déterminer lesquelles sont des opérations d'évitement, afin que l'analyse effectuée sous le régime du paragraphe 245(4) soit complète. En conséquence, il faut déterminer si l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II constituait une opération d'évitement.

[49] D'après la preuve dont la Cour est saisie, il ne fait aucun doute que l'opération d'acquisition avait à la fois un objet commercial et un objet d'avantage fiscal. Comme l'a souligné l'appelante, elle avait pour activité d'acquérir, de réaménager et d'améliorer des biens saisis; elle a exercé une diligence raisonnable et des frais considérables pour lui permettre de déterminer le potentiel commercial du portefeuille de STIL II et puis de négocier l'acquisition de la participation de la Standard dans la STIL II selon les modalités qui lui donneraient l'occasion de réaliser un profit de la gestion et de la disposition du portefeuille. L'appelante avait donc un objet commercial véritable dans l'acquisition de la participation dans la STIL II de la Standard. Cependant, l'opération a donné à l'appelante accès à des pertes fiscales éventuelles de l'ordre de 52 millions de dollars qui provenaient de la Standard. Par conséquent, l'acquisition par l'appelante de la participation dans la STIL II avait notamment pour objet l'obtention de l'avantage fiscal. La question demeure toujours de savoir si l'objet principal de l'acquisition de la participation dans la société de personnes était commercial ou encore était l'obtention d'un avantage fiscal.

[50] La preuve indique qu'au moment de l'acquisition par l'appelante de la participation dans la STIL II, le produit anticipé de la disposition des biens hypothéqués était de l'ordre de 40 millions de dollars. Selon la

the earn-out formula, earnings of about \$6 million before sales costs could be anticipated from the dispositions. Operating income was projected to be about \$1 million.

[51] The significant disparity between the potential tax benefit to the appellant of about \$52 million and expected returns from the operation and disposition of the STIL II portfolio strongly suggests that the appellant's acquisition of Standard's 99% interest in the STIL II Partnership was not undertaken primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

[52] This conclusion is supported by the fact that by sale prearranged at the time it acquired Standard's interest in the STIL II Partnership, the appellant sold its STIL II Partnership interest to SRMP. In return, it received \$3,850,000 from the other SRMP partners and retained a 24% interest in the SRMP Partnership. However, by reason of an incentive fee built into the SRMP partnership agreement, the appellant actually retained an entitlement to 81% of SRMP's income from the STIL II Partnership. In addition, the appellant was entitled to a \$250,000 per year management fee from the STIL II Partnership.

[53] What did its SRMP partners expect to receive for their investment and 76% interest in SRMP? They would receive only 19% of the income SRMP received from the STIL II Partnership, diluted by the management fee payable to the appellant by STIL II before distribution of income to SRMP. There is no indication the SRMP partners were involved in, or knowledgeable about, the rehabilitation and disposition of distressed mortgages. On the other hand, they would receive 76% of the tax benefit accruing to SRMP. I think it is a fair inference that the SRMP partners, other than the appellant, did not invest in SRMP to participate in the rehabilitation and sale of distressed mortgage properties. Rather, I think it is apparent from the documentation that their interest was to obtain their share of the tax benefit, that is, some \$40 million in potential deductions.

formule de contrepartie conditionnelle, on pouvait s'attendre à des revenus d'environ 6 millions de dollars des dispositions avant les coûts de vente. Le bénéfice d'exploitation projeté était d'environ un million de dollars.

[51] L'importante disparité entre l'avantage fiscal potentiel d'environ 52 millions de dollars qui reviendrait à l'appelante et le bénéfice anticipé de l'exploitation et de la disposition du portefeuille de STIL II laisse fortement entendre que l'acquisition par l'appelante de la participation de 99 p. 100 de la Standard dans la STIL II n'avait pas été principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

[52] Cette conclusion est étayée par le fait que par une vente conclue d'avance au moment où elle a acquis la participation de la Standard dans la STIL II, l'appelante a vendu sa participation dans la STIL II à la SRMP. En contrepartie, elle a reçu 3 850 000 \$ des autres associés dans la SRMP et a conservé une participation de 24 p. 100 dans la société de personnes SRMP. Cependant, en raison d'une prime d'incitation incorporée dans le contrat de société de la SRMP, l'appelante a effectivement retenu le droit à 81 p. 100 du revenu que la SRMP tirait de la STIL II. En outre, elle avait le droit de recevoir des honoraires de gestion de 250 000 \$ par année de la STIL II.

[53] Que s'attendaient de recevoir ses associés dans la SRMP en contrepartie de leur investissement et de leur participation de 76 p. 100 dans la SRMP? Ils ne recevraient que 19 p. 100 du revenu de la SRMP provenant de la STIL II, dilué par les honoraires de gestion payables à l'appelante par la STIL II avant la répartition du revenu à la SRMP. Rien n'indique que les associés de la SRMP participaient dans la remise à neuf et la disposition des biens hypothéqués saisis, ni qu'ils en avaient l'expertise. D'autre part, ils recevraient 76 p. 100 de l'avantage fiscal qui reviendrait à la SRMP. J'estime qu'il est juste d'inférer que les associés de la SRMP, autres que l'appelante, n'ont pas investi dans la SRMP en vue de participer à la remise à neuf et à la vente de biens hypothécaires saisis. J'estime plutôt qu'il ressort de la documentation qu'ils étaient intéressés à obtenir leur part de l'avantage fiscal, c'est-à-dire quelque 40 millions de dollars en déductions potentielles.

[54] The appellant made no secret of the close relationship between its acquisition of the STIL II Partnership interest and the SRMP transaction. Without the availability of the tax benefit to the SRMP partners, the SRMP transaction would not have occurred. I think therefore, notwithstanding its business purpose in acquiring the Standard STIL II Partnership interest, that was not the primary purpose for which the transaction was undertaken. Its primary purpose was to obtain a tax benefit for itself and to assign to its SRMP partners that portion of the tax benefit it did not require for its own purposes, in consideration for a substantial cash payment and other consideration from those partners.

[55] Nonetheless, the appellant says that the transaction to acquire the STIL II Partnership interest from Standard was not conditional on it having access to the tax losses. It was only contingently liable to pay for the tax losses if they were deductible by it. If I understand this argument, it is that since the business aspect of the transaction is binding but the tax aspect is contingent, if the tax benefit is denied, all that would be left of the transaction is the business aspect and therefore the business purpose must be primary.

[56] Although initially attractive, I do not believe that the appellant's argument leads to a reasonable result. Following the argument to its logical conclusion, the contingent nature of the taxable benefit would have the practical effect of precluding the application of GAAR and thereby render the tax benefit unconditional. In other words, if by simply making the tax aspect contingent it could be said that the primary purpose was the business purpose, the appellant's approach would always deprive a transaction of its avoidance character. While every case must be assessed on its own facts and circumstances, I think, as a general rule, this type of contingency will not be of assistance in characterizing the primary purpose of the transaction.

[57] I therefore find that the primary purpose of the appellant's acquisition of Standard's interest in the STIL II Partnership was to obtain the tax benefit. In the result,

[54] L'appelante n'a pas caché le lien étroit entre son acquisition de sa participation dans la STIL II et l'opération de la SRMP. Si les associés de la SRMP ne pouvaient se prévaloir de l'avantage fiscal, l'opération de la SRMP n'aurait pas eu lieu. Je pense donc que, malgré son objet commercial dans l'acquisition de la participation de la Standard dans la STIL II, il ne s'agissait pas là de l'objet principal de l'opération qui a été effectuée. Son objet principal était d'obtenir un avantage fiscal pour elle-même et de céder à ses associés de la SRMP la fraction de l'avantage fiscal dont elle n'avait pas besoin pour son propre profit, en contrepartie du versement d'une somme importante et d'une autre contrepartie de ces autres associés.

[55] Néanmoins, l'appelante affirme que l'opération visant à acquérir la participation de la Standard dans la STIL II n'était pas subordonnée à la possibilité de se prévaloir des pertes fiscales. Elle n'était éventuellement responsable de payer pour ces pertes fiscales que si elle pouvait les déduire. Si je le comprends bien, cet argument voudrait dire que puisque l'aspect commercial de l'opération est obligatoire, mais que l'aspect fiscal est conditionnel, si l'avantage fiscal est refusé, il ne resterait de l'opération que son aspect commercial et par conséquent l'objet commercial doit être l'objet principal.

[56] Bien qu'il soit à prime abord attrayant, je ne crois pas que l'argument de l'appelante mène à un résultat raisonnable. En prenant l'argument jusqu'à sa conclusion logique, la nature conditionnelle de l'avantage fiscal aurait pour effet pratique d'empêcher l'application de la RGAÉ et de rendre par conséquent l'avantage fiscal inconditionnel. En d'autres mots, si en rendant simplement l'aspect fiscal conditionnel, on pouvait dire que l'objet principal était l'objet commercial, l'approche de l'appelante priverait dans toutes les circonstances une opération de son caractère d'évitement. On le sait, chaque cause doit être décidée sur la base de ses propres faits et circonstances, mais je pense qu'en règle générale, ce genre d'éventualité ne sera d'aucune aide dans la description de l'objet principal de l'opération.

[57] Je conclus donc que l'objet principal de l'acquisition par l'appelante de la participation de la Standard dans la STIL II était l'obtention de l'avantage

the series of four transactions, which included the three Standard transactions and the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest, resulted in a tax benefit to the appellant. Each of the four transactions was an avoidance transaction.

[58] As a final observation, I would stress that the primary purpose of a transaction will be determined on the facts of each case. In particular, a comparison of the amount of the estimated tax benefit to the estimated business earnings may not be determinative, especially where the estimates of each are close. Further, the nature of the business aspect of the transaction must be carefully considered. The business purpose being primary cannot be ruled out simply because the tax benefit is significant.

Misuse and Abuse

The approach to determining misuse or abuse

[59] I turn to subsection 245(4). The first question is whether it may reasonably be considered that any of the avoidance transactions would result in a misuse of a specific provision or provisions of the *Income Tax Act*. If so, the tax benefit resulting from the series will be denied. If not, it is then necessary to determine whether it may reasonably be considered that any of the avoidance transactions would result in an abuse, having regard to the provisions of the Act, other than section 245, read as a whole. Upon a finding of abuse, the tax benefit resulting from the series will be denied.

[60] The English text of subsection 245(4) refers expressly to two tests, misuse and abuse, while the French text only identifies one test, "abus". In *RMM Canadian Enterprises Inc. v. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300 (T.C.C.), Bowman T.C.J. (as he then was) noted at paragraph 49:

The use of "misuse" and "abuse" in the English version rather than simply "abus" in the French version is attributable to a linguistic nuance rather than a shading of the legislative intent.

fiscal. Il en résulte que la série de quatre opérations, qui comprenaient les trois opérations de la Standard et l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II, a procuré un avantage fiscal à l'appelante. Chacune des quatre opérations était une opération d'évitement.

[58] En guise d'observation finale, je soulignerai que l'objet principal d'une opération sera déterminé sur la base des faits de chaque espèce. En particulier, une comparaison du montant de l'avantage fiscal estimatif et du montant estimatif du revenu commercial peut ne pas être déterminante, surtout lorsque ces estimations sont proches. De plus, la nature de cet aspect commercial de l'opération doit être examinée attentivement. On ne peut tout simplement pas statuer que l'objet commercial n'est pas l'objet principal parce que l'avantage fiscal est important.

Abus

Comment déterminer qu'il y a eu abus

[59] Je passe au paragraphe 245(4). La première question est de savoir s'il est raisonnable de considérer que l'une ou l'autre des opérations d'évitement entraînerait un abus (*misuse*) dans l'application d'une disposition précise ou des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le cas échéant, l'avantage fiscal découlant de la série sera refusé. Sinon, il est alors nécessaire de déterminer s'il est raisonnable de considérer que l'une ou l'autre des opérations d'évitement entraînerait un abus (*abuse*) dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble, à l'exclusion de l'article 245. Si on conclut qu'il y a abus (*abuse*), l'avantage fiscal découlant de la série sera refusé.

[60] Le texte anglais du paragraphe 245(4) mentionne expressément deux critères, «*misuse*» et «*abuse*», alors que le texte français ne mentionne qu'un seul critère, «abus». Dans l'affaire *RMM Canadian Enterprises Inc. c. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2300 (C.C.I.), le juge Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt (tel était alors son titre) a fait remarquer au paragraphe 49:

L'emploi des mots «*misuse*» et «*abuse*» dans la version anglaise par rapport au simple mot «abus» dans la version française est attribuable à une nuance linguistique plutôt qu'à une nuance de l'intention du législateur.

Having regard to the observation of Bowman T.C.J., I would interpret the French version as including both the tests in the English version.

[61] In *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule*, *supra*, Professor Krishna states at page 51:

What constitutes a “misuse” of the Act depends upon the object and spirit of the particular provision under scrutiny. What constitutes an “abuse” of the Act as a whole is a wider question and requires an examination of the inter-relationship of the relevant statutory provisions in context.

I think this is a convenient way in which to deal with each test. Therefore, in this case, for purposes of the misuse analysis, the avoidance transactions will be analyzed considering subsection 18(13) and the policy behind it. The abuse analysis will involve a consideration of the avoidance transactions in a wider context, having regard to the provisions of the *Income Tax Act* read as a whole and the policy behind them.

[62] The appellant says that in assessing misuse and abuse, Parliament’s intended application of the provisions of the Act must be found in the language of the provisions themselves. The appellant relies on the words of McLachlin J. (as she then was) in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at paragraph 43, that with clear provisions of the *Income Tax Act*, the Court must be cautious before finding an unexpressed legislative intention:

This Court has consistently held that courts must therefore be cautious before finding within the clear provisions of the Act an unexpressed legislative intention: . . . Finding unexpressed legislative intentions under the guise of purposive interpretation runs the risk of upsetting the balance Parliament has attempted to strike in the Act.

[63] The difficulty with the appellant’s approach has been pointed out by the respondent. If, in a misuse or abuse analysis, the Court is confined to a consideration of

Compte tenu de l’observation du juge Bowman, j’interprétera la version française comme englobant les deux critères de la version anglaise.

[61] Dans l’ouvrage *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule*, *supra*, le professeur Krishna affirme à la page 51:

[TRADUCTION] Ce qui constitue un «abus» (*misuse*) dans l’application des dispositions de la Loi dépend de l’objet et de l’esprit de la disposition même qui est en cause. Ce qui constitue un «abus» (*abuse*) dans l’application de la Loi lue dans son ensemble, est une question plus large qui nécessite l’examen des liens entre les dispositions pertinentes en contexte.

Je pense qu’il s’agit là d’une façon commode d’aborder chaque critère. Par conséquent, en l’espèce, pour les besoins de l’analyse de la question d’abus (*misuse*), les opérations d’évitement seront analysées compte tenu du paragraphe 18(13) et de sa politique sous-jacente. L’analyse de la question d’abus (*abuse*) comportera un examen des opérations d’évitement dans un contexte plus large, compte tenu des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* lue dans son ensemble, et de la politique qui les sous-tend.

[62] L’appelante affirme que pour déterminer s’il y a eu abus, la façon dont le Parlement envisageait l’application des dispositions de la Loi doit être trouvée dans les dispositions elles-mêmes. Elle se fonde sur les paroles prononcées par la juge McLachlin (plus tard juge en chef) dans l’arrêt *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, au paragraphe 43, selon qui la Cour doit faire preuve de prudence lorsqu’il s’agit d’attribuer une intention non explicite au législateur, à l’égard d’une disposition claire de la *Loi de l’impôt sur le revenu*:

La jurisprudence de notre Cour est constante: les tribunaux doivent par conséquent faire preuve de prudence lorsqu’il s’agit d’attribuer au législateur, à l’égard d’une disposition claire de la Loi, une intention non explicite: [. . .] En concluant à l’existence d’une intention non exprimée par le législateur sous couvert d’une interprétation fondée sur l’objet, l’on risque de rompre l’équilibre que le législateur a tenté d’établir dans la Loi.

[63] L’intimée a fait ressortir la difficulté que pose l’approche de l’appelante. Si, dans le cadre d’une analyse relative à l’abus, la Cour est réduite à examiner

the language of the provisions in question, it would seem inevitable that the GAAR would be rendered meaningless. The Minister invokes the GAAR when the transaction in question complies with the letter of the Act and the transactions are not a sham. Having regard only to the language of the provisions will therefore always result in a finding of compliance and therefore no misuse or abuse. I agree with the respondent that it will be necessary for the Court to have regard to the context of the provisions in question and, in the abuse analysis, the Act as a whole, and that reference may be made to extrinsic aids such as technical notes, writings, Hansard and enacting notes.

[64] Academic writers in the income tax field have found the meaning of subsection 245(4) to be “opaque” (B. J. Arnold and J. R. Wilson, “The General Anti-Avoidance Rule—Part 2” (1988), 36 *Can. Tax J.* 1123, at page 1164) or “rather obscure” (P. W. Hogg, J. E. Magee and T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. (Scarborough: Carswell, 1999), at page 509). They point out that the words misuse and abuse are not defined and they do not have obvious meanings. However, these writers appear to be unanimous that what is required is an object and spirit, or policy, analysis of the provisions in question or the provisions of the Act read as a whole (Arnold and Wilson, at pages 1164-1165; Hogg, Magee and Cook, at page 509; and Krishna, *Tax Avoidance: The general Anti-Avoidance Rule*, *supra*, at page 51).

[65] I do not lightly distinguish the pointed statements of the Supreme Court of Canada in cases such as *Shell*, *supra*, and *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, that where the words of the *Income Tax Act* are clear they must be applied. However, in none of the cases in which the Supreme Court has set out this view did the Minister invoke section 245 as it now reads. I agree with the respondent that these statements of the Supreme Court cannot be said to apply to a misuse and abuse analysis under subsection 245(4). Professor Krishna summarizes the approach which I think must be followed in such an analysis at page 1419 of *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. (Scarborough: Carswell, 1995):

le libellé des dispositions en question, il semblerait inévitable que la RGAÉ deviendrait inutile. Le ministre invoque la RGAÉ lorsque l'opération en question est conforme à la lettre de la Loi et que les opérations ne sont pas un trompe-l'œil. En se limitant uniquement au libellé des dispositions, la Cour conclura toujours que ces dispositions ont été respectées et qu'il n'y a donc pas eu d'abus. Je partage l'avis de l'intimée qu'il est nécessaire pour la Cour de tenir compte du contexte des dispositions en question et, dans l'analyse relative à l'abus, de la Loi lue dans son ensemble et qu'elle peut avoir recours à des moyens extrinsèques tels les notes techniques, la doctrine, le Hansard et les notes explicatives.

[64] Les auteurs fiscalistes ont jugé que le paragraphe 245(4) est «opaque» (B. J. Arnold et J. R. Wilson, «The General Anti-Avoidance Rule—Part 2» (1988), 36 *Rev. fisc. can.* 1123, à la page 1164) ou «plutôt obscur» (P. W. Hogg, J. E. Magee et T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 3^e éd. (Scarborough: Carswell, 1999) à la page 509). Ils soulignent que les mots «*misuse*» et «*abuse*» ne sont pas définis et n'ont pas une signification évidente. Toutefois, les auteurs semblent être unanimes pour dire que ce qui est requis est une analyse de l'objet et de l'esprit des dispositions en question ou des dispositions de la Loi lue dans son ensemble ou une analyse de la politique qui les sous-tend (Arnold et Wilson, aux pages 1164 et 1165; Hogg, Magee et Cook, à la page 509; et Krishna, *Tax Avoidance: The General Anti-Avoidance Rule*, précité, à la page 51).

[65] Ce n'est pas avec légèreté que je fais une distinction d'avec les propos directs tenus par la Cour suprême du Canada dans les arrêts tels que *Shell*, précité, et *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, selon lesquels les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent être appliquées lorsqu'elles sont claires. Toutefois, le ministre n'a jamais invoqué l'article 245 dans sa version actuelle dans les causes où la Cour suprême a exprimé ce point de vue. Je partage l'avis de l'intimée que ces propos de la Cour suprême ne sauraient s'appliquer à une analyse relative à l'abus sous le régime du paragraphe 245(4). À la page 1419 de l'ouvrage *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5^e éd. (Scarborough: Carswell, 1995), le professeur Krishna

Determining whether a particular provision of the Act has been misused, or whether the Act read as a whole has been abused, requires an examination of the purpose (“object and spirit”) of the particular provision or scheme of provisions. It is not sufficient merely to rely on the technical language of the particular provision or scheme of provisions to determine whether there has been a misuse of the Act or an abuse of the Act read as a whole.

[66] The approach to determine misuse or abuse has been variously described as purposive, object and spirit, scheme or policy. I will refer to these terms collectively as policy of the provisions in question or of the Act read as a whole.

[67] Determining whether there has been misuse or abuse is a two-stage analytical process. The first stage involves identifying the relevant policy of the provisions or the Act as a whole. The second is the assessment of the facts to determine whether the avoidance transaction constituted a misuse or abuse having regard to the identified policy.

[68] Ascertaining the relevant policy is a question of interpretation. As such it is ultimately the duty of the Court to make this determination. There is no onus to be satisfied by either party at this stage of the analysis. However, from a practical perspective, the Minister should do more than simply recite the words of subsection 245(4), and allege that there has been misuse or abuse. The Minister should set out the policy with reference to the provisions of the Act or extrinsic aids upon which he relies. Otherwise he places the taxpayer and the Court in the difficult position of trying to guess the relevant policy at issue. Trying to ascertain the policy of a specific provision or of an act as a whole, in the case of an act as complex as the *Income Tax Act*, is a difficult exercise, particularly when the transaction in question conforms to the letter of the act. Therefore, the Court requires the assistance of the parties to enable it to reach a correct conclusion. Nonetheless, with or without that

résume l’approche qui, à mon avis, doit être suivie dans une telle analyse:

[TRADUCTION] Pour déterminer s’il y a eu abus (*misuse*) dans l’application d’une disposition en particulier de la Loi ou s’il y a eu abus (*abuse*) dans l’application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble, il faut examiner le but («objet et esprit») de la disposition ou des dispositions en question. Il ne suffit pas de se fonder uniquement sur le libellé technique de la disposition ou des dispositions en question pour déterminer s’il y a eu abus (*misuse*) dans l’application de la Loi ou s’il y a eu abus (*abuse*) dans l’application de la Loi lue dans son ensemble.

[66] L’approche qui a été utilisée pour déterminer s’il y a abus dans l’application des dispositions de la Loi a été diversement décrite comme une analyse téléologique, une analyse fondée sur l’objet et l’esprit, une analyse de l’économie ou une analyse de principe. J’engloberai tous ces termes sous le vocable politique générale sous-tendant les dispositions en question ou la Loi lue dans son ensemble.

[67] Pour déterminer s’il y a eu abus dans l’application des dispositions de la Loi, il faut procéder à une analyse en deux étapes. D’une part, il faut déterminer la politique générale pertinente qui sous-tend les dispositions ou la Loi lue dans son ensemble. D’autre part, il faut évaluer les faits pour déterminer si l’opération d’évitement constituait un abus compte tenu de la politique générale en question.

[68] La détermination de la politique générale pertinente est une question d’interprétation. Dès lors, il incombe en fin de compte à la Cour de le faire. À cette étape de l’analyse, aucun fardeau ne pèse sur l’une ou l’autre des parties. Toutefois, dans une perspective pratique, le ministre doit faire beaucoup plus que de citer simplement le texte du paragraphe 245(4), et d’alléguer qu’il y a eu abus. Le ministre doit énoncer la politique générale en mentionnant les dispositions de la Loi ou les moyens extrinsèques sur lesquels il s’appuie. Sinon, il place le contribuable et la Cour dans la position difficile d’essayer de deviner la politique pertinente en cause. Tenter de déterminer la politique générale qui sous-tend une disposition particulière ou une loi lue, dans son ensemble, dans le cas d’une loi aussi complexe que la *Loi de l’impôt sur le revenu* est une tâche difficile, surtout lorsque l’opération en question est conforme à la lettre de la Loi. Par conséquent, la Cour a besoin de

assistance, the Court must attempt to determine the relevant policy. Of course, at the next stage, once the policy is determined, the onus remains on the taxpayer to prove the necessary facts to refute the Minister's assumptions of fact that the avoidance transaction in question results in a misuse or an abuse.

[69] It is also necessary to bear in mind the context in which the misuse and abuse analysis is conducted. The avoidance transaction has complied with the letter of the applicable provisions of the Act. Nonetheless, the tax benefit will be denied if there has been a misuse or abuse. This is not an exercise of trying to divine Parliament's intention by using a purposive analysis where the words used in a statute are ambiguous. Rather, it is an invoking of a policy to override the words Parliament has used. I think, therefore, that to deny a tax benefit where there has been strict compliance with the Act, on the grounds that the avoidance transaction constitutes a misuse or abuse, requires that the relevant policy be clear and unambiguous. The Court will proceed cautiously in carrying out the unusual duty imposed upon it under subsection 245(4). The Court must be confident that although the words used by Parliament allow the avoidance transaction, the policy of relevant provisions or the Act as a whole is sufficiently clear that the Court may safely conclude that the use made of the provision or provisions by the taxpayer constituted a misuse or abuse.

[70] In answer to the argument that such an approach will make the GAAR difficult to apply, I would say that where the policy is clear, it will not be difficult to apply. Where the policy is ambiguous, it should be difficult to apply. This is because subsection 245(4) cannot be viewed as an abdication by Parliament of its role as lawmaker in favour of the subjective judgment of the Court or particular judges. In enacting subsection 245(4), Parliament has placed the duty on the Court to ascertain Parliament's policy, as the basis for denying a tax benefit from a transaction that otherwise would meet the requirements of the statute. Where Parliament has not been clear and unambiguous as to its intended policy, the Court cannot make a finding of misuse or abuse, and compliance with the statute must govern.

l'aide des parties pour lui permettre de tirer la bonne conclusion. Néanmoins, avec ou sans cette aide, la Cour doit tenter de déterminer la politique générale pertinente. Évidemment, à l'étape suivante, dès lors que la politique générale a été déterminée, il incombera au contribuable de prouver les faits nécessaires pour réfuter les présomptions du ministre selon lesquelles l'opération d'évitement en question donne lieu à un abus.

[69] Il est également nécessaire de garder à l'esprit le contexte dans lequel est effectuée l'analyse relative à l'abus. L'opération d'évitement a respecté la lettre des dispositions applicables de la Loi. Néanmoins, l'avantage fiscal sera refusé s'il y a eu abus. Il n'est pas question d'essayer de deviner l'intention du Parlement en utilisant une analyse téléologique lorsque les mots utilisés dans une loi sont ambigus. Il s'agit plutôt d'invoquer une politique générale pour déroger aux mots que le législateur a utilisés. J'estime donc que pour refuser un avantage fiscal, alors que la Loi a été rigoureusement respectée, pour le motif que l'opération d'évitement constitue un abus, il faut que la politique générale pertinente soit claire et non ambiguë. La Cour fera preuve de prudence en se déchargeant de la tâche inhabituelle qui lui est imposée par le paragraphe 245(4). Elle doit être certaine que, même si les mots utilisés par le législateur autorisent l'opération d'évitement, la politique générale qui sous-tend les dispositions pertinentes ou la Loi lue dans son ensemble est suffisamment claire pour permettre à la Cour de conclure sans danger que l'application de la disposition ou des dispositions par le contribuable constituait un abus.

[70] En réponse à l'argument selon lequel une telle approche rendra difficile l'application de la RGAÉ, je dirais que dès lors que la politique générale est claire, son application ne sera pas difficile. Si la politique générale est ambiguë, son application devrait être difficile. C'est ainsi parce que le paragraphe 245(4) ne peut être considéré comme une abdication par le Parlement de son rôle de législateur en faveur d'un jugement subjectif de la Cour ou de juges en particulier. En édictant le paragraphe 245(4), le législateur a imposé à la Cour le fardeau de déterminer la politique générale du Parlement, comme motif de refus d'un avantage fiscal découlant d'une opération qui est par ailleurs conforme aux exigences de la Loi. Si le Parlement n'a pas fait preuve de clarté et d'absence d'ambiguïté à l'égard de la

politique générale qu'il envisageait, la Cour ne saurait décider qu'il y a eu abus, et le respect de la Loi doit l'emporter.

Misuse

[71] The specific provision at issue is subsection 18(13) of the Act as it read in 1993. As it applies to this case, it may be summarized as follows: where Standard sustained a loss on the disposition of the STIL II portfolio to the STIL II Partnership, no amount shall be deducted in computing Standard's income, and the loss sustained by Standard shall be added in computing the cost of the STIL II portfolio to the STIL II Partnership. Because of the requirement to add Standard's loss to the cost of the portfolio to the Partnership, the cost of the portfolio would be recorded by the Partnership for tax purposes at Standard's cost.

[72] The question is whether the appellant can demonstrate that the avoidance transactions may reasonably be considered not to result in a misuse of subsection 18(13).

[73] It is first necessary to determine the policy behind subsection 18(13). By its words, subsection 18(13) is intended to do two things. The first is to deny a money lending transferor the use of a loss for tax purposes on a disposition of non-capital property to a non-arm's length person or partnership. The second is to add the loss denied to the transferor, to the cost of the acquisition of the property by the non-arm's length person or partnership.

[74] In finding a misuse of subsection 18(13) the Tax Court Judge stated at paragraph 54:

Subsection 18(13) was enacted as a stop-loss provision, the object of which is to prevent taxpayers who are in the money-lending business from artificially realizing losses on assets which have declined in market value by transferring them to a person with whom they do not deal at arm's length, while maintaining control of the assets through the non-arm's length

Abus (*misuse*)

[71] La disposition précise en cause est le paragraphe 18(13) de la Loi tel qu'il était formulé en 1993. Pour ce qui est de son application à la présente espèce, elle peut être résumée comme suit: la Standard ayant enregistré une perte à l'occasion de la disposition du portefeuille de STIL II à la société de personnes STIL II, aucune déduction n'est faite dans le calcul du revenu de la Standard, et la perte enregistrée par la Standard est ajoutée dans le calcul du coût du portefeuille de STIL II supporté par la société de personnes STIL II. En raison de l'exigence voulant qu'il faut ajouter la perte enregistrée par la Standard au coût du portefeuille pour la société de personnes, le coût du portefeuille sera enregistré par celle-ci aux fins de l'impôt au coût supporté par la Standard.

[72] La question est de savoir si l'appelante peut démontrer qu'il est raisonnable de considérer que les opérations d'évitement ne donnent pas lieu à un abus (*misuse*) dans l'application du paragraphe 18(13).

[73] D'abord, il est nécessaire de déterminer la politique générale qui sous-tend le paragraphe 18(13). Par son libellé, le paragraphe 18(13) a un double objectif. D'une part, il vise à empêcher le cédant qui exploite une entreprise consistant à prêter de l'argent d'utiliser une perte à des fins fiscales lors de la disposition d'un bien autre qu'en capital à une personne ou à une société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance. Ensuite, il vise à ajouter la perte refusée au cédant au coût de l'acquisition du bien par la personne ou par la société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance.

[74] En concluant à l'abus dans l'application du paragraphe 18(13), le juge de la Cour de l'impôt a déclaré au paragraphe 54:

Le paragraphe 18(13) a été adopté comme disposition visant à empêcher des contribuables qui exploitent une entreprise consistant à prêter de l'argent de réaliser artificiellement des pertes sur des actifs dont la valeur marchande a baissé, en les transférant à une personne avec qui ils ont un lien de dépendance, tout en gardant le contrôle des actifs grâce au lien

nature of their relationship with the transferee. The use of that provision to effect the transfer of unrealized losses from a taxpayer who has no income against which to offset those losses to a taxpayer which does have such income is clearly a misuse.

[75] I agree with the learned Judge that subsection 18(13) is a stop-loss provision and with his explanation of the policy of subsection 18(13) as it affects the transferor. It is intended to preclude the triggering of an artificial loss to the transferor on a disposition to a person or partnership that the transferor controls. Even though there has been a legal disposition of the non-capital property, the transferor still controls the property through the non-arm's length person or partnership.

[76] However, I cannot agree with the learned Judge that subsection 18(13) has anything to say about transactions between arm's length parties. Nothing in subsection 18(13) refers to transfers between arm's length parties or, in any way, purports to limit dealings between arm's length parties.

[77] Further, in my respectful opinion, the Tax Court Judge has not set out the entire policy of subsection 18(13). While the subsection precludes the transferor from realizing a loss on a disposition of non-capital property to a non-arm's length transferee, it also maintains the existence of the loss by adding it to the non-arm's length transferee's cost of the property. What then is the policy behind maintaining the existence of the loss? It must be to preserve it for recognition on a later occasion by the non-arm's length transferee. In finding a misuse of subsection 18(13), the learned Tax Court Judge seems to have ignored that portion of the subsection that maintains the loss in the hands of the transferee.

[78] Subsection 18(13) expressly provides that the non-arm's length transferee may be a partnership. Accordingly, the partnership rules in section 96 of the *Income Tax Act*, where relevant, become applicable. Under the partnership rules, irrespective of when a

de dépendance existant dans leur relation avec le bénéficiaire du transfert. L'utilisation de cette disposition de manière à ce que des pertes non réalisées soient transférées d'un contribuable n'ayant aucun revenu duquel déduire ces pertes à un contribuable ayant un tel revenu est nettement un abus.

[75] Je partage l'avis du juge que le paragraphe 18(13) est une disposition qui empêche de transférer des pertes et je souscris à son explication de la politique générale qui sous-tend le paragraphe 18(13) dans son application au cédant. Il vise à empêcher le déclenchement d'une perte artificielle en faveur du cédant à l'occasion de la disposition en faveur d'une personne ou d'une société de personnes que contrôle le cédant. Même s'il y a eu une disposition juridique d'un bien autre qu'en capital, le cédant contrôle quand même le bien par le truchement de la personne ou de la société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance.

[76] Toutefois, je ne peux partager le point de vue du juge que le paragraphe 18(13) a quelque chose à voir avec les opérations entre des parties n'ayant aucun lien de dépendance. Le paragraphe 18(13) n'a pas pour effet de viser les transferts entre des parties n'ayant aucun lien de dépendance ou de limiter, de quelque façon, les opérations entre de telles parties.

[77] De plus, à mon humble avis, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas exposé toute la politique générale qui sous-tend le paragraphe 18(13). Bien que le paragraphe empêche le cédant de réaliser une perte à l'occasion de la disposition d'un bien autre qu'en capital à un cessionnaire avec lequel il a un lien de dépendance, il maintient également l'existence de la perte en l'ajoutant au coût du bien pour le cessionnaire avec lien de dépendance. Quelle est donc la politique générale qui sous-tend le maintien de l'existence de la perte? Il doit s'agir de la préserver afin que le cessionnaire avec lien de dépendance la déduise à une occasion ultérieure. En concluant à l'abus dans l'application du paragraphe 18(13), le juge de la Cour de l'impôt semble avoir ignoré la partie du paragraphe qui maintient la perte entre les mains du cessionnaire.

[78] Le paragraphe 18(13) prévoit expressément que le cessionnaire avec lien de dépendance peut être une société de personnes. En conséquence, les règles relatives aux sociétés de personnes prévues à l'article 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* deviennent applica-

partner enters the partnership, the partner's share in the income or loss of the partnership is calculated at the year end.

[79] That is what has occurred here and has given rise to the appellant's loss which is the subject of the Minister's disallowance under section 245. I can find nothing in subsection 18(13) from which I can infer a policy of limiting how a loss transferred to a non-arm's length transferee under that provision is to be treated. The respondent has referred the Court to the Department of Finance's Technical Notes. With respect to the loss in the hands of the transferee the 1988 Technical Note related to subsection 18(13) only states:

Any loss that is a superficial loss is added in computing the cost of the substituted property to the taxpayer or the person or partnership who owns the property 30 days after the sale or transfer.

The respondent also referred to a paper by E. A. Heakes in *Report of Proceedings of the Forty-seventh Tax Conference, 1995 Conference Report* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996) entitled "New Rules, Old Chestnuts, and Emerging Jurisprudence: The Stop-Loss Rules", in which the author states at page 34:1:

Another is to articulate appropriate consequential rules to allow a loss that is denied when realized by a taxpayer to be directly or indirectly recognized at some future time by the taxpayer or a related or connected taxpayer.

Both references confirm that subsection 18(13) provides for a non-arm's length transferee to utilize the loss denied to the transferor.

[80] Nothing in subsection 18(13), or indeed in paragraph 96(1)(g), limits or affects the transfer or acquisition of interests in the non-arm's length transferee partnership. Specifically, ownership of an interest in the non-arm's length transferee partnership by the transferor is expressly contemplated by the non-arm's length relationship between the transferor and transferee. And nothing precludes the sale of that partnership interest by the transferor to an arm's length third party.

bles, dès lors qu'elles sont pertinentes. D'après ces règles, indépendamment de la date d'adhésion d'un associé à la société, sa part du revenu ou de la perte de la société de personnes est calculée à la fin de l'année.

[79] C'est ce qui s'est passé en l'espèce et a donné lieu à la perte enregistrée par l'appelante et dont le ministre a refusé la déduction en vertu de l'article 245. Le paragraphe 18(13) ne contient aucune politique générale indiquant comment une perte transférée à un cessionnaire avec lien de dépendance en vertu de cette disposition doit être traitée. L'intimée a renvoyé la Cour aux notes techniques du ministère des Finances. En ce qui concerne la perte entre les mains du cessionnaire, la note technique de 1988 portant sur le paragraphe 18(13) déclare simplement que:

[TRADUCTION] Toute perte qui constitue une perte superficielle est ajoutée dans le calcul du coût du bien de remplacement pour le contribuable ou la personne ou société de personnes qui est propriétaire du bien 30 jours après la vente ou le transfert.

L'intimée a également renvoyé à un article de E. A. Heakes paru dans le *Report of Proceedings of the Forty-seventh Tax Conference, 1995 Conference Report* (Toronto: L'Association canadienne d'études fiscales, 1996) intitulé «New Rules, Old Chestnuts, and Emerging Jurisprudence: The Stop-Loss Rules», dans lequel l'auteur affirme à la page 34:1:

[TRADUCTION] Un autre but est d'énoncer des règles corrélatives pour permettre qu'une perte qui est refusée lorsqu'elle est réalisée par un contribuable d'être directement ou indirectement déduite à une date future par le contribuable ou un contribuable lié.

Les deux renvois confirment que le paragraphe 18(13) prévoit qu'un cessionnaire avec lien de dépendance peut se prévaloir de la perte refusée au cédant.

[80] Le paragraphe 18(13), ou même l'alinéa 96(1)g), n'a pas pour effet de limiter ou de toucher le transfert ou l'acquisition de participations dans la société de personnes cessionnaire avec lien de dépendance. Plus précisément, le fait pour le cédant d'être propriétaire d'une participation dans la société de personnes cessionnaire avec lien de dépendance est expressément envisagé par la relation de dépendance entre le cédant et le cessionnaire. Et rien n'empêche le cédant de vendre

[81] Where one of the express purposes of the provision is to preserve losses in the hands of a non-arm's length transferee and where that transferee may be a partnership to which the partnership rules apply, I cannot infer that the acquisition of an interest in the STIL II Partnership by the appellant runs against the policy of subsection 18(13). No extrinsic aid to interpretation provides a contrary indication. I therefore conclude that none of the avoidance transactions resulted, directly or indirectly, in a misuse of subsection 18(13).

Abuse

Relevant policy with respect to corporations

[82] I turn to whether the avoidance transactions may reasonably be considered to result in an abuse of the *Income Tax Act* having regard to the provisions of the Act, other than the GAAR, read as a whole.

[83] The wider subject-matter in the abuse analysis is the policy of the *Income Tax Act*, read as a whole, with respect to the treatment of losses. The Minister says that the scheme of the Act is that "income and taxable income is to be computed separately for each taxpayer and by source; there is no computation of income from several taxpayers together". If I understand the Minister's argument, it is that, reading the provisions of the *Income Tax Act* as a whole, there is a policy against the transfer of losses between taxpayers.

[84] There is no doubt there has been a transfer of a loss to the appellant by reason of the series of four transactions. If the Minister is correct that there is a policy against the transfer of losses between taxpayers, the avoidance transactions in the series, whereby the appellant acquired Standard's loss, resulted in an abuse of the provisions of the Act read as a whole. The question therefore is whether there is such a policy.

cette participation dans la société de personnes à un tiers sans lien de dépendance.

[81] Dès lors que l'un des buts exprès de cette disposition est de maintenir les pertes entre les mains d'un cessionnaire avec lien de dépendance et que ce dernier peut être une société de personnes à laquelle les règles relatives aux sociétés de personnes s'appliquent, je ne peux inférer que l'acquisition d'une participation dans la STIL II par l'appelante est contraire à la politique générale qui sous-tend le paragraphe 18(13). Aucun moyen extrinsèque d'interprétation n'offre une indication contraire. Je conclus donc qu'aucune des opérations d'évitement n'a entraîné, directement ou indirectement, d'abus (*misuse*) dans l'application du paragraphe 18(13).

Abus (*abuse*)

Politique générale pertinente applicable aux sociétés

[82] Je passe maintenant à la question de savoir s'il est raisonnable de considérer que les opérations d'évitement entraînent un abus (*abuse*) dans l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble, abstraction faite de la RGAÉ.

[83] La question plus générale qui est examinée dans une analyse relative à l'abus (*abuse*) est celle de la politique générale qui sous-tend la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble en ce qui concerne le traitement des pertes. Le ministre prétend que l'économie de la Loi postule que «le revenu et le revenu imposable doivent être calculés séparément pour chaque contribuable et selon la source; le revenu de plusieurs contribuables ne saurait être calculé ensemble». Si je saisis l'argument du ministre, cela veut dire que la politique générale qui sous-tend les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble interdit le transfert des pertes entre des contribuables.

[84] Il est indubitable qu'il y a eu transfert d'une perte à l'appelante par suite de la série de quatre opérations. Si le ministre a raison de dire qu'il y a une politique générale interdisant le transfert de pertes entre contribuables, les opérations d'évitement faisant partie de la série, par lesquelles l'appelante a acquis la perte de la Standard ont entraîné un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble. La

question est donc de savoir si une telle politique générale existe.

[85] I agree with the respondent that under the *Income Tax Act*, every person has an independent status and is liable for tax on that person's taxable income. It would also appear that, as a general policy, losses cannot be transferred from one taxpayer to another. (See, for example, Hogg, Magee and Cook, *supra*, at page 406.) However, for purposes of this case, whether that policy operates to preclude the transfer of non-capital losses, i.e. business losses, between taxpayers in all cases requires a closer examination of how losses are treated under the Act.

[86] Where a business incurs a loss, that loss may have value for income tax purposes. Paragraph 111(1)(a) of the *Income Tax Act* permits the carry-back and carry-forward of losses for specified numbers of years, whereby the losses may be offset against the profits in those years. This results in a refund of tax paid in prior years and/or a reduction in tax otherwise payable on profits in future years. Therefore, to a taxpayer that has been or will be profitable, it is liability for income tax that gives a business loss its value. It is the opportunity to carry it back or forward that vests the loss with the attributes of an asset. Paragraph 111(1)(a) provides:

111. (1) For the purpose of computing the taxable income of a taxpayer for a taxation year, there may be deducted such portion as the taxpayer may claim of the taxpayer's

(a) non-capital losses for the 7 taxation years immediately preceding and the 3 taxation years immediately following the year;

[87] However, the use of the asset is restricted to use by the taxpayer that incurred the loss and is limited to use in only seven immediately prior years and three immediately subsequent years. Generally, there is no provision for the sale of a loss to an arm's length purchaser as if it were inventory of the business.

[88] However, the Act does recognize a way in which losses may be transferred on an arm's length basis in the

[85] Je partage l'avis de l'intimée que, sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, chacun a un statut indépendant et doit payer l'impôt sur son revenu imposable. Il semblerait également que, comme politique générale, des pertes ne peuvent être transférées d'un contribuable à un autre. (Voir, par exemple, Hogg, Magee et Cook, *supra*, à la page 406.) Toutefois, pour les fins de la présente espèce, la question de savoir si cette politique générale interdit le transfert de pertes autres que des pertes en capital, c'est-à-dire des pertes d'entreprise, entre contribuables dans tous les cas exige un examen plus approfondi de la façon dont les pertes sont traitées sous le régime de la Loi.

[86] La perte que subit une entreprise peut avoir une valeur aux fins de l'impôt sur le revenu. L'alinéa 111(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet le report rétrospectif et le report prospectif des pertes pour un nombre d'années déterminé aux fins de la défalcation de ces pertes des bénéficiaires pour ces années. Il en résulte un remboursement de l'impôt payé pour les années précédentes et/ou une réduction de l'impôt par ailleurs payable sur les bénéficiaires des années futures. Par conséquent, pour le contribuable qui a été rentable ou qui le sera, la valeur d'une perte d'entreprise dérive de l'obligation de payer l'impôt sur le revenu. C'est la possibilité du report rétrospectif ou prospectif qui attribue à la perte les caractéristiques d'un actif. L'alinéa 111(1)a) prévoit:

111. (1) Pour le calcul du revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, peuvent être déduites les sommes appropriées suivantes:

a) ses pertes autres que des pertes en capital subies au cours des 7 années d'imposition précédentes et des 3 années d'imposition qui suivent l'année;

[87] Toutefois, l'utilisation de l'actif par le contribuable qui a subi la perte est limitée aux sept années précédentes et aux trois années ultérieures. Règle générale, il n'est pas prévu qu'une perte peut être vendue à un acheteur sans lien de dépendance comme s'il s'agissait du stock de l'entreprise.

[88] Cependant, la Loi reconnaît un mécanisme par lequel des pertes peuvent être transférées entre des

corporate context in a change of control through the sale of shares of the corporation. The Act is quite explicit with respect to the transfer of non-capital losses between corporations on a change of control. The opening words of subsection 111(5) make it clear that, generally, non-capital losses are not transferable. Subsection 111(5) provides:

111. . . .

(5) Where, at any time, control of a corporation has been acquired by a person or group of persons, no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending before that time is deductible by the corporation for a taxation year ending after that time and no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending after that time is deductible by the corporation for a taxation year ending before that time except that

(a) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending before that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business and, where a business was carried on by the corporation in that year, such portion of the non-capital loss as may reasonably be regarded as being in respect of an amount deductible under paragraph 110(1)(k) in computing its taxable income for the year is deductible by the corporation for a particular taxation year ending after that time

(i) only if that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit throughout the particular year, and

(ii) only to the extent of the total of the corporation's income for the particular year from that business and, where properties were sold, leased, rented or developed or services rendered in the course of carrying on that business before that time, from any other business substantially all the income of which was derived from the sale, leasing, rental or development, as the case may be, of similar properties or the rendering of similar services; and

(b) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending after that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business and, where a business was carried on by the corporation in that year, such portion of the non-capital loss as may reasonably be regarded as being in respect of an amount deductible under paragraph 110(1)(k) in computing

parties sans lien de dépendance dans le contexte du changement de contrôle d'une société au moyen de la vente des actions de la société. La Loi est très explicite en ce qui concerne le transfert de pertes autres que des pertes en capital entre des sociétés en cas de changement de contrôle. Les mots introductifs du paragraphe 111(5) sont très clairs à ce sujet; règle générale, les pertes autres que des pertes en capital ne sont pas transférables. Le paragraphe 111(5) prévoit:

111. [. . .]

(5) En cas d'acquisition, à un moment donné, du contrôle d'une société par une personne ou un groupe de personnes, aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant avant ce moment n'est deductible par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment et aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant après ce moment n'est deductible par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment. Toutefois:

a) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à un montant deductible en application de l'alinéa 110(1)k dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont deductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant après ce moment:

(i) que si, tout au long de l'année donnée, cette entreprise a été exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) qu'à concurrence du total du revenu de la société provenant de cette entreprise pour l'année donnée et—dans le cas où des biens sont vendus, loués ou mis en valeur ou des services rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise avant ce moment—de toute autre entreprise dont la presque totalité du revenu est dérivée de la vente, de la location ou de la mise en valeur, selon le cas, de biens semblables ou de la prestation de services semblables;

b) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme

its taxable income for the year is deductible by the corporation for a particular year ending before that time

(i) only if throughout the taxation year and in the particular year that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit, and

(ii) only to the extent of the corporation's income for the particular year from that business and, where properties were sold, leased, rented or developed or services rendered in the course of carrying on that business before that time, from any other business substantially all the income of which was derived from the sale, leasing, rental or development, as the case may be, of similar properties or the rendering of similar services. [Emphasis added.]

[89] Professor Krishna explains at page 513 of *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed., *supra*:

In the absence of consolidated corporate reporting for tax purposes, the Act applies stringent restrictions on the use of accumulated losses following a change of corporate control. The general thrust of these rules is to limit transfers of losses between unrelated corporate taxpayers and to discourage business arrangements that are nothing more than "loss-trading" or "loss-offset" transactions.

[90] However, subsection 111(5) provides for an exception. In the case of non-capital losses, it provides that such losses may be carried forward after a change of control, subject to certain limitations:

1. the business of the corporation must be carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit throughout the year; and

2. the prior losses are deductible against income from the same business and income from another business where substantially all the income of the other business was derived from the sale, lease, rental or development of properties or the provision of services similar to the properties or services of the business that incurred the prior loss.

[91] The exception would appear to recognize that a corporation whose business incurred a loss (the loss business) may become profitable upon a change of control. Changes of control resulting in loss businesses

se rapportant à un montant déductible en application de l'alinéa 110(1)*k* dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont déductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant avant ce moment:

(i) que si, tout au long de l'année d'imposition et de l'année donnée, cette entreprise était exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) qu'à concurrence du revenu que la société a tiré pour l'année donnée de cette entreprise et de toute autre entreprise dont la presque totalité des revenus provient de la vente, de la location ou de la mise en valeur de biens semblables aux biens vendus, loués ou mis en valeur ou de la prestation de services semblables aux services rendus dans le cadre de l'exploitation de cette entreprise avant ce moment. [Non souligné dans l'original.]

[89] Le professeur Krishna explique à la page 513 de l'ouvrage *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6^e éd., précité:

[TRADUCTION] En l'absence d'une déclaration de revenu consolidée, la Loi applique des restrictions très rigides à l'utilisation de pertes accumulées à la suite du changement de contrôle d'une société. Essentiellement, ces règles visent à limiter le transfert des pertes entre sociétés contribuables et à décourager des arrangements d'affaires qui ne sont rien d'autres que des mécanismes d'«échange de pertes» ou de «défalcation de pertes».

[90] Toutefois, le paragraphe 111(5) prévoit une exception. Dans le cas de pertes autres que des pertes en capital, elle prévoit que de telles pertes peuvent faire l'objet d'un report prospectif après un changement de contrôle, sous réserve de certaines limitations:

1. tout au long de l'année, l'entreprise de la société doit avoir été exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit; et

2. les pertes des années antérieures sont déductibles du revenu provenant de la même entreprise et du revenu de toute autre entreprise dont la presque totalité du revenu est dérivée de la vente, de la location ou de la mise en valeur, selon le cas, de biens semblables ou de la prestation de services semblables de l'entreprise qui a subi les pertes des années antérieures.

[91] Cette exception semblerait reconnaître qu'une société dont l'entreprise a subi une perte (l'entreprise déficitaire) peut devenir rentable à la suite d'un changement de contrôle. Les changements de contrôle

becoming profitable should be encouraged by the carry forward of prior losses. Hogg, Magee and Cook, *supra*, explain at page 408:

Where a corporation with unused losses is taken over, and the new managers make the acquired corporation's business profitable, then the acquired corporation's unused losses can be applied against the profits from the formerly unprofitable business, even though the profits were earned after the change of control. In that situation, the takeover has accomplished the sound commercial objective of making an unprofitable business profitable, and there is no reason why the unused pre-takeover losses should not continue to be available.

[92] The obviously limited nature of the exception allowing the transfer of losses appears to underscore the general policy that loss trading for tax purposes is not permitted. The requirement that prior losses are deductible only against income from the same or similar businesses is an indication that such losses are not generally available for use in offsetting other income.

[93] The rationale for the general policy against the transfer of losses and the limited exceptions is described in the *Report of the Technical Committee on Business Taxation* (Ottawa: Department of Finance, December 1997) (the Mintz Report) commencing at page 4.12 and, in particular, at pages 4.14 and 4.15.

[94] The Report indicates that there are theoretical reasons for allowing for the refundability or offset of losses. Transfer of losses between corporations is one mechanism for effecting a refund or offset of tax. Refundability treats annual losses and profits symmetrically. It improves neutrality in the tax system. It eliminates discrimination against more risky businesses that have more volatility in earnings than less risky businesses. It may improve competitiveness and market efficiency by allowing firms to enter and exit industries more readily.

dont le résultat est de transformer une entreprise déficitaire en une entreprise rentable devraient être encouragés par le report prospectif de pertes antérieures. Hogg, Magee et Cook, précité, expliquent à la page 408:

[TRADUCTION] Lorsqu'il y a prise de contrôle d'une société ayant des pertes non utilisées, et que les nouveaux gestionnaires rendent l'entreprise de la société rentable, les pertes non utilisées de la société acquise peuvent être déduites des bénéfices de l'entreprise anciennement non rentable, même si les bénéfices ont été réalisés après le changement de contrôle. Dans cette situation, la prise de contrôle s'est soldée par la réalisation de l'objectif commercial positif de transformer une entreprise non rentable en une entreprise rentable, et on ne voit pas pourquoi elle ne devrait pas continuer à se prévaloir des pertes non utilisées des années antérieures à la prise de contrôle.

[92] La nature évidemment limitée de l'exception autorisant le transfert de pertes semble souligner la politique générale selon laquelle l'échange de pertes à des fins fiscales est interdit. L'exigence selon laquelle les pertes des années antérieures ne sont déductibles que du revenu de la même entreprise ou d'entreprises semblables est une indication qu'on ne peut généralement pas défalquer ces pertes d'autres revenus.

[93] La justification de la politique générale interdisant le transfert des pertes et prévoyant des exceptions limitées est décrite dans le *Rapport du Comité technique de la fiscalité des entreprises*. (Ottawa: Ministère des Finances, décembre 1997) (le Rapport Mintz) commençant à la page 4.12 et, en particulier, aux pages 4.14 et 4.15.

[94] Le Rapport indique qu'il y a des arguments théoriques que l'on peut invoquer en faveur de la remboursabilité ou la compensation des pertes. Le transfert des pertes entre sociétés est un mécanisme utilisé pour procéder à un remboursement ou à une compensation d'impôts. La remboursabilité traite de manière symétrique les pertes et les bénéfices annuels. Elle améliore le traitement neutre du point de vue fiscal. La remboursabilité élimine la discrimination à l'encontre des entreprises qui font face à des risques de marché plus importants et dont les bénéfices sont plus volatiles que les entreprises qui sont dans des secteurs présentant moins de risques. Elle pourrait aussi améliorer la compétitivité et l'efficacité des marchés en facilitant

[95] However, the Report notes that governments around the world have uniformly rejected full refundability, generally permitting only limited means for using losses. One concern is that to permit full refundability in a globalized economy of multinational businesses would attract losses into Canada that could not be used elsewhere, thus reducing government revenue in Canada that would need to be offset by higher tax rates. It is also said that a major practical consideration is that full refundability would eliminate corporate income tax revenue for several years.

[96] As a result, the present policy is to allow refunds or the transfer of losses only on a strictly controlled basis. It is a compromise between the desire to promote the full neutrality benefits of refundability and offsets on the one hand, and the need to maintain government revenues on the other.

[97] It is not for the Court to approve or disapprove of the government's relevant taxation policy. Nor is the Court to pass on the wisdom of the compromises that have been struck between competing objectives. The Court's only role is to identify a relevant, clear and unambiguous policy, so that it may then determine whether the avoidance transactions in question are inconsistent with the policy, such that they constitute an abuse of the provisions of the Act, other than the GAAR, read as a whole.

[98] I have no difficulty concluding that the general policy of the *Income Tax Act* is against the trading of non-capital losses by corporations, subject to specific limited circumstances.

Relevant policy with respect to partnerships

[99] With respect to partnerships, there were no restrictions on loss trading at the relevant time. Inherent in the Partnership Rules is that losses are transferable between partners. Irrespective of when a partner enters

l'accès des entreprises aux différents secteurs d'activité, de même que leur retrait.

[95] Toutefois, le Rapport fait remarquer que la remboursabilité complète est universellement rejetée, les différents gouvernements ne permettant généralement qu'une utilisation limitée des pertes. On craint que le fait de permettre la remboursabilité complète dans une économie globalisée d'entreprises multinationales ferait apparaître des pertes au Canada qui ne pourraient être utilisées ailleurs, ce qui entraînerait une perte de recettes fiscales au Canada qu'il faudrait compenser en augmentant les taux d'imposition. Une autre considération pratique importante est que la remboursabilité complète éliminerait les recettes fournies par l'impôt sur les bénéfices des sociétés pendant plusieurs années.

[96] Il s'ensuit que la politique générale actuelle est de permettre les remboursements ou le transfert des pertes uniquement sur une base strictement contrôlée. Il s'agit d'un compromis entre le désir de promouvoir tous les avantages du caractère neutre de la remboursabilité et des compensations, d'une part, et la nécessité de maintenir les recettes publiques, d'autre part.

[97] Il n'appartient pas la Cour d'approuver ou non la politique fiscale pertinente du gouvernement. Il n'appartient pas non plus à la Cour de se prononcer sur la sagesse des compromis qui ont été faits entre les objectifs concurrents. Le rôle de la Cour se limite à dégager une politique générale pertinente, claire et non ambiguë de manière qu'elle puisse alors décider si les opérations d'évitement en question sont contraires à cette politique, constituant alors un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble, compte non tenu de la RGAÉ.

[98] Je n'ai aucune difficulté à conclure que la politique générale qui sous-tend la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdit l'échange des pertes autres que des pertes en capital par les sociétés, sous réserve de certaines limites précises.

Politique générale pertinente concernant les sociétés de personnes

[99] En ce qui concerne les sociétés de personnes, il n'y avait aucune restriction sur la transférabilité des pertes au moment en cause. Les règles relatives aux sociétés de personnes prévoient que les pertes sont

the partnership in a taxation year of the partnership, provided he is a partner at the end of the taxation year, the loss of the partnership from any source for its taxation year is the loss of the partner.

[100] The one exception to there being no restriction against loss trading in partnerships is subsection 96(8) [as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 44], dealing with foreign partnerships. In that case, the value of the partnership's inventory at the time a person becomes a member of the partnership will be the lesser of its fair market value or its cost otherwise determined. In other words, accumulated losses, prior to a person becoming a member of the partnership, will not be available to that person. Paragraph 96(8)(b) provides:

96. . . .

(8) For the purposes of this Act, where at a particular time a person resident in Canada becomes a member of a partnership, or a person who is a member of a partnership becomes resident in Canada, and immediately before the particular time no member of the partnership is resident in Canada, the following rules apply for the purpose of computing the partnership's income for fiscal periods ending after the particular time:

. . .

(b) in the case of the partnership's property that is inventory (other than inventory of a business carried on in Canada) or non-depreciable capital property (other than taxable Canadian property) of the partnership at the particular time, its cost to the partnership shall be deemed to be, immediately after the particular time, equal to the lesser of its fair market value and its cost to the partnership otherwise determined;

This exception highlights the fact that in the case of partnerships other than foreign partnerships, accumulated losses, prior to the entry of a new partner, are available to that partner.

[101] I am satisfied that, at the relevant time, there was no general policy in the *Income Tax Act* against the transfer of losses between partners. If the present case is

transférables entre associés. Indépendamment du moment où une personne devient un associé au cours d'une année d'imposition de la société de personnes, dès lors qu'elle est un associé à la fin de l'année d'imposition, elle peut se prévaloir de la perte de la société de personnes provenant de n'importe quelle source au cours de son année d'imposition.

[100] Le paragraphe 96(8) [mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 44] qui porte sur les sociétés de personnes étrangères est la seule exception à la règle selon laquelle il n'y a aucune restriction sur l'échange de pertes dans les sociétés de personnes. Dans ce cas, la valeur de l'inventaire de la société de personnes au moment où une personne en devient membre est égale au moins élevé de sa juste valeur marchande et de son coût déterminé par ailleurs. En d'autres mots, une personne ne peut se prévaloir des pertes accumulées avant qu'elle ne devienne membre d'une société de personnes. L'alinéa 96(8)b) prévoit:

96. [. .]

(8) Pour l'application de la présente loi, lorsque, à un moment donné, une personne qui réside au Canada devient l'associé d'une société de personnes, ou une personne qui est l'associé d'une société de personnes commence à résider au Canada, alors qu'aucun associé de la société de personnes ne résidait au Canada immédiatement avant ce moment, les règles suivantes s'appliquent aux fins du calcul du revenu de la société de personnes pour les exercices se terminant après ce moment:

[. .]

b) dans le cas où la société de personnes est propriétaire d'un bien à porter à son inventaire, sauf l'inventaire d'une entreprise exploitée au Canada, ou d'une immobilisation non amortissable, sauf un bien canadien imposable, au moment donné, le coût du bien ou de l'immobilisation, pour la société de personnes, est réputé égal, immédiatement après ce moment, au moins élevé de sa juste valeur marchande et de son coût pour la société de personnes, déterminé par ailleurs;

Cette exception souligne le fait que dans le cas des sociétés de personnes autres que des sociétés de personnes étrangères, un nouvel associé peut se prévaloir des pertes accumulées avant qu'il ne devienne membre de la société de personnes.

[101] Je suis convaincu qu'au moment en cause, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne comportait aucune politique générale interdisant le transfert de pertes entre associés.

viewed as a transfer of a loss to a partner in a partnership, there was no policy that precluded such transfer and the conclusion would be that there had been no abuse of the provisions of the Act read as a whole.

Application of policy to the facts

[102] However, the abuse analysis requires that the Court assess all the facts and circumstances surrounding the avoidance transactions. Why, having regard to the *Income Tax Act* read as a whole, did the parties enter into the avoidance transactions?

[103] When the avoidance transactions are viewed in this wider context, it becomes obvious that the losses the appellant was acquiring for tax purposes, by acquiring its interest in the STIL II Partnership, originated with Standard. What we have here is the acquisition of Standard's loss by the appellant. Essentially, the appellant acquired some \$52 million of Standard's loss that it and its SRMP partners could use to offset their share of STIL II's income and then their other income.

[104] Had the loss originated in the STIL II Partnership, I do not think any objection could be taken by the appellant accessing that loss by acquiring an interest in the Partnership. This would have been entirely a partnership context and, as I have said, there is no policy against the transferring of losses between partners.

[105] However, to view the avoidance transactions here without taking account of the wider context would be to ignore relevant facts and in particular, the result of the series of transactions. What the avoidance transactions accomplished was the transfer of the loss from one corporation to another through the mechanism of subsection 18(13) and the Partnership Rules. Having regard to the GAAR, these transactions violated the general policy of the Act against the transfer of losses from one corporation to another.

[106] Nonetheless, according to the appellant, if the corporate concepts of change of control and continuing the loss business were applied in this case, the appellant

Si on considère la présente affaire comme un transfert d'une perte à un associé dans une société de personnes, il n'existait aucune politique générale interdisant ce type de transfert et la conclusion serait qu'il n'y a pas eu d'abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble.

Application de la politique générale aux faits

[102] Toutefois, l'analyse relative à l'abus (*abuse*) exige que la Cour examine tous les faits et circonstances entourant les opérations d'évitement. Pourquoi, eu égard à la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble, les parties ont-elles conclu les opérations d'évitement?

[103] Lorsque les opérations d'évitement sont placées dans ce contexte beaucoup plus large, il devient évident que les pertes que l'appelante obtenait à des fins fiscales, en acquérant sa participation dans la société de personnes STIL II, provenaient de la Standard. Ce que nous avons ici, c'est l'acquisition de la perte de la Standard par l'appelante. Essentiellement, l'appelante a acquis quelque 52 millions de dollars de la perte de la Standard dont elle-même et ses associés dans la SRMP pourraient se prévaloir pour réduire leur part du revenu de la STIL II et leurs revenus provenant d'autres sources.

[104] Si la perte provenait de la société de personnes STIL II, je ne pense pas qu'on pourrait s'opposer à ce que l'appelante puisse se prévaloir de cette perte en y acquérant une participation. Cela aurait été pour tout dire un contexte de sociétés de personnes et, comme je l'ai déjà mentionné, il n'existe aucune politique générale interdisant le transfert de pertes entre associés.

[105] Toutefois, examiner les opérations d'évitement en l'espèce sans tenir compte du contexte plus large reviendrait à ignorer des faits pertinents et en particulier, le résultat de la série d'opérations. Les opérations d'évitement ont eu pour résultat le transfert de la perte d'une société à une autre par le mécanisme du paragraphe 18(13) et des règles relatives aux sociétés de personnes. Compte tenu de la RGAÉ, ces opérations ont violé la politique générale qui sous-tend la Loi et interdit le transfert de pertes d'une société à une autre.

[106] Néanmoins, d'après l'appelante, si les notions de changement de contrôle d'une société et de poursuite de l'entreprise déficitaire étaient appliquées en l'espèce,

would be entitled to the Standard loss. The appellant argues that from its inception, the STIL II Partnership carried on the business of managing a mortgage portfolio and realizing on distressed properties. When the appellant acquired its interest in the STIL II Partnership, STIL II was a mortgagee in possession of a number of distressed properties with the objective of managing them, improving them, and ultimately realizing on them, and this business continued under the management of the appellant. According to the Tax Court Judge, ignoring the loss in 1993, the STIL II Partnership had the potential for profit and did make a profit.

[107] The appellant itself was in the business of managing, improving and disposing of distressed real properties, a business similar to that of STIL II. If the corporate concept of change of control and continuation of the loss business applied and if the appropriate comparison was between the STIL II Partnership and the appellant, the appellant contends that it would come within the narrow exception to the general policy of the *Income Tax Act* against the transfer of losses between corporations.

[108] However, in my view, the change of control rules are not applicable, and even if they were, I do not think the appropriate comparison is between the STIL II Partnership and the appellant. This is not a case of change of corporate control. It concerns a sale of some of the assets of the corporation. Except for the appellant's use of subsection 18(13) and the Partnership Rules, there is no mechanism in the *Income Tax Act* for the sale of a loss from one corporation to another as if it were a sale of assets. The appellant asks that the transactions here be treated as if they were a sale of shares, either of Standard itself or a subsidiary incorporated to hold the STIL II portfolio. However, the Court cannot recharacterize the transactions so as to force them to fit within the terms of the exception to the general rule against loss trading.

[109] Even assuming that the change of control rules could be applied by analogy, the necessary comparison, in my view, would be between Standard and the

l'appelante aurait le droit de se prévaloir de la perte de la Standard. L'appelante fait valoir que dès sa formation, la STIL II exploitait l'entreprise de gestion de portefeuille d'hypothèques et de réalisation de biens saisis. Lorsque l'appelante a acquis sa participation dans la STIL II, celle-ci était une créancière hypothécaire en possession d'un certain nombre de biens saisis avec l'intention de les gérer, de les améliorer, et en fin de compte de les réaliser, et cette activité s'est poursuivie sous la gestion de l'appelante. Selon le juge de la Cour de l'impôt, si l'on ne tenait pas compte de la perte subie en 1993, la STIL II avait le potentiel d'être rentable et a en fait réalisé des bénéfices.

[107] L'appelante avait elle-même pour activité la gestion, l'amélioration et la vente de biens immobiliers saisis, activité semblable à celle de la STIL II. Si les notions de changement de contrôle d'une société et de poursuite de l'entreprise déficitaire s'appliquaient et que la comparaison pertinente était entre la STIL II et l'appelante, cette dernière fait valoir qu'elle tomberait sous le coup de l'exception étroite à la politique générale qui sous-tend la *Loi de l'impôt sur le revenu* et interdit le transfert de pertes entre sociétés.

[108] Toutefois, à mon avis, les règles relatives au changement de contrôle ne sont pas applicables, et même si elles l'étaient, je ne pense pas que la comparaison pertinente soit entre la STIL II et l'appelante. Il ne s'agit pas en l'espèce du changement de contrôle d'une société. Il s'agit plutôt de la vente de certains actifs de la société. Hormis le fait que l'appelante s'est servie du paragraphe 18(13) et des règles relatives aux sociétés de personnes, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucun mécanisme pour la vente d'une perte par une société à une autre comme s'il s'agissait d'une vente d'actifs. L'appelante demande que les opérations en l'espèce soient traitées comme s'il s'agissait d'une vente d'actions, soit de la Standard elle-même ou d'une filiale constituée pour détenir le portefeuille de STIL II. Toutefois, la Cour ne peut requalifier les opérations de manière à les faire tomber dans le champ d'application de l'exception à la règle générale interdisant l'échange des pertes.

[109] Même en supposant que les règles relatives au changement de contrôle peuvent être appliquées par analogie, à mon avis, la comparaison nécessaire serait

appellant. This is because the tax benefit resulting to the appellant was acquired by the appellant by reason of the series of four transactions which had the effect of transferring Standard's loss to the appellant. The question would be whether the exception in the *Income Tax Act*, allowing for the use of losses from a loss business by another business, would apply as between Standard and the appellant.

[110] I do not think it would. Standard was a money lender on the security of mortgages. The appellant was not. At the time of trial, Eugene Kaulius was the president of Samoth Capital, a public company that lent money to real estate developers and that was also in the hotel business. In 1993, Mr. Kaulius was president of the appellant. He was asked:

Q. What did OSFC do in those years as opposed to Samoth?

A. We typically bought undervalued deals, trying to minimize our risk, then looked to minimize our investment, that we would invest the company's money into typically real estate projects, that was our focus.

It is clear that, while Samoth lent money to real estate developers and its business, at least in part, might be considered to be similar to Standard's, the appellant was not in the money lending business. Instead, its business was purchasing, managing, and improving distressed real properties.

[111] It is true, as the Tax Court Judge pointed out, that Standard's business included dealing with its mortgages and in cases of default, dealing with the mortgaged properties as well. However, the loss which was acquired by the appellant from Standard did not arise from Standard's dealing with distressed properties. It arose from the lending of money on properties whose value fell dramatically in the real estate downturn of the late 1980s and early 1990s.

[112] The appellant did not acquire its STIL II Partnership interest to rehabilitate an unprofitable mortgage-lending business. Standard was in liquidation.

entre la Standard et l'appelante. Il en est ainsi parce que l'avantage fiscal obtenu par l'appelante l'a été par suite de la série de quatre opérations qui a eu pour effet de transférer la perte de la Standard à l'appelante. La question qui se poserait est de savoir si l'exception prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, permettant à une entreprise de se prévaloir des pertes d'une entreprise déficitaire, s'appliquerait entre la Standard et l'appelante.

[110] Je ne le pense pas. La Standard exploitait une entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques. Pas l'appelante. Au moment du procès, Eugene Kaulius était président de la Samoth Capital, une société publique qui exploitait une entreprise consistant à accorder des prêts à des promoteurs immobiliers et qui exploitait également une entreprise hôtelière. En 1993, M. Kaulius était le président de l'appelante. On lui a demandé:

Q. Que faisait OSFC pendant ces années par opposition à Samoth?

R. Généralement, nous achetions des biens sous-évalués, essayant de minimiser notre risque, puis nous cherchions à minimiser notre investissement; nous investissions l'argent de la société généralement dans des projets immobiliers, c'était ça notre spécialité.

Il est clair que, si Samoth accordait des prêts à des promoteurs immobiliers et que son activité, tout au moins en partie, pourrait être assimilée à celle de la Standard, l'appelante n'exploitait pas une entreprise de prêt d'argent. Elle avait plutôt pour activité d'acheter, de gérer et d'améliorer des biens immobiliers saisis.

[111] Il est vrai que, comme l'a souligné le juge de la Cour de l'impôt, la Standard avait également pour activité de s'occuper de ses prêts hypothécaires et, en cas de défaillance, de s'occuper des biens hypothéqués aussi. Toutefois, la perte que l'appelante a obtenue de la Standard ne provenait pas des activités de la Standard relativement à ces biens saisis. Elle provenait de son activité qui consistait à accorder des prêts garantis par des biens dont la valeur avait subi une baisse radicale dans l'effondrement du marché immobilier à la fin des années 1980 et au début des années 1990.

[112] L'appelante n'a pas acquis sa participation dans la STIL II dans le but de relancer une entreprise de prêts hypothécaires non rentable. La Standard était en

The appellant's sole business purpose (besides the tax benefit purpose) was to acquire its STIL II Partnership interest on terms which would enable it to profit from the management and disposition of distressed properties.

[113] The business of lending money on the security of mortgages may occasionally include disposing of distressed properties. But the business of disposing of distressed properties does not include the business of lending money on mortgages. In these circumstances, I do not think the policy of the Act is such as to allow losses incurred in the business of lending money on mortgages to be used to offset profits in the business of rehabilitating distressed real properties.

[114] Therefore, I am not satisfied that this exception to the general rule against the transfer of losses from one corporation to another would be applicable on policy grounds in this case.

Additional arguments relating to abuse

[115] The appellant makes a number of additional arguments but they do not persuade me to a different conclusion. The appellant says, with reference to a number of the provisions of the Act, that Parliament has comprehensively legislated rules relating to the treatment of losses. I interpret this argument to mean that Parliament has completely addressed the issue of losses and has decided where losses may be transferred and where they may not. The appellant says that its circumstances are those in which losses may be transferred. However, the *Income Tax Act* is complex and the GAAR seems aimed at the unintended application of provisions of the Act by avoidance transactions that are against the policy of the Act. If, by reason of rules and exceptions in the Act, a clear and unambiguous relevant policy could not be ascertained, I would agree with the appellant that the application of the statutory provisions must prevail. However, the policy of the Act, with respect to the loss at issue here, is clear. And it is against that policy that the avoidance transactions must be measured to determine if they constitute an abuse. I have concluded that they do.

liquidation. Le seul objet commercial de l'appelante (hormis celui de tirer un avantage fiscal) était d'acquies sa participation dans la STIL II à des conditions qui lui permettraient de tirer un profit de la gestion et de la disposition des biens saisis.

[113] L'entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques peut à l'occasion comporter la disposition de biens saisis. Mais l'entreprise consistant à disposer de biens saisis ne comporte pas le prêt d'argent hypothécaire. Dans les circonstances, je n'estime pas que la politique générale qui sous-tend la Loi permet que les pertes subies dans l'entreprise consistant à accorder des prêts garantis par des hypothèques soient utilisées en compensation des bénéfices tirés de l'entreprise consistant à réhabiliter des biens immobiliers saisis.

[114] Par conséquent, je ne suis pas convaincu que cette exception à la règle générale interdisant le transfert des pertes d'une société à une autre serait applicable en l'espèce pour des motifs d'ordre public.

Autres arguments ayant trait à l'abus

[115] L'appelante avance plusieurs autres arguments, mais ils ne me convainquent pas de tirer une conclusion différente. Elle affirme, en invoquant un certain nombre de dispositions de la Loi, que le Parlement a établi un régime complet régissant le traitement des pertes. J'interprète cet argument comme signifiant que le Parlement a complètement réglé la question des pertes et a établi les cas où les pertes peuvent être transférées et les cas où elles ne le peuvent pas. L'appelante affirme que sa situation relève de celles dans lesquelles les pertes peuvent être transférées. Toutefois, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est complexe et la RGAAÉ semble viser l'application non envisagée des dispositions de la Loi par les opérations d'évitement qui sont contraires à la politique générale qui sous-tend la Loi. Si, par suite des règles et des exceptions prévues par la Loi, on ne peut dégager une politique générale pertinente claire et non ambiguë, j'accepterais l'argument de l'appelante selon lequel l'application des dispositions législatives doit l'emporter. Toutefois, la politique générale qui sous-tend la Loi ayant trait à la perte en question en l'espèce est claire. Et, c'est par rapport à cette politique générale que les opérations d'évitement doivent être évaluées pour

[116] The appellant has referred to paragraph 53(2)(c) which provides for the reduction in the adjusted cost base of a partnership interest with the effect of recapturing, in a capital gain on a future disposition, losses previously deducted by a partner. However, I find paragraph 53(2)(c) somewhat remote from the issue at hand. For one thing, capital gains tax rates are significantly lower than income tax rates. I have difficulty concluding that Parliament considered that possible payment of capital gains taxes some time in the future was an appropriate offset for the immediate reduction of income taxes by the acquisition of a loss not originally incurred by the partnership.

Finding of abuse

[117] I have concluded that the avoidance transactions have resulted in an abuse of the provisions of the Act, other than the GAAR, read as a whole. Notwithstanding this finding, it is important to note that there is no general rule against structuring transactions in a tax effective manner or a requirement that transactions be structured in a manner that maximizes tax. There has been strict compliance with the Act and that should normally be sufficient. However, Parliament has enacted subsection 245(4) and if any meaning is to be given to it, it must be to override the results of strict compliance when abuse of the provisions of the Act, read as a whole, is apparent.

CONCLUSION

[118] The series of transactions which includes the Standard transactions and the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest resulted in a tax benefit to the appellant. The Standard transactions and the transaction whereby the appellant acquired its STIL II Partnership interest were undertaken and arranged primarily to obtain the tax benefit. Accordingly, they were avoidance transactions. While not amounting to a misuse of subsection 18(13) in the narrow sense, these transactions resulted in an abuse, having regard to the

déterminer si elles constituent un abus (*abuse*). J'ai conclu qu'elles constituent un abus.

[116] L'appelante a mentionné l'alinéa 53(2)c) qui prévoit la réduction du prix de base rajusté d'une participation dans une société de personnes dans le but de récupérer, sous forme de gains en capital dans une disposition future, des pertes déduites antérieurement par un associé. Toutefois, j'estime que l'alinéa 53(2)c) est quelque peu étranger à la question en litige. D'une part, les taux d'imposition des gains en capital sont considérablement inférieurs aux taux d'imposition du revenu. J'ai de la difficulté à conclure que le législateur a estimé que le paiement possible des impôts sur les gains en capital à un certain moment dans l'avenir était une compensation appropriée pour la réduction immédiate des impôts sur le revenu par l'acquisition d'une perte qui n'a pas été subie à l'origine par la société de personnes.

Conclusion quant à l'abus (*abuse*)

[117] J'ai conclu que les opérations d'évitement ont entraîné un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble, abstraction faite de la RGAÉ. Malgré cette conclusion, il importe de remarquer qu'il n'existe aucune règle générale interdisant la structuration d'opérations d'une manière fiscalement efficace ni une exigence que des opérations soient structurées d'une manière qui optimalise l'impôt. Le contribuable s'est strictement conformé à la Loi et cela devrait normalement être suffisant. Toutefois, le Parlement a édicté le paragraphe 245(4) et si on doit lui prêter un sens, c'est qu'il l'emporte sur les résultats d'un respect rigoureux lorsque l'abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble est manifeste.

CONCLUSION

[118] La série d'opérations qui comprend les opérations de la Standard et l'acquisition par l'appelante de sa participation dans la STIL II ont entraîné un avantage fiscal pour l'appelante. Les opérations de la Standard et l'opération par laquelle l'appelante a acquis une participation dans la STIL II ont été effectuées principalement dans le but d'obtenir l'avantage fiscal. En conséquence, il s'agissait d'opérations d'évitement. Tout en ne constituant pas un abus (*misuse*) dans l'application du paragraphe 18(13) au sens étroit, ces opérations ont

provisions of the *Income Tax Act*, read as a whole, because they enabled the appellant to access Standard's loss, contrary to the general policy of the Act against the transfer of losses between corporations. Accordingly, the Minister was entitled, under paragraph 245(5)(d), to ignore the tax effects from the application of subsection 18(13) and deny the tax benefit at issue to the appellant under subsection 245(2).

[119] I would dismiss the appeal with costs.

STONE J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[120] LÉTOURNEAU J.A. (*concurring reasons in result only*): This appeal raises the application of the general anti-avoidance rule (GAAR) found in section 245 of the *Income Tax Act* (Act). I need not relate the facts and procedural incidents as my colleague Rothstein J.A. has already done that. However, for ease of reference, I reproduce in both languages the relevant parts of the provision:

245. (1) In this section,

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act;

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

“transaction” includes an arrangement or event.

entraîné un abus (*abuse*), compte tenu des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble, parce qu'elles ont permis à l'appelante de se prévaloir de la perte de la Standard en contravention de la politique générale de la Loi interdisant le transfert des pertes entre sociétés. En conséquence, le ministre était fondé, en vertu de l'alinéa 245(5)d), à ignorer les attributs fiscaux découlant de l'application du paragraphe 18(13) et à refuser l'avantage fiscal litigieux à l'appelante en vertu du paragraphe 245(2).

[119] Je rejette l'appel avec dépens.

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

* * *

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

[120] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. (*souscrivant au résultat uniquement*): Le présent appel soulève la question de l'application de la disposition générale anti-évitement (RGAÉ) énoncée à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Loi). Je n'ai pas besoin de relater les faits et la procédure car mon collègue le juge Rothstein l'a déjà fait. Toutefois, pour faciliter la lecture, je reproduis dans les deux langues les parties pertinentes de la disposition:

245. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«attribut fiscal» S'agissant des attributs fiscaux d'une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l'impôt ou l'autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable.

«avantage fiscal» Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi.

«opération» Sont assimilés à une opération, une convention, un mécanisme ou un événement.

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

(4) For greater certainty, subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of this Act or an abuse having regard to the provisions of this Act, other than this section, read as a whole.

I also include the text of subsection 18(13) which will be relevant when assessing the nature of the appellant's transaction under review in the present instance.

18. . . .

(13) Subject to subsection 138(5.2) and notwithstanding any other provision of this Act, where a taxpayer

(a) who was a resident of Canada at any time in a taxation year and whose ordinary business during that year included the lending of money, or

(b) who at any time in the year carried on a business of lending money in Canada has sustained a loss on a disposition of property used or held in that business that is a share, or a loan, bond, debenture, mortgage, note, agreement of sale or any other indebtedness, other than a property that is a capital property of the taxpayer, no amount shall be deducted in computing the income of the taxpayer from that business for the year in respect of the loss where

(c) during the period commencing 30 days before and ending 30 days after the disposition, the taxpayer or a person or partnership that does not deal at arm's length with the taxpayer acquired or agreed to acquire the same or identical property (in this subsection referred to as the "substituted property"), and

(d) at the end of the period described in paragraph (c), the taxpayer, person or partnership, as the case may be, owned or had a right to acquire the substituted property,

(2) En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de sorte à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

(3) L'opération d'évitement s'entend:

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables—l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables—l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble—compte non tenu du présent article—n'est pas visée par le paragraphe (2).

J'inclus également le texte du paragraphe 18(13) qui sera pertinent dans l'évaluation de la nature de l'opération litigieuse de l'appelante en l'espèce.

18. [. . .]

(13) Sous réserve du paragraphe 138(5.2) et malgré les autres dispositions de la présente loi, dans le cas où un contribuable—qui, à un moment donné d'une année d'imposition, réside au Canada et dont l'activité d'entreprise habituelle au cours de cette année consiste en partie à prêter de l'argent ou qui, à un moment donné de l'année, exploite une entreprise de prêt d'argent au Canada—subit une perte lors de la disposition d'un bien utilisé ou détenu dans le cadre de l'entreprise qui est une action, ou un prêt, une obligation, un billet, une hypothèque, une convention de vente ou une autre créance mais qui n'est pas une immobilisation du contribuable, aucun montant n'est déductible au titre de la perte dans le calcul de son revenu provenant de cette entreprise pour l'année si:

a) d'une part, au cours de la période commençant 30 jours avant et se terminant 30 jours après la disposition, le contribuable ou une personne ou société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance acquiert ou convient d'acquérir le même bien ou un bien identique—appelés «bien de remplacement» au présent paragraphe;

b) d'autre part, à la fin de cette période, le contribuable ou la personne ou société de personnes, selon le cas, est propriétaire du bien de remplacement ou a le droit de l'acquérir.

and any such loss shall be added in computing the cost to the taxpayer, person or partnership, as the case may be, of the substituted property.

[121] The issue is whether Bowie T.C.J. erred in applying subsection 245(3) of the Act to the transaction whereby the appellant (OSFC) purchased 99% interest in a partnership (STIL II partnership) created by Standard Trust Company (STC). The learned Tax Court Judge found that the appellant's transaction was a transaction that was part of a series of transactions whose primary purpose was to obtain a tax benefit and, therefore, were avoidance transactions within the meaning of paragraph 245(3)(b) of the Act.

[122] It will be recalled that STC arranged a series of three transactions which, it is acknowledged by the parties, created a tax benefit. The appellant's transaction was a fourth transaction whereby it bought the interest in STIL II partnership which contained heavy losses. Speaking of the first three transactions arranged by STC, i.e., the creation and incorporation of the company 1004568, the formation of the partnership STIL II and the sale of its 99% interest in that partnership, the learned Tax Court Judge wrote at paragraph 36 of his decision:

The first three of the transactions alleged by the Respondent to be avoidance transactions are certainly part of a series of pre-ordained steps carried out by the liquidator as part of a deliberate plan.

I shall now determine whether the appellant's transaction was an avoidance transaction as found by the Tax Court Judge.

Whether the appellant's transaction was an avoidance transaction

[123] I readily concede that section 245, and especially subsection 245(3), is not, as is too often the case in income tax matters, a model of clarity. As I understand subsection 245(3), a transaction can be, under paragraph (a), an avoidance transaction if it results in a tax benefit and if it was undertaken or primarily arranged to obtain the tax benefit.

Cette perte doit être ajoutée dans le calcul du coût du bien de remplacement pour le contribuable ou pour la personne ou société de personnes, selon le cas.

[121] La question est de savoir si le juge Bowie, de la Cour canadienne de l'impôt, a commis une erreur dans l'application du paragraphe 245(3) de la Loi à l'opération par laquelle l'appelante (OSFC) a acheté une participation de 99 p. 100 dans une société de personnes (la STIL II) créée par la Compagnie Standard Trust (la STC). Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'opération de l'appelante était une opération qui faisait partie d'une série d'opérations dont l'objet principal était d'obtenir un avantage fiscal et qui constituaient par conséquent des opérations d'évitement au sens de l'alinéa 245(3)b) de la Loi.

[122] On se rappellera que la STC a effectué une série de trois opérations, qui, les parties ont-elles reconnu, donnaient lieu à un avantage fiscal. L'opération de l'appelante était une quatrième opération par laquelle elle a acheté une participation dans la société de personnes STIL II qui comportait d'importantes pertes. Parlant des trois premières opérations effectuées par la STC, c'est-à-dire la création et la constitution de la compagnie 1004568, la formation de la STIL II et la vente de sa participation de 99 p. 100 dans cette société de personnes, le juge de la Cour de l'impôt a écrit au paragraphe 36 de sa décision:

Les trois premières des opérations au sujet desquelles l'intimée allègue qu'il s'agit d'opérations d'évitement font assurément partie d'une série de mesures déterminées d'avance que le liquidateur a prises dans le cadre d'un plan délibéré.

Je vais maintenant déterminer si l'opération de l'appelante constituait une opération d'évitement comme l'a conclu le juge de la Cour de l'impôt.

L'opération de l'appelante constituait-elle une opération d'évitement?

[123] Je concède sans hésitation que l'article 245, tout particulièrement le paragraphe 245(3), n'est pas, comme c'est trop souvent le cas en matière d'impôt sur le revenu, un modèle de clarté. Tel que je comprends le paragraphe 245(3), une opération peut, selon l'alinéa a), constituer une opération d'évitement si un avantage fiscal en découle et si elle a été principalement effectuée en vue de l'obtention de l'avantage fiscal.

[124] However, a transaction which is not an avoidance transaction under paragraph (a) because it was undertaken for a *bona fide* purpose may still become an avoidance transaction under paragraph (b) if it is part of a series of transactions, if the series of transactions results in a tax benefit and if “the transaction” was undertaken for no *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. I have underlined the words “the transaction” because they are source of ambiguity.

[125] Indeed, a literal interpretation of these words, whether taken in French or in English, could lead one to conclude that, in the present instance, they refer to the appellant’s transaction, i.e., the fourth transaction which followed and perfected the three transactions initiated by STC. Such an interpretation would render paragraph (b) completely inoperative and useless. If we accept, for the sake of argument, that the appellant’s transaction had a *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit, that transaction assessed on its own for what it is would have been ruled, under paragraph (a), not to be an avoidance transaction. Then it would not matter, under paragraph (b), that it is part of a series of other transactions which are avoidance transactions because it would be again reassessed on its own as if it were not part of that series of avoidance transactions. Having been ruled not to be an avoidance transaction under paragraph (a) because it had a legitimate business purpose, the transaction would, once again and with no surprise, be ruled not to be an avoidance transaction because it had a legitimate business purpose. Indeed, it would amount to assessing the appellant’s transaction both under paragraphs (a) and (b) as if it were a single transaction, notwithstanding that paragraph (b) defines as an avoidance transaction “any transaction” that is part of the series of transactions which produced the tax benefit and were arranged or undertaken primarily for that purpose.

[126] In my view, each and every transaction which is part of a series of transactions has, under paragraph 245(3)(b), to be assessed on its own to determine whether it has a *bona fide* purpose other than to obtain a tax

[124] Toutefois, une opération qui n’est pas une opération d’évitement au sens de l’alinéa a) parce qu’elle a été effectuée pour un objet véritable peut quand même devenir une opération d’évitement au sens de l’alinéa b) si elle fait partie d’une série d’opérations, si la série d’opérations entraîne un avantage fiscal et si «l’opération» n’a pas été effectuée pour des objets véritables autre que l’obtention de l’avantage fiscal. J’ai souligné les mots «l’opération» parce qu’ils sont source d’ambiguïté.

[125] En effet, l’interprétation littérale de ces mots, que ce soit dans la version française ou dans la version anglaise, pourrait mener à la conclusion selon laquelle, en l’espèce, ils visent l’opération de l’appelante, c’est-à-dire la quatrième opération qui a suivi et complété les trois opérations effectuées par la STC. Une telle interprétation aurait pour effet de rendre l’alinéa b) complètement inopérant et inutile. Si nous acceptons, pour des fins d’argumentation, que l’opération de l’appelante avait été effectuée pour un objet véritable autre que l’obtention d’un avantage fiscal, on aurait jugé que, cette opération, évaluée en tant que tel sous le régime de l’alinéa a), ne constitue pas une opération d’évitement. Alors, sous le régime de l’alinéa b), cela n’aurait aucune importance qu’elle fasse partie d’une série d’autres opérations qui sont des opérations d’évitement parce qu’elle serait de nouveau réévaluée toute seule comme si elle ne faisait pas partie de cette série d’opérations d’évitement. Cette opération, ayant été jugée ne pas constituer une opération d’évitement au sens de l’alinéa a) parce qu’elle avait été effectuée pour un objet véritable, serait, de nouveau et sans surprise, jugée ne pas être une opération d’évitement parce qu’elle avait été effectuée pour un véritable objet commercial. En fait, cela reviendrait à évaluer l’opération de l’appelante à la fois sous le régime des alinéas a) et b) comme s’il s’agissait d’une seule opération, même si l’alinéa b) définit une opération d’évitement comme «l’opération» qui fait partie de la série d’opérations qui ont donné lieu à l’avantage fiscal et qui ont été effectuées principalement dans ce but.

[126] À mon avis, chaque opération qui fait partie d’une série d’opérations doit, en vertu de l’alinéa 245(3)b), être évaluée seule pour déterminer si elle a un objet véritable autre que l’obtention d’un avantage fiscal.

benefit. Once it is found that a transaction in the series is an avoidance transaction, then all the other transactions that are part of the series are coloured or contaminated by that transaction. The appellant agrees with this approach taken by the Department of Finance in its *Technical Notes to Bill C-139, Special Report No. 851*, CCH Canadian Ltd., 1988, at page 315 where it writes:

Thus, where a series of transactions would result in a tax benefit, that tax benefit will be denied unless the primary objective of each transaction in the series is to achieve some legitimate non-tax purposes. Therefore, in order not to fall within the definition of "avoidance transaction" in subsection 245(3), each step in such a series must be carried out primarily for *bona fide* non-tax purpose.

See also the following passage of Brian J. Arnold found in Chapter 7 of the book *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997, at pages 232-233, dealing with the Canadian general anti-avoidance rule:

Under paragraph 245(3)(b), if a transaction is part of a series of transactions and the series result in a tax benefit, each transaction in the series must be tested to determine whether it was carried out primarily for non-tax purposes. The series of transaction as a whole need not be justified by a non-tax purpose, and there is no attempt to reorder the series or to determine its true character.

[127] In the present instance, as previously mentioned, the Tax Court Judge found that the three transactions arranged and undertaken by STC had no *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit. I see no error in this finding. Quite the reverse, there was overwhelming evidence that the incorporation of company 1004568, the formation of the STIL II partnership as well as the transfer to them of the portfolio assets were not necessary for STC to effectively sell these assets to an arm's length third party such as the appellant.

[128] However, and the evidence so reveals, the transfer of the assets to a non arm's length party prior to the sale to an arm's length party was required to trigger the application of subsection 18(13) of the Act and create, in the hands of the non-arm's length STIL II partnership,

La conclusion ayant été faite qu'une opération qui fait partie de la série est une opération d'évitement, alors toutes les autres opérations qui font partie de la série sont entachées ou contaminées par cette opération. L'appelante est d'accord avec l'approche prise par le ministère des Finances dans ses *Notes techniques au projet de loi C-139: Rapport spécial n° 851*, CCH Canadian Ltd., 1988, à la page 359, où il écrit:

Par conséquent, lorsqu'un avantage fiscal découlera d'une série d'opérations, il sera refusé à moins que l'objet principal de chaque opération de la série ne soit d'atteindre un objet légitime autre que fiscal. Ainsi, pour ne pas tomber sous le coup de la définition d'«opération d'évitement» au paragraphe 245(3), il faudra que chaque étape d'une série d'opérations soit effectuée principalement pour des objets véritables autres que des objets fiscaux.

Voir également le passage suivant tiré du chapitre 7 de l'ouvrage de Brian J. Arnold intitulé *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications, 1997, aux pages 232 et 233, portant sur la directive générale anti-évitement du Canada:

[TRADUCTION] Selon l'alinéa 245(3)b), si une opération fait partie d'une série d'opérations et qu'un avantage fiscal découle de la série, chaque opération faisant partie de la série doit être évaluée pour déterminer si elle a été effectuée principalement pour des objets autres que des objets fiscaux. Il n'est pas nécessaire que la série d'opérations, dans son ensemble, soit justifiée par des objets autres que des objets fiscaux, et aucune tentative n'est faite pour réordonner la série ou pour en déterminer la véritable nature.

[127] En l'espèce, comme je l'ai déjà mentionné, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les trois opérations effectuées par la STC n'avaient aucun objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal. Je ne vois aucune erreur dans cette conclusion. Bien au contraire, le juge était saisi d'une preuve abondante que la constitution de la compagnie 1004568, la formation de la STIL II ainsi que le transfert à ces entreprises du portefeuille des actifs n'étaient pas nécessaires pour permettre à la STC de vendre efficacement ces actifs à une partie sans lien de dépendance comme l'appelante.

[128] Toutefois, et la preuve le révèle, le transfert des actifs à une partie avec lien de dépendance avant la vente à une partie sans lien de dépendance était nécessaire pour déclencher l'application du paragraphe 18(13) de la Loi et créer, entre les mains de la STIL II avec laquelle

the pregnant losses by increasing its adjusted cost base. In my considered opinion, there was no valid or legitimate reason for the creation of that partnership and the transfer to it of the portfolio other than to create a tax benefit for future sale.

Whether the appellant's transaction was part of a series of transactions

[129] The appellant contends that it was not privy to or involved in the STC transactions arranged by STC's liquidator. It submits that, even if the STC's transactions were avoidance transactions, its own transaction was not an avoidance transaction because it was not part of the series arranged by STC. In addition, the appellant avers that there was no "reasonable nexus" or interdependence between its transaction and the STC's transactions.

[130] It is obvious to me as it was to the Tax Court Judge that an ultimate sale to an arm's length party was part of the pre-ordained steps carried out by STC's liquidator. The pregnant losses resulting from a transfer of the portfolio to the STIL II partnership needed the interaction of an arm's length third party to come to life. The whole scheme developed and arranged by STC's liquidator was conceived and intended to create and transfer a tax benefit. It was predicated upon an acquisition by a third party whereby the pregnant losses would become real losses in the hands of that third party. In other words, the appellant may not have been a party in conceiving or creating the tax benefit, but it was the missing and necessary link in materializing and actualizing it. The entire sequence of events had to be carried out or all the steps completed for the tax plan to work: see Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed., at page 1409. The appellant's transaction satisfied, in my view, both the "mutual interdependence" test and the "end result" test under which two or more transactions constitute a series either if they are so interdependent that the results of one transaction would be meaningless in the absence of the completion of the other transactions, or they are in substance component parts of a single transaction which were intended from the outset to be taken for the purpose of reaching the ultimate result: see Brian J. Arnold and

il existait un lien de dépendance, des pertes en gestation en augmentant leur prix de base ajusté. À mon humble avis, aucune raison valide ou légitime ne justifiait la création de cette société de personnes et le transfert à cette dernière du portefeuille si ce n'était pour créer un avantage fiscal qui serait vendu ultérieurement.

L'opération de l'appelante faisait-elle partie d'une série d'opérations?

[129] L'appelante prétend qu'elle n'était pas au courant des opérations de la STC effectuées par le liquidateur de la STC et qu'elle n'y a pas participé. Elle fait valoir que, même si les opérations de la STC constituaient des opérations d'évitement, sa propre opération n'était pas une opération d'évitement parce qu'elle ne faisait pas partie de la série d'opérations effectuées par la STC. En outre, l'appelante affirme qu'il n'y avait aucun «lien raisonnable» ni aucune interdépendance entre son opération et celles de la STC.

[130] Il est évident, à mon sens, comme cela a été le cas pour le juge de la Cour de l'impôt, que cette vente éventuelle à une partie sans lien de dépendance faisait partie des étapes déterminées d'avance qui avaient été effectuées par le liquidateur de la STC. Les pertes en gestation découlant du transfert du portefeuille à la STIL II avaient besoin de l'interaction d'un tiers sans lien de dépendance pour prendre vie. L'ensemble de l'opération élaborée et effectuée par le liquidateur de la STC a été conçu dans le but, et avait pour objet, de créer et de transférer un avantage fiscal. Il était fondé sur l'acquisition par un tiers, au moyen de laquelle les pertes en gestation deviendraient de véritables pertes entre les mains de ce tiers. En d'autres mots, l'appelante peut ne pas avoir été partie à la conception ou à la création de l'avantage fiscal, mais elle constituait le lien manquant et nécessaire pour qu'il se matérialise et se réalise. Pour que le plan fiscal fonctionne, toute la série des événements devait être réalisée ou toutes les étapes devaient être terminées: voir Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5^e éd., à la page 1409. À mon avis, l'opération de l'appelante satisfaisait à la fois au principe de l'« interdépendance mutuelle » et au principe du « résultat final » d'après lesquels deux ou plusieurs opérations constituent une série, soit lorsqu'elles sont si interdépendantes que les résultats d'une opération seraient inutiles sans la réalisation

James R. Wilson, “The General Anti-Avoidance Rule—Part 2” (1988), 36 *Can. Tax J.* 1123, at page 1162.

[131] The appellant also submitted that subsection 245(3), in relation to the tax benefit, uses the word “obtain” and not “confer”. Had Parliament intended to cover the situation the appellant finds itself involved in, the submission goes, it would have referred to transactions within a series of transactions arranged primarily to “confer” a tax benefit.

[132] As attractive as this argument of the appellant may be, it is not supported by the terms of the general anti-avoidance provision found in subsection 245(2) or the terms of the definition of avoidance transaction in subsection 245(3). A close reading of these provisions reveals that the GAAR is result-oriented and, therefore, it matters little who produced the tax benefit. The fact that the tax benefit could also result indirectly from the transaction or the series of transactions indicates, as the respondent puts it, that “Parliament intended to divorce the author of tax avoidance transactions from the beneficiary of the tax benefits flowing from these transactions”: see respondent’s amended memorandum of fact and law, paragraph 41.

[133] In my view, the Tax Court Judge was right in his conclusion that the appellant’s transaction was part of that series of avoidance transactions which resulted in a substantial tax benefit for the appellant.

Whether the transaction amounted to a misuse of the provisions of the Act or an abuse having regard to the provisions of the Act read as a whole

[134] The Tax Court Judge, as it appears from the following excerpt of his decision, at paragraph 54, concluded that the use of subsection 18(13) of the Act was a misuse of that provision:

Counsel for the Appellant argues that subsection 18(13) is not misused in this case, because the result for which he contends is the very result that the subsection dictates in the circumstances. That will always be the case when a section of

complète des autres opérations, soit qu’elles constituent essentiellement des composantes d’une seule opération dont l’objet initial était d’atteindre le résultat ultime: voir Brian J. Arnold et James R. Wilson, «The General Anti-Avoidance Rule—Part 2» (1988), 36 *Rev. fis. can.* 1123, à la page 1162.

[131] L’appelante a également fait valoir que le paragraphe 245(3) utilise, en rapport avec l’avantage fiscal, le verbe «obtenir» et non le verbe «conférer». Selon l’argument avancé, si le Parlement avait l’intention de régir la situation dans laquelle se trouve l’appelante, il aurait parlé d’opérations faisant partie d’une série d’opérations principalement effectuées en vue de «conférer» un avantage fiscal.

[132] Aussi attrayant que soit cet argument avancé par l’appelante, il n’est pas étayé par le libellé de la directive générale anti-évitement énoncée au paragraphe 245(2) ni par la définition d’opération d’évitement énoncée au paragraphe 245(3). La lecture attentive de ces dispositions révèle que la RGAÉ est axée sur les résultats et, par conséquent, il importe peu qui a produit l’avantage fiscal. Le fait que l’avantage fiscal pourrait également découler indirectement de l’opération ou de la série d’opérations indique, comme l’intimée le souligne, que «de Parlement avait l’intention de séparer l’auteur des opérations d’évitement du bénéficiaire de l’avantage fiscal en découlant:» voir le Mémoire modifié des faits et du droit de l’intimée, paragraphe 41.

[133] À mon avis, le juge de la Cour de l’impôt avait raison de conclure que l’opération de l’appelante faisait partie d’une série d’opérations d’évitement dont l’appelante a tiré un avantage fiscal important.

L’opération constituait-elle un abus dans l’application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble?

[134] Le juge de la Cour de l’impôt a conclu, comme il ressort de l’extrait suivant tiré de sa décision, au paragraphe 54, que cette utilisation du paragraphe 18(13) de la Loi constituait un abus (*misuse*) dans l’application de cette disposition:

D’après l’avocat de l’appelante, il n’y a pas d’abus dans l’application du paragraphe 18(13) dans la présente espèce, car le résultat qui selon lui a été obtenu est le résultat même que commande ce paragraphe dans les circonstances. Mais il en

the Act is put to a use for which it was not intended in furtherance of an avoidance transaction, or a series of avoidance transactions. That unintended application of the section is the very mischief at which GAAR is aimed. Subsection 18(13) was enacted as a stop-loss provision, the object of which is to prevent taxpayers who are in the money-lending business from artificially realizing losses on assets which have declined in market value by transferring them to a person with whom they do not deal at arm's length, while maintaining control of the assets through the non-arm's length nature of their relationship with the transferee. The use of that provision to effect the transfer of unrealized losses from a taxpayer who has no income against which to offset those losses to a taxpayer which does have such income is clearly a misuse.

I agree. Subsection 18(13) was not intended to be used by a corporation to increase the adjusted cost base of a related corporation or partnership for the purpose of selling its losses to an arm length corporation.

[135] I also share his view that the transaction was an abuse of the Act as a whole whereby STC's losses were made a marketable commodity and transferred from one corporation to another corporation through the artifice of a partnership (the STIL II partnership) which had never incurred the losses and acted as a conduit.

[136] The appellant relied upon two decisions of Associate Chief Justice Bowman of the Tax Court of Canada for the principle that it is no misuse or abuse of the Act for a taxpayer to structure a transaction in a tax effective way or not structure it in a manner that maximizes the tax: see *Jabs Constuction Ltd. v. Canada*, [1999] 3 C.T.C. 2556 (T.C.C.), at paragraph 46; *Geransky v. Canada* (2001), 2001 DTC 243 (T.C.C.), at paragraph 42.

[137] I do not quarrel with the principle enunciated by Associate Chief Justice Bowman. However, this is not what took place in the present instance and, for that reason, these two cases relied upon by the appellant are easily distinguishable from our case.

[138] In *Jabs Construction Ltd.*, the owners of the company, Mr. and Mrs. Jabs, were known philanthropists. The company that they controlled owned

sera toujours ainsi lorsqu'un article de la Loi est utilisé d'une manière non voulue par le législateur pour effectuer une opération d'évitement ou une série d'opérations d'évitement. Cette application non voulue de l'article de la Loi est le mal même que vise à empêcher la DGAE. Le paragraphe 18(13) a été adopté comme disposition visant à empêcher des contribuables qui exploitent une entreprise consistant à prêter de l'argent de réaliser artificiellement des pertes sur des actifs dont la valeur marchande a baissé, en les transférant à une personne avec qui ils ont un lien de dépendance, tout en gardant le contrôle des actifs grâce au lien de dépendance existant dans leur relation avec le bénéficiaire du transfert. L'utilisation de cette disposition de manière à ce que des pertes non réalisées soient transférées d'un contribuable n'ayant aucun revenu duquel déduire ces pertes à un contribuable ayant un tel revenu est nettement un abus.

Je suis d'accord. Le paragraphe 18(13) n'était pas destiné à permettre aux sociétés d'augmenter le prix de base ajusté d'une société ou d'une société de personnes liée dans le but de vendre ses pertes à une société sans lien de dépendance.

[135] Je partage également son avis que l'opération était un abus (*abuse*) dans l'application de la Loi lue dans son ensemble par laquelle les pertes de la STC ont été transformées en un produit vendable et transférées d'une société à une autre par l'artifice d'une société de personnes (la STIL II) qui n'avait jamais subi les pertes et a agi comme intermédiaire.

[136] L'appelante s'est fondée sur deux décisions du juge en chef adjoint Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, pour avancer le principe selon lequel il n'y a pas d'abus dans l'application de la Loi lorsqu'un contribuable structure une opération d'une manière fiscalement efficace ou ne structure pas une opération d'une manière qui optimise l'impôt: voir *Jabs Constuction Ltd. c. Canada*, [1999] 3 C.T.C. 2556 (C.C.I.), au paragraphe 46; *Geransky c. Canada* (2001), 2001 DTC 243 (C.C.I.), au paragraphe 42.

[137] Je ne conteste pas le principe énoncé par le juge en chef adjoint Bowman. Toutefois, ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce et, pour cette raison, il est facile d'établir une distinction entre les deux arrêts invoqués par l'appelante et la présente espèce.

[138] Dans l'affaire *Jabs Construction Ltd.*, les propriétaires de la compagnie, M. et M^{me} Jabs, étaient des mécènes bien connus. La compagnie qu'ils

50% interest in 13 properties. That interest had to be sold to a partner in a joint venture after the joint venture was terminated in a bitter dispute. The company had two options. On its own, it could sell the properties to the partner or it could donate them to a charity and have them sold by the charity. Mr. and Mrs. Jabs took the second option and made gifts to a charity according to subsection 110.1(3) of the Act.

[139] The Tax Court found that there was no misuse of subsection 110.1(3) of the Act as the tax mitigation resulting from such gifts is precisely what the section contemplates: see decision at paragraph 46. In addition, the Tax Court also found that it would have been financially more advantageous for the company to sell the properties rather than have them sold by the charity. However, it would not have been as advantageous for the charity if the company had proceeded to the sale itself: see decision at paragraph 13. Thus, the Tax Court concluded that there was no avoidance transactions in these circumstances.

[140] The *Geransky* case is on appeal to our Court and I will simply say this in order not to pre-empt the appeal. The case involves a finding by the Tax Court that the tax assessor had made an erroneous assessment and qualification of the transaction which he saw as an avoidance transaction as well as an erroneous assessment of the tax benefit. There is no such thing in our case.

[141] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

contrôlaient détenait un intérêt de 50 p. 100 dans 13 biens. Cet intérêt devait être vendu à un associé dans une coentreprise après la dissolution de la coentreprise par suite d'un conflit acrimonieux. La compagnie avait deux options. Elle pouvait, de son propre chef, vendre les biens à l'associé ou les donner à un organisme de bienfaisance qui s'occuperait de les vendre. M. et M^{me} Jabs ont choisi la deuxième solution et ont fait des dons à un organisme de bienfaisance conformément au paragraphe 110.1(3) de la Loi.

[139] La Cour de l'impôt a conclu qu'il n'y avait pas eu d'abus dans l'application du paragraphe 110.1(3) de la Loi car cet article envisage précisément la minimisation des attributs fiscaux découlant de telles donations: voir la décision au paragraphe 46. En outre, la Cour de l'impôt a également conclu qu'il était financièrement plus avantageux pour la compagnie de vendre les biens plutôt que de les faire vendre par l'organisme de bienfaisance. Toutefois, cela n'aurait pas été aussi avantageux pour l'organisme de bienfaisance si la compagnie les avait vendus elle-même: voir la décision, au paragraphe 13. Aussi, la Cour de l'impôt a-t-elle conclu qu'il n'y avait pas eu d'opérations d'évitement dans les circonstances.

[140] La présente Cour est saisie de l'appel de la décision rendue dans l'affaire *Geransky* et je vais tout simplement dire ceci de manière à ne pas préjuger de l'appel. Dans cette affaire, la Cour de l'impôt a conclu que le répartiteur avait fait une évaluation et une qualification erronées de l'opération qu'il avait considérée comme une opération d'évitement ainsi qu'une évaluation erronée de l'avantage fiscal. Il y a rien de tel en l'espèce.

[141] Pour ces motifs, je rejette l'appel avec dépens.

2001 FCA 338
A-701-98

2001 CAF 338
A-701-98

Bertha L’Hirondelle, suing on her own behalf and on behalf of all other members of the Sawridge Band, Wayne Roan, suing on his own behalf and on behalf of all members of the Ermineskin Band and Bruce Starlight, suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Sarcee Band (*Plaintiffs/ Appelants*)

Bertha L’Hirondelle en son nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Sawridge, Wayne Roan en son nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne d’Ermineskin et Bruce Starlight en son nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Sarcee (*demandeurs/appelants*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Defendant/Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*défenderesse/intimée*)

and

et

Native Council of Canada, Native Council of Canada (Alberta) and Non-Status Indian Association of Alberta (*Interveners*)

Le Conseil national des autochtones du Canada, le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta) et la Non-Status Indian Association of Alberta (*intervenants*)

A-793-00

A-793-00

Bruce Starlight, suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Tsuu T’ina First Nation (Formerly the Sarcee Indian Band) (*Plaintiffs/ Appellants*)

Bruce Starlight en son nom et au nom de tous les autres membres de la première nation Tsuu T’ina (autrefois bande indienne de Sarcee) (*demandeurs/ appelants*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Defendant/Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*défenderesse/intimée*)

and

et

Native Council of Canada, Native Council of Canada (Alberta), Non-Status Indian Association of Alberta and Native Women’s Association of Canada (*Interveners*)

Le Conseil national des autochtones du Canada, le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta), la Non-Status Indian Association of Alberta et la Native Women’s Association of Canada (*intervenants*)

A-794-00

A-794-00

Bertha L’Hirondelle, suing on her own behalf and on behalf of all other members of the Sawridge Band (*Plaintiffs/Appellants*)

Bertha L’Hirondelle en son nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Sawridge (*demandeurs/appelants*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Defendant/Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*défenderesse/intimée*)

and

Native Council of Canada, Native Council of Canada (Alberta), Non-Status Indian Association of Alberta and Native Women's Association of Canada (*Intervenors*)

INDEXED AS: SAWRIDGE BAND v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Linden, Rothstein and Malone J.J.A.—Ottawa, November 6 and 7, 2001.

Evidence — Appeals from orders transcript of evidence given at original trial should be used, as far as possible, at new trial — Original judgment quashed on ground of reasonable apprehension of bias — Statement in Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities) that hearing void where reasonable apprehension of bias, meaning even if ultimate decision correct, cannot stand because of inherent unfairness in conduct of hearing — Void hearing resulting in void order — But evidence taken at trial, under oath, in open court, subject to cross-examination and transcription, subsists, and in appropriate circumstances, transcripts thereof may be used at subsequent trial.

Practice — Case Management — F.C.A. states its position on appeals from orders of case management judges — Case management judges must be given latitude to manage cases, resolve protracted interlocutory proceedings, move cases on to trial — F.C.A. will interfere only in clearest case of misuse of judicial discretion.

A Trial Division decision having been quashed by the Federal Court of Appeal for reasonable apprehension of bias, these were appeals from orders of a case management judge which provided that, as far as possible, transcripts of evidence given at the original trial should be used at the new trial to save time and the expense of calling witnesses to give their evidence yet again. The appellants submitted that it was wrong in law to use, at a second trial, evidence from a trial in respect of which there has been a finding of a reasonable apprehension of bias. They relied upon *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)* which held that a hearing in respect of which there is an apprehension of bias is void.

et

Le Conseil national des autochtones du Canada, le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta), la Non-Status Indian Association of Alberta et la Native Women's Association of Canada (*intervenants*)

RÉPERTORIÉ: BANDE DE SAWRIDGE c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Linden, Rothstein et Malone J.C.A.—Ottawa, 6 et 7 novembre 2001.

Preuve — Appels d'ordonnances prévoyant que, dans la mesure du possible, la transcription de la preuve recueillie lors du procès initial devrait être utilisée dans le nouveau procès — Le jugement initial avait été annulé pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité — La remarque qui a été faite dans Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities) selon laquelle l'audience est nulle s'il existe une crainte raisonnable de partialité veut dire que la décision finale, même si elle est correcte, ne peut pas être maintenue à cause d'une injustice intrinsèque dans la conduite de l'audience — La nullité de l'audience emporte la nullité de l'ordonnance — Cependant, la preuve qui a été recueillie sous serment et en public lors de ce procès-là et qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire et a été transcrite, subsiste et, dans les cas appropriés, la transcription de pareille preuve peut être utilisée dans un procès subséquent.

Pratique — Gestion des instances — La C.A.F. a énoncé sa position dans les cas où une ordonnance rendue par le juge responsable de la gestion d'une instance a été portée en appel — Le juge doit avoir une certaine latitude lorsqu'il s'agit de gérer l'instance, de régler des questions interlocutoires interminables et de faire avancer l'affaire jusqu'à l'étape du procès — La C.A.F. n'intervient que dans les cas où un pouvoir discrétionnaire judiciaire a manifestement été mal exercé.

Un jugement prononcé par la Section de première instance ayant été annulé par la Cour d'appel fédérale pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité, ces appels ont été interjetés contre des ordonnances rendues par le juge responsable de la gestion de l'instance, lesquelles prévoyaient que, dans la mesure du possible, la transcription de la preuve recueillie lors du procès initial devrait être utilisée dans le nouveau procès de façon à éviter de gaspiller du temps et de l'argent en citant des personnes qui avaient déjà témoigné pour qu'elles présentent encore une fois la même preuve. Les appelants ont affirmé qu'il était erroné en droit d'utiliser, dans le deuxième procès, une preuve qui avait été fournie dans un procès à l'égard duquel il avait été conclu à l'existence d'une

Held, the appeals should be dismissed.

A finding that a hearing is void means that, even if the ultimate decision is correct, it cannot stand because of the inherent unfairness in the conduct of the hearing. A void hearing must result in a void order. But evidence taken at that trial, under oath, in open court, subject to cross-examination and transcription subsists and, in appropriate circumstances, transcripts of such evidence may be used at a subsequent trial, including use for the purpose of cross-examination. It is, however, open to parties or interveners to object to the use of such evidence if they are of the view that it was affected by statements or other actions of the Trial Judge at the original trial or that unfairness will otherwise arise.

As to the argument that the judge conducting the second trial must be able to see and assess the demeanour and oral evidence of the witnesses in order to make valid credibility findings, the second order left it to the Trial Judge to decide whether the use of any specific evidence would be inappropriate.

There is no unfairness if the Trial Judge reads evidence from the first trial in dealing with whether such evidence is relevant or otherwise objectionable. Evidence is often admitted subject to objection. If a Trial Judge considers the evidence irrelevant or otherwise inadmissible, it will not be used in the Trial Judge's findings of fact.

There was no prejudice to the appellants by requiring them to make submissions on the admissibility of evidence from the first trial because by the time their submissions were made, all pleadings were filed. The appellants knew the positions pleaded by the respondent and interveners, and had the opportunity to make submissions with regard thereto.

This was an opportune occasion for the Court of Appeal to state its position concerning appeals against the orders of case management judges. Case management judges must be given latitude to manage cases. The Court will interfere only in the clearest case of a misuse of judicial discretion. In dealing with complex litigation, case management judges should be afforded "elbow room" to resolve protracted interlocutory

cause raisonnable de partialité. Ils se fondaient sur l'arrêt *Newfoundland Telephone Company c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, où il avait été statué qu'une audience à l'égard de laquelle il existe une crainte de partialité est nulle.

Arrêt: les appels sont rejetés.

S'il est conclu qu'une audience est nulle, la décision finale, même si elle est correcte, ne peut pas être maintenue, et ce, à cause d'une injustice intrinsèque dans la conduite de l'audience. La nullité de l'audience emporte la nullité de l'ordonnance. Cependant, la preuve qui a été recueillie sous serment et en public lors de ce procès-là et qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire et a été transcrite subsiste et, dans les cas appropriés, la transcription de pareille preuve peut être utilisée dans un procès subséquent, notamment aux fins d'un contre-interrogatoire. Toutefois, il est loisible aux parties et aux intervenants de s'opposer à l'utilisation de la preuve s'ils sont d'avis que certaines remarques ou autres actions du juge qui a présidé le procès initial influent sur la preuve ou qu'il en résulte par ailleurs une injustice.

Quant à l'argument selon lequel le juge qui préside le deuxième procès doit être en mesure de voir et d'apprécier le comportement des témoins et la preuve orale que ceux-ci présentent afin d'arriver à des conclusions valables au sujet de la crédibilité, la deuxième ordonnance permettait au juge du procès de déterminer s'il convenait d'utiliser un élément de preuve précis.

Aucune injustice n'est commise si, en déterminant si la preuve obtenue lors du premier procès est pertinente ou s'il est par ailleurs possible de s'y opposer, le juge du procès prend connaissance de cette preuve. Le juge n'utilise pas un élément de preuve qu'il juge non pertinent ou par ailleurs inadmissible lorsqu'il s'agit de tirer des conclusions de fait.

Les appellants n'ont pas subi de préjudice lorsqu'ils se sont vus obligés de soumettre des arguments au sujet de l'admissibilité de la preuve recueillie lors du premier procès parce que, lorsque les arguments ont été soumis, les actes de procédure avaient tous déjà été déposés. Les appellants étaient au courant des positions prises par l'intimé et par les intervenants et ils avaient la possibilité de soumettre des arguments sur ce point.

Il s'agissait d'une bonne occasion pour la Cour d'appel d'énoncer sa position dans les cas où une ordonnance rendue par le juge responsable de la gestion d'une instance a été portée en appel. Il faut donner au juge responsable une certaine latitude aux fins de la gestion de l'instance. La Cour n'intervient que dans les cas où un pouvoir discrétionnaire judiciaire a manifestement été mal exercé. Il faut donner une certaine

proceedings and move the cases on to trial.

«marge de manœuvre» au juge responsable de la gestion de l'instance dans une affaire complexe lorsqu'il s'agit de régler des questions interlocutoires interminables et de faire avancer l'affaire jusqu'à l'étape du procès.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Korte v. Deloitte, Haskins and Sells (1995), 36 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.).

CONSIDERED:

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; 89 D.L.R. (4th) 289; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1.

REFERRED TO:

Sawridge Band v. Canada (1998), 157 F.T.R. 236 (F.C.T.D.); revd *Sawridge Band v. Canada*, [1997] 3 F.C. 580; (1997), 3 Admin. L.R. (3d) 69; 215 N.R. 133 (C.A.).

APPEALS from orders providing that transcripts of evidence given at the original trial, which was set aside on the grounds of reasonable apprehension of bias, should be used as much as possible at the new trial (*Sawridge Band v. Canada* (1998), 157 F.T.R. 236 (F.C.T.D.)). Appeals dismissed.

APPEARANCES:

Philip P. Healey, Martin J. Henderson, and Catherine M. Twinn for appellant.

Kathleen Kohlman for respondent.

Kenneth S. Purchase and Edward A. Pundyk for intervener Native Council of Canada.

Jonathan P. Faulds for intervener Native Council of Canada (Alberta).

Michael J. Donaldson for intervener Non-Status Indian Association of Alberta.

Mary Eberts for intervener Native Women's Association of Canada.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Korte v. Deloitte, Haskins and Sells (1995), 36 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

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; 89 D.L.R. (4th) 289; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1.

DÉCISION CITÉE:

Bande de Sawridge c. Canada (1998), 157 F.T.R. 236 (C.F. 1^{re} inst.); inf. par *Bande de Sawridge c. Canada*, [1997] 3 C.F. 580; (1997), 3 Admin. L.R. (3d) 69; 215 N.R. 133 (C.A.).

APPELS d'ordonnances prévoyant que la transcription de la preuve recueillie lors du procès initial, qui avait été annulé pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité, devrait dans la mesure du possible être utilisée dans le nouveau procès (*Bande de Sawridge c. Canada* (1998), 157 F.T.R. 236 (C.F. 1^{re} inst.)). Appels rejetés.

ONT COMPARU:

Philip P. Healey, Martin J. Henderson, et Catherine M. Twinn pour l'appelante.

Kathleen Kohlman pour l'intimée.

Kenneth S. Purchase et Edward A. Pundyk pour l'intervenant, le Conseil national des autochtones du Canada.

Jonathan P. Faulds pour l'intervenant, le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta).

Michael J. Donaldson pour l'intervenante, la Non-Status Indian Association of Alberta.

Mary Eberts pour l'intervenante, la Native Women's Association of Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

Aird & Berlis, Toronto, and *Catherine M. Twinn*, Slave Lake, Alberta for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Lang Michener, Ottawa for intervener Native Council of Canada.
Field Atkinson Perraton, Edmonton, for intervener Native Council of Canada (Alberta).

Burnet, Duckworth & Palmer LLP, Calgary, for intervener Non-Status Indian Association of Alberta.

Eberts Symes Street & Corbett, Toronto, for intervener Native Women's Association of Canada.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: These are appeals from orders of Hugessen J. in his capacity as case management Judge in complex litigation. An original judgment of the Trial Division in *Sawridge Band v. Canada*, [1996] 1 F.C. 3 (T.D.) was quashed by this Court [1997] 3 F.C. 580, on the grounds of reasonable apprehension of bias in the Trial Judge. A new trial was ordered. Hugessen J.'s duties as case management Judge have been to bring the new trial on as quickly as possible and in the most efficient and cost-saving manner.

[2] What gives rise to these appeals are orders of Hugessen J. which indicate that, as far as possible, transcripts of evidence given at the original trial should be used at the new trial in order to avoid the time and expense of calling the same witnesses to give the same evidence all over again.

[3] The first order under appeal was made by Hugessen J. on September 23, 1998. It reads, in relevant part [*Sawridge Band v. Canada* (1998), 157 F.T.R. 236 (F.C.T.D.), at paragraph 7]:

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Aird & Berlis, Toronto, et *Catherine M. Twinn*, Slave Lake (Alberta) pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Lang Michener, Ottawa, pour l'intervenant, le Conseil national des autochtones du Canada.
Field Atkinson Perraton, Edmonton, pour l'intervenant, le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta).

Burnet, Duckworth & Palmer LLP, Calgary, pour l'intervenante, la Non-Status Indian Association of Alberta.

Eberts Symes Street & Corbett, Toronto, pour l'intervenante, la Native Women's Association of Canada.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Il s'agit d'appels interjetés contre des ordonnances rendues par le juge Hugessen à titre de juge responsable de la gestion de l'instance dans un litige complexe. Un jugement initialement prononcé par la Section de première instance dans l'affaire *Bande de Sawridge c. Canada*, [1996] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.), a été annulé par la présente Cour [1997] 3 C.F. 580, pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité de la part du juge de première instance. La Cour a ordonné un nouveau procès. À titre de juge responsable de la gestion de l'instance, le juge Hugessen devait veiller à ce que le nouveau procès soit tenu aussi rapidement que possible et de la manière la plus efficiente et économique possible.

[2] Les présents appels résultent d'ordonnances du juge Hugessen prévoyant que, dans la mesure du possible, la transcription de la preuve recueillie lors du procès initial devait être utilisée dans le nouveau procès, de façon à éviter de gaspiller du temps et de l'argent en citant des personnes qui avaient déjà témoigné pour qu'elles présentent encore une fois la même preuve.

[3] La première ordonnance ici en cause a été rendue par le juge Hugessen le 23 septembre 1998 [*Bande de Sawridge c. Canada* (1998), 157 F.T.R. 236 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 7]. La partie de l'ordonnance qui nous intéresse est ainsi libellée:

(1) Counsel for plaintiffs shall submit in writing to counsel for defendant and each intervener by 15 November 1998, a detailed list of all those parts of the transcript of evidence at the first trial, including any interventions by the trial judge, to which objection is taken to their use as evidence at the new trial, together with the reasons therefor. Counsel for defendant and the interveners shall respond thereto in writing by 30 December, 1998, following which any party or intervener may apply to have any dispute over inadmissibility resolved by the case management Judge.

1) Les avocats des demandeurs devront, au plus tard le 15 novembre 1998, soumettre par écrit aux avocats de la défenderesse et de chaque intervenant une liste détaillée de toutes les parties de la transcription des témoignages offerts lors du premier procès, y compris de toute intervention du juge de première instance, dont on ne veut pas qu'elles soient présentées en preuve au nouveau procès, ainsi que les motifs de ces objections. Les avocats de la défenderesse et ceux des intervenants devront y répondre par écrit au plus tard le 30 décembre 1998, après quoi chaque partie ou intervenant pourra demander à soumettre tout litige relatif à l'admissibilité de la preuve au juge responsable de la gestion de l'instance.

Subsequent to this order being made, the appellants made submissions to Hugessen J.:

Après que cette ordonnance eut été rendue, les appelants ont soumis au juge Hugessen des arguments:

1. generally objecting to any evidence from the original trial being used in the second trial; and

1. en vue de s'opposer d'une façon générale à l'utilisation, dans le deuxième procès, de toute preuve recueillie lors du procès initial; et

2. specifically objecting to evidence of the interveners and to expert evidence from the original trial being used in the second trial.

2. en vue de s'opposer expressément à l'utilisation, dans le deuxième procès, de la preuve des intervenants et de la preuve d'expert recueillies lors du procès initial.

There followed submissions from the respondent and interveners, the completion of amended pleadings by all parties and interveners, and a subsequent hearing before Hugessen J. On December 8, 2000, he made the second order under appeal which provides in relevant part:

L'intimée et les intervenants ont ensuite présenté leurs arguments; les actes de procédure modifiés des parties et des intervenants ont été clos et le juge Hugessen a ensuite tenu l'audience. Le 8 décembre 2000, le juge a rendu la deuxième ordonnance visée par l'appel, dont la partie pertinente est ainsi libellée:

Save as the Court may otherwise order:

[TRADUCTION] Sauf ordonnance contraire de la Cour:

1. The transcript of any evidence (excluding argument and any comments or interventions by the trial judge) given at the first trial may, subject to any ruling by the trial judge on the issues of relevance and, where applicable, the right of a person to give opinion evidence, may be introduced in evidence at the new trial. No witness whose testimony is thus given in evidence shall, without leave of the trial judge be examined or cross-examined at the new trial.

1. La transcription de toute la preuve déposée au premier procès (sauf les arguments, commentaires et interventions du juge du procès) peut, sous réserve de toute décision du juge du procès quant à sa pertinence et du droit d'une personne de présenter des témoignages d'opinion, lorsque c'est le cas, être déposée en preuve au nouveau procès. Les témoins dont les témoignages sont ainsi déposés en preuve ne seront pas interrogés ou contre-interrogés au nouveau procès, sauf autorisation du juge du procès.

2. No person who testified at the first trial shall be called to give evidence at the new trial unless the party wishing to call such person satisfies the trial judge that such a person is likely to give evidence that was not given by that person at the first trial.

2. Les personnes qui ont témoigné au premier procès ne seront pas convoquées à témoigner au nouveau procès, sauf si la partie qui veut les convoquer arrive à convaincre le juge du procès que les personnes en cause sont susceptibles de présenter une preuve qu'elles n'avaient pas présentée lors du premier procès.

[4] The appellants say that it is wrong in law to use, at a second trial, evidence from a trial in respect of which there has been a finding of a reasonable apprehension of

[4] Les appelants affirment qu'il est erroné en droit d'utiliser, dans le deuxième procès, une preuve qui a été fournie dans un procès à l'égard duquel il a été conclu à

bias. The appellants rely primarily on the Supreme Court of Canada decision in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, in which Cory J. stated at page 645:

The damage created by apprehension of bias cannot be remedied. The hearing, and any subsequent order resulting from it, is void.

The appellants say that the words “the hearing . . . is void” means that the transcript of evidence is void and cannot be used in any way at the subsequent trial. The appellants also rely on *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paragraph 100, to make the same point.

[5] Contrary to the appellants’ submissions, we are of the view that *Newfoundland Telephone* does not stand for the proposition that evidence taken at a trial tainted by reasonable apprehension of bias can never be used in a subsequent trial. We think that a finding that a hearing is void means that, even if the ultimate decision is correct, it cannot stand because of the inherent unfairness in the conduct of the hearing. A void hearing must result in a void order.

[6] But evidence taken at that trial, under oath, in open court, subject to cross-examination and transcription, is not read out of existence. The evidence subsists and, in appropriate circumstances, we see no reason why transcripts of such evidence may not be used at a subsequent trial, including use for the purposes of cross-examination. Of course, it is open to the parties or interveners to object to the use of the evidence if they are of the view that the evidence was affected by statements or other actions of the Trial Judge at the original trial or that unfairness will otherwise arise. That will be determined by the Trial Judge.

[7] The appellants cite a number of other reasons why they say the evidence at the original trial cannot be used in the second trial. Their main point is that findings of

l’existence d’une crainte raisonnable de partialité. Les appelants se fondent principalement sur la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l’affaire *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, où le juge Cory a dit ce qui suit à la page 645:

Le préjudice résultant d’une crainte de partialité est irrémédiable. L’audience, ainsi que toute ordonnance à laquelle elle aboutit, est nulle.

Les appelants affirment que les mots «[l]’audience [. . .] est nulle» veulent dire que la transcription de la preuve est nulle et ne peut pas être utilisée dans le cadre du procès subséquent. Ils invoquent également à l’appui l’arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, au paragraphe 100.

[5] Contrairement aux prétentions des appelants, nous sommes d’avis que l’arrêt *Newfoundland Telephone* n’étaye pas la thèse selon laquelle la preuve recueillie lors d’un procès qui est entachée d’une crainte raisonnable de partialité ne peut jamais être utilisée dans le cadre d’un procès subséquent. À notre avis, s’il est conclu que l’audience est nulle, la décision finale, même si elle est correcte, ne peut pas être maintenue, et ce, à cause d’une injustice intrinsèque dans la conduite de l’audience. La nullité de l’audience emporte la nullité de l’ordonnance.

[6] Cependant, la preuve qui a été recueillie sous serment et en public lors de ce procès-là et qui a fait l’objet d’un contre-interrogatoire et a été transcrite n’est pas annulée. Elle subsiste et nous ne voyons pas pourquoi, dans les cas appropriés, la transcription de pareille preuve ne peut pas être utilisée dans un procès subséquent, notamment aux fins d’un contre-interrogatoire. Bien sûr, il est loisible aux parties et aux intervenants de s’opposer à l’utilisation de la preuve s’ils sont d’avis que certaines remarques ou autres actions du juge qui a présidé le procès initial influent sur la preuve ou qu’il en résulte par ailleurs une injustice. C’est au juge présidant le procès qu’il incombe de trancher la question.

[7] Les appelants invoquent un certain nombre d’autres motifs à l’appui de la thèse selon laquelle la preuve recueillie lors du procès initial ne peut pas être

credibility will have to be made and the judge conducting the second trial must be able to see and assess the demeanour and oral evidence of the witnesses in order to make valid credibility findings.

[8] It is quite clear from the December 8, 2000 order, that Hugessen J. was attempting, as far as possible, to strongly encourage the use of evidence from the first trial to save time and expense. But the order leaves it to the Trial Judge to decide whether the use of any specific evidence would be inappropriate. The opening words of the order “Save as the Court may otherwise order” indicate that full discretion has been left to the Trial Judge as to what evidence from the original trial should be admitted and in what circumstances the parties or interveners may adduce evidence through oral testimony rather than by the introduction of transcripts from the original trial. This effectively deals with the appellant’s main objection to the use of that evidence. The orders of Hugessen J. do not purport to fetter the discretion of the Trial Judge and leave open the opportunity of the parties or interveners, when the circumstances warrant, to persuade the Trial Judge that fairness requires oral evidence rather than the use of specific transcripts from the original trial.

[9] The appellants also express the concern that the Trial Judge, in dealing with whether evidence from the first trial is relevant or is otherwise objectionable will read that evidence. We are not persuaded of any unfairness if the Trial Judge reads such evidence. Evidence is often admitted subject to objection. If, upon consideration, a Trial Judge considers the evidence irrelevant or otherwise inadmissible, it is understood that it will not be used in the Trial Judge’s findings of fact.

[10] The appellants say they were required to make submissions to Hugessen J. on the admissibility of

utilisée dans le deuxième procès. Ils soutiennent fondamentalement que des conclusions doivent être tirées au sujet de la crédibilité et que le juge qui préside le deuxième procès doit être en mesure de voir et d’apprécier le comportement des témoins et la preuve orale que ceux-ci présentent afin d’arriver à des conclusions valables au sujet de la crédibilité.

[8] Il ressort d’une façon passablement claire de l’ordonnance du 8 décembre 2000 que le juge Hugessen tentait, dans la mesure du possible, d’encourager fortement l’utilisation de la preuve recueillie lors du premier procès de façon à épargner du temps et de l’argent. Cependant, l’ordonnance permet au juge du procès de déterminer s’il convient d’utiliser un élément de preuve précis. Le début de l’ordonnance: [TRADUCTION] «Sauf ordonnance contraire de la Cour» indique que le juge du procès a pleinement le pouvoir discrétionnaire de déterminer les éléments de preuve obtenus lors du procès initial qui doivent être admis et les circonstances dans lesquelles les parties ou les intervenants peuvent présenter leur preuve au moyen d’un témoignage oral plutôt qu’en déposant la transcription de la preuve obtenue lors du procès initial. Cela répond effectivement à l’objection principale que les appelants ont soulevée au sujet de l’utilisation de cette preuve. Les ordonnances rendues par le juge Hugessen ne visent pas à limiter le pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès; de plus, elles donnent aux parties ou aux intervenants la possibilité, lorsque les circonstances justifient la chose, de convaincre le juge du procès qu’en bonne justice, une preuve orale doit être présentée plutôt que la transcription effectuée lors du premier procès.

[9] Les appelants se préoccupent également de ce que, en déterminant si la preuve obtenue lors du premier procès est pertinente ou s’il est par ailleurs possible de s’y opposer, le juge du procès prenne connaissance de cette preuve. Cependant, nous ne sommes pas convaincus qu’une injustice soit commise en pareil cas. La preuve est souvent admise, sous réserve de toute objection qui peut être soulevée. Bien sûr, lorsqu’il s’agit de tirer des conclusions de fait, le juge n’utilise pas un élément de preuve qu’il juge, à la suite d’un examen, non pertinent ou par ailleurs inadmissible.

[10] Les appelants affirment qu’ils se sont vus obligés de soumettre au juge Hugessen des arguments au sujet

evidence from the first trial before pleadings were filed by the respondent and interveners and they have been prejudiced thereby. However, by the time the submissions leading to the December 8, 2000 order were made, all pleadings were filed. The appellants knew the positions pleaded by the respondent and interveners and had the opportunity, if they considered it necessary, to make submissions having regard to those pleadings. There has been no prejudice to the appellants in this regard.

[11] We would take this opportunity to state the position of this Court on appeals from orders of case management judges. Case management judges must be given latitude to manage cases. This Court will interfere only in the clearest case of a misuse of judicial discretion. This approach was well stated by the Alberta Court of Appeal in *Korte v. Deloitte, Haskins and Sells* (1995), 36 Alta. L.R. (3d) 56, paragraph 3, and is applicable in these appeals. We adopt these words as our own.

This is a very complicated lawsuit. It is subject to case management and has been since 1993. The orders made here are discretionary. We have said before, and we repeat, that case management judges in these complex matters must be given some “elbow room” to resolve endless interlocutory matters and move these cases on to trial. In some cases, the case management judge will have to be innovative to avoid having the case bog down in a morass of technical matters. Only in the clearest cases of mis-use of judicial discretion will we interfere. In this case, the carefully crafted orders made by the case management judge display a sound knowledge of the rules and the related case law. In particular, the order contains a provision that the parties are free to return to the case management judge for relief from the imposition of any intolerable burden imposed by the order. No clear error has been shown and we decline to interfere. While there may be some inconvenience to some of the parties, this does not translate into reversible error. We are not here to fine tune orders made in interlocutory proceedings, particularly in a case such as this one.

de l’admissibilité de la preuve recueillie lors du premier procès avant même que l’intimée et les intervenants aient déposé leurs actes de procédure et qu’ils ont ainsi subi un préjudice. Toutefois, lorsque les arguments qui ont entraîné la délivrance de l’ordonnance du 8 décembre 2000 ont été soumis, les actes de procédure avaient tous déjà été déposés. Les appelants étaient au courant des positions prises par l’intimée et par les intervenants et ils avaient la possibilité, s’ils le jugeaient nécessaire, de soumettre des arguments sur ce point. Ils n’ont pas subi de préjudice à cet égard.

[11] Nous tenons à profiter de l’occasion pour énoncer la position prise par la Cour dans les cas où une ordonnance rendue par le juge responsable de la gestion d’une instance a été portée en appel. Il faut donner au juge responsable une certaine latitude aux fins de la gestion de l’instance. La Cour n’intervient que dans les cas où un pouvoir discrétionnaire judiciaire a manifestement été mal exercé. Cette approche a été énoncée d’une façon juste par la Cour d’appel de l’Alberta dans l’arrêt *Korte c. Deloitte, Haskins and Sells* (1995), 36 Alta. L.R. (3d) 56, au paragraphe 3; elle s’applique en l’espèce. Nous adoptons les remarques ci-après énoncées:

[TRADUCTION] Il s’agit d’un litige fort compliqué. L’instance est gérée, et ce, depuis 1993. Les ordonnances qui ont ici été rendues sont discrétionnaires. Nous avons déjà dit et nous tenons à répéter qu’il faut donner une certaine «marge de manœuvre» au juge responsable de la gestion de l’instance dans une affaire complexe lorsqu’il s’agit de régler des questions interlocutoires interminables et de faire avancer l’affaire jusqu’à l’étape du procès. Dans certains cas, le juge responsable de la gestion de l’instance doit faire preuve d’ingéniosité de façon à éviter que l’on s’embourbe dans un tas de questions procédurales. La Cour n’intervient que dans les cas où un pouvoir discrétionnaire judiciaire a manifestement été mal exercé. Les ordonnances minutieusement libellées que le juge responsable de la gestion de l’instance a rendues en l’espèce démontrent une bonne connaissance des règles et de la jurisprudence pertinente. En particulier, l’ordonnance dispose que les parties peuvent à leur gré demander au juge responsable de la gestion de l’instance d’être libérées d’une obligation trop lourde imposée par l’ordonnance. Il n’a pas été démontré qu’une erreur ait clairement été commise; nous refusons d’intervenir. La chose cause peut-être un inconvénient à certaines parties, mais cela ne veut pas pour autant dire qu’une erreur susceptible de révision a été commise. Il n’incombe pas à la Cour de figoler les ordonnances rendues

[12] The appeal will be dismissed with one set of costs for Court files A-701-98, A-793-00 and A-794-00 to each of the respondent and interveners in any event of the cause and payable forthwith.

dans des procédures interlocutoires, en particulier dans un cas comme celui-ci.

[12] L'appel sera rejeté, un seul mémoire de dépens étant accordé tant à l'intimée qu'aux intervenants dans les dossiers du greffe A-701-98, A-793-00 et A-794-00, et ce, quelle que soit l'issue de la cause, et les dépens étant payables sans délai.

T-46-00
2001 FCT 1192

T-46-00
2001 CFPI 1192

Rose Bear (*Applicant*)

Rose Bear (*demanderesse*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: BEAR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: BEAR c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Trial Division, Muldoon J.—Winnipeg, June 26; Ottawa, November 1, 2001.

Section de première instance, juge Muldoon—Winnipeg, 26 juin; Ottawa, 1^{er} novembre 2001.

Native Peoples — Pensions — Due to conjunctive effect of Canada Pension Plan, Income Tax Act, Indian Act, income earned by Indian on reserve not taxable, therefore not pensionable under CPP before December 1988 — Based on Canadian Bill of Rights, applicant, Indian having worked on reserve from 1966 to 1988, should be allowed to contribute retroactively to Canada Pension Plan.

Peuples autochtones — Pensions — En raison de l'effet combiné du Régime de pensions du Canada, de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la Loi sur les Indiens, le revenu gagné par un Indien dans une réserve n'était pas imposable et n'aurait donc pas droit à pension selon le RPC avant décembre 1988 — Compte tenu de la Déclaration canadienne des droits, la demanderesse, une Indienne qui avait travaillé dans une réserve de 1966 à 1988, devrait être autorisée à cotiser rétroactivement au Régime de pensions du Canada.

Bill of Rights — Due to conjunctive effect of Canada Pension Plan, Income Tax Act, Indian Act, income earned by Indian on reserve not taxable, therefore not pensionable under CPP before December 1988 — Denying applicant right to contribute retroactively to Canada Pension Plan discriminatory — Utility of Bill of Rights in post-Charter era discussed — Bill of Rights, s. 2 authority for providing remedy where right infringed — Appropriate remedy direction allowing applicant to pay back CPP premiums so as to qualify for full benefits upon reaching 65.

Déclaration des droits — En raison de l'effet combiné du Régime de pensions du Canada, de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la Loi sur les Indiens, le revenu gagné par un Indien dans une réserve n'était pas imposable et n'aurait donc pas droit à pension selon le RPC avant décembre 1988 — Le refus à la demanderesse du droit de cotiser rétroactivement au Régime de pensions du Canada était discriminatoire — Examen de l'utilité de la Déclaration des droits après l'entrée en vigueur de la Charte — L'art. 2 de la Déclaration des droits constitue un fondement pour l'octroi d'une réparation lorsqu'un droit est nié — La réparation qui s'imposait était une directive autorisant la demanderesse à verser rétroactivement ses primes au RPC afin de pouvoir se qualifier pour des prestations complètes à l'âge de 65 ans.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Due to conjunctive effect of Canada Pension Plan, Income Tax Act, Indian Act, income earned by Indian on reserve not taxable, therefore not pensionable under CPP before December 1988 — Denying applicant right to contribute retroactively to Canada Pension Plan violating Charter, s. 15, but Charter probably not applicable in view of prohibition against retroactive application.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — En raison de l'effet combiné du Régime de pensions du Canada, de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la Loi sur les Indiens, le revenu gagné par un Indien dans une réserve n'était pas imposable et n'aurait donc pas droit à pension selon le RPC avant décembre 1988 — Le refus à la demanderesse du droit de cotiser rétroactivement au Régime de pensions du Canada violait l'art. 15 de la Charte, mais la Charte n'était probablement pas applicable compte tenu du principe de non-rétroactivité.

The applicant, a status Indian, worked on an Indian reserve in Manitoba from 1966 (when the Canada Pension Plan (CPP) was enacted) to 1988. Due to the conjunctive effect of the CPP, of the *Income Tax Act*, and of the *Indian Act*, the income earned by an Indian employed on a reserve was not taxable,

La demanderesse, une Indienne inscrite, a travaillé dans une réserve indienne du Manitoba de 1966 (année où le Régime de pensions du Canada (RPC) a été édicté) jusqu'en 1988. En raison de l'effet combiné du RPC, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur les Indiens*, le revenu

and therefore, not pensionable under the CPP, until December 1988. From 1966 to 1988, all status Indians who were employed on Indian reserves were prohibited from participating in the CPP. The applicant submits that she is being denied retirement income because she was denied the right to contribute to the CPP for 22 years. This was an application for judicial review of the 1992 decision of a representative of the Minister of National Revenue refusing the applicant's request to contribute certain amounts retroactively to the CPP. The applicant alleges that this was discriminatory and in violation of the Charter (section 6 or 15) and of paragraph 2(b) of the Bill of Rights.

Held, the applicant's *Canadian Bill of Rights* argument is well founded and relief should be granted accordingly. The Charter is probably not applicable herein due to the prohibition against retroactive application.

The applicant's situation is an ongoing condition that has endured from 1966 to 1988, and continues to this day in a different form. The applicant is still prevented from contributing to the CPP retroactively for the years 1966 to 1988. As of the coming-into-force date of section 15 of the Charter, the applicant was and is prevented from participating fully in the CPP, because she will not receive the benefits, which she might have received had she been able to contribute to the CPP from its inception. Notwithstanding the retrospective aspects of the plaintiff's case, the applicant has no Charter entitlement to any remedy before 1985, when section 15 came into force. To allow such a Charter remedy would amount to a retroactive application of the Charter. The law granting the remedy must have actually existed for the period contemplated by the proposed remedial measure. Here, the alleged discrimination against the applicant crystallized in 1966, well before the coming into force of the Charter, and the proposed remedy is retroactive in that it seeks to put the applicant in a position she would have occupied had she been allowed to participate in the CPP from its inception, before the Charter's existence. As such, the applicant's Charter argument should fail for reasons of the retroactivity of the application being sought.

However, if section 15 of the Charter were deemed applicable, the applicant has established differential treatment based on race. Her exclusion from the CPP amounted to withholding a benefit in a manner contrary to human dignity, based on race, ethnic origin or colour. The discriminatory effects of the impugned legislation cannot be justified under section 1 of the Charter. The government's arguments were

gagné par un Indien dans une réserve n'était pas imposable et n'aurait donc pas droit à pension selon le RPC jusqu'en décembre 1988. De 1966 à 1988, les Indiens inscrits qui travaillaient dans des réserves n'avaient pas le droit de cotiser au RPC. La demanderesse affirme qu'un revenu de retraite lui est refusé parce qu'elle n'a pas eu le droit durant 22 ans de cotiser au RPC. Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un représentant du ministre du Revenu national, qui avait nié à la demanderesse le droit de verser rétroactivement certaines cotisations au Régime de pensions du Canada. La demanderesse affirme que cette mesure était discriminatoire et contrevenait à la Charte (articles 6 ou 15) ainsi qu'à l'alinéa 2b) de la Déclaration des droits.

Jugement: l'argument de la demanderesse fondé sur la *Déclaration canadienne des droits* est fondé et une réparation devrait être accordée en conséquence. La Charte n'est probablement pas applicable à la présente affaire en raison du principe de non-rétroactivité.

La situation de la demanderesse est une condition en cours qui a subsisté de 1966 à 1988 et qui se poursuit aujourd'hui sous une forme différente. La demanderesse est encore empêchée de cotiser au RPC rétroactivement pour les années 1966 à 1988. À l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte, la demanderesse était, et elle est encore, empêchée de cotiser pleinement au RPC, parce qu'elle ne recevra pas les prestations qu'elle aurait pu recevoir si elle avait eu le droit de cotiser au RPC depuis son entrée en vigueur. Nonobstant les aspects rétrospectifs du cas de la demanderesse, celle-ci n'a pas droit à une réparation au titre de la Charte avant 1985, année durant laquelle l'article 15 est entré en vigueur. Autoriser une telle réparation équivaldrait à appliquer la Charte rétroactivement. La loi conférant la réparation doit avoir effectivement existé durant la période envisagée par la mesure réparatrice proposée. Ici, la présumée discrimination s'est cristallisée en 1966, bien avant l'entrée en vigueur de la Charte, et la réparation proposée est rétroactive en ce sens qu'elle vise à mettre la demanderesse dans la position qu'elle aurait occupée si elle avait été autorisée à cotiser au RPC dès le début de son existence, avant l'entrée en vigueur de la Charte. En tant que tel, l'argument de la demanderesse au regard de la Charte n'est pas recevable parce qu'il suppose la rétroactivité de l'application de la Charte.

Cependant, si l'article 15 de la Charte devait être jugé applicable, la demanderesse a établi une différence de traitement fondée sur des motifs raciaux. Le fait d'exclure la demanderesse du RPC équivalait à lui refuser un avantage, et cela d'une manière contraire à la dignité humaine, en raison de sa race, de son origine ethnique ou de sa couleur. Les effets discriminatoires du texte législatif contesté ne peuvent être

feeble and far short of convincing. The exclusion from the CPP of status Indians employed on reserves cannot be construed as having the pressing and substantial objective of preserving the tax-exempt status of Indians.

There was discrimination under the *Canadian Bill of Rights* in that the applicant was denied equality before the law (paragraph 1(b)). The differential treatment under the CPP has violated applicant's human dignity and freedom by imposing disadvantage, stereotyping, and social prejudice, and by failing to treat her with equal recognition at law as a human being, and as a member of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect, and consideration. Section 2 thereof is authority for providing a remedy for the infringement of her rights. The appropriate remedy is a direction to allow the applicant to pay back her CPP premiums so as to qualify for full benefits upon attaining age 65.

It was useless for the Attorney General to argue justification in that the applicant is in receipt of benefits under other legislation. The Court's decision involved declarations that parts of the *Indian Act*, the *Income Tax Act* and the CPP are of no force or effect in so far as they create inequality of treatment of the applicant in comparison with Canadians who work for pay off reserve.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 12 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 5; S.C. 2001, c. 17, s. 254).
- Canada Pension Plan*, S.C. 1964-65, c. 51.
- Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385, ss. 29.1 (as enacted by SOR/88-631, s. 1), 84.1 (as enacted *idem*, s. 2).
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, ss. 1, 2(b).
- 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, 15.
- Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(24).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44],

justifiés selon l'article premier de la Charte. Les arguments du gouvernement étaient faibles et loin d'être convaincants. On ne saurait dire que le fait d'exclure du RPC les Indiens inscrits travaillant dans les réserves répond à l'objectif urgent et réel de préserver l'exemption fiscale des Indiens inscrits.

Il y a eu discrimination au regard de la *Déclaration canadienne des droits* parce que la demanderesse s'est vu refuser l'égalité devant la loi (alinéa 1b)). La différence de traitement établie par le RPC a porté atteinte à la dignité et à la liberté de la demanderesse en lui imposant un désavantage, des stéréotypes et des préjugés sociaux, et en refusant de la traiter avec la même reconnaissance juridique en tant qu'être humain et en tant que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération. L'article 2 de la *Déclaration des droits* autorise l'octroi d'une réparation pour la négation de ses droits. La réparation qui s'impose est une directive autorisant la demanderesse à verser rétroactivement ses primes au RPC afin de pouvoir se qualifier pour des prestations complètes lorsqu'elle atteindra l'âge de 65 ans.

Il était inutile pour le procureur général d'alléguer une justification fondée sur le fait que la demanderesse recevait d'autres prestations en vertu d'autres lois. La décision de la Cour a consisté à déclarer nulles et sans effet les parties de la *Loi sur les Indiens*, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du RPC dans la mesure où elles comportent une inégalité de traitement pour la demanderesse, par rapport aux autres Canadiens qui travaillent à l'extérieur du territoire d'une réserve.

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, 15.
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1, 2b).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5° suppl.), ch. 1, art. 81(1a).
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23.
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

s. 52(1).
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 81(1)(a).
Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 94(b).
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87.
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9.

Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 87.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 94b).
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6.
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 12 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 5; L.C. 2001, ch. 17, art. 254).
Régime de pensions du Canada, S.C. 1964-65, ch. 51.
Règlement sur le Régime de pensions du Canada, C.R.C., ch. 385, art. 29.1 (édicte par DORS/88-631, art. 1), 84.1 (édicte, *idem*, art. 2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Nowegijick v. The Queen, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *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; 31 O.A.C. 81; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; (1969), 9 D.L.R. (3d) 473; 71 W.W.R. 161; 10 C.R.N.S. 334; *R. v. Hayden* (1983), 3 D.L.R. (4th) 361; [1983] 6 W.W.R. 655; 23 Man. R. (2d) 315; 8 C.C.C. (3d) 33; [1984] 1 C.N.L.R. 148; 36 C.R. (3d) 187; 7 C.R.R. 325 (C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada*, [2001] 3 F.C. 566; (2001), 201 D.L.R. (4th) 129; 272 N.R. 88 (C.A.); *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Archibald v. Canada*, [2000] 4 F.C. 479; (2000), 188 D.L.R. (4th) 538; 257 N.R. 105 (C.A.); *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; (1998), 212 A.R. 237; 156 D.L.R. (4th) 385; [1999] 5 W.W.R. 451; 67 Alta. L.R. (3d) 1; 224 N.R. 1; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; (1999), 171 D.L.R. (4th) 577; 238 N.R. 179; 121 O.A.C. 1; 46 R.F.L. (4th) 32; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *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; 31 O.A.C. 81; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; (1969), 9 D.L.R. (3d) 473; 71 W.W.R. 161; 10 C.R.N.S. 334; *R. c. Hayden* (1983), 3 D.L.R. (4th) 361; [1983] 6 W.W.R. 655; 23 Man. R. (2d) 315; 8 C.C.C. (3d) 33; [1984] 1 C.N.L.R. 148; 36 C.R. (3d) 187; 7 C.R.R. 325 (C.A.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2001] 3 C.F. 566; (2001), 201 D.L.R. (4th) 129; 272 N.R. 88 (C.A.); *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Archibald c. Canada*, [2000] 4 C.F. 479; (2000), 188 D.L.R. (4th) 538; 257 N.R. 105 (C.A.); *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; (1998), 212 A.R. 237; 156 D.L.R. (4th) 385; [1999] 5 W.W.R. 451; 67 Alta. L.R. (3d) 1; 224 N.R. 1; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; (1999), 171 D.L.R. (4th) 577; 238 N.R. 179; 121 O.A.C. 1; 46 R.F.L. (4th) 32; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th)

481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; (1993), 125 N.S.R. (2d) 81; 107 D.L.R. (4th) 537; 85 C.C.C. (3d) 118; 25 C.R. (4th) 179; 157 N.R. 97; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; (1988), 65 O.R. (2d) 638; 52 D.L.R. (4th) 193; 34 C.C.L.I. 237; 47 C.C.L.T. 39; [1988] I.L.R. 1-2370; 9 M.V.R. (2d) 245; 87 N.R. 200; 30 O.A.C. 210.

NOT FOLLOWED:

Toth v. Minister of National Revenue (1969), 69 DTC 115 (T.A.B.).

CONSIDERED:

Mitchell v. Peguis Indian Band, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in right of Quebec et al.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512; 5 C.R.R. 54 (Que. Sup. Ct.); *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1.

REFERRED TO:

The Queen v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651; (1963), 41 D.L.R. (2d) 485; 64 CLLC 15,499; 1 C.C.C. 1; 41 C.R. 392; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 35 C.R.R. 107; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *Murray v. Canada (Minister of Health and Welfare)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 185; 227 N.R. 77; 42 R.F.L. (4th) 204 (F.C.A.); *Indian Residential Schools (Re)* (2000), 268 A.R. 42; [2000] 2 W.W.R. 437; 82 Alta. L.R. (3d) 99 (Q.B.); *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; (1998), 223 A.R. 201; 166 D.L.R. (4th) 1; 231 N.R. 201; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; (1989), 96 A.R. 352; 58 D.L.R. (4th) 317; [1989] 4 W.W.R. 1; 66 Alta. L.R. (2d) 97; 37 Admin. L.R. 161; 38 C.R.R. 193; 98 N.R. 266; *Collins v. Canada*, [2000] 2 F.C. 3; (1999), 178 F.T.R. 161 (T.D.); *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R.

536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; (1993), 125 N.S.R. (2d) 81; 107 D.L.R. (4th) 537; 85 C.C.C. (3d) 118; 25 C.R. (4th) 179; 157 N.R. 97; *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurances*, [1988] 2 R.C.S. 256; (1988), 65 O.R. (2d) 638; 52 D.L.R. (4th) 193; 34 C.C.L.I. 237; 47 C.C.L.T. 39; [1988] I.L.R. 1-2370; 9 M.V.R. (2d) 245; 87 N.R. 200; 30 O.A.C. 210.

DÉCISION NON SUIVIE:

Toth c. Ministre du Revenu national (1969), 69 DTC 115 (C.A.I.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Mitchell c. Bande indienne Peguis, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. c. La Reine du chef de la province de Québec et al.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512; 5 C.R.R. 54 (C.S. Qué.); *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

La Reine c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Robertson et Rosetanni c. La Reine*, [1963] R.C.S. 651; (1963), 41 D.L.R. (2d) 485; 64 CLLC 15,499; 1 C.C.C. 1; 41 C.R. 392; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 35 C.R.R. 107; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *Murray c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 185; 227 N.R. 77; 42 R.F.L. (4th) 204 (C.A.F.); *Indian Residential Schools (Re)* (2000), 268 A.R. 42; [2000] 2 W.W.R. 437; 82 Alta. L.R. (3d) 99 (B..R.); *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; (1998), 223 A.R. 201; 166 D.L.R. (4th) 1; 231 N.R. 201; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; (1989), 96 A.R. 352; 58 D.L.R. (4th) 317; [1989] 4 W.W.R. 1; 66 Alta. L.R. (2d) 97; 37 Admin. L.R. 161; 38 C.R.R. 193; 98 N.R. 266; *Collins c. Canada*, [2000] 2 C.F. 3; (1999), 178 F.T.R. 161 (1^{re} inst.); *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189;

1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

[1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

AUTHORS CITED

Canada. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology* (June 17, 1986), at p. 19:34.

Driedger, E. A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

House of Commons Debates (March 8, 1965), at pp. 12105-12110.

Interdepartmental Sub-Committee on Coverage. *Coverage of Indians from Making Contributions by Virtue of Earning for Services Rendered on Reserves Being Tax Exempt*. July 26, 1972.

Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed., London: Sweet & Maxwell, 1969.

APPLICATION for judicial review of the decision of a representative of the Minister of National Revenue refusing the applicant's request to contribute certain amounts retroactively to the Canada Pension Plan. Application allowed.

APPEARANCES:

Timothy J. Valgardson and Michelle Pollock-Kohn for applicant.

Brian Hay and Kevin Staska for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Levine, Levene, Tadman, Winnipeg, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

MULDOON J:

1. Introduction

[1] This is an application 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) seeking judicial review of a decision made by a representative of the Minister of National Revenue, dated December 9, 1992, refusing the applicant's request to contribute certain amounts

DOCTRINE

Canada, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie* (17 juin 1986), à la p. 19:34.

Débats de la Chambre des communes (8 mars 1965), aux p. 12295 à 12300.

Driedger, E. A. «Statutes: Retroactive Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. can.* 264.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed., London: Sweet & Maxwell, 1969.

Sous-comité interministériel sur le champ d'application *Protection offerte aux Indiens empêchés de verser des cotisations pour le motif que leurs gains pour services rendus dans les réserves sont exempts d'impôt*. 26 juillet 1972.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un représentant du ministre du Revenu national, qui avait nié à la demanderesse le droit de verser rétroactivement certaines cotisations au Régime de pensions du Canada. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Timothy J. Valgardson et Michelle Pollock-Kohn, pour la demanderesse.

Brian Hay et Kevin Staska, pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Levine, Levene, Tadman, Winnipeg, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada, pour le défendeur.

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

LE JUGE MULDOON:

1. Introduction

[1] La demanderesse sollicite, en vertu 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), le contrôle judiciaire d'une décision prise par un représentant du ministre du Revenu national, en date du 9 décembre 1992, qui avait nié à la demanderesse le

retroactively to the Canada Pension Plan. The letter in which that decision is expressed, applicant's record at page 24, states:

Dear Rose:

The letter dated November 18, 1992 from your lawyer, regarding contributions to the Canada Pension Plan (C.P.P.) Has been reviewed.

Section 6(2)(j.1) of the Canada Pension Plan Act and regulations says, in effect, that the employment of an Indian as defined in the Indian Act was exempt from Canada Pension contributions as they did not have qualifying income.

Effective December 7, 1988 Regulations 29.1(1) & (2) were added to the Act outlining the manner in which an Indian can make contributions into the plan.

There is no provision under the Canada Pension Plan Act for any individual to make payments into the plan retroactively.

Our records indicate that your employer made an election on behalf of their employees to be covered under the Canada Pension Plan effective January 1, 1989 and that you have made contributions into the plan since that time.

We trust this clarifies the situation for you.

Yours sincerely,

2. Order Sought

[2] The applicant seeks the following remedies:

(a) an order that the *Canada Pension Plan* [R.S.C., 1985, c. C-8] be declared in breach of section 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]], section 1 of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III], and the rule of law under the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item I [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] and the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], because it discriminates against her, and denies her fundamental rights accorded to other Canadians in the

droit de verser rétroactivement certaines cotisations au Régime de pensions du Canada. La lettre dans laquelle cette décision apparaissait, dossier de la demanderesse, à la page 24, mentionne ce qui suit:

Madame,

Nous avons examiné la lettre du 18 novembre 1992 de votre avocat concernant les cotisations au Régime de pensions du Canada (RPC).

L'alinéa 6(2)(j.1) du Régime de pensions du Canada prévoit en effet que l'emploi d'un Indien, au sens de la *Loi sur les Indiens*, était exempt de cotisations au Régime de pensions du Canada parce que les Indiens n'avaient pas un revenu admissible à de telles cotisations.

Le 7 décembre 1988, les paragraphes 29.1(1) et (2) ont été ajoutés au Règlement sur le Régime de pensions du Canada. Ces paragraphes décrivent la manière dont un Indien peut verser des cotisations au régime.

Le Régime de pensions du Canada ne renferme aucune disposition permettant à quiconque de verser rétroactivement des cotisations au régime.

D'après nos dossiers, votre employeur a fait au nom de ses employés un choix de telle sorte qu'ils relèvent du Régime de pensions du Canada à compter du 1^{er} janvier 1989, et vous avez versé des cotisations au Régime depuis cette date.

Nous espérons que la situation vous apparaît maintenant plus claire.

Veillez agréer, Madame, l'expression de mes sentiments distingués.

2. Ordonnance demandée

[2] La demanderesse sollicite les réparations suivantes:

(a) une ordonnance déclarant que le *Régime de pensions du Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-8] contrevient à l'article 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° 44]], à l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985) appendice III], ainsi qu'au principe de la primauté du droit selon la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] et la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985)

following ways:

- (i) it prohibits the applicant from contributing into Canada Pension Plan;
- (ii) it prohibited the applicant from contributing into the Canada Pension Plan from its inception in 1966; and
- (iii) it does not require the applicant or her employer to contribute mandatorily into Canada Pension Plan as do all other Canadians and their employers.

(b) an order that the applicant's employment since 1966 be declared to be "pensionable employment" within the meaning of the Canada Pension Plan;

(c) an order that the applicant be permitted to contribute into the Canada Pension Plan since its inception in 1966; and

(d) orders that the respondent pay damages and solicitor-and-client costs to the applicant.

At the hearing of this case, on June 26 and 27, 2001, in Winnipeg, the applicant abandoned the relief prayed for in paragraphs (1)c),f) and g) of her notice of application.

[3] The respondent requests that this application be dismissed with costs, and raises no "limitation of actions" concerns in her record or written submissions.

3. Statement of Facts

[4] The applicant, Rose Bear, is 61-year-old status Indian under the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5]. The applicant has been employed since July 4, 1966, by the Brokenhead Ojibway First Nation in Scantebury, Manitoba. From 1966 to 1988, the applicant, and all status Indians who were employed on Indian reserves, have been prohibited from participating in the Canada Pension Plan (the CPP).

[5] The CPP is a universal pension plan which was enacted on April 3, 1965, S.C. 1964-65, c. 51 [*Canada*

appendice II, n° 44]], parce qu'il exerce contre elle une discrimination et lui refuse les droits fondamentaux accordés aux autres Canadiens, et cela de la manière suivante:

- (i) il interdit à la demanderesse de cotiser au Régime de pensions du Canada;
- (ii) il a interdit à la demanderesse de cotiser au Régime de pensions du Canada depuis son entrée en vigueur en 1966; et
- (iii) il ne prévoit pas que la demanderesse ou son employeur doit cotiser impérativement au Régime de pensions du Canada, comme le font tous les autres Canadiens et leurs employeurs.

(b) une ordonnance déclarant que l'emploi de la demanderesse depuis 1966 constitue un «emploi ouvrant droit à pension», au sens du Régime de pensions du Canada;

(c) une ordonnance autorisant la demanderesse à cotiser au Régime de pensions du Canada depuis son entrée en vigueur en 1966; et

(d) une ordonnance condamnant le défendeur à payer à la demanderesse des dommages-intérêts et les dépens avocat-client.

Lors de l'instruction de cette affaire, les 26 et 27 juin 2001, à Winnipeg, la demanderesse a abandonné les moyens indiqués aux alinéas (1)c), f) et g) de son avis de demande.

[3] Le défendeur sollicite le rejet de cette demande, avec dépens, et n'allègue dans son dossier ou ses conclusions écrites aucune exception de prescription.

3. Exposé des faits

[4] La demanderesse, Rose Bear, est une Indienne inscrite, au sens de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5], âgée de 61 ans. Elle est employée depuis le 4 juillet 1966 par la Première nation Brokenhead Ojibway, à Scantebury (Manitoba). De 1966 à 1988, la demanderesse, ainsi que tous les Indiens inscrits qui travaillaient dans des réserves indiennes, n'avaient pas le droit de cotiser au Régime de pensions du Canada (le RPC).

[5] Le RPC est un régime universel de pensions établi le 3 avril 1965 par une loi, S.C. 1964-65, ch. 51 [*Régime*

Pension Plan], coming into force on May 5, 1965, and effective as of January 1966 to provide employed Canadians with a monthly pension upon turning 60. Employers and employees contribute equally to the CPP, and the contributions are invested to provide a fund from which pensions are paid. The amount which a contributor receives varies with the amount which he or she contributed to the plan. The applicant submits that she is being denied retirement income because she was denied the right to contribute to the CPP for 22 years.

[6] At first, it seemed just too difficult for even the Tax Appeal Board to comprehend how serious Parliament was in enacting the *Canada Pension Plan* and the *Canadian Bill of Rights*. The decision in *Toth v. Minister of National Revenue* (1969), 69 DTC 115 (T.A.B.) based on discrimination by reason of sex, is clearly wrongly decided, especially the passages reported on pages 120-121.

[7] The CPP mandates that one's contribution period starts on January 1, 1966, or when one turns 18, and ends at the age of 70, or when one dies, or when the one starts a retirement pension. Contributions are calculated using one's pensionable employment income, which is based on one's taxable income under *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1]. Although the *Income Tax Act* does not specifically refer to Aboriginal Canadian Indians, paragraph 81(1)(a) of the *Income Tax Act* exempts from taxation, amounts which are declared to be exempt by any other enactment of Parliament. Section 87 of the *Indian Act* exempts from taxation the income earned by an Indian on an Indian reserve. The conjunctive effect of the CPP, of the *Income Tax Act*, and of the *Indian Act* is that income earned by an Indian employed on an Indian reserve is not taxable, and therefore is, or was, not pensionable under the CPP—until December 1988.

[8] On December 7, 1988, the *Canada Pension Plan Regulations* [C.R.C., c. 385] were amended [SOR/88-631] to allow those status Indians employed on Indian reserves to participate in the CPP, if the Indian were a

de pensions du Canada], qui est entrée en vigueur le 5 mai 1965. Depuis janvier 1966, ce régime verse aux travailleurs canadiens une retraite mensuelle lorsqu'ils atteignent l'âge de 60 ans. Les employeurs et employés versent des cotisations égales au RPC, et les cotisations sont investies de manière à constituer un fonds sur lequel sont payées les retraites. La somme qu'un cotisant reçoit varie selon les cotisations qu'il a versées au régime. La demanderesse affirme qu'un revenu de retraite lui est refusé parce qu'elle n'a pas eu le droit durant 22 ans de cotiser au RPC.

[6] À l'origine, il a semblé tout simplement trop difficile, même pour la Commission d'appel de l'impôt, de mesurer le sérieux du législateur fédéral lorsqu'il a édicté le *Régime de pensions du Canada* et la *Déclaration canadienne des droits*. La décision rendue dans l'affaire *Toth c. Ministre du Revenu national* (1969), 69 DTC 115 (C.A.I.), qui traitait de discrimination fondée sur le sexe, est manifestement erronée, en particulier les passages apparaissant aux pages 120 et 121.

[7] Selon le RPC, la période cotisable d'un travailleur débute le 1^{er} janvier 1966, ou lorsqu'il atteint l'âge de 18 ans, et elle se termine lorsqu'il atteint l'âge de 70 ans, ou lorsqu'il décède, ou lorsqu'il commence une pension de retraite. Les cotisations sont calculées d'après son revenu d'emploi ouvrant droit à pension, revenu qui correspond au revenu imposable selon la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1]. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne parle pas expressément des Indiens autochtones du Canada, mais l'alinéa 81(1)a de cette Loi soustrait à l'impôt les sommes qui sont déclarées soustraites à l'impôt par toute autre loi fédérale. L'article 87 de la *Loi sur les Indiens* exempte de l'impôt le revenu gagné par un Indien dans une réserve indienne. L'effet combiné du RPC, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur les Indiens* est que le revenu gagné par un Indien qui travaille dans une réserve indienne n'est pas imposable et qu'il n'ouvre donc pas, ou n'ouvrirait pas, droit à pension selon le RPC jusqu'en décembre 1988.

[8] Le 7 décembre 1988, le *Règlement sur le Régime de pensions du Canada* [C.R.C., ch. 385] était modifié [DORS/88-631] afin de permettre aux Indiens inscrits travaillant dans les réserves indiennes de cotiser au RPC,

Canadian resident, and the employer elected to participate in the plan. Participation in the CPP is not mandatory for these employers as it is for other Canadian employers. If the employer choose not to participate in the CPP, the employee must contribute as a self-employed individual, and thus loses the employer's matching contribution. In this case, the applicant's employer has opted into the plan, and she has been contributing since 1988. After the CPP was amended, the applicant requested that Revenue Canada allow her to contribute the maximum amount retroactively. An official at Revenue Canada refused her request by letter dated December 9, 1992, exhibit C to Rose Bear's affidavit, her record herein, at page 24, *supra*.

4. Issues

- (a) Can the Charter apply retrospectively?
- (b) Does the CPP violate section 15 of the Charter?
- (c) Does the CPP violate section 6 of the Charter?
- (d) Is the violation justifiable under section 1 of the Charter?
- (e) Does the CPP violate the *Canadian Bill of Rights*?
- (f) Does the CPP violate the rule of law?
- (g) What remedy is appropriate here?

5. Summary of Disposition

[9] The applicant's *Canadian Bill of Rights* argument is well-founded and should be allowed. The Charter is probably not applicable to the present case due to the prohibition against retroactive application.

[10] All other issues are ancillary and are summarized in the parties submissions which follow her summary, at the end of these reasons.

6. Analysis of the Case

[11] The applicant's inability to participate in the CPP, (participation in which is based on a person's taxable income), derives from tax exemptions to which she was entitled and was unable to reject as a status Indian

si l'Indien résidait au Canada et si son employeur choisissait de participer au Régime. La participation au RPC n'est pas obligatoire pour ces employeurs comme elle l'est pour les autres employeurs canadiens. Si l'employeur choisit de ne pas participer au RPC, l'employé doit cotiser en tant que travailleur autonome, et il perd donc la cotisation correspondante de l'employeur. En l'occurrence, l'employeur de la demanderesse a choisi de se joindre au Régime, et la demanderesse a cotisé au Régime à partir de 1988. Après la modification du RPC, la demanderesse a prié Revenu Canada de l'autoriser à verser rétroactivement la cotisation maximale. Un représentant de Revenu Canada a refusé d'accéder à sa demande, par une lettre en date du 9 décembre 1992, pièce C de l'affidavit de Rose Bear, à la page 24 de son dossier.

4. Points en litige

- (a) La Charte peut-elle s'appliquer rétrospectivement?
- (b) Le RPC contrevient-il à l'article 15 de la Charte?
- (c) Le RPC contrevient-il à l'article 6 de la Charte?
- (d) La contravention est-elle justifiable selon l'article premier de la Charte?
- (e) Le RPC contrevient-il à la *Déclaration canadienne des droits*?
- (f) Le RPC contrevient-il au principe de la primauté du droit?
- (g) Quelle réparation s'impose ici?

5. Sommaire du dispositif

[9] L'argument de la demanderesse fondé sur la *Déclaration canadienne des droits* est fondé et je suis d'avis d'y faire droit. La Charte n'est probablement pas applicable à la présente affaire en raison du principe de non-rétroactivité.

[10] Tous les autres points sont accessoires et sont résumés dans les conclusions des parties qui suivent ce sommaire, à la fin des présents motifs.

6. Analyse de l'affaire

[11] L'impossibilité pour la demanderesse de cotiser au RPC (cotisations qui dépendent du revenu imposable du contribuable) s'explique par les exemptions fiscales auxquelles elle avait droit et auxquelles elle ne pouvait

employed on an Indian reserve under section 87 of the *Indian Act*:

87. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

- (a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and
- (b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property.

[12] It was held in the seminal decision, *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, that the “personal property of an Indian situated on a reserve” includes personal income. Speaking for the Court, Mr. Justice Dickson [as he then was] reasoned as follows, as reported at pages 38-39 and 41:

A tax on income is in reality a tax on property itself. If income can be said to be property I cannot think that taxable income is any less so. Taxable income is by definition, s. 2(2) of the *Income Tax Act*, “his income for the year minus the deductions permitted by Division C”. Although the Crown in paragraph 14 of its factum recognizes that “salaries” and “wages” can be classified as “personal property” it submits that the basis of taxation is a person’s “taxable” income and that such taxable income is not “personal property” but rather a “concept”, that results from a number of operations. This is too fine a distinction for my liking. If wages are personal property it seems to me difficult to say that a person taxed “in respect of” wages is not being taxed in respect of personal property. It is true that certain calculations are needed in order to determine the quantum of tax but I do not think this in any way invalidates the basic proposition.

The words “in respect of” are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as “in relation to”, “with reference to” or “in connection with”. The phrase “in respect of” is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters.

...

Section 87 provides that “the personal property of an Indian . . . on a reserve” is exempt from taxation; but it also provides

renoncer puisqu’elle était une Indienne inscrite travaillant dans une réserve indienne, selon ce que prévoit l’article 87 de la *Loi sur les Indiens*, rédigé ainsi:

87. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l’article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation:

- a) le droit d’un Indien ou d’une bande sur une réserve ou des terres cédées;
- b) les biens meubles d’un Indien ou d’une bande situés sur une réserve.

(2) Nul Indien ou bande n’est assujéti à une taxation concernant la propriété, l’occupation, la possession ou l’usage d’un bien mentionné aux alinéas (1)a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l’un de ces biens.

[12] La Cour suprême du Canada a jugé, dans un arrêt essentiel, *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, que les «biens meubles d’un Indien ou d’une bande situés sur une réserve» comprennent le revenu personnel. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Dickson [alors juge puîné] tenait les propos suivants, aux pages 38, 39 et 41:

Un impôt sur le revenu est en réalité un impôt sur un bien. Si on peut dire qu’un revenu est un bien, je conçois mal qu’un revenu imposable ne le soit pas. Suivant la définition qui figure au par. 2(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le revenu imposable est le «revenu pour l’année moins les déductions permises par la section C». Bien que Sa Majesté reconnaisse, au paragraphe 14 de son mémoire, que les «traitements» et les «salaires» peuvent être classés dans les «biens personnels», elle fait valoir que c’est le revenu «imposable» d’une personne qui constitue l’assiette de l’impôt et que ce revenu imposable n’est pas un «bien personnel» mais plutôt un «concept» qui est le résultat de plusieurs opérations. Cette distinction est bien trop subtile à mon goût. Si un salaire est un bien personnel, il me paraît difficile de dire qu’une personne imposée «quant à» son salaire n’est pas imposée quant à un bien personnel. Il est vrai que certains calculs sont nécessaires afin de déterminer le montant de l’impôt, mais, selon moi, cela ne porte nullement atteinte à la proposition fondamentale.

À mon avis, les mots «quant à» ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, «concernant», «relativement à» ou «par rapport à». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c’est probablement l’expression «quant à» qui est la plus large.

[. . .]

L’article 87 dispose que «les biens personnels d’un Indien [. . .] situés sur une réserve» sont exemptés de taxation; mais

that “no Indian . . . is . . . subject to taxation in respect of any such property”. The earlier words certainly exempt certain property from taxation; but the latter words also exempt certain persons from taxation in respect of such property. As I read it, s. 87 creates an exemption for both persons and property. It does not matter then that the taxation of employment income may be characterized as a tax on persons, as opposed to a tax on property.

We must, I think, in these cases, have regard to substance and the plain and ordinary meaning of the language used, rather than to forensic dialectics. I do not think we should give any refined construction to the section. A person exempt from taxation in respect of any of his personal property would have difficulty in understanding why he should pay tax in respect of his wages. And I do not think it is a sufficient answer to say that the conceptualization of the *Income Tax Act* renders it so.

I conclude by saying that nothing in these reasons should be taken as implying that no Indian shall ever pay tax of any kind. Counsel for the appellant and counsel for the intervenors do not take that position. Nor do I. We are concerned here with personal property situated on a reserve and only with property situated on a reserve.

[13] The applicant could not participate in the Canada Pension Plan for the period 1966 to 1988, when she was employed by Brokenhead Ojibway First Nation in Scanterbury, Manitoba due to her tax exempt status. The applicant challenges this distinction as being discriminatory and unjustifiable under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

(a) Can the Charter apply retrospectively?

[14] Retroactivity and retrospectivity are terms which are often confused. In *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, the Supreme Court of Canada, quoting E. A. Driedger [“Statutes: Retroactive Retrospective Reflections” (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264], stated, at paragraph 39:

A retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only. It is prospective, but it imposes new results in respect of a past event. A retroactive statute *operates backwards*. A retrospective statute *operates forwards*, but looks backwards in that it attaches new consequences *for the future* to an event that took place before the statute was enacted. A retroactive statute changes the law from what it

il porte également que «nul Indien [. . .] n’est assujéti à une taxation [. . .] quant à l’un de ces biens». Certes les premiers mots cités exemptent certains bien de taxation; mais ceux qui viennent après exemptent aussi certaines personnes de taxation quant à ces biens. Selon moi, l’art. 87 crée une exemption à l’égard des personnes et des biens. Il est donc sans importance que la taxation du revenu tiré d’un emploi puisse être qualifiée d’impôt personnel et non pas d’impôt réel.

Il faut, je crois, dans des cas de ce genre, tenir compte du fond et du sens manifeste et ordinaire des termes employés, plutôt que de recourir à la dialectique judiciaire. À mon avis, on doit éviter de donner à l’article une interprétation trop subtile. Une personne qui est exemptée de taxation quant à ses biens personnels aurait du mal à comprendre pourquoi elle devrait être assujéti à une taxation quant à son traitement et, selon moi, il ne suffit pas de dire que c’est ce qu’envisage la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

Pour terminer je tiens à préciser qu’il faut se garder de déduire des présents motifs qu’un Indien ne paiera jamais d’impôt de quelque nature que ce soit. Ni l’avocat de l’appelant ni les avocats des intervenants n’ont adopté cette position. Moi non plus. Il ne s’agit en l’espèce que des biens personnels situés sur une réserve et seulement de ces biens.

[13] La demanderesse n’a pu, en raison de son exemption fiscale, cotiser au Régime de pensions du Canada pour la période allant de 1966 à 1988, durant laquelle elle travaillait pour la Première nation Brokenhead Ojibway à Scanterbury (Manitoba). Elle conteste cette distinction qu’elle qualifie de discriminatoire et d’injustifiable selon l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l’alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

(a) La Charte peut-elle s’appliquer rétrospectivement?

[14] Il y a souvent confusion entre les mots «rétroactivité» et «rétrospectivité». Dans l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, la Cour suprême du Canada, citant E. A. Driedger [«Statutes: Retroactive Retrospective Reflections» (1978), 56 R. du B. Can. 264] s’exprimait ainsi au paragraphe 39:

[TRADUCTION] Une loi rétroactive est une loi dont l’application s’applique à une époque antérieure à son adoption. Une loi rétrospective ne dispose qu’à l’égard de l’avenir. Elle vise l’avenir, mais elle impose de nouvelles conséquences à l’égard d’événements passés. Une loi rétroactive agit à l’égard du passé. Une loi rétrospective agit pour l’avenir, mais elle jette aussi un regard vers le passé en ce sens qu’elle attache de nouvelles conséquences à l’avenir à

was; a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event. (Emphasis in original.)

[15] The Supreme Court of Canada has often stated that the Charter does not apply retroactively. However, the Court has rejected a rigid test, preferring to evaluate each case on its own merits, and by evaluating the nature of the particular Charter right at issue. Not every situation involving events which occurred before the Charter came into force involves a retrospective application of the Charter. In *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at page 625, Madam Justice Wilson wrote thus:

In approaching this crucial question it seems to be preferable . . . to avoid an all or nothing approach which artificially divides the chronology of events into the mutually exclusive categories of pre and post *Charter*. Frequently an alleged current violation will have to be placed in the context of its pre-Charter history in order to be fully appreciated. . . .

And, at page 628:

Some rights and freedoms in the *Charter* seem to me to be particularly susceptible of current application even although such application will of necessity take cognizance of pre-*Charter* events. Those *Charter* rights the purpose of which is to prohibit certain conditions or states of affairs would appear to fall into this category. Such rights are not designed to protect against discrete events but rather to protect against an ongoing condition or state of affairs. . . . Section 15 may. . . fall into this category.

[16] In considering how the Charter applies to facts which occurred before it came into force, a court must determine if the facts demonstrate a discrete event, or if they establish an ongoing state of affairs or characteristic. As Driedger states in *Construction of Statutes*, 2nd ed., 1983, at page 192:

These past facts may describe a status or characteristic, or they may describe an event. It is submitted that where the fact-situation is a status or characteristic (the being something), the enactment is not given retrospective effect when it is applied to persons or things that acquired that status or characteristic before the enactment, if they have it when the enactment comes into force; but where the fact-situation is an event (the

l'égard d'un événement qui a eu lieu avant l'adoption de la loi. Une loi rétroactive modifie la loi par rapport à ce qu'elle était, une loi rétrospective rend la loi différente de ce qu'elle serait autrement à l'égard d'un événement antérieur. (En italiques dans l'original.)

[15] La Cour suprême du Canada a souvent dit que la Charte ne s'applique pas rétroactivement. Cependant, la Cour a rejeté tout critère rigide, préférant juger chaque cas selon ses propres circonstances et évaluer la nature du droit fondamental particulier en jeu. Toute situation comportant des événements qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la Charte n'entraîne pas nécessairement une application rétrospective de la Charte. Dans l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, M^{me} le juge Wilson s'exprimait ainsi, à la page 625:

En abordant cette question cruciale, il me semble préférable que les tribunaux évitent d'adopter l'approche, tout ou rien qui divise artificiellement la chronologie des événements dans les catégories mutuellement exclusives d'avant et d'après la *Charte*. Pour l'évaluer pleinement, il faut souvent replacer une prétendue violation actuelle de la *Charte* dans le contexte des événements qui lui ont donné naissance avant la *Charte*.

Et, à la page 628:

Certains droits et certaines libertés contenus dans la *Charte* me semblent particulièrement susceptibles d'être appliqués actuellement même si cette application oblige nécessairement à prendre connaissance d'événements antérieurs à la *Charte*. Les droits garantis par la *Charte* qui ont pour objet d'interdire certaines conditions ou situations sembleraient relever de cette catégorie. De tels droits visent à protéger non pas contre des événements précis et isolés, mais plutôt contre des conditions ou une situation en cours [. . .] L'article 15 peut aussi relever de cette catégorie.

[16] Lorsqu'il se demande comment la Charte s'applique à des faits qui se sont produits avant son entrée en vigueur, un tribunal doit déterminer si les faits révèlent un événement précis et isolé ou s'ils établissent une situation ou une caractéristique en cours. Driedger s'exprime ainsi dans son ouvrage *Construction of Statutes*, 2^e éd., 1983, à la page 192:

[TRADUCTION] Ces faits passés peuvent décrire soit un statut ou une caractéristique, soit un événement. On avance que, dans le cas où la situation factuelle en cause constitue un statut ou une caractéristique (le fait d'être quelque chose), on n'attribue aucun effet rétrospectif à un texte de loi lorsqu'il est appliqué à des personnes ou à des choses qui ont acquis ce statut ou cette caractéristique avant l'édiction du texte en

happening of or the becoming something), then the enactment would be given retrospective effect if it is applied so as to attach a new duty, penalty or disability to an event that took place before the enactment.

[17] In *Benner, supra*, the appellant argued that the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29] offended section 15 of the Charter. The appellant was born in 1962 in the United States of a Canadian mother and an American father. He applied for Canadian citizenship, and his application was perfected on October 27, 1988. The *Citizenship Act* provided that persons born abroad before February 15, 1977, were entitled to be granted citizenship if they were born of a Canadian father, but were required to undergo a security check if they were born of a Canadian mother. During the security check, the Registrar of Citizenship discovered that the appellant had been charged with several criminal offences. The Registrar determined that Benner was prohibited from acquiring citizenship, and his application was rejected.

[18] The Supreme Court of Canada ordered the Registrar to reconsider the appellant's application for citizenship. The Court held that applicants who were born abroad after February 15, 1977, were entitled to citizenship if their mother or their father was a Canadian Citizen. The issue was whether the Charter was being used retroactively or retrospectively. Mr. Justice Iacobucci stated in *Benner, supra*, at paragraphs 44-46:

Section 15 cannot be used to attack a discrete act which took place before the *Charter* came into effect. It cannot, for example, be invoked to challenge a pre-*Charter* conviction: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Gamble, supra*. . . . If it continues to impose its effects on new applicants today, then it is susceptible to *Charter* scrutiny today: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

The question, then, is one of characterization: is the situation really one of going back to redress an old event which took place before the *Charter* created the right sought to be vindicated, or is it simply one of assessing the contemporary application of a law which happened to be passed before the *Charter* came into effect?

question, pourvu qu'elles possèdent toujours le statut ou la caractéristique au moment de l'entrée en vigueur du texte; par contre, dans le cas où la situation factuelle est un événement (le fait que quelque chose survienne ou le fait de devenir quelque chose), on attribuerait un effet rétrospectif au texte de loi s'il était appliqué pour imposer une nouvelle obligation, peine ou incapacité par suite d'un événement survenu avant son édicition.

[17] Dans l'arrêt *Benner*, précité, l'appelant soutenait que la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29] contrevenait à l'article 15 de la Charte. L'appelant était né en 1962 aux États-Unis, d'une mère canadienne et d'un père américain. Il avait demandé la citoyenneté canadienne, et sa demande fut mise en état le 27 octobre 1988. La *Loi sur la citoyenneté* prévoyait qu'une personne née à l'étranger avant le 15 février 1977 avait le droit d'obtenir la citoyenneté si elle était née d'un père canadien, mais qu'elle devait subir une vérification de sécurité si elle était née d'une mère canadienne. Durant la vérification de sécurité, le registraire de la citoyenneté découvrit que l'appelant avait été inculpé de plusieurs infractions criminelles. Selon le registraire, Benner ne pouvait obtenir la citoyenneté, et sa demande fut rejetée.

[18] La Cour suprême du Canada ordonna au registraire de réexaminer la demande de citoyenneté présentée par l'appelant. Elle jugea que les requérants nés à l'étranger après le 15 février 1977 avaient le droit à la citoyenneté si leur mère ou leur père était un citoyen canadien. Il s'agissait de savoir si la Charte devait être appliquée rétroactivement ou rétrospectivement. Le juge Iacobucci s'est exprimé ainsi dans l'arrêt *Benner*, précité, aux paragraphes 44 à 46:

L'article 15 ne peut être invoqué pour contester un acte précis et isolé survenu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Par exemple, il ne peut être invoqué pour attaquer une déclaration de culpabilité antérieure à la *Charte*: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Gamble*, précité. [. . .] Si ce texte continue aujourd'hui d'imposer ses effets aux nouveaux demandeurs, il est susceptible d'examen en regard de la *Charte*: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

La question à trancher consiste donc à caractériser la situation: s'agit-il réellement de revenir en arrière pour corriger un événement passé, survenu avant que la *Charte* crée le droit revendiqué, ou s'agit-il simplement d'apprécier l'application contemporaine d'un texte de loi qui a été édicté avant l'entrée en vigueur de la *Charte*?

Successfully determining whether a particular case involves applying the *Charter* to a past event or simply to a current condition or status will involve determining whether, in all the circumstances the most significant or relevant feature of the case is the past event or the current condition resulting from it. This is, as I already stated, a question of characterization, and will vary with the circumstances. Making this determination will depend on the facts of the case, on the law in question, and on the *Charter* right which the applicant seeks to apply.

[19] Section 15 of the Charter cannot be engaged to attack a discrete wrong which occurred before the Charter came into effect. The Court notes however that the Charter cannot be invoked to challenge a pre-Charter conviction. Thus, where the effect of the law is simply to impose an ongoing discrimination or disability on an individual, then it is not insulated from Charter review simply because it was enacted before April 17, 1985. If the resulting prejudice continues to be imposed on new applicants today, the legislation is subject to Charter scrutiny.

[20] Iacobucci J. characterized Mr. Benner's situation in terms of status or an ongoing condition (at paragraph 52):

From the time of his birth, he has been a child, born outside Canada prior to February 15, 1977, of a Canadian mother and a non-Canadian father. This is no less a "status" than being of a particular skin colour or ethnic or religious background: it is an ongoing state of affairs. People in the appellant's condition continue to this day to be denied the automatic right to citizenship granted to children of Canadian fathers.

[21] The applicant's situation here is also an ongoing condition which had endured from 1966 to 1988, and continues to this day in a different form. The applicant is still prevented from contributing to the CPP retroactively for the years 1966 to 1988. As of the coming-into-force date of section 15 of the Charter, the applicant was and is prevented from participating fully in the CPP, because she will not receive the benefits which she might have received had she been able to contribute to the CPP from its inception.

[22] Notwithstanding the retrospective aspects of the plaintiff's case, this Court maintains that the applicant has no Charter entitlement to any remedy before 1985, which is when section 15 came into force. To allow such

Pour déterminer si une affaire donnée emporte l'application de la *Charte* à un événement passé, ou simplement à une condition ou à un statut en cours, il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, l'élément le plus important ou le plus pertinent de cette affaire est l'événement passé ou la condition en cours qui en résulte. Il s'agit là, comme je l'ai dit plus tôt, d'une question de caractérisation, qui variera selon les circonstances. La détermination dépendra des faits de l'espèce, du texte de loi en cause et du droit garanti par la *Charte* dont le demandeur sollicite l'application.

[19] L'article 15 de la Charte est sans effet à l'encontre d'un tort ponctuel qui s'est produit avant l'entrée en vigueur de la Charte. La Cour suprême fait observer cependant que la Charte ne peut être invoquée pour contester une condamnation antérieure à la Charte. Ainsi, lorsque l'effet de la loi est simplement d'imposer une discrimination ou une incapacité continue, alors cette loi n'est pas à l'abri d'un examen selon la Charte simplement parce qu'elle a été édictée avant le 17 avril 1985. Si le préjudice qui en résulte continue d'être imposé à de nouveaux demandeurs aujourd'hui, la loi est sujette à un examen selon la Charte.

[20] Le juge Iacobucci a qualifié le cas de M. Benner en se référant à une situation ou condition en cours (au paragraphe 52):

Depuis sa naissance, il est un enfant né hors du Canada, avant le 15 février 1977, d'une mère canadienne et d'un père non canadien. Il s'agit tout autant d'un «statut» que le sont le fait d'avoir la peau d'une certaine couleur ou celui d'appartenir à une origine ethnique ou religieuse donnée: c'est un état de fait en cours. Les personnes dans la situation de l'appelant continuent aujourd'hui d'être privées du droit à la citoyenneté qui est conféré d'office aux enfants nés d'un père canadien.

[21] La situation de la demanderesse ici est elle aussi une condition en cours qui a subsisté de 1966 à 1988 et qui se poursuit aujourd'hui sous une forme différente. La demanderesse est encore empêchée de cotiser au RPC rétroactivement pour les années 1966 à 1988. À l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte, la demanderesse était, et elle est encore, empêchée de cotiser pleinement au RPC, parce qu'elle ne recevra pas les prestations qu'elle aurait pu recevoir si elle avait eu le droit de cotiser au RPC depuis son entrée en vigueur.

[22] Nonobstant les aspects rétrospectifs du cas de la demanderesse, la Cour dit que la demanderesse n'a pas droit à une réparation au titre de la Charte avant 1985, année durant laquelle l'article 15 est entré en vigueur.

a Charter remedy would amount to a retroactive application of the Charter. The law granting the remedy must have actually existed for the period contemplated by the proposed remedial measure. In this respect, the *Benner* decision can be distinguished from the present case because Mr. Benner's discrimination crystallized when the Charter was in effect. Further, his subsequent acquisition of citizenship was a prospective remedy which did not require the courts to change his pre-Charter status. In the present case, however, the alleged discrimination against the applicant, Ms. Bear, crystallized in 1966, well before the coming into force of the Charter, and the proposed remedy is retroactive in that it seeks to put the applicant in a position she would have occupied had she been allowed to participate in the CPP from its inception, before the Charter's existence. As such, the plaintiff's Charter argument should fail for reasons of the retroactivity of the application being sought.

[23] In the event the Charter is deemed applicable, the following section 15 analysis is pertinent.

(b) Does the CPP violate section 15 of the Charter?

[24] The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force on April 17, 1982. Section 15, which came into force on April 17, 1985, provides:

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.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[25] The basic principles for a subsection 15(1) analysis were articulated in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, wherein Mr. Justice Iacobucci stated, at paragraph 3:

Autoriser une telle réparation équivaudrait à appliquer la Charte rétroactivement. La loi conférant la réparation doit avoir effectivement existé durant la période envisagée par la mesure réparatrice proposée. Sur ce point, l'arrêt *Benner* peut être distingué de la présente affaire parce que la discrimination à l'encontre de M. Benner s'est cristallisée lorsque la Charte est entrée en vigueur. De plus, son acquisition ultérieure de la citoyenneté était une réparation prospective qui n'obligeait pas les tribunaux à modifier son statut antérieur à la Charte. Au contraire, dans la présente espèce, la présumée discrimination à l'encontre de la demanderesse, M^{me} Bear, s'est cristallisée en 1966, bien avant l'entrée en vigueur de la Charte, et la réparation proposée est rétroactive en ce sens qu'elle vise à mettre la demanderesse dans la position qu'elle aurait occupée si elle avait été autorisée à cotiser au RPC dès le début de son existence, avant l'entrée en vigueur de la Charte. En tant que tel, l'argument de la demanderesse au regard de la Charte n'est pas recevable parce qu'il suppose la rétroactivité de l'application de la Charte.

[23] Pour le cas où la Charte serait jugée applicable, l'analyse suivante de l'article 15 est pertinente.

(b) Le RPC contrevient-il à l'article 15 de la Charte?

[24] La *Charte canadienne des droits et libertés* est entrée en vigueur le 17 avril 1982. Son article 15, entré en vigueur le 17 avril 1985, est ainsi rédigé:

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.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

[25] Les principes fondamentaux d'une analyse du paragraphe 15(1) ont été exposés dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, où le juge Iacobucci s'est exprimé ainsi, au paragraphe 3:

(1) It is inappropriate to attempt to confine analysis under s. 15(1) of the *Charter* to a fixed and limited formula. A purposive and contextual approach to discrimination analysis is to be preferred, in order to permit the realization of the strong remedial purpose of the equality guarantee, and to avoid the pitfalls of a formalistic or mechanical approach.

(2) The approach adopted and regularly applied by this Court to the interpretation of s. 15(1) focuses upon three central issues:

- (A) whether a law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect;
- (B) whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment; and
- (C) whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.

The first issue is concerned with the question of whether the law causes differential treatment. The second and third issues are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

(3) Accordingly, a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:

- (A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?
- (B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

- (C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of

(1) Il est inapproprié de tenter de restreindre l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte* à une formule figée et limitée. Une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte doit plutôt être utilisée en vue de l'analyse relative à la discrimination pour permettre la réalisation de l'important objet réparateur qu'est la garantie d'égalité et pour éviter les pièges d'une démarche formaliste ou automatique.

(2) La démarche que notre Cour a adoptée et qu'elle applique régulièrement relativement à l'interprétation du par. 15(1) repose sur trois questions primordiales:

- (A) la loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes?
- (B) la différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?
- (C) La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d'égalité?

La première question vise à déterminer si la loi entraîne une différence de traitement. Les deuxième et troisième questions visent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1).

(3) Par conséquent, le tribunal ayant à se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions:

- (A) La loi contestée: a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?
- (B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

- (C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de

concern, respect, and consideration?

[26] In the present case, the applicant has clearly established differential treatment premised on the grounds of race. The position of the applicant and her class, status Indians employed on a reserve, is unique. No other class of people in Canada have tax exemptions and a corresponding exclusions from the CPP.

[27] Regarding the issue of discrimination in a substantive sense, the applicant's exclusion from the CPP amounts to withholding a benefit in a manner contrary to human dignity, based on race, or ethnic origin, or colour. There are two reasons for this Court to reach this conclusion.

[28] First, the respondent's argument that the differential treatment of the applicant is based on *situs* instead of personal immutable characteristics is not persuasive. Tax exemptions for status Indians residing and working on reserves is an integral part of the applicant's identity, which cannot be separated from her. The very notion of "Status Indian" tells the story in deep distinction from all other Canadians. Moreover, the applicant's distinct legal identity is primarily attributable to over 100 years of government policy for Aboriginal peoples. The obvious importance of such policy in defining Aboriginal peoples in Canada should preclude the Government of Canada from arguing that its legal treatment of Aboriginal peoples is distinct from personal identity. The differential treatment in this case is premised on the applicant's identity as a status Indian.

[29] Second, tax exemptions in the *Indian Act* are meant to protect the ability of Indians to benefit from their property. In *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, Mr. Justice La Forest noted at pages 130 and 131 that the Crown is honour bound to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess Indians of property they hold *qua* Indians:

la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

[26] En l'espèce, la demanderesse a clairement établi une différence de traitement fondée sur des motifs raciaux. La position de la demanderesse et de sa catégorie, celle des Indiens inscrits travaillant dans une réserve, est particulière. Aucune autre catégorie de personnes au Canada n'est dispensée de l'impôt et n'est de ce fait exclue du RPC.

[27] S'agissant de la discrimination au sens fondamental, le fait d'exclure la demanderesse du RPC équivaut à lui refuser un avantage, et cela d'une manière contraire à la dignité humaine, en raison de sa race, de son origine ethnique ou de sa couleur. La Cour arrive à cette conclusion pour deux raisons.

[28] D'abord, l'argument du défendeur selon lequel la différence de traitement qui est appliquée à la demanderesse tient à des considérations de lieu plutôt qu'à des caractéristiques personnelles immuables n'est pas convaincant. Les exemptions fiscales conférées aux Indiens inscrits qui résident et travaillent dans les réserves tiennent intégralement à l'identité de la demanderesse, une identité dont elle ne peut se départir. Le qualificatif même d'«Indien inscrit» témoigne avec éloquence de ce qui la distingue de tous les autres Canadiens. Par ailleurs, l'identité juridique particulière de la demanderesse est surtout attribuable à plus de 100 ans de politique gouvernementale propre aux peuples autochtones. L'importance évidente de cette politique dans la définition au Canada des peuples autochtones devrait dispenser le gouvernement du Canada de prétendre que le traitement juridique qu'il applique aux peuples autochtones n'est pas fondé sur l'identité personnelle. La différence de traitement repose ici sur le fait que la demanderesse est une Indienne inscrite.

[29] Deuxièmement, les exemptions fiscales prévues par la *Loi sur les Indiens* visent à préserver la possibilité pour les Indiens de profiter de leurs biens. Dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, le juge La Forest faisait observer, aux pages 130 et 131, que la Couronne est tenue par l'honneur de protéger les Indiens contre les tentatives des non-autochtones de déposséder les Indiens de biens qu'ils détiennent en tant qu'Indiens:

The exemptions from taxation and distraint have historically protected the ability of Indians to benefit from this property in two ways. First, they guard against the possibility that one branch of government, through the imposition of taxes, could erode the full measure of the benefits given by that branch of government entrusted with the supervision of Indian affairs. Secondly, the protection against attachment ensures that the enforcement of civil judgments by non-natives will not be allowed to hinder Indians in the untrammelled enjoyment of such advantages as they had retained or might acquire pursuant to the fulfilment by the Crown of its treaty obligations. In effect, these sections shield Indians from the imposition of the civil liabilities that could lead, albeit through an indirect route, to the alienation of the Indian land base through the medium of foreclosure sales and the like. . . .

[30] Participation in the CPP does not risk dispossession of Indian property. Rather, it is an universal pension plan, funded by compulsory contributions, designed to provide employed Canadians with a monthly pension upon turning 65. Thus, it is a benefit, which the applicant has been denied, thereby satisfying the third element of the test for discrimination.

(c) Does the CPP violate section 6 of the Charter?

Section 6 arguments are not determinative of this case and probably not relevant due to the likely inapplicability of the Charter to the applicant's claim. Submissions on this point by the parties are addressed later in these reasons, under party submissions.

(d) Is the violation justifiable under section 1 of the Charter?

[31] As is known, once the applicant has established a violation of section 15 of the Charter, the burden shifts to the respondent to justify it. This Court accepts the applicant's submission that the discriminatory effects of the impugned legislation cannot be justified under section 1 of the Charter.

[32] The principles governing the section 1 analysis derived from *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. They are reproduced succinctly in *Egan v. Canada*,

Historiquement, les exemptions de taxe et de saisie ont protégé de deux façons la capacité des Indiens de profiter de cette propriété. Premièrement, elles empêchent qu'un palier de gouvernement, par l'imposition de taxes, puisse porter atteinte à l'intégrité des bénéfices accordés par le palier de gouvernement responsable du contrôle des affaires indiennes. Deuxièmement, la protection contre les saisies assure que l'exécution de jugements obtenus par des non-Indiens en matière civile ne pourra entraver les Indiens dans la libre jouissance des avantages qu'ils ont acquis ou pourront acquérir conformément à l'exécution par la Couronne de ses obligations prévues par traité. Dans les faits, ces articles ont protégé les Indiens contre l'imposition d'obligations de nature civile qui pouvaient conduire, quoique indirectement, à l'aliénation de leurs terres à la suite de ventes forcées et par d'autres moyens semblables[. . .]

[30] La participation au RPC ne fait pas courir aux Indiens le risque d'être dépossédés de leurs biens. Il s'agit plutôt d'un régime universel de pensions, financé par des cotisations obligatoires, et conçu pour assurer aux travailleurs canadiens une retraite mensuelle lorsqu'ils atteignent l'âge de 65 ans. Il s'agit donc d'un avantage, avantage dont la demanderesse a été privée, et le troisième volet du critère de la discrimination se trouve donc rempli.

(c) Le RPC contrevient-il à l'article 6 de la Charte?

Les arguments fondés sur l'article 6 ne disposent pas de la présente affaire, et ils ne sont probablement pas pertinents, vu que la Charte est probablement inapplicable à la revendication de la demanderesse. Les conclusions des parties sur ce point sont examinées plus loin dans les présents motifs, sous la rubrique «conclusions des parties».

(d) La contravention est-elle justifiable selon l'article premier de la Charte?

[31] Comme on le sait, lorsqu'un demandeur a établi qu'il y a eu contravention à l'article 15 de la Charte, il incombe alors au défendeur de justifier cette contravention. La Cour accepte la conclusion de la demanderesse selon laquelle les effets discriminatoires du texte législatif contesté ne peuvent être justifiés selon l'article premier de la Charte.

[32] Les principes qui régissent l'analyse de l'article premier sont énoncés dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ils sont reproduits succinctement

[1995] 2 S.C.R. 513, at page 605, by Cory and Iacobucci, JJ., dissenting:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial.

Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantees; (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.

[33] The respondent's justification of the impugned legislation is feeble, and far short of convincing. The exclusion from the CPP of status Indians employed on reserves cannot be construed as having the pressing and substantial objective of preserving the tax-exempt status of status Indians. This argument is not persuasive because the legislation was amended with the respondent's complicity, in 1988 to permit status Indians employed on reserves to participate in the CPP, without affecting their tax-exempt status! That the impugned legislation was so amended demonstrates that the original objective of the legislation was ill-conceived and was not pressing and substantial.

(e) Does the CPP violate the *Canadian Bill of Rights*?

[34] If this Court holds, as it does, that the Charter cannot be applied retrospectively, which is true, it can surely hold that there was discrimination under the *Canadian Bill of Rights*, and structure a remedy accordingly. In this respect, the applicant argues that the CPP violates paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, color, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

...

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la page 605, par les juges Cory et Iacobucci, dissidents:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles.

Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif, (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier.

[33] La justification donnée par le défendeur pour la loi contestée est faible, et elle est loin d'être convaincante. On ne saurait dire que le fait d'exclure du RPC les Indiens inscrits travaillant dans les réserves répond à l'objectif urgent et réel de préserver l'exemption fiscale des Indiens inscrits. Cet argument n'est pas convaincant parce que la loi a été modifiée en 1988, avec l'acquiescement du défendeur, afin de permettre aux Indiens inscrits travaillant dans les réserves de cotiser au RPC, sans que leur exemption fiscale en souffre! La modification ainsi apportée à la loi contestée montre que l'objectif initial de la loi était mal défini et n'était pas urgent ni réel.

(e) Le RPC contrevient-il à la *Déclaration canadienne des droits*?

[34] Si la Cour juge, comme c'est le cas, que la Charte ne peut avoir d'application rétrospective, ce qui est vrai, alors elle peut sûrement juger qu'il y a eu discrimination au regard de la *Déclaration canadienne des droits*, et structurer une réparation en conséquence. Sur ce point, la demanderesse affirme que le RPC contrevient à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

[. . .]

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

[35] This argument is convincing. In *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, the Supreme Court held that paragraph 94(b) of the *Indian Act* [R.S.C. 1952, c. 149] was inconsistent with paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. Under paragraph 94(b) of the *Indian Act*, it was an offence for an Indian, but no one else, to be intoxicated anywhere off of an Indian reserve. The Supreme Court of Canada, after approving the thoughts of Cartwright J. in *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651, at page 662, interpreted paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* to mean (Ritchie J., among the majority in *Drybones*, at page 297):

. . . that no individual or group of individuals is to be treated more harshly than another under the law, and I am therefore of opinion that an individual is denied equality before the law if it is made an offence punishable at law, on account of his race, for him to do something which his fellow Canadians are free to do without having committed any offence or having been made subject to any penalty.

[36] In *R. v. Hayden* (1983), 3 D.L.R. (4th) 361 (Man. C.A.), an accused was charged with being intoxicated while on an Indian reserve, an offence which was contrary to the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6]. The Court, through Hall J.A., held that the provision was contrary to paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, stating (at page 364):

Parliament has enacted no other law making it an offence to be intoxicated in any other place in Canada. It is only on the reservation that it is made an offence for any person to be intoxicated. The mere fact that the impugned law applies to every person does not save it, for it is obvious that the predominant group on the reservation are Indian people whereas off the reservation the predominant people are of non-native origin. In other words there is inequality before the law. It is not an offence to be intoxicated off the reservation, but it is an offence to be in that condition on the reservation. It is surely a double standard that cannot be countenanced under the *Bill of Rights*.

[37] In *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, the Supreme Court considered whether the appellant had a right to a hearing before the Immigration Appeal Board. The Court divided equally, and three of the six judges relied upon the

[35] Cet argument est convaincant. Dans l'*arrêt R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, la Cour suprême a jugé que l'alinéa 94b) de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1952, ch. 149] était incompatible avec l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Selon l'alinéa 94b) de la *Loi sur les Indiens*, commettait une infraction tout Indien, mais personne d'autre, qui était trouvé ivre à quelque endroit en dehors d'une réserve indienne. La Cour suprême du Canada, approuvant les propos du juge Cartwright dans l'*arrêt Robertson et Rosetanni c. La Reine*, [1963] R.C.S. 651, à la page 662, a estimé que l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* signifiait (le juge Ritchie, s'exprimant pour la majorité dans *Drybones*, à la page 297):

[. . .] qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être traité plus durement qu'un autre en vertu de la loi. J'en conclus donc qu'une personne est privée de l'égalité devant la loi, si pour elle, à cause de sa race, un acte qui, pour ses concitoyens canadiens, n'est pas une infraction et n'appelle aucune sanction devient une infraction punissable en justice.

[36] Dans l'*arrêt R. v. Hayden* (1983), 3 D.L.R. (4th) 361 (C.A. Man.), une personne avait été accusée de s'être trouvée en état d'ébriété dans une réserve indienne, en contravention de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6]. Le juge Hall, s'exprimant pour la Cour, a estimé, dans les termes suivants, que la disposition était contraire à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* (à la page 364):

[TRADUCTION] Le législateur n'a édicté aucune autre loi érigeant en infraction le fait d'être en état d'ébriété à tout autre endroit au Canada. Ce n'est que dans une réserve indienne qu'une personne en état d'ébriété commet l'infraction. La loi contestée n'est pas validée par le fait qu'elle s'applique à toute personne, car il est évident que le groupe qui prédomine dans la réserve se compose d'Indiens, tandis que, en dehors de la réserve, le groupe qui prédomine se compose de personnes non autochtones. En d'autres termes, il y a inégalité devant la loi. Une personne qui est en état d'ébriété en dehors de la réserve ne commet pas une infraction, mais elle commet une infraction si elle est en état d'ébriété dans la réserve. Il s'agit là sûrement d'un double critère qui ne saurait être admis selon la *Déclaration des droits*.

[37] Dans l'*arrêt Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, la Cour suprême devait dire si l'appelant avait le droit à une audience devant la Commission d'appel de l'immigration. La Cour a rendu une décision partagée,

Canadian Bill of Rights to hold that a hearing was necessary, illustrating that the *Canadian Bill of Rights* can still be invoked.

[38] Respecting the remedial power of the *Canadian Bill of Rights*, section 2 states that every law of Canada shall be construed so as not to abrogate, abridge or infringe of any of the rights or freedoms recognized in the *Canadian Bill of Rights*, unless it is expressly declared by an Act of Parliament to operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*. In this respect, the applicant correctly submits that section 2 of the *Canadian Bill of Rights* provides the authority to provide a remedy for the infringement of her rights.

[39] In support of such authority, the Federal Court of Appeal recently cited the *Drybones* decision with approval in *Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada*, [2001] 3 F.C. 566 (C.A.), wherein Mr. Justice Létourneau stated the sanction or remedy under the *Canadian Bill of Rights* (at paragraph 60):

It is well established that, in case of incompatibility between a federal legislative provision and paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, a declaration of inoperability of that provision is the appropriate sanction or remedy: *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pages 238-239; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.); *In Re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Ltd.*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.), at pages 116-119. In addition, as stated by Heald J.A. in the *McBain* case, at page 882, quoting Ritchie J. in *Drybones*, *supra*: “another characteristic of the relief to be granted under the Bill is that there must be a degree of particularity introduced into a finding that statutory provisions are inoperative”. This means that a finding of inoperability is restricted to the case at bar and its particular fact circumstances.

(f) Does the CPP violate the rule of law?

[40] The question of whether the CPP violates the rule of law is ancillary. The parties submissions are summarized below for reference.

trois des six juges s'appuyant sur la *Déclaration canadienne des droits* pour dire qu'une audience était nécessaire, ce qui montre que la *Déclaration canadienne des droits* peut encore être invoquée.

[38] S'agissant du pouvoir réparateur de la *Déclaration canadienne des droits*, l'article 2 prévoit que toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés dans la *Déclaration canadienne des droits*. Sur ce point, la demanderesse affirme avec raison que l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits* autorise l'octroi d'une réparation pour la négation de ses droits.

[39] Cette proposition est appuyée par le fait que la Cour d'appel fédérale s'est récemment fondée sur l'arrêt *Drybones* pour juger l'affaire *Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2001] 3 C.F. 566, dans laquelle le juge Létourneau énonce la sanction ou la réparation aux termes de la *Déclaration canadienne des droits* (au paragraphe 60):

Il est bien établi que, lorsqu'il y a incompatibilité entre une disposition législative fédérale et l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, un jugement déclarant inopérante la disposition en cause constitue la sanction ou la réparation appropriée: voir *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 178, aux pages 238 et 239; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.); *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada limitée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.), aux pages 116 à 119. En outre, comme l'a déclaré le juge Heald dans l'arrêt *McBain*, à la page 882, citant le juge Ritchie dans *Drybones*, précité: «une autre caractéristique du redressement accordé en vertu de la Déclaration est qu'il faut particulariser, dans une certaine mesure, une conclusion décrétant que des dispositions législatives sont inopérantes». Cela veut dire que le jugement déclarant ces dispositions inopérantes n'a d'effet que pour l'espèce dont il s'agit et pour ses circonstances particulières.

(f) Le RPC contrevient-il au principe de la primauté du droit?

[40] La question de savoir si le RPC contrevient au principe de la primauté du droit est accessoire. Les conclusions des parties sont résumées plus loin pour référence.

(g) What remedy is appropriate here?

[41] The appropriate remedy is a direction to allow the applicant to pay back her CPP premiums in order to qualify for full benefits upon attainment of age 65.

7. Applicant's Submissions

[42] The applicant submits that the CPP violates her right to be free from discrimination based on race as guaranteed by section 15 of the Charter. Subsection 15(1) of the Charter provides:

15.(1) Every person 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.

[43] In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paragraph 39, the Supreme Court (Iacobucci J.) summarized the approach to be taken when analyzing section 15 application:

In my view, the proper approach to analyzing a claim of discrimination under s. 15(1) of the *Charter* involves a synthesis of these various articulations. . . . a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries. First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

(g) Quelle réparation s'impose ici?

[41] La réparation qui s'impose est une directive autorisant la demanderesse à verser rétroactivement ses primes au RPC afin de pouvoir se qualifier pour des prestations complètes lorsqu'elle atteindra l'âge de 65 ans.

7. Conclusions de la demanderesse

[42] La demanderesse affirme que le RPC contrevient à son droit d'être exempté de toute discrimination fondée sur la race, un droit garanti par l'article 15 de la Charte. Le paragraphe 15(1) de la Charte est rédigé ainsi:

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.

[43] Dans l'arrêt *Law v. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au paragraphe 39, la Cour suprême (le juge Iacobucci) résumait ainsi l'attitude à adopter dans l'analyse de demandes fondées sur l'article 15:

À mon avis, pour analyser une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, il convient de faire une synthèse de ces différentes démarches. Appliquant l'analyse énoncée dans *Andrews*, précité, et l'analyse en deux étapes décrites notamment dans *Egan* et *Miron*, précités, le tribunal appelé à décider s'il y a eu discrimination au sens du paragraphe 15(1) devrait se poser les trois grandes questions suivantes. Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a une différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1).

Comparator Group

[44] In this analysis, the applicant compares her treatment under the CPP with the treatment of all other Canadians who are employed.

Differential Treatment

[45] The CPP imposes differential treatment on the applicant by denying her the right to receive CPP benefits in the same manner as other working Canadians. Upon retirement, the applicant will receive a pension based solely on her contributions from 1988 onwards because she was prohibited from contributing into the CPP from 1966 to 1988. This differential treatment is based on her status as an Indian working on a reserve.

Is the Differential Treatment Based an Enumerated Grounds?

[46] The applicant submits that the unequal benefit of the law arises because of her race, which is an enumerated ground of discrimination. All Indians employed on reserves between 1966 to 1988 were denied the equal benefit of the law. No other identifiable group has been subject to this treatment under the CPP. The identity of such group is based on race, ever since the influx of Europeans and others.

[47] The document entitled *Assembly of First Nations: Disparity and Despair, First Nations and the CPP*, at page 402, corroborates the applicant's assertions:

Evidence suggests that systemic barriers, such as unrecognized employment, weak economic conditions, illiteracy among First Nations, and racism, precluded the participation of First Nations in the CPP. First Nation people and organizational representatives are now raising the question whether Canada Pension Plan legislation denied First Nations a fundamental right of equal benefit of the law. They are further suggesting that an exclusionary principle based on race was established. First Nation elders face extreme hardship and may end up living in economic conditions well below the poverty line as a result of no pension income.

[48] The applicant is treated equally under the law for other government benefits. Under the *Employment Insurance Act* [S.C. 1996, c. 23], status Indians do not

Groupe de référence

[44] Dans la présente analyse, la demanderesse compare son statut selon le RPC au statut de tous les autres travailleurs canadiens.

Différence de traitement

[45] Le RPC impose une différence de traitement à la demanderesse en lui refusant le droit de recevoir des prestations au même titre que les autres travailleurs canadiens. À sa retraite, la demanderesse recevra une pension fondée uniquement sur ses cotisations versées depuis 1988, parce qu'il lui était interdit de cotiser au RPC de 1966 à 1988. Cette différence de traitement est fondée sur son statut d'Indienne travaillant dans une réserve.

La différence de traitement est-elle fondée sur un motif énuméré?

[46] La demanderesse affirme que son bénéfice inégal de la loi tient à sa race, un motif énuméré de discrimination. Le même bénéfice de la loi a été refusé à tous les Indiens travaillant dans des réserves entre 1966 et 1988. Aucun autre groupe identifiable n'a été soumis à ce traitement au titre du RPC. L'identité de ce groupe est fondée sur la race, depuis l'afflux des Européens et autres.

[47] Le document intitulé *Assembly of First Nations: Disparity and Despair, First Nations and the CPP*, à la page 402, confirme les prétentions de la demanderesse:

[TRADUCTION] Il y a lieu de croire que des barrières systémiques, par exemple l'emploi non reconnu, la faiblesse de la situation économique, l'analphabétisme parmi les Premières nations, et le racisme, ont empêché la participation des Premières nations au RPC. Les gens des Premières nations et les représentants organisationnels posent aujourd'hui la question suivante: le Régime de pensions du Canada a-t-il refusé aux Premières nations le droit fondamental au même bénéfice de la loi? Ils donnent aussi à entendre qu'un principe d'exclusion fondé sur la race a été établi. Les anciens des Premières nations connaissent d'extrêmes difficultés et pourraient se retrouver dans une situation économique bien inférieure au seuil de pauvreté par suite de l'absence d'un revenu de retraite.

[48] La demanderesse jouit du même bénéfice de la loi pour les autres prestations publiques. En vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi* [L.C. 1996, ch. 23], les Indiens

have to pay tax on the benefits received because of their hereditary position, but are nonetheless required to contribute to the unemployment insurance fund. (*Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, at pages 884-887).

Does this Treatment Constitute Discrimination in a Substantive Sense?

[49] The Supreme Court established through Iacobucci J., in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, the contextual approach which should be used during the third step of the inquiry (at paragraph 68):

. . . there are four contextual factors which provide the basis for organizing the third stage of the discrimination analysis, they are: (i) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability, (ii) the correspondence, or lack thereof, between the ground(s) on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others, (iii) the ameliorative purpose or effects of the impugned law, program or activity upon a more disadvantaged person or group in society, and (iv) the nature and scope of the interest affected by the impugned government activity. . . . I conclude that no discrimination exists through the operation of the casino program.

[50] The applicant submits that the differential treatment under the CPP has violated her human dignity and freedom by imposing disadvantage, stereotyping, and social prejudice, and by failing to treat her with equal recognition at law as a human being, and as a member of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect, and consideration. The Court affirms those submissions. The applicant's counsel articulated her sense of grievance as recorded in vol. 1 of the hearing transcript, page 41 (line 18) to page 64 (line 4).

Pre-Existing Disadvantage

[51] In *Law, supra*, at paragraph 63, the Supreme Court held that pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice experienced by an individual or group are important to the extent that the applicant is already subject to unfair circumstances, or treatment in society by virtue of particular traits or circumstances. The Court held that it is reasonable to assume that further differential treatment will contribute to the

inscrits n'ont pas à payer d'impôt sur les prestations reçues, en raison de leur position héréditaire, mais ils doivent néanmoins cotiser à la caisse d'assurance-chômage (*Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, aux pages 884 à 887).

Ce traitement équivaut-il foncièrement à une discrimination?

[49] La Cour suprême a établi, par l'entremise du juge Iacobucci, dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, l'approche contextuelle qui devrait être employée dans la troisième étape de l'examen (au paragraphe 68):

[. . .] il y a quatre facteurs qui constituent les assises de la troisième étape de l'analyse relative à la discrimination. Ces facteurs sont: (i) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d'une situation de vulnérabilité; (ii) la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur ou d'autres personnes; (iii) l'objet ou l'effet améliorateur de la loi, du programme ou de l'activité contesté eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société; (iv) la nature et l'étendue du droit touché par l'activité gouvernementale contestée [. . .] J'estime que l'exploitation du programme relatif au casino ne crée pas de discrimination.

[50] La demanderesse affirme que la différence de traitement établie par le RPC a porté atteinte à sa dignité et à sa liberté en lui imposant un désavantage, des stéréotypes et des préjugés sociaux, et en refusant de la traiter avec la même reconnaissance juridique en tant qu'être humain et en tant que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération. La Cour accepte ces arguments. L'avocat de la demanderesse a expliqué le sentiment d'injustice de sa cliente dans le volume 1 de la transcription d'audience, de la page 41 (ligne 18) à la page 64 (ligne 4).

La préexistence d'un désavantage

[51] Dans l'arrêt *Law*, précité, au paragraphe 63, la Cour suprême a jugé que la préexistence d'un désavantage, d'une situation de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés qu'a subis une personne ou un groupe est importante dans la mesure où le demandeur est déjà soumis à des circonstances injustes, ou à un traitement injuste dans la société, en raison de traits particuliers ou de conditions particulières. La Cour

perpetuation of the unfair treatment, and will have a more severe effect on those who are once disadvantaged since they are already vulnerable.

[52] The Court held in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at page 209, that equality rights affecting Aboriginal people and communities must be evaluated with special attention to the rights of Aboriginal people in Canada, and with respect for and consideration of the cultural attachment and background of Indian people.

[53] The applicant's tax exemption is unique to status Indians, and is based on historical circumstances which cannot be used to justify the denial of benefits. In the House of Commons debates on March 8, 1965, the Honourable Mr. E. J. Benson, speaking for the government of the day, was asked to say whether the government fully looked into the question when formulating the CPP, and Mr. Benson said (*House of Commons Debates* (March 8, 1965), at pages 12109-12110):

Mr. Benson: Mr. Chairman, in drawing up this plan it was decided that the only logical basis on which to institute a plan such as this without all sorts of definitions of "earnings", and other things which are quite unrelated to the determination of income under the Income Tax Act, was to adopt the general policy that income under this act would be the same as income as determined under the Income Tax Act. I can assure my hon. friend and also the hon. member who spoke before him that in the drafting of this legislation there was no intention to discriminate against any sort of person in Canada because of race, colour, creed or marital status. It was simply because, on the basis of legislation like this which is going to cover such a vast number of people in Canada and which has to be administered by my department, the sound and logical basis on which to base the legislation was to use the same definition of "income" as that used under the Income Tax Act. This obviates taking one's income as determined under the Income Tax Act and then making all sorts of adjustments in order to arrive at the amount on which a contribution is made to the Canada pension plan. I believe the plan would become almost administratively impossible, or you might have to set up a separate administrative procedure, if you were to vary greatly from the determination of income for the purposes of this act as compared with the determination of income for the purposes

a jugé qu'il est raisonnable de présumer qu'une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation du traitement injuste et aura un effet plus grave sur ceux qui sont défavorisés une fois puisqu'ils sont déjà vulnérables.

[52] La Cour a jugé dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, à la page 209, que les droits à l'égalité qui concernent les peuples et les communautés autochtones doivent être évalués d'une manière qui accorde une attention spéciale aux droits des peuples autochtones au Canada, et d'une manière qui montre du respect et de la considération à l'égard de la culture de tous les Autochtones—hommes et femmes—et de leur attachement à cette culture.

[53] L'exemption fiscale de la demanderesse est propre aux Indiens inscrits et elle repose sur des circonstances historiques qui ne peuvent servir à justifier le refus de prestations. Au cours des débats de la Chambre des communes le 8 mars 1965, M. E. J. Benson, s'exprimant pour le gouvernement de l'époque, fut prié de dire si le gouvernement avait bien examiné la question au moment d'établir le RPC, et M. Benson avait répondu (*Débats de la Chambre des communes* (8 mars, 1965), aux pages 12299 et 12300):

L'hon. M. Benson: Monsieur le président, en établissant ce régime, on a décidé que la seule façon logique de l'instituer sans reconnaître toutes sortes de définitions du mot «gains» et d'autres éléments n'ayant aucun rapport avec l'établissement du revenu, aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, était d'adopter la règle générale voulant que le revenu, aux termes de la présente loi, serait le même qu'en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Je puis assurer à mon honorable ami et à l'honorable député qui l'a précédé que cette mesure législative n'a pas été rédigée de façon à exclure qui que ce soit à cause de sa race, de sa couleur, de sa religion ou de son état matrimonial. On a tout simplement jugé qu'à l'égard d'une mesure de ce genre qui s'appliquera à tant de Canadiens et sera administré par mon ministère, il était logique de définir le revenu comme dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi il n'est pas nécessaire de prendre le revenu établi aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et d'y apporter toutes sortes de modifications afin d'en arriver au montant à l'égard duquel des cotisations doivent être versées au *Régime de pensions du Canada*. J'estime que le régime deviendrait presque impossible à administrer ou qu'il faudrait instituer un organisme spécial à cette fin si le revenu aux fins de cette loi était établi d'une façon toute autre qu'aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

of this act compared with the determination of income for the purposes of the Income Tax Act.

The reasons posited by the Minister, as recorded in Hansard, seem hardly convincing for a government determined to avoid or eradicate racism from its proposed legislation—especially when compared with its more enlightened later legislation on the same subject.

Relationship Between the Grounds and the Claimant's Characteristics

[54] The Supreme Court noted in *Law, supra*, at paragraphs 59-60:

The determination of the appropriate comparator, and the evaluation of the contextual factors which determine whether legislation has the effect of demeaning a claimant's dignity must be conducted from the perspective of the claimant. As applied in practice in several of this Court's equality decisions, and as neatly discussed by L'Heureux-Dubé J. in *Egan, supra*, at para. 56, the focus of the discrimination inquiry is both subjective and objective: subjective in so far as the right to equal treatment is an individual right, asserted by a specific claimant with particular traits and circumstances; and objective in so far as it is possible to determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question, and society's past and present treatment of the claimant and of other persons or groups with similar characteristics or circumstances. The objective component means that it is not sufficient, in order to ground a s. 15(1) claim, for a claimant simply to assert, without more, that his or her dignity has been adversely affected by a law.

As stated by L'Heureux-Dubé J. in *Egan, supra*, at para. 56, the relevant point of view is that of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant. Although I stress that the inquiry into whether legislation demeans the claimant's dignity must be undertaken from the perspective of the claimant and from no other perspective, a court must be satisfied that the claimant's assertion that differential treatment imposed by legislation demeans his or her dignity is supported by an objective assessment of the situation. All of that individual's or that group's traits, history, and circumstances must be considered in evaluating whether a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the

Les motifs exposés par le ministre, et reproduits dans le Hansard, ne semblent guère convaincants de la part d'un gouvernement résolu à écarter ou éradiquer tout racisme de ses projets de loi—surtout si l'on considère ses lois ultérieures plus éclairées concernant le même sujet.

Relation entre les motifs de discrimination et les caractéristiques de la demanderesse

[54] La Cour suprême avait tenu les propos suivants dans l'arrêt *Law*, précité, aux paragraphes 59 et 60:

La détermination de l'élément de comparaison approprié et l'évaluation des facteurs contextuels qui établissent si les dispositions législatives ont pour effet de porter atteinte à la dignité d'un demandeur doivent s'effectuer dans la perspective de ce dernier. Comme cela a été appliqué en pratique à l'occasion de plusieurs arrêts de notre Cour en matière d'égalité et comme il en a clairement été question dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé, au par. 56 de l'arrêt *Egan*, précité, le point central de l'analyse relative à la discrimination est à la fois subjectif et objectif: subjectif dans la mesure où le droit à l'égalité de traitement est un droit individuel, invoqué par un demandeur particulier ayant des caractéristiques et une situation propres; et objectif dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question et le traitement passé et actuel accordé par la société au demandeur et aux autres personnes ou groupes partageant des caractéristiques ou une situation semblables. La partie objective signifie que, pour fonder une allégation formulée en vertu du par. 15(1), le demandeur ne peut se contenter de prétendre que sa dignité a souffert en raison d'une loi sans étayer davantage cette prétention.

Comme l'a dit le juge L'Heureux-Dubé dans *Egan*, précité, au par. 56, le point de vue pertinent est celui de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur. Bien que j'insiste sur la nécessité de se placer dans la perspective du demandeur, et uniquement dans cette perspective, pour déterminer si la mesure législative sape sa dignité, j'estime que le tribunal doit être convaincu que l'allégation du demandeur, quant à l'effet dégradant que la différence de traitement imposée par la mesure a sur sa dignité, est étayée par une appréciation objective de la situation. C'est l'ensemble des traits, de l'histoire et de la situation de cette personne ou de ce groupe qu'il faut prendre en considération lorsqu'il s'agit d'évaluer si une personne raisonnable se trouvant dans une situation

effect of demeaning his or her dignity.

[55] Moreover, at page 3 of the minutes of a meeting of the Sub-Committee of the Interdepartmental Committee to Study Amendments to the *Indian Act*, dated January 31, 1968, the respondent in effect acknowledged that the government did not wish to discriminate against Indians, and that it would be desirable to have them covered by the CPP from its inception.

[56] In a document entitled *Coverage of Indians Precluded from Making Contributions by Virtue of Earning for Services Rendered on Reserves Being Tax Exempt*; report from the Interdepartmental Sub-Committee on Coverage, dated July 26, 1972, the report states at page 1 that the coverage of Indians “should have depended solely on the individual Indian meeting the conditions of general application of the CPP rather than on the discriminating and indirect operation of the tax exemption.” The report states:

In making provision for covering these Indians in the future, amendments should be so devised that the ill-effects of the initial exclusion should not continue to place them at a disadvantage. The problem is to devise an equitable means of providing insurance coverage to such Indians who are still in the labour force comparable to that possessed by other Canadians of a similar age who have already been insured, keeping in mind the need for administrative simplicity.

The members of the Sub-Committee astutely recognized that Aboriginals were being denied equality of civil rights by legislation.

[57] The Interdepartmental Sub-Committee on Coverage report states that the manner in which Indians who were employed on reserves were treated put them in the same category as immigrants, or as students who were just beginning to work in Canada. At page 2 of the report, it is stated that denying the right of Indians to participate in the CPP was because of a “malfunction” in the legislation:

They did not fail to contribute from 1966 on because they were not in the labour market; they were employed and generating

semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité.

[55] Par ailleurs, à la page 3 du procès-verbal d’une réunion du sous-comité du Comité interministériel chargé d’étudier les modifications à la *Loi sur les Indiens*, en date du 31 janvier 1968, le défendeur avait même admis que le gouvernement ne souhaitait pas exercer une discrimination à l’encontre des Indiens et qu’il vaudrait mieux que le RPC s’applique à eux dès sa prise d’effet.

[56] Dans un document intitulé *Protection offerte aux Indiens empêchés de verser des cotisations pour le motif que leurs gains pour services rendus dans les réserves sont exempts d’impôt*, rapport du sous-comité interministériel sur le champ d’application, en date du 26 juillet 1972, le rapport mentionne, à la page 1, que l’application aux Indiens [TRADUCTION] «n’aurait dû dépendre que de l’accomplissement par l’Indien concerné des conditions d’application générale du RPC plutôt que de la mise en œuvre discriminante et indirecte de l’exemption fiscale». On peut lire dans le rapport ce qui suit:

[TRADUCTION] En offrant une couverture à ces Indiens pour l’avenir, les modifications devaient être rédigées de telle sorte que les effets pervers de l’exclusion initiale ne devraient plus continuer de les désavantager. Le problème est de trouver un moyen équitable d’offrir aux Indiens qui sont encore dans la population active une protection comparable à celle dont bénéficient les autres Canadiens d’âge similaire qui ont déjà été assurés, et cela en gardant à l’esprit l’impératif de la simplicité administrative.

Les membres du sous-comité ont reconnu avec finesse que la loi refusait aux Autochtones l’égalité des droits civils.

[57] Le rapport du Sous-comité interministériel sur le champ d’application mentionne que la manière dont les Indiens qui travaillaient dans les réserves étaient traités les plaçait dans la même catégorie que des immigrants, ou que des étudiants qui venaient de commencer à travailler au Canada. À la page 2 du rapport, il est mentionné que le refus aux Indiens du droit de cotiser au RPC résultait d’une «défaillance» de la loi:

[TRADUCTION] Ils n’ont pas omis de cotiser à partir de 1966 puisqu’ils n’étaient pas sur le marché du travail; ils étaient

earnings which should have been included and it is, in effect, a malfunction in the legislation that they did not contribute. (Draft report—tab 28, respondent's record, p. 260).

“A malfunction in the legislation” (end of quotation). Quite an admission!

[58] The Government was aware, before the enactment of CPP, that Indians earning income on reserves could not contribute to the CPP. In 1965, the Minister of National Revenue, during Parliamentary debate, rejected the suggestion that the CPP could be amended by regulation to allow Indians employed on reserves to participate. However, the Minister acknowledged that Indians employed on reserves could be included by a change to the *Income Tax Act*, and to the *Indian Act*, and to the CPP without the consultation of the provinces. Minister Benson stated the following:

I would not like to indicate in any way that the government has any intention to introduce such a bill as that suggested by my hon. friend. . . I am informed the government would have the power to introduce such a bill, if it were government policy, without consultation with the provinces.

[59] The Government and, in effect Parliament, knew that the CPP would discriminate against Indians employed on reserves. Mr. Howard, an Opposition M.P., brought the matter to the Government's attention on March 8, 1965, during debate [*House of Commons Debates, supra*, at page 12105]:

Here however, you have an exclusion based on racial inheritance. Surely in any legislation which the parliament of Canada enacts and which provides a benefit to the people of Canada, there should be no exclusion because of an individual's race. However this is precisely what this particular bill is doing.

So, the Government of Canada can never pretend, “we did not know of that racial discrimination.”

Ameliorative Purpose of Section 15

[60] In *Law, supra*, at paragraph 46, the Supreme Court of Canada states that the purpose of subsection 15(1) is “not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within

employés et généraient des gains qui auraient dû être inclus et c'est en effet une défaillance de la loi qu'ils n'aient pas cotisé. (Rapport provisoire—onglet 28, dossier du défendeur, p. 260).

«Une défaillance de la loi» (fin de citation). Quel aveu!

[58] Le gouvernement savait, avant la promulgation du RPC, que les Indiens gagnant un revenu dans les réserves ne pourraient pas cotiser au RPC. En 1965, le ministre du Revenu national rejeta, durant un débat parlementaire, l'idée que le RPC puisse être modifié par règlement pour permettre aux Indiens travaillant dans les réserves d'y participer. Cependant, le ministre reconnut que les Indiens travaillant dans les réserves pourraient se prévaloir du RPC par modification de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de la *Loi sur les Indiens* et du RPC sans que les provinces soient consultées. Le ministre Benson s'était exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Je ne voudrais pas donner à entendre que le gouvernement a l'intention de déposer un projet de loi comme celui dont parle mon honorable ami [. . .] Je suis informé que le gouvernement aurait le pouvoir de déposer un tel projet de loi, si telle était la politique gouvernementale, sans consulter les provinces.

[59] Le gouvernement, et même le Parlement, savaient que le RPC entraînerait une discrimination à l'encontre des Indiens travaillant dans les réserves. M. Howard, un député de l'Opposition, porta l'affaire à l'attention du gouvernement le 8 mars 1965, durant un débat [*Débats de la Chambre des communes, précité*, à la page 12295]:

Mais, en l'occurrence, l'exclusion est d'origine raciale. Et toute loi qu'adopte le Parlement du Canada prévoyant le paiement d'une prestation aux Canadiens ne devrait renfermer aucune exclusion fondée sur la race de la personne. Pourtant, c'est exactement ce que fait cette mesure.

Le gouvernement du Canada ne pourra donc jamais prétendre qu'il n'avait pas connaissance de cette discrimination raciale.

L'objet améliorateur de l'article 15

[60] Dans l'arrêt *Law, précité*, au paragraphe 46, la Cour suprême du Canada affirme que le paragraphe 15(1) «a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination par l'attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais

Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society.” The Court holds that ameliorative legislation which excludes from its scope the members of a historically disadvantaged group will rarely escape the charge of discrimination. The applicant, as a status Indian employed on a reserve, has been disadvantaged compared with other employed Canadians by being excluded from the CPP since its inception, until 1988.

Nature of the Interest Affected

[61] The respondent’s actions perpetuate the negative view of some folk in Canada that Indians on reserves, notably those who are approaching retirement and who are becoming eligible for CPP benefits, are less deserving of concern, respect, or consideration than other working Canadians. (The Court takes judicial notice of that view, and invokes the Royal Commission’s report.) The effect is to deny the applicant long-term financial security outside of the social welfare system. The negative effect of the welfare system on Aboriginal peoples has been studied and documented by the Royal Commission on Aboriginal Peoples. The Commission has stated that the long-term effect of denying CPP benefits to Aboriginals is the idea that they are less capable and less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society. This indirect quotation expresses a biased view which seems to affect the applicant’s sense of self-esteem, or could, if she would let it.

(c) Section 6 of the Charter—Mobility Rights

[62] Subsection 6(2) of the Charter provides that:

6. . . .

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of permanent resident of Canada has the right

(a) to move to and take up residence in any province; and

(b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

également d’améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclu de l’ensemble de la société ordinaire». Selon la Cour suprême, les textes améliorateurs qui excluent de leur champ d’application les membres d’un groupe historiquement défavorisé seront en règle générale taxés de discrimination. La demanderesse, une Indienne inscrite travaillant dans une réserve, a été défavorisée par rapport aux autres travailleurs canadiens par le fait qu’elle a été exclue du RPC depuis sa prise d’effet, jusqu’en 1988.

Nature des intérêts touchés

[61] Les actions du défendeur perpétuent l’opinion négative de certains au Canada selon laquelle les Indiens des réserves, notamment ceux qui approchent de la retraite et qui deviennent admissibles aux prestations du RPC, méritent moins d’intérêt, de respect ou de considération que les autres travailleurs canadiens. (La Cour considère de notoriété cette manière de voir et en donne comme preuve le rapport de la Commission royale.) L’effet est de nier à la demanderesse une sécurité financière à long terme en dehors du système de protection sociale. L’effet pervers du système de protection sociale sur les peuples autochtones a été étudié et exposé par la Commission royale sur les peuples autochtones. Selon la Commission, l’effet à long terme de la négation des prestations du RPC aux Autochtones est l’idée qu’ils sont moins capables et moins dignes de reconnaissance ou de valeur en tant qu’êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne. Cette paraphrase témoigne d’une vue partielle qui semble atteindre le sentiment d’amour-propre de la demanderesse, ou qui pourrait l’atteindre si elle n’y veillait pas.

(c) Article 6 de la Charte—Liberté de circulation et d’établissement

[62] Le paragraphe 6(2) de la Charte prévoit que:

6. [. . .]

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit:

a) de se déplacer dans tout le pays et d’établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

[63] The applicant could only have received the full CPP benefits by residing off of her reserve, which would deny her the right to reside where she wants to in Manitoba. It would not breach subsection 6(2), but would tend to induce a restriction on freedom of mobility, in order to gain the CPP benefits, as claimed in claim 1g), page 2 of the notice of application.

[64] Therefore, the effect of the CPP violates the intent of section 6 of the Charter by prohibiting or inhibiting the applicant from freely moving around within Canada. However, the applicant's counsel withdrew this claim: transcript; Vol. I, page 21, lines 24-25; page 22, lines 1 and 2.

(d) Section 1 of the Charter

[65] The applicant submits that the discriminatory effects of the impugned legislation cannot be justified under section 1 of the Charter. The section provides that Canadians' rights and freedoms are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

[66] The principles governing the section 1 analysis derive from *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. They are reproduced succinctly in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at page 605:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantees; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.

These three criteria appear not to be satisfied in this case.

[63] La demanderesse n'aurait pu bénéficier de prestations intégrales du RPC qu'en demeurant en dehors de sa réserve, ce qui reviendrait à lui refuser le droit de demeurer où elle veut au Manitoba. Ce ne serait pas là une contravention au paragraphe 6(2), mais cela tendrait à fixer une limite à sa liberté de circulation et d'établissement, et cela pour pouvoir bénéficier des prestations du RPC, comme il est indiqué dans la revendication 1g), page 2 de l'avis de demande.

[64] Par conséquent, l'effet du RPC contrevient à l'esprit de l'article 6 de la Charte, en empêchant la demanderesse de se déplacer librement à l'intérieur du Canada. Toutefois, l'avocat de la demanderesse s'est désisté de cette prétention: transcription, vol. I, page 21, lignes 24 et 25; page 22, lignes 1 et 2.

(d) L'article premier de la Charte

[65] La demanderesse affirme que les effets discriminatoires de la loi contestée ne peuvent se justifier au regard de l'article premier de la Charte. Cet article prévoit que les droits et libertés ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[66] Les principes régissant l'analyse selon l'article premier sont énoncés dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ils sont reproduits succinctement dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la page 605:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier.

Ces trois critères ne paraissent pas avoir été remplis en l'espèce.

[67] Once the applicant has established a violation of section 15 of the Charter, as she has, the burden shifts to the respondent to justify it. The respondent may attempt to justify the impugned legislation by stating that the objective of the legislation was pressing and substantial because it sought to preserve the tax-exempt status of status Indians. This argument is not persuasive because the legislation was amended in 1988 to permit status Indians employed on reserves to participate in the CPP without affecting their tax-exempt status. That the impugned legislation was amended, demonstrates that the original objective of the legislation, regarding status Indians' exemption, was ill-conceived and was not pressing and substantial. Otherwise how could the amendment operate, as it does, without creating trouble and dislocations?

(e) Canadian Bill of Rights

[68] The applicant submits that CPP violates paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

...

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law.

The respondent simply cannot be heard—and has not been heard herein—to deny the applicant's humanity. She is entitled to equality of human rights.

[69] In *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, the Supreme Court held that paragraph 94(b) of the *Indian Act*, *supra*, was inconsistent with paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. Under paragraph 94(b) of the *Indian Act*, it was an offence for an Indian to be intoxicated anywhere off of an Indian reserve. The Supreme Court of Canada, in the words of Mr. Justice Ritchie, interpreted paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* to mean [at page 297]:

... without attempting any exhaustive definition of "equality before the law" I think that s. 1(b) means at least that no individual or group of individuals is to be treated more harshly

[67] Une fois que la demanderesse a établi, comme elle l'a fait, qu'il y a eu contravention à l'article 15 de la Charte, il appartient au défendeur de justifier cette contravention. Le défendeur peut tenter de justifier le texte contesté en affirmant que l'objectif de ce texte était urgent et réel parce qu'il visait à préserver l'exemption fiscale des Indiens inscrits. Cet argument n'est pas convaincant parce que le texte a été modifié en 1988 pour permettre aux Indiens inscrits travaillant dans les réserves de cotiser au RPC sans qu'ils cessent d'être exempts d'impôt. La modification du texte contesté montre que l'objectif initial du texte, en ce qui a trait à l'exemption des Indiens inscrits, était mal conçu et n'était pas urgent ni réel. Autrement, comment la modification pouvait-elle être appliquée, comme elle l'est, sans entraîner difficultés et bouleversements?

(e) La Déclaration canadienne des droits

[68] La demanderesse affirme que le RPC contrevient à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

[...]

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

Le défendeur ne peut nier évidemment que la demanderesse appartient au genre humain, et il ne l'a d'ailleurs pas donné à entendre. La demanderesse a droit à l'égalité.

[69] Dans l'arrêt *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, la Cour suprême a jugé que l'alinéa 94b) de la *Loi sur les Indiens*, précité, était incompatible avec l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Selon l'alinéa 94b) de la *Loi sur les Indiens*, commettait une infraction tout Indien trouvé en état d'ébriété n'importe où à l'extérieur d'une réserve indienne. Le juge Ritchie, s'exprimant pour la Cour suprême du Canada, interpréta ainsi l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* [à la page 297]:

Sans rechercher une définition complète de l'expression «égalité devant la loi», je pense que l'article 1b) signifie au moins qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être

than another under the law, and I am therefore of opinion that an individual is denied equality before the law if it is made an offence punishable at law, on account of his race, for him to do something which his fellow Canadians are free to do without having committed an offence or having been made subject to any penalty.

[70] In *R. v. Hayden* (1983), 3 D.L.R. (4th) 361 (Man. C.A.), an accused was charged with being intoxicated while on an Indian reserve, an offence which was contrary to the *Indian Act*. The Court held that the provision was contrary to paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, stating (at page 364):

Parliament has enacted no other law making it an offence to be intoxicated in any other place in Canada. It is only on the reservation that it is made an offence for any person to be intoxicated. The mere fact that the impugned law applies to every person does not save it, for it is obvious that the predominant group on the reservation are Indian people whereas off the reservation the predominant people are of a non-native origin. In other words there is inequality before the law. It is not an offence to be intoxicated off the reservation but it is an offence to be in that condition on the reservation. It is surely a double standard that cannot be countenanced under the *Bill of Rights*.

[71] In *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, the Supreme Court considered whether the appellant had a right to a hearing before the Immigration Appeal Board. Three Supreme Court judges, of six, relied upon the *Canadian Bill of Rights* to hold that a hearing was necessary, illustrating that the *Canadian Bill of Rights* could still be invoked as late as 1983. Paragraph 2(e) if the Bill of Rights was held to be the relevant provision according to Mr. Justice Beetz, who is reported to have stated [at page 224]:

Thus, the *Canadian Bill of Rights* retains all its force and effect, together with the various provincial charters of rights. Because these constitutional or quasi-constitutional instruments are drafted differently, they are susceptible of producing cumulative effects for the better protection of rights and freedoms. But this beneficial result will be lost if these instruments fall into neglect. It is particularly so where they contain provisions not to be found in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and almost tailor-made for certain

traité plus durement qu'un autre en vertu de la loi. J'en conclus donc qu'une personne est privée de l'égalité devant la loi, si pour elle, à cause de sa race, un acte qui, pour ses concitoyens canadiens, n'est pas une infraction et n'appelle aucune sanction devient une infraction punissable en justice.

[70] Dans l'arrêt *R. v. Hayden* (1983), 3 D.L.R. (4th) 361 (C.A. Man.), une personne avait été accusée de s'être trouvée en état d'ébriété dans une réserve indienne, en contravention de la *Loi sur les Indiens*. Le juge Hall, s'exprimant pour la Cour, estima, dans les termes suivants, que la disposition était contraire à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* (à la page 364):

[TRADUCTION] Le législateur n'a édicté aucune autre loi érigeant en infraction le fait d'être en état d'ébriété à tout autre endroit au Canada. Ce n'est que dans une réserve indienne qu'une personne en état d'ébriété commet l'infraction. La loi contestée n'est pas validée par le fait qu'elle s'applique à toute personne, car il est évident que le groupe qui prédomine dans la réserve se compose d'Indiens, tandis que, en dehors de la réserve, le groupe qui prédomine se compose de personnes non autochtones. En d'autres termes, il y a inégalité devant la loi. Une personne qui est en état d'ébriété en dehors de la réserve ne commet pas une infraction, mais elle commet une infraction si elle est en état d'ébriété dans la réserve. Il s'agit là sûrement d'un double critère qui ne saurait être admis selon la *Déclaration des droits*.

[71] Dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, la Cour suprême devait dire si l'appelant avait droit à une audience devant la Commission d'appel de l'immigration. Trois des six juges composant la formation se sont appuyés sur la *Déclaration canadienne des droits* pour affirmer qu'une audience était nécessaire, ce qui montre que la *Déclaration canadienne des droits* pouvait encore être invoquée en 1983. L'alinéa 2e) de la *Déclaration* était la disposition pertinente, selon le juge Beetz, dont les propos sont reproduits ici [à la page 224]:

Ainsi, la *Déclaration canadienne des droits* conserve toute sa force et son effet, de même que les diverses Chartes des droits provinciales. Comme ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels ont été rédigés de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés. Ce résultat bénéfique sera perdu si ces instruments tombent en désuétude. Cela est particulièrement vrai dans le cas où ils contiennent des dispositions qu'on ne trouve pas dans la *Charte canadienne*

factual situations such as those in the cases at bar.

[72] If this Court holds that the Charter cannot be applied retrospectively, as is the case, it can nevertheless hold that in the circumstances there was discrimination of the kind prohibited under the *Canadian Bill of Rights*, and the Court ought then to structure a remedy accordingly. Section 2 of the *Canadian Bill of Rights* states that every law of Canada shall be construed not to abrogate, abridge or infringe of any of the rights or freedoms recognized in the *Canadian Bill of Rights*, unless it is expressly declared by an Act of Parliament to operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*. The applicant submits that section 2 of the *Canadian Bill of Rights* provides the authority to provide a remedy for the infringement of her right to equality before, and protection of (by), the law, without discrimination by reason of her race.

(f) Rule of Law

[73] The applicant submits that the CPP violates the rule of law as incorporated by the preamble to the *Constitution Act, 1867*, and by the preamble to the *Constitution Act, 1982*. (See *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at pages 750-751; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paragraphs 32-34 and 48-84). Further, no racial discrimination is expressly permitted to operate by the CPP, the *Indian Act* or the *Income Tax Act* notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*.

[74] The rule of law consists of three principles: the law is supreme, there is one law for all, and the relationship between the state and the individual is regulated by the law. The second principle of the rule of law is violated here, because status Indians who are employed on reserves are denied the right to contribute to the CPP as are other Canadians, and have been entitled to contribute to the CPP only since 1988. Further, the CPP discriminates because participation is optional for the employers of status Indians employed on reserves, but is mandatory for all other Canadian

des droits et libertés et qui paraissent avoir été spécialement conçues pour répondre à certaines situations de fait comme de celles en cause en l'espèce.

[72] Si la Cour fédérale juge que la Charte ne peut être appliquée rétrospectivement, comme c'est le cas, elle peut néanmoins juger que, eu égard aux circonstances, il y a eu une discrimination du genre de celle qu'interdit la *Déclaration canadienne des droits*, et la Cour doit donc structurer une réparation en conséquence. L'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits* prévoit que toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus dans la *Déclaration canadienne des droits*. Selon la demanderesse, l'article 2 de la Déclaration autorise l'octroi d'une réparation pour la négation de son droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi, sans discrimination fondée sur sa race.

(f) Le principe de la primauté du droit

[73] Selon la demanderesse, le RPC contrevient au principe de la primauté du droit qui est énoncé dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et dans celui de la *Loi constitutionnelle de 1982* (voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, aux pages 750 et 751; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, aux paragraphes 32 à 34 et 48 à 84). D'ailleurs, le RPC, la *Loi sur les Indiens* et la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne renferment aucune disposition formelle autorisant la discrimination raciale nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*.

[74] Le principe de la primauté du droit est triple: la loi est souveraine, il n'y a qu'une loi pour tous, et la relation entre l'État et l'individu est régie par la loi. Il y a ici contravention au deuxième volet du principe de la primauté du droit, parce que les Indiens inscrits qui travaillent dans les réserves sont empêchés de cotiser au RPC, contrairement aux autres Canadiens, et n'ont eu le droit de cotiser au RPC que depuis 1988. De plus, le RPC exerce une discrimination parce que la participation au RPC est facultative pour les employeurs des Indiens inscrits travaillant dans les réserves, alors qu'elle est

employers. The fact that such employers may now, and Rose Bear's employer does so, contribute, should be taken as done and ratified.

(g) Remedies

[75] Subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* states that the Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law which is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. Under subsection 52(1), a court may read a remedy into the legislation, or rule that a provision in the legislation is of no force or effect if it authorizes discriminatory treatment.

Reading-In

[76] The Court's ability to read into legislation under section 52 was demonstrated in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, where Chief Justice Lamer stated (at page 695):

A court has flexibility in determining what course of action to take following a violation of the *Charter* which does not survive s. 1 scrutiny. Section 52 of the *Constitution Act, 1982*, mandates the striking down of any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution, but only "to the extent of the inconsistency". Depending upon the circumstances, a court may simply strike down, it may strike down and temporarily suspend the declaration of invalidity, or it may resort to the techniques of reading down or reading in.

[77] Reading in is a desirable option which can be exercised in the appropriate circumstances. However "the purposes of the *Charter* may encourage one kind of response more strongly than another" (at pages 701-702):

This is best illustrated by the case of the *Attorney-General of Nova Scotia v. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633 (N.S.C.A.). In that case, a form of welfare benefit was available to single mothers but not single fathers. This was held to violate s. 15 of the *Charter* since benefits should be available to single mothers and single fathers equally. However, the Court held that s. 15 merely required equal benefit, so that the *Charter* would be equally satisfied whether the benefit was available to both mothers and fathers or to neither. Given this and the Court's conclusion that it could not

obligatoire pour tous les autres employeurs canadiens. Le fait que les employeurs d'Indiens inscrits peuvent maintenant participer au RPC et que l'employeur de Rose Bear y participe effectivement devrait être considéré comme accompli et ratifié.

(g) Réparation

[75] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. De par le paragraphe 52(1), un tribunal peut interpréter le texte législatif incompatible comme s'il lui conférait le pouvoir d'accorder une réparation, ou il peut juger qu'une disposition de ce texte est nulle et de nul effet si elle autorise un traitement discriminatoire.

Interprétation libérale

[76] La possibilité pour la Cour, selon l'article 52, d'interpréter le texte législatif d'une manière libérale a été exposée dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, où le juge en chef Lamer s'est exprimé ainsi (à la page 695):

Un tribunal jouit d'une certaine latitude dans le choix de la mesure à prendre dans le cas d'une violation de la *Charte* qui ne résiste pas à un examen fondé sur l'article premier. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'annulation des «dispositions incompatibles» de toute règle de droit. Selon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité ou il peut appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large.

[77] L'interprétation libérale est une solution souhaitable à laquelle il est possible de recourir dans les cas qui le justifient. Cependant, «les objets de la *Charte* pourraient bien favoriser un type de réponse plutôt qu'un autre» (aux pages 701 et 702):

L'arrêt *Attorney-General of Nova Scotia c. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633 (C.A.N.-É.) illustre fort bien ce point. Dans cette affaire, la plainte portait sur le fait que les mères célibataires avaient droit à un certain type de prestations d'aide sociale, mais pas les pères célibataires. La cour a statué que ces prestations étaient contraires à l'article 15 de la *Charte* puisqu'elles auraient dû être accordées tant aux pères célibataires qu'aux mères célibataires. Toutefois, la cour a statué que l'article 15 exigeait simplement le même bénéfice et que les exigences de la *Charte* seraient tout aussi bien

extend benefits, the only available course was to nullify the benefits to single mothers. The irony of this result is obvious.

Perhaps in some case s. 15 does simply require relative equality and is just as satisfied with equal graveyards as equal vineyards, as it has sometimes been put (see *Caminker*, at page 1186). Yet the nullification of benefits to single mothers does not sit well with the overall purpose of s. 15 of the *Charter* and for s. 15 to have such a result clearly amounts to “equality with a vengeance”, as LEAF, one of the interveners in this case, has suggested. While s. 15 may not absolutely require that benefits be available to single mothers, surely it at least encourages such action to relieve the disadvantaged position of persons in those circumstances. In cases of this kind, reading in allows the court to act in a manner more consistent with the basic purposes of the *Charter*.

Reading in should therefore be recognized as a legitimate remedy akin to severance and should be available under s. 52 in cases where it is an appropriate technique to fulfill the purposes of the *Charter* and at the same time minimize the interference of the court with the parts of legislation which do not themselves violate the *Charter*.

[78] The applicant submits that this Court should read into the CPP an entitlement for status Indians employed on reserves to contribute to the CPP. Before the amendment to the CPP in 1988, there was a combination of three provisions which resulted in status Indians employed on reserves being prevented from contributing to the CPP. No single statute specifically excluded status Indians before the amendment.

Striking Down the Legislation

[79] The supremacy clause of section 52 states that a law enacted outside the authority granted by the Constitution is *ultra vires*. In *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., 1992 Peter Hogg, states at pages 1241-1242:

“An unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office

satisfaites si les prestations en question étaient accordées à la fois aux mères et aux pères célibataires ou si elles n’étaient accordées ni à l’un ni à l’autre groupe. Après avoir fait cette observation et conclu qu’elle ne pouvait élargir l’octroi des prestations, la cour a décidé que la seule réparation possible était d’annuler les prestations versées aux mères célibataires. L’ironie du résultat est évidente.

Peut-être dans certains cas l’art. 15 exige-t-il tout simplement une égalité relative à laquelle on pourra tout aussi bien satisfaire en prévoyant un nombre égal de cimetières qu’un nombre égal de vignobles, comme on l’a dit parfois (voir *Caminker*, à la page 1186). Cependant, l’annulation des prestations offertes aux mères célibataires n’est pas compatible avec l’objet global de l’art. 15 de la *Charte* et ce résultat équivaut à [TRADUCTION] «l’égalité à outrance» comme l’a soutenu le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes, l’un des intervenants en l’espèce. L’article 15 n’exige peut-être pas absolument l’octroi de bénéfices aux mères célibataires, mais au moins il favorise sûrement une telle mesure afin de venir en aide aux personnes qui, dans ces circonstances, se trouvent défavorisées. Dans les affaires de cette nature, l’interprétation large permet au tribunal d’agir d’une façon plus compatible avec les objets fondamentaux de la *Charte*.

En conséquence, l’interprétation large devrait être reconnue comme une mesure corrective légitime semblable à la dissociation et devrait pouvoir être utilisée en vertu de l’art. 52 dans les cas où elle constitue une technique appropriée pour satisfaire aux objets de la *Charte* et réduire au minimum l’ingérence judiciaire dans les parties de la loi qui en soit pas contraires à la *Charte*.

[78] Selon la demanderesse, la Cour devrait interpréter le RPC d’une manière qui donne aux Indiens inscrits travaillant dans les réserves le droit de cotiser au RPC. Avant les modifications apportées au RPC en 1988, un ensemble de trois dispositions faisait que les Indiens inscrits travaillant dans les réserves étaient empêchés de cotiser au RPC. Avant ces modifications, aucune loi n’excluait expressément à lui seul les Indiens inscrits.

Invalidation du texte législatif

[79] L’article 52, selon lequel la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada, signifie qu’un texte législatif incompatible avec la Constitution est inconstitutionnel. Dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., 1992, Peter Hogg affirme, aux pages 1241 et 1242:

[TRADUCTION] «Un texte législatif inconstitutionnel n’est pas une loi; il ne confère pas de droits; il n’impose pas

[sic]; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed”.

A judicial decision that a law is unconstitutional is retroactive in the sense that it involves the nullification of the law from the outset. Indeed, any judicial decision must be retroactive in order to apply to the facts before the court, since those facts must have already occurred. That a court makes new law when it overrules prior doctrine or even when it decides an unprecedented case is not open to doubt; but a court does not make new law in the same way as a legislative body, that is, for the future only.

[80] If the applicant be successful in establishing there was discrimination, the Court, according to the applicant, must be prepared to read into the legislation, and the applicant submits that the Court should rule that the provisions of the legislation at issue are of no force or effect.

Section 24 of the Charter

[81] Subsection 24(1) of the Charter states that:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the Court considers appropriate and just in the circumstances.

[82] When a Charter violation has been established, subsection 24(1) affords the Court the latitude to structure an appropriate remedy considering the values expressed in the Charter, and the rights which have been violated. It provides for “such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”. Subsection 24(1) provides individual remedies for a person whose rights, “as guaranteed by this Charter”, have been violated under a law which is constitutional. The remedy-creating powers in the *Canadian Bill of Rights* are somewhat more restricted.

[83] The applicant has suffered financial disadvantage because of discrimination under the CPP. The applicant submits that this Court should order the Director of Income Securities to accept a payment from the applicant for the contributions which she was prevented from making. Therefore, the applicant would then be entitled to full CPP benefits upon retirement. To be

d’obligations; il n’apporte aucune protection; il ne crée pas d’infractions; il est, du point de vue juridique, aussi inopérant que s’il n’avait jamais été adopté.»

Une décision judiciaire selon laquelle un texte législatif est inconstitutionnel est rétroactive, en ce sens qu’elle entraîne l’annulation du texte dès le départ. Toute décision judiciaire doit d’ailleurs être rétroactive pour pouvoir s’appliquer aux faits présentés au tribunal, puisque ces faits doivent s’être déjà produits. Il ne fait aucun doute qu’un tribunal établit de nouvelles règles lorsqu’il annule une doctrine antérieure ou même lorsqu’il statue sur une affaire inédite; mais un tribunal n’établit pas de nouvelles règles comme le ferait un organe législatif, c’est-à-dire pour l’avenir seulement.

[80] Si la demanderesse réussit à établir qu’il y a eu discrimination, la Cour doit, selon la demanderesse, être disposée à interpréter le texte législatif d’une manière libérale, et la demanderesse affirme que la Cour devrait dire que les dispositions du texte en question sont nulles et sans effet.

L’article 24 de la Charte

[81] Le paragraphe 24(1) de la Charte est rédigé ainsi:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente Charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[82] Lorsqu’une contravention à la Charte est établie, le paragraphe 24(1) donne au tribunal le pouvoir de structurer une réparation adéquate, eu égard aux valeurs exprimées dans la Charte, et aux droits qui ont été niés. Il donne au tribunal le pouvoir de prononcer la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Le paragraphe 24(1) prévoit des réparations individuelles pour une personne dont les droits «garantis par la présente charte» ont été violés au titre d’une loi qui est inconstitutionnelle. Le pouvoir de structurer une réparation est un peu plus restreint dans la *Déclaration canadienne des droits*.

[83] La demanderesse a subi un préjudice financier en raison d’une discrimination résultant du RPC. Selon elle, la Cour devrait ordonner au Directeur de la sécurité du revenu d’accepter de la demanderesse un versement pour les cotisations qu’elle a été empêchée de verser. Par conséquent, la demanderesse aurait alors droit aux pleines prestations du RPC au moment de sa retraite. Il

noted are paragraphs 19 through 23 of Rose Bear's affidavit sworn on October 31, 2000, in her supplementary record filed the next day.

(h) Summary

[84] Because of the discrimination, the applicant would have an entitlement to receive only a fraction of the pension benefits which a non-Indian in a similar position would receive. Consequently, she would be forced to rely on government welfare programs such as the Guaranteed Income Supplement. Many, if not most Canadian citizens live out their retirement years with a sense of pride in receiving a pension because of a lifetime of contributions. The applicant is not seeking a handout, but rather is asking that she be treated like all other Canadians, and be entitled to retire after 34 years of employment with a sense of pride and accomplishment. Indeed, far from a handout, the applicant asks this Court to declare that she is entitled to pay into the CPP a sum equal to the total of her unpaid contributions which were prohibited and rejected between 1966 and 1985.

8. Respondent's Submissions

(a) Background

[85] The purpose of the CPP is to provide contributors and their families with a reasonable minimum income replacement upon retirement, disability, or death of a wage earner. As stated in the White Paper on the CPP:

The purpose of the Canada Pension Plan is to make reasonable minimum levels of income available at normal retirement ages, to people who become disabled, and to the dependents of people who die. There will be scope for the continuation and extension of private pension plans to provide benefits over these minimum levels.

[86] The Plan was never intended to provide completely for Canadians' retirement income. The CPP provides basic support which is to be supplemented by private pension plans or by private savings. The Government of the day thought that the total amount of replacement income which a person wanted should be left to personal choice:

convient de noter les paragraphes 19 à 23 de l'affidavit de Rose Bear produit sous serment le 31 octobre 2000, dans son dossier supplémentaire déposé le jour suivant.

(h) Sommaire

[84] À cause de la discrimination, la demanderesse n'aurait le droit de recevoir qu'une partie des prestations de retraite que recevrait un non-Indien dans la même situation. Par conséquent, elle serait obligée de recourir à des programmes de protection sociale tels que le Supplément de revenu garanti. De nombreux citoyens canadiens, sinon la plupart, vivent leurs années de retraite avec la fierté de recevoir une pension après avoir versé des cotisations toute leur vie. La demanderesse ne demande pas la charité, elle voudrait plutôt être traitée comme tous les autres Canadiens et avoir le droit de prendre sa retraite après 34 ans de travail, avec un sentiment de fierté et d'accomplissement. Il n'est d'ailleurs nullement question de charité, puisque la demanderesse prie la Cour de déclarer qu'elle a le droit de verser au RPC une somme égale au total de ses cotisations non payées, cotisations qu'on lui a interdit de payer et qui ont été refusées entre 1966 et 1988.

8. Arguments du défendeur

(a) Contexte

[85] Le RPC a pour objet d'assurer aux cotisants et à leurs familles un revenu minimum raisonnable au moment de la retraite du soutien de famille, ou lorsqu'il devient invalide ou qu'il décède. Le Livre blanc sur le RPC renfermait le passage suivant:

Le but du Régime de pensions du Canada est de pourvoir les personnes ayant atteint l'âge normal de la retraite, les personnes invalides et les personnes qui étaient à la charge de personnes décédées, d'un revenu minimum raisonnable. Les régimes de pension privés peuvent donc continuer à fournir des prestations au-dessus de ce revenu minimum; ils peuvent même prendre de l'ampleur dans ce domaine.

[86] Le Régime n'a jamais été destiné à constituer intégralement le revenu de retraite des Canadiens. Le RPC apporte un soutien de base, qui doit être complété par des régimes de retraite privés ou par les épargnes personnelles. Le gouvernement de l'époque estimait que la somme totale du revenu de substitution que souhaitait une personne devrait être laissée au choix de chacun:

The Plan is comprehensive in the sense of covering as many people as is practicable. It is not intended to provide all the retirement income or survivors' income which many Canadians wish to have. This is a matter of individual choice and, in the Government's view, should properly be left to individual savings and to private pension plans. . .

[87] The Canadian retirement income system has three tiers. The first tier is the OAS (Old Age Security) program, which includes the Guaranteed Income Supplement (GIS). The OAS program is a universal benefit which is based on age and residence, and provides a level of income under which Canadians' retirement income will not fall. The second tier is the CPP, which provides individuals with retirement income based on past contributions. The third tier consists of employer-sponsored pension plans and private savings plans.

[88] The issue of CPP coverage for Indians was first raised in the House of Commons in March 1965, during debate. The Government submitted that income earned off of a reserve would be treated as income for the purposes of the CPP, but knew that income earned on a reserve was exempt from tax and would not be eligible for the CPP. The Minister of National Revenue, E. J. Benson, believed that changes would be required to the *Income Tax Act*, and to the *Indian Act*. Minister Benson noted that it was an "entirely different matter" if the Government wanted to proceed with the CPP legislation on a different basis from the one established in the *Income Tax Act*, which was that income earned by Indians on a reserve was established under the *Indian Act*, and was exempt from taxation. He noted that any change from this policy would require amendments to the CPP bill, and that any change to basing CPP earnings on income other than under the *Income Tax Act* was a major change for a future government. Minister Benson also opined that it would be "very dangerous to move from determination of income as it is under the *Income Tax Act*", noting that "it has taken a good deal of time and jurisprudence to determine what is income under that *Act*." He then stated [*House of Commons Debates, supra*, at pages 12108-12110]:

Ce régime est complet en ce sens qu'il couvrira le plus grand nombre de personnes possible. Il ne vise pas à fournir aux retraités ou aux survivants le revenu que bon nombre de Canadiens désireraient recevoir. Ceci est une question de choix personnel et, du point de vue du Gouvernement, doit être laissé aux économies personnelles et aux régimes de pension privés [. . .]

[87] Le système canadien des revenus de retraite comporte trois niveaux. Le premier niveau est le programme de la SV (Sécurité de la vieillesse), qui comprend le Supplément de revenu garanti (SRG). Le programme de la SV est une prestation universelle qui est fondée sur l'âge et le lieu de résidence et qui assure un niveau de revenu au-dessous duquel le revenu de retraite des Canadiens ne tombera pas. Le deuxième niveau est le RPC, qui assure un revenu de retraite fondé sur les cotisations passées. Le troisième niveau concerne les régimes des employeurs et les régimes d'épargne privés.

[88] La question de l'application du RPC aux Indiens a été évoquée pour la première fois à la Chambre des communes en mars 1965, durant les débats. Le gouvernement avait indiqué que les revenus gagnés en dehors des réserves seraient traités comme des revenus aux fins du RPC, mais il savait que les revenus gagnés dans les réserves étaient soustraits à l'impôt et ne seraient pas admissibles au RPC. Le ministre du Revenu national, E. J. Benson, croyait qu'il faudrait modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur les Indiens*. Le ministre Benson avait fait observer que c'était «une toute autre affaire» si le gouvernement souhaitait aller de l'avant avec le projet de loi sur le RPC selon une base différente de celle établie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, en vertu de laquelle les revenus gagnés par les Indiens dans les réserves étaient établis en vertu de la *Loi sur les Indiens* et étaient soustraits à l'impôt. Il avait indiqué que toute entorse à cette politique nécessiterait des amendements au projet de loi sur le RPC et que toute décision de fonder les gains admissibles au RPC sur des revenus ne relevant pas de la *Loi de l'impôt sur le revenu* constituait pour un futur gouvernement un changement d'envergure. Le ministre Benson avait aussi exprimé l'avis qu'il serait «très dangereux de s'écarter de la définition du revenu telle qu'elle existe dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*», faisant observer qu'«il a fallu beaucoup de temps et de jurisprudence pour déterminer

...one would be opening some sort of Pandora's box. . . if one took this particular step of saying that something that was not treated as income under the Income Tax Act should be treated as income under this act.

...

...in drawing up this plan it was decided that the only logical basis on which to institute a plan such as this without all sorts of definitions of "earnings", . . . was to adopt the general policy that income under this act would be the same as income as determined under the Income Tax Act. . . in the drafting of this legislation there was no intention to discriminate against any sort of person in Canada because of race, colour, creed or marital status. It was simply because, on the basis of legislation like this which is going to cover such a vast number of people in Canada and which has to be administered by my department, the sound and logical basis on which to base the legislation was to use the same definition of "income" as that used under the Income Tax Act. . . I believe the plan would become almost administratively impossible, or you might have to set up a separate administrative procedure, if you were to vary greatly from the determination of income for the purposes of this act as compared with the determination of income for the purposes of the Income Tax Act.

[89] After the enactment of the CPP in 1966, an interdepartmental committee met several times to address the participation of tax-exempt Indians in the CPP. The committee agreed that Indians should be covered under the CPP, and that the coverage should be compulsory. However, in 1967, the Superintendent General of Indian Affairs indicated that the National Indian Advisory Council could not reach a consensus regarding CPP coverage. Consequently, no amendment was made, although discussions occurred throughout the 1960s and 1970s. Referred to at the hearing herein on June 26 and 27, 2001, were the parliamentary documents of the '60s and '70s which were filed by consent and yielded a plethora of historical detail.

[90] In the 1970s, and in the early 1980s, the tax exempt status of Indians was questioned by a number of judicial decisions. In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, the Supreme Court of Canada held (at pages 40-41) that Indians' incomes were exempt from the

ce qu'est un revenu en vertu de cette *Loi*». Puis il a ajouté [*Débats de la Chambre des communes*, précité, aux pages 12298 à 12300]:

[. . .] ce serait ouvrir la boîte de Pandore en quelque sorte si [. . .] on pouvait dire qu'une chose non considérée comme revenu aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* devrait être traitée comme revenu aux termes de cette loi.

[. . .]

[. . .] en établissant ce régime, on a décidé que la seule façon logique de l'instituer sans reconnaître toutes sortes de définitions du mot «gains» [. . .] était d'adopter la règle générale voulant que le revenu, aux termes de la présente loi, serait le même qu'en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [. . .] cette mesure législative n'a pas été rédigée de façon à exclure qui que ce soit à cause de sa race, de sa couleur, de sa religion ou de son état matrimonial. On a tout simplement jugé qu'à l'égard d'une mesure de ce genre qui s'appliquera à tant de Canadiens et sera administrée par mon ministère, il était logique de définir le revenu comme dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* [. . .] J'estime que le régime deviendrait presque impossible à administrer ou qu'il faudrait instituer un organisme spécial à cette fin si le revenu aux fins de cette loi était établi d'une façon toute autre qu'aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[89] Après la promulgation du RPC en 1966, un comité interministériel s'est réuni plusieurs fois pour examiner la participation des Indiens exempts d'impôt au RPC. Le comité décida que les Indiens devraient être compris dans le champ d'application du RPC et qu'ils devraient l'être obligatoirement. Cependant, en 1967, le surintendant général des Affaires indiennes indiqua que le Conseil consultatif national des Indiens ne pouvait parvenir à un consensus sur l'application du RPC aux Indiens. Par conséquent, aucune modification ne fut apportée, mais le débat se poursuivit tout au long des décennies 1960 et 1970. Au cours des audiences des 26 et 27 juin 2001 ont été mentionnés les documents parlementaires des années 60 et 70, qui ont été déposés par consentement et renfermaient une foule de détails historiques.

[90] Durant les années 1970 et au début des années 1980, l'exemption fiscale des Indiens fut mise en doute dans plusieurs décisions judiciaires. Dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, la Cour suprême du Canada jugea (aux pages 40 et 41) que les

Income Tax Act. While the matter was being considered by the courts, the Government took a cautious approach in addressing CPP coverage for Aboriginals. Government officials were also uncertain whether the First Nations themselves supported compulsory CPP coverage. In addition to the lack of consensus from the National Indian Advisory Council in 1967, the Department of National Health and Welfare received letters from individual band councils requesting the right to make voluntary contributions. In 1983, the Union of New Brunswick Indians appeared before the Parliamentary Committee on Pension Reform requesting voluntary CPP coverage.

[91] On December 7, 1988, regulation SOR/88-631 was implemented by Order in Council P.C. 1988-2640 to provide that income earned by Indians employed on reserves could be included as pensionable income for CPP purposes, if the employer arranged with Revenue Canada to collect the contributions. If the employer did not arrange to collect the contributions, the employee could elect to be covered under the CPP as a self-employed person. (Joint Book of Authorities, Vol. I, tab 3.) In January 1989, the applicant and her employer started to contribute to the CPP.

[92] The implementation of this scheme was recommended by an interdepartmental committee to provide flexibility in including Indians employed on reserves. Bill C-116 provided that on-reserve employment be considered as pensionable employment in a manner prescribed by the regulation to allow the government sufficient flexibility to provide CPP coverage to Indians. As stated in the *Proceedings of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology* (June 17, 1986) which studied Bill C-116 [at page 19:34]:

Basically, what we have done here is create a mechanism for them to follow. It will be up to the Indian groups, the Department of Indian and Northern Affairs and Revenue Canada to work out how quickly they can bring this into effect. There is not complete unanimity. There have been some groups which definitely asked to be covered by the CPP and others which haven't, which have opposed it. The Quebec

revenus des Indiens étaient soustraits à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Tandis que l'affaire était examinée par les tribunaux, le gouvernement se montra prudent sur la question de l'inclusion des Autochtones dans le RPC. Les fonctionnaires du gouvernement ne savaient pas non plus si les Premières nations elles-mêmes étaient en faveur d'une participation obligatoire au RPC. Outre l'absence de consensus au sein du Conseil consultatif national des Indiens en 1967, le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social reçut de divers conseils de bande plusieurs lettres où ils demandaient le droit de verser des cotisations volontaires. En 1983, l'Union des Indiens du Nouveau-Brunswick comparut devant le Comité parlementaire sur la réforme des pensions, pour demander l'inclusion facultative dans le RPC.

[91] Le 7 décembre 1988, le décret C.P. 1988-2640 promulguait le règlement DORS/88-631, qui prévoyait que les revenus gagnés par les Indiens travaillant dans les réserves pouvaient être considérés comme revenus ouvrant droit à pension aux fins du RPC si l'employeur s'entendait avec Revenu Canada sur la perception des cotisations. Si l'employeur ne prenait pas de dispositions en ce sens, l'employé pouvait choisir de cotiser au RPC à titre de travailleur autonome (Recueil conjoint de précédents, vol. I, onglet 3.) En janvier 1989, la demanderesse et son employeur commencèrent de cotiser au RPC.

[92] La mise en place de ce régime fut recommandée par un comité interministériel afin de permettre l'inclusion des Indiens travaillant dans les réserves. Le projet de loi C-116 prévoyait que tout emploi dans les réserves devait être considéré comme un emploi ouvrant droit à pension, selon la manière prévue par règlement afin que le gouvernement ait une marge de manœuvre suffisante lui permettant d'inclure les Indiens dans le RPC. Le *Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie* (Délibérations du 17 juin 1986), qui étudiait le projet de loi C-116, s'était exprimé ainsi [à la page 19:34]:

[TRADUCTION] Essentiellement, ce que nous avons fait ici, c'est d'établir un mécanisme qu'ils puissent appliquer. Il appartiendra aux groupements indiens, au ministère des Affaires indiennes et du Nord et à Revenu Canada de voir à quel rythme ils peuvent donner effet à ce mécanisme. Il n'y a pas complète unanimité. Certains groupes ont demandé avec insistance d'être englobés dans le RPC et d'autres s'y sont

Pension Plan has not been entirely successful in getting coverage either.

[93] Under the current provisions, the applicant will receive \$288.90 per month in CPP retirement benefits in 2004 if she applies at age 65. Her total average monthly combined CPP/OAS/GIS payments in 1999 were \$1,117.78. Because all of the applicant's income is tax-exempt, including her CPP benefit, she will receive the maximum GIS because income in the OAS Act [*Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9] is determined under the *Income Tax Act*. Given that the applicant's CPP/OAS/GIS payments are exempt from the claw-back reduction under the current provisions, she will receive a net amount of approximately \$1,320 per month from the public pension system.

[94] If the applicant be successful in her application, she will receive approximately \$784.58 in CPP benefits in 2004. This is an increase of approximately \$500 per month. Given that she will probably receive the maximum amount of OAS/GIS benefits, and the provincial supplement, she will receive approximately \$1,816.08 per month from the public pension system, which is \$500 more than an individual who is not tax-exempt. If the tax exemption under the *Indian Act* did not exist, and the applicant had been required to contribute to the CPP since 1966, her total monthly pension income would have been slightly more than what it is under tax-exempt status. The respondent's calculations in this regard, are probably quite accurate. But why should the respondent ask the applicant to turn history in reverse gear and pretend that her other entitlements have to go into relieving the government of Canada of its full statutory responsibilities? The applicant's counsel responded to those pathetic considerations as is recorded on pages 59 and 60 of transcript, Vol. I. The Government should not be heard to tell Ms. Bear that she ought to forego any of her lawful entitlements in order to spare the treasury, or dilute the Bill of Rights or the Charter.

(b) A Constitutional Challenge Should Specify the Provisions Being Challenged

[95] The applicant, says the respondent, has not provided sufficient specificity regarding the

opposés. Le Régime des rentes du Québec n'a pas totalement réussi lui non plus à étendre son application aux Indiens.

[93] Selon les dispositions actuelles, la demanderesse recevra 288,90 \$ par mois en prestations de retraite du RPC en 2004 si elle présente sa demande à l'âge de 65 ans. Ses prestations combinées mensuelles moyennes totales RPC/SV/SRG en 1999 étaient de 1 117,78 \$. Puisque la totalité du revenu de la demanderesse est exempte d'impôt, y compris ses prestations RPC, elle recevra le SRG maximum parce que le revenu au titre de la Loi sur la SV [*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9] est établi d'après la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Vu que les prestations RPC/SV/SRG de la demanderesse sont soustraites à la récupération en vertu des dispositions actuelles, elle recevra un montant net d'environ 1 320 \$ par mois du système public de pensions.

[94] Si la demanderesse obtient gain de cause, elle recevra environ 784,58 \$ en prestations du RPC en 2004. Il s'agit là d'une augmentation d'environ 500 \$ par mois. Vu qu'elle recevra probablement le maximum des prestations SV/SRG, et le supplément provincial, elle recevra environ 1 816,08 \$ par mois du système public de pensions, soit 500 \$ de plus qu'une personne non exempte d'impôt. Si l'exemption fiscale prévue par la *Loi sur les Indiens* n'existait pas, et si la demanderesse avait été tenue de cotiser au RPC depuis 1966, son revenu mensuel total de retraite aurait été légèrement supérieur à ce qu'il est avec l'exemption fiscale. Sur ce point, les calculs du défendeur sont probablement tout à fait exacts. Mais pourquoi le défendeur devrait-il inviter la demanderesse à refaire l'histoire, et comment peut-il prétendre que les autres sommes auxquelles elle a droit devraient servir à alléger les obligations légales du gouvernement du Canada? L'avocat de la demanderesse a répondu à ces considérations navrantes comme il est indiqué aux pages 59 et 60 de la transcription, volume I. Le gouvernement serait tout à fait malvenu de dire à M^{me} Bear qu'elle doit renoncer à tel ou tel de ses droits pour ménager le trésor public, au risque de diluer la *Déclaration canadienne des droits* ou la Charte.

(b) Une contestation constitutionnelle devrait préciser les dispositions qui sont contestées

[95] La demanderesse, de dire le défendeur, n'a pas donné suffisamment de détails à propos de la violation

constitutional infringement. Merely stating that the CPP violates section 15 of the Charter is insufficient.

[96] As noted by Mr. Justice Rothstein in *Archibald v. Canada*, [2000] 4 F.C. 479 (C.A.), at paragraph 103:

...in this case the appellants did not initially specify the provisions of the *Canadian Wheat Board Act* and *Canadian Wheat Board Regulations* that they alleged were unconstitutional. . . . It is insufficient for a constitutional challenge to refer only to a concept or a process required by an enactment. The specific provisions being challenged must be specified.

[97] This finding is consistent with *Schachter, supra*, at page 702 where the Supreme Court of Canada, through Lamer C.J., stated:

The first step in choosing a remedial course under s. 52 is defining the extent of the inconsistency which must be struck down. Usually, the manner in which the law violates the *Charter* and the manner in which it fails to be justified under s. 1 will be critical to this determination.

In *Archibald*, however, the Trial Judge recited the plaintiffs/appellant's complaints with sufficient specificity in his reasons.

[98] The respondent submits that it was not the CPP legislation which prohibited Indians from participating in the CPP. Contributions to the CPP are calculated using the taxable income under the *Income Tax Act*. Because the applicant's wages were earned on a reserve, she was not subject to taxation under section 87 of the *Indian Act*. Consequently, neither she nor her employer made any contributions during the period from 1966 to 1988. That tells why they did what they did, but that does not make what they did constitutionally and legally right. One can hardly impute blame to the applicant, however.

[99] Even accepting the applicant's claims, the respondent submits that the provisions of the CPP do not violate the Charter, but rather, it is the alleged discriminatory effect under the *Indian Act*, the *Income Tax Act* and section 12 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 5; S.C. 2001, c. 17, s. 254] of the CPP when read together which are at issue. This submission

constitutionnelle. Il ne suffit pas d'affirmer simplement que le RPC contrevient à l'article 15 de la Charte.

[96] Comme l'indique le juge Rothstein dans l'arrêt *Archibald c. Canada*, [2000] 4 C.F. 479 (C.A.), au paragraphe 103:

[...] en l'instance, les appelants n'ont pas précisé initialement les dispositions de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* et du *Règlement sur la Commission canadienne du blé* dont ils alléguaient l'inconstitutionnalité. [...] Dans une contestation d'ordre constitutionnel, il ne suffit pas de faire uniquement référence à un concept ou à un processus imposé par une loi. Les dispositions contestées doivent être spécifiées.

[97] Cette conclusion s'accorde avec l'arrêt *Schachter*, précité, à la page 702, où la Cour suprême du Canada, par l'entremise du juge en chef Lamer, déclarait:

Dans le choix d'une mesure corrective en vertu de l'art. 52, la première étape consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité qui doit être annulée. Habituellement, il sera essentiel d'examiner de quelle façon la loi en question viole la Charte et pourquoi cette violation ne peut être justifiée en vertu de l'article premier.

Dans l'affaire *Archibald* cependant, le juge du procès avait exposé avec suffisamment de précision dans ses motifs les plaintes des demandeurs/appelants.

[98] Le défendeur dit que ce n'est pas le texte législatif du RPC qui interdisait aux Indiens de cotiser au RPC. Les cotisations au RPC sont calculées à l'aide du revenu imposable selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Comme le salaire de la demanderesse était gagné dans une réserve, la demanderesse n'était pas soumise à l'impôt, en application de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*. Par conséquent, ni elle ni son employeur n'ont versé de cotisations durant la période allant de 1966 à 1988. Cela nous apprend pourquoi on a fait ce qu'on a fait, mais cela ne rend pas constitutionnellement et juridiquement valide ce qu'on a fait. Il serait difficile cependant d'en rejeter la responsabilité sur la demanderesse.

[99] Même si l'on accepte les revendications de la demanderesse, le défendeur affirme que les dispositions du RPC ne contreviennent pas à la Charte, mais que ce qui est en jeu, c'est plutôt le présumé effet discriminatoire qui résulte d'une lecture conjointe de la *Loi sur les Indiens*, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de l'article 12 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch.

is correct, but again it does not confer constitutional and legal rectitude on the impugned legislation *vis-à-vis* Rose Bear or anyone else in her plight.

(c) Retrospective Application of the Charter

[100] The statutory amendments to the CPP in 1988 now permit Indians with taxable income from employment to participate in the CPP. The applicant's complaint about the inability to contribute to the CPP does not concern the current CPP, but rather the pre-1988 legislation. Almost all of the material events here pre-date section 15 of the Charter, which came into force on April 17, 1985. The most recent relevant period here is from April 17, 1985 to December 7, 1988, the date when the applicant was allowed to participate in the CPP. One must also examine the operation of the *Canadian Bill of Rights*.

[101] The respondent submits that the Charter cannot be applied retrospectively or retroactively because it is unfair to apply laws which were not in effect at the time of the events in issue. (*R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, at page 1157; *Murray v. Canada (Minister of Health and Welfare)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 185 (F.C.A.); *Indian Residential Schools (Re)* (2000), 268 A.R. 42 (Q.B.)).

[102] No law has a retrospective application unless that application is very clear in the terms of the statute, or arises by necessary and distinct implication. At common law, the presumption was limited to matters of substance, and not to matters of procedure. The rights at issue here are substantive, and the presumption against retrospective operation of law applies. (*Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. 1969, at pages 215 and 222; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at page 262.)

[103] Although the applicant's race is an immutable characteristic and is properly characterized as a status or ongoing condition, the alleged discrimination is based upon the nature of the tax-exempt income from 1966 to April 17, 1985. Although the applicant argues that she

30, art. 5; L.C. 2001, ch. 17, art. 254] du RPC. Cet argument est juste, mais là encore il ne confère pas une validité constitutionnelle et juridique au texte législatif contesté en ce qui concerne Rose Bear ou quiconque partage sa condition.

(c) Application rétrospective de la Charte

[100] Les modifications apportées au RPC en 1988 permettent aujourd'hui aux Indiens qui gagnent un revenu d'emploi imposable de cotiser au RPC. La plainte de la demanderesse à propos de l'impossibilité pour elle de cotiser au RPC ne concerne pas le RPC actuel, mais plutôt le RPC antérieur à 1988. Presque tous les événements qui nous intéressent ici sont antérieurs à l'article 15 de la Charte, qui est entré en vigueur le 17 avril 1985. La période pertinente la plus récente qui nous intéresse va du 17 avril 1985 au 7 décembre 1988, date à laquelle la demanderesse a été autorisée à cotiser au RPC. On doit également examiner le rôle de la *Déclaration canadienne des droits*.

[101] Le défendeur affirme que la Charte ne peut s'appliquer rétrospectivement ni rétroactivement, parce qu'il est injuste d'appliquer des lois qui n'étaient pas en vigueur au moment des événements considérés. (*R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, à la page 1157; *Murray c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 185 (C.A.F.); *Indian Residential Schools (Re)* (2000), 268 A.R. 42 (B.R.)).

[102] Aucune loi n'a d'application rétrospective à moins que cette application ne ressorte très clairement de ses dispositions ou ne s'impose par implication nécessaire et distincte. En common law, la présomption se limitait aux questions de fond et non aux questions de forme. Les droits en jeu ici soulèvent des questions de fond, et le principe de non-rétrospectivité des lois s'applique. (*Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12^e éd., 1969 aux pages 215 et 222; *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurances*, [1988] 2 R.C.S. 256, à la page 262.)

[103] La race de la demanderesse est une caractéristique immuable et elle est à juste titre qualifiée de statut ou de condition en cours, mais la présumée discrimination est fondée sur la nature du revenu exonéré d'impôt qui a été gagné de 1966 jusqu'au 17 avril 1985.

will be denied the benefits of CPP because of her pre-Charter inability to contribute, the respondent submits that it is only a continuing breach, and not the resulting diminished retirement income, which attracts Charter scrutiny. (See *Re Indian Residential Schools, supra.*)

[104] In *Benner, supra*, the Supreme Court of Canada unanimously held that the discrimination which Mr. Benner faced was not because of the former legislation, but because of the actual *Citizenship Act* which was in effect at the time of his application. At paragraph 55, the Court held that applying the Charter to the 1989 application for citizenship did not involve a retroactive or retrospective application of the Charter.

[105] After retiring, the applicant may argue that she is undergoing an unequal receipt of benefits because she was unable to contribute to the CPP before 1988. However, Iacobucci J. stated in *Benner, supra*, at paragraph 42:

In considering the application of the *Charter* in relation to facts which took place before it came into force, it is important to look at whether the facts in question constitute a discrete event or establish an ongoing status or characteristic.

He is reported further in the same decision at paragraph 44:

Section 15 cannot be used to attack a discrete act which took place before the *Charter* came into effect.

And further, at paragraphs 56-57:

In applying s. 15 to questions of status, or what Driedger, *supra*, calls "being something", the important point is not the moment at which the individual acquires the status in question, it is the moment at which that status is held against him or disentitles him to a benefit. Here, that moment was when the respondent Registrar considered and rejected the appellant's application. Since this occurred well after s. 15 came into effect, subjecting the appellant's treatment by the respondent to *Charter* scrutiny involves neither retroactive nor retrospective application of the *Charter*.

La demanderesse soutient qu'elle n'aura pas droit aux prestations du RPC parce qu'il lui a été impossible de cotiser au RPC avant l'entrée en vigueur de la Charte, mais le défendeur dit que la seule chose qui puisse donner lieu à un examen selon la Charte, c'est une contravention continue, et non la baisse qui en résulte pour le revenu de retraite. (Voir *Re Indian Residential Schools, précité.*)

[104] Dans l'arrêt *Benner, précité*, la Cour suprême du Canada a jugé à l'unanimité que la discrimination exercée contre M. Benner n'était pas le résultat de l'ancienne loi, mais le résultat de la *Loi sur la citoyenneté* qui était en vigueur au moment de sa demande de citoyenneté. Au paragraphe 55, la Cour a jugé que l'application de la Charte à la demande de citoyenneté présentée en 1989 n'entraînait pas une application rétroactive ou rétrospective de la Charte.

[105] Après son départ à la retraite, la demanderesse pourrait soutenir que les prestations qu'elle reçoit lui font subir une inégalité parce qu'il lui a été impossible de cotiser au RPC avant 1988. Cependant, le juge Iacobucci a déclaré dans l'arrêt *Benner*, au paragraphe 42:

Pour analyser l'application de la *Charte* relativement à des faits survenus avant son entrée en vigueur, il est important de se demander si les faits en cause constituent un événement précis et isolé ou s'ils décrivent un statut ou une caractéristique en cours.

Puis il poursuit ainsi, dans le même arrêt, au paragraphe 44:

L'article 15 ne peut être invoqué pour contester un acte précis et isolé survenu avant l'entrée en vigueur de la *Charte* [. . .]

Puis, aux paragraphes 56 et 57:

Lorsqu'on applique l'art. 15 à des questions de statut, ou à ce que Driedger, *précité*, appelle «le fait d'être quelque chose», l'élément important n'est pas le moment où la personne acquiert le statut en cause, mais celui auquel ce statut lui est reproché ou la prive du droit d'obtenir un avantage. En l'espèce, ce moment est celui où le greffier intimé a examiné et rejeté la demande de l'appelant. Étant donné que cela s'est produit bien après l'entrée en vigueur de l'article 15, l'examen en regard de la *Charte* du traitement réservé à l'appelant par l'intimé ne met pas en jeu l'application rétroactive ou rétrospective de ce texte.

Létourneau J.A. stated, at p. 291, that “[i]t is not enough for one to say that one still suffers from a discriminatory event or legislation which took place or existed prior to the *Charter*. Otherwise, just about every instance of past discrimination since the turn of the century could be reviewed under s. 15, provided the victims still suffer from that past discrimination.” This is certainly true, but I do not believe, with respect, that it accurately describes the appellant’s situation. Had he applied for citizenship before s. 15 came into effect and been refused, he could not now come before the court and ask that s. 15 be applied to that refusal. But this is not what happened. Until his application in 1988, the appellant had not engaged the legislation governing his entitlement to citizenship at all. The law set out only what his rights to citizenship would be if and when he applied, not what they were.

[106] Of course the applicant’s race is an ongoing status. However, the trigger is not only that she is an Indian, but also that she earned tax-exempt income on a reserve. The discrete events were the applicant’s inability to contribute to the CPP for 22 years. However, the applicant seeks to correct those pre-*Charter* events by making a retroactive payment. Had the applicant chosen before 1988 to work for income off of the reserve, her income would have been taxable, and she would have been obliged to contribute to the CPP. Unlike *Benner*, the applicant here had been engaged with the law before 1985, throughout the currency of the *Canadian Bill of Rights*, which she is entitled to invoke.

(d) Section 15 Violation

Differential Treatment

[107] Before the 1988 amendments, there was no prohibition, nor was there any specific mention of Indians in the CPP, or in any relevant provision of the *Income Tax Act*. There was differential treatment under section 87 of the *Indian Act* because of the special tax exemption on personal property of Indians living on reserves. The tax exemption, and the inability to make CPP contributions, did not apply generally to Indians as a group, but only to Indians who were employed on reserves. Differential treatment existed, but it was indirect and arose under the *Indian Act*.

Le juge Létourneau a déclaré, à la p. 291, qu’«il ne suffit pas au demandeur de dire qu’il souffre encore des effets d’un acte discriminatoire qui s’est produit ou d’une loi discriminatoire qui existait avant la *Charte*. Autrement, tous les cas de discrimination depuis le début du siècle pourraient être portés en justice sous le régime de l’article 15, à condition que la victime souffre encore des effets de la discrimination passée». Cette affirmation est certes juste, mais, en toute déférence, je ne crois pas qu’elle décrit exactement la situation de l’appelant. Si ce dernier avait demandé la citoyenneté avant l’entrée en vigueur de l’art. 15 et qu’on la lui avait refusée, il ne pourrait maintenant se présenter devant la Cour et demander l’application de cet article à ce effet. Ce n’est cependant pas ce qui s’est produit. Jusqu’à ce que l’appelant présente sa demande, en 1988, la loi régissant son droit à la citoyenneté ne s’était jamais appliquée à lui. La Loi établissait simplement quels seraient ses droits en matière de citoyenneté lorsqu’il ferait une demande en ce sens, et non quels étaient ses droits.

[106] Naturellement, la race de la demanderesse est un statut en cours. Cependant, le déclencheur n’est pas seulement le fait qu’elle est une Indienne, mais également le fait qu’elle gagnait dans une réserve un revenu exempt d’impôt. Les événements précis et isolés ont été l’impossibilité pour la demanderesse de cotiser au RPC pendant 22 ans. Cependant, la demanderesse voudrait corriger ces événements antérieurs à la *Charte* en faisant un paiement rétroactif. Si la demanderesse avait choisi avant 1988 de gagner sa vie en dehors de la réserve, son revenu aurait été imposable, et elle aurait été obligée de cotiser au RPC. Contrairement aux faits de l’arrêt *Benner*, la loi s’était déjà appliquée à la demanderesse avant 1985, et cela depuis l’entrée en vigueur de la *Déclaration canadienne des droits*, texte législatif qu’elle a le droit d’invoquer.

(d) Contravention à l’article 15

Différence de traitement

[107] Avant les modifications de 1988, il n’y avait aucune interdiction, ni d’ailleurs aucune mention particulière des Indiens, dans le RPC ni dans une autre disposition pertinente de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. L’article 87 de la *Loi sur les Indiens* faisait état d’une différence de traitement en raison de l’exemption fiscale spéciale qui s’appliquait aux biens meubles des Indiens habitant les réserves. L’exemption fiscale, et l’impossibilité de cotiser au RPC, ne s’appliquaient pas en général aux Indiens en tant que groupe, mais uniquement aux Indiens qui travaillaient dans les

réserves. La différence de traitement existait, mais elle était indirecte et procédait de la *Loi sur les Indiens*.

Enumerated or Analogous Ground

[108] A differential treatment arises out of the application of the *Indian Act*, the *Income Tax Act*, and the CPP because contributions are calculated using taxable income under the *Income Tax Act*. The effect of the three statutes is that the applicant could not contribute to the CPP. This differentiation is not based solely upon race, but also, on the situs of the property and income which was earned. Racial origin is however, the overriding *sine qua non* of the differentiation. This is a personal characteristic, even although Indians who earn taxable income off of a reserve are treated in the same manner as other Canadian taxpayers. The differential treatment here is based on the differential treatment of race and residence, which are stated in section 91 Class 24 of the *Constitution Act, 1867*, to be a class of subject within the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada—that is: “Indians, and lands reserved for the Indians”.

Does the Differential Treatment Discriminate in a Substantive Sense

[109] The tax-exempt status of income earned by Indians has existed to preserve entitlements of Indians to their reserve lands, as discussed by Mr. Justice Gonthier in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, at pages 885-887:

The question of the purpose of ss. 87, 89 and 90 has been thoroughly addressed by La Forest J. in the case of *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. La Forest J. expressed the view that the purpose of these sections was to preserve the entitlements of Indians to their reserve lands and to ensure that the use of their property on their reserve lands was not eroded by the ability of governments to tax, or creditors to seize. The corollary of this conclusion was that the purpose of the sections was not to confer a general economic benefit upon the Indians.

...

Therefore, under the *Indian Act*, an Indian has a choice with regard to his personal property. The Indian may situate this property on the reserve, in which case it is within the protected area and free from seizure and taxation, or the Indian

Motif énuméré ou analogue

[108] Une différence de traitement découle de l'application de la *Loi sur les Indiens*, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du RPC parce que les cotisations sont calculées à l'aide du revenu imposable au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'effet des trois textes est que la demanderesse ne pouvait pas cotiser au RPC. Cette différence de traitement n'est pas fondée uniquement sur la race, mais également sur le lieu des biens et du revenu qui était gagné. L'origine raciale est cependant le facteur prépondérant de la différence. Il s'agit d'une caractéristique personnelle, même si les Indiens qui gagnent un revenu imposable en dehors d'une réserve sont traités de la même manière que les autres contribuables canadiens. La différence de traitement ici est fondée sur le traitement particulier de la race et du lieu de résidence, qui, selon la catégorie 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, constituent une catégorie de sujet relevant de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada—à savoir «[l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens».

La différence de traitement entraîne-t-elle foncièrement une discrimination?

[109] L'exemption fiscale conférée au revenu gagné par les Indiens avait pour objet de préserver les droits des Indiens sur les terres de leurs réserves, comme l'explique le juge Gonthier dans l'arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, aux pages 885 et 887:

Le juge La Forest a analysé en profondeur la question de l'objet des art. 87, 89 et 90 dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. Il a conclu que ces articles visent à préserver les droits des Indiens sur leurs terres réservées et à assurer que la capacité des gouvernements d'imposer des taxes, ou celle des créanciers de saisir, ne porte pas atteinte à l'utilisation de leurs biens situés sur leurs terres réservées. La conséquence de cette conclusion était que les articles en question ne visent pas à conférer un avantage économique général aux Indiens.

[...]

En conséquence, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, un Indien jouit d'un choix en ce qui concerne ses biens personnels. L'Indien peut situer ces biens sur la réserve, auquel cas les biens sont protégés contre la saisie et la taxation, ou il

may situate this property off the reserve, in which case it is outside the protected area, and more fully available for ordinary commercial purposes in society. Whether the Indian wishes to remain within the protected reserve system or integrate more fully into the larger commercial world is a choice left to the Indian.

Of course not every Indian, and not every other Canadian, has such an apparently free choice—as stated—in economic terms of residence and income earning.

Pre-existing Disadvantage

[110] By working for paid employment on a reserve, the applicant, unlike other Canadians, benefitted by not having to pay CPP deductions, and by not having to pay income tax for 22 years. She could have spent the extra money as she pleased. The net income advantages of this special treatment must be considered when discussing her inability to contribute to the CPP. That the applicant had extra disposable income, which could have been used for her retirement savings, should be balanced against the disadvantage of not participating in the CPP during the same period. These are “smokescreen” considerations which do not dilute the inequality faced by the applicant; nor do they justify it.

Relationship Between Grounds & Claimant's Characteristics

[111] The applicant claims that the special status granted to Indians who earn tax-exempt income on a reserve is discriminatory. That the applicant may choose the type of income which is earned, as discussed in *Williams, supra*, and that the applicant benefits from receiving tax-exempt income, are two reasons why, it is alleged, the differential treatment does not demean her human dignity. From the perspective of the reasonable person who is dispassionate and fully apprised of the circumstances, and who possesses similar attributes to, and is under similar circumstances as the claimant, the respondent submits it is not demeaning to the applicant's dignity to have her tax-exempt income to be treated as ineligible for contributions to the CPP. This is what bullfighters call a *veronica*. It presents a false, but irrelevant target. It is not really proper comment on the respondent's part.

peut les situer hors de la réserve, auquel cas les biens sont situés à l'extérieur de la zone protégée et peuvent davantage être utilisés dans le cours des opérations commerciales ordinaires dans la société. Il appartient à l'Indien de décider s'il désire bénéficier du système de protection que constitue la réserve ou s'il veut s'intégrer davantage dans l'ensemble du monde des affaires.

Évidemment, tous les Indiens, et tous les autres Canadiens, n'ont pas ce libre choix, que nous venons d'évoquer, pour ce qui est des conséquences économiques de leur lieu de résidence et de leur revenu.

Préexistence d'un désavantage

[110] En occupant un emploi rémunéré dans une réserve, la demanderesse, contrairement aux autres Canadiens, a eu l'avantage d'être dispensée des retenues au titre du RPC et d'être dispensée de l'impôt sur le revenu pendant 22 ans. Elle a pu dépenser comme elle le voulait l'argent ainsi épargné. Les avantages de ce traitement spécial sur le plan du revenu net doivent être pris en compte dans l'examen de l'impossibilité pour elle de cotiser au RPC. La demanderesse avait un revenu disponible supplémentaire, qu'elle aurait pu utiliser pour son épargne retraite, mais cela devrait être mis en équilibre avec l'inconvénient de n'avoir pas cotisé au RPC durant la même période. Ce sont là des sophismes qui ne réduisent pas l'inégalité subie par la demanderesse, et qui ne la justifient pas non plus.

Relation entre les motifs de discrimination et les caractéristiques de la demanderesse

[111] La demanderesse affirme que le statut spécial conféré aux Indiens qui gagnent dans les réserves un revenu exempt d'impôt est discriminatoire. La demanderesse peut choisir le genre de revenu qui est gagné, comme cela est expliqué dans l'arrêt *Williams*, précité, et elle est avantagée parce qu'elle reçoit un revenu exempt d'impôt: voilà deux raisons pour lesquelles, d'affirmer le défendeur, la différence de traitement ne porte pas atteinte à sa dignité humaine. Prenant le point de vue de la personne raisonnable qui est impartiale et pleinement au fait des circonstances, et qui possède des attributs semblables à ceux de la demanderesse, et se trouve dans des circonstances semblables aux siennes, le défendeur affirme qu'il n'est pas dégradant pour la dignité de la demanderesse que son revenu exempt d'impôt ne soit pas considéré comme revenu admissible aux fins des cotisations au RPC. Voilà

[112] The evidence shows that there was no consensus among Indian groups themselves regarding the compulsory participation. At best, some groups requested that the participation be voluntary. Although the government occasionally recognized the desirability of allowing Indians with tax-exempt income to contribute to the CPP, there was no easy answer to this issue. The result was a political decision which allegedly balanced the rights of all parties. This line of thought presents no justification for the demonstrated inequality.

[113] The impugned distinction arising from the effect of excluding Indians who are in the position of the applicant did not stigmatize them, nor did it perpetuate the view that Indians earning tax-exempt income were less deserving of concern, respect or consideration. Nor did the legislation withhold a government benefit because of stereotypical assumptions about the demographic group of which the applicant happens to be a member. The social, political, and legal contexts of the claim demonstrate that the exclusion of tax-exempt income was not discriminatory. The law merely reflected that the calculation of CPP contributions was best achieved through use of the *Income Tax Act*. Another veronica, if not a double, contributing just a volume of words, but little meaning to the debate about Ms. Bear's claim.

Nature of the Interest Affected

[114] In *Law, supra*, at paragraphs 74-75, the Supreme Court stated that it is relevant to consider whether the distinction restricts access to a fundamental social institution, whether it affects a basic aspect of full membership in Canadian society, or whether it constitutes a complete non-recognition of a particular group.

[115] The effect of the tax exemption under the *Indian Act* excluded the applicant from participation in the CPP until 1988. Viewed objectively, it can be said that the exemption demeaned her dignity. Viewed subjectively, from the perspective of Indian groups who opposed

ce qu'en taouromachie, on appelle une véronique. La cible est fausse, mais sans intérêt. Dans la bouche du défendeur, cette observation n'a pas vraiment sa place.

[112] La preuve montre qu'il n'y a pas eu consensus parmi les groupes indiens eux-mêmes en ce qui a trait à la participation obligatoire. Au mieux, certains groupes ont demandé que la participation soit facultative. Le gouvernement a reconnu parfois qu'il serait souhaitable de permettre aux Indiens gagnant un revenu exempt d'impôt de cotiser au RPC, mais il n'y avait pas de réponse facile à cette question. Le résultat a été une décision politique qui paraît-il équilibrait les droits de toutes les parties. Cette manière de voir ne justifie aucunement l'inégalité attestée.

[113] La distinction contestée à laquelle donne lieu l'exclusion des Indiens qui sont dans la position de la demanderesse ne les a pas stigmatisés, ni n'a perpétué l'idée selon laquelle les Indiens gagnant un revenu exempt d'impôt étaient moins dignes d'intérêt, de respect ou de considération. La loi n'a pas non plus refusé le versement d'une prestation publique en raison de postulats stéréotypés concernant le groupe démographique dont il se trouve que la demanderesse est membre. Les contextes social, politique et juridique de la revendication montrent que l'exclusion du revenu exempt d'impôt n'était pas discriminatoire. La loi traduisait simplement le fait que le calcul des cotisations au RPC se faisait mieux par le recours à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Une autre véronique, sinon deux, une suite de paroles, qui ne font guère avancer le débat sur la revendication de M^{me} Bear.

Nature de l'intérêt touché

[114] Dans l'arrêt *Law*, précité, aux paragraphes 74 et 75, la Cour suprême a indiqué qu'il est pertinent de se demander si la distinction restreint l'accès à une institution sociale fondamentale, si elle compromet un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne ou si elle a pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier.

[115] L'effet de l'exemption fiscale prévue par la *Loi sur les Indiens* a empêché la demanderesse de cotiser au RPC jusqu'en 1988. On pourrait dire que l'exemption, considérée objectivement, a porté atteinte à sa dignité. Considérée subjectivement, sous l'angle des groupes

compulsory participation in the CPP, or who wanted to keep the tax exemption, the exemption did constitute their choice. Because the applicant's employment income is exempt from tax, she will receive the maximum OAS/GIS. Since 1988, she has contributed to the CPP, and she will receive benefits. This limits the nature of the interest affected, it is said. It paints the respondent as lady bountiful in complete disregard of the applicant's complaint of unequal treatment, as if that factor justified unequal treatment.

(e) Inter-Provincial Mobility Rights

[116] The tax exemption is not based on residence *per se*, but rather upon consideration of a number of connecting factors. In *Williams, supra*, at pages 892-893, the Supreme Court described the following methodology to determine where employment income is situated:

The first step is to identify the various connecting factors which are potentially relevant. These factors should then be analyzed to determine what weight they should be given in identifying the location of the property, in light of three considerations: (1) the purpose of the exemption under the *Indian Act*; (2) the type of property in question; and (3) the nature of the taxation of that property. The question with regard to each connecting factor is therefore what weight should be given that factor in answering the question whether to tax that form of property in that manner would amount to the erosion of the entitlement of the Indian *qua* Indian on a reserve.

[117] The language of section 6 of the Charter indicates that it is provincial boundaries which are at issue. The leading case of *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at paragraph 72, Messrs. Justices Iacobucci and Bastarache explicitly discuss provincial boundaries. There it was stated that the "fundamental purpose underlying the section, (Charter, section 6) is to guarantee the mobility of individuals to other provinces in the pursuit of their livelihood by prohibiting discrimination based on residence." In *Canadian Egg Marketing Agency, supra*, the Court refers to *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591.

[118] The Supreme Court stated that paragraphs 6(2)(b) and 6(3)(a) must be read as defining a single right, rather than one right under paragraph 6(2)(b) which

d'Indiens qui s'opposaient à des cotisations obligatoires au RPC, ou qui voulaient conserver l'exemption fiscale, l'exemption constituait leur choix. Comme le revenu d'emploi de la demanderesse est exempt d'impôt, la demanderesse recevra la SV/SRG maximum. Depuis 1988, elle a cotisé au RPC, et elle recevra des prestations. Cela restreint la nature de l'intérêt touché, affirme-t-on. Voilà le défendeur dépeint comme un généreux bienfaiteur, sans qu'il soit tenu aucun compte de l'inégalité de traitement dont se plaint la demanderesse, comme si ce facteur autorisait un traitement inégal.

(e) Liberté d'établissement et de circulation

[116] L'exemption fiscale n'est pas fondée sur le lieu de résidence en tant que tel, mais plutôt sur plusieurs facteurs de rattachement. Dans l'arrêt *Williams*, précité, aux pages 892 et 893, la Cour suprême a exposé la méthode suivante permettant de dire où est situé un revenu d'emploi:

Il faut d'abord identifier les divers facteurs de rattachement qui peuvent être pertinents. On doit ensuite analyser ces facteurs pour déterminer le poids à leur accorder afin d'identifier l'emplacement du bien, en tenant compte de trois choses: (1) l'objet de l'exemption prévue dans la *Loi sur les Indiens*, (2) le genre de bien en cause et (3) la nature de l'imposition de ce bien. Il s'agit donc de déterminer, relativement à chaque facteur de rattachement, le poids qui devrait lui être accordé pour décider si l'imposition en cause de ce type de bien représenterait une atteinte aux droits de l'Indien à titre d'Indien sur une réserve.

[117] Le texte de l'article 6 de la Charte indique que ce sont les frontières provinciales qui sont en question. Dans un cas d'espèce, l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, au paragraphe 72, les juges Iacobucci et Bastarache parlent expressément des frontières provinciales. On peut lire dans cet arrêt que «l'objet fondamental de cet article, (l'article 6 de la Charte) est de garantir la liberté des individus de circuler et de s'établir dans d'autres provinces pour y gagner leur vie, en interdisant toute distinction fondée sur le lieu de résidence». Dans cet arrêt, la Cour mentionne l'arrêt *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591.

[118] Selon la Cour suprême, les alinéas 6(2)(b) et 6(3)(a) doivent s'interpréter conjointement comme définissant un seul droit, plutôt qu'un droit selon

was to be saved by paragraph 6(3)(a). The Court adopted the explanation from *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in right of Quebec et al.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512 (Que. Sup. Ct.), at page 521:

- (a) The principle: The right to pursue the gaining of a livelihood in any province;
- (b) The exception: This right is subject to any laws or practices of a general application in force in that province;
- (c) The exception to the exception: Except if these laws discriminate among persons primarily on the basis of the province of residence.

[119] Under this framework, the applicant's right to pursue a livelihood in any province was not infringed by her exclusion from the CPP for the following reasons:

- (a) Section 6 cases involve situations in which the actual earning of a livelihood is at issue. The CPP does not concern pursuing a livelihood;
- (b) If the applicant's right under subsection 6(2) has been infringed, the right is still subject to any laws of general application in force in the province. The CPP is such a law; in the respondent's view; and
- (c) The specific guarantee described in section 6 is mobility in the gaining of a livelihood subject to those laws which do not discriminate on the basis of residence. The exception to the exception does not apply because the CPP does not discriminate on the basis of residency. The ability to contribute to the CPP does not depend where the income is earned, unless it be earned on an Indian reserve, by an Indian, *i.e.* the applicant.

This consideration is not greatly relevant, in the circumstances.

(f) Justification under section 1 of the Charter

[120] The Supreme Court stated in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, that a section 1 analysis must focus on the objective of the legislation as a whole, the impugned provision of the Act, and on the omission itself, *i.e.*, the effect of excluding Indians from contributing to the CPP. In *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3,

l'alinéa 6(2)b) qui devait être sauvegardé par l'alinéa 6(3)a). La Cour a adopté l'explication apparaissant dans le jugement *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. c. La Reine du chef de la province du Québec et al.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512 (C.S. Qué.), à la page 521:

- a) le principe: droit de gagner sa vie dans toute province;
- b) l'exception: ce droit est subordonné aux lois et usages d'application générale dans la province;
- c) l'exception à l'exception: sauf si ces lois établissent des distinctions fondées principalement sur la province de résidence.

[119] À l'intérieur de ce cadre, le droit de la demanderesse de gagner sa vie dans toute province n'a pas été nié par son exclusion du RPC, et cela pour les raisons suivantes:

- (a) les situations relevant de l'article 6 sont des situations qui font intervenir véritablement les moyens d'existence d'une personne. Le RPC ne se rapporte pas aux moyens d'existence;
- (b) si le droit de la demanderesse selon le paragraphe 6(2) a été violé, le droit demeure subordonné aux lois d'application générale en vigueur dans la province. Le RPC est une telle loi, de l'avis du défendeur; et
- (c) la garantie particulière décrite à l'article 6 est la liberté d'établissement et de circulation donnée à toute personne pour qu'elle puisse gagner sa vie, sous réserve des lois qui n'établissent aucune distinction fondée sur la province de résidence. L'exception à l'exception ne s'applique pas parce que le RPC n'établit aucune distinction de cette nature. Le droit de cotiser au RPC ne dépend pas de l'endroit où le revenu est gagné, sauf s'il est gagné dans une réserve indienne par un Indien, c'est-à-dire la demanderesse.

Ces propos ne sont pas d'une grande utilité dans le cas présent.

(f) Justification selon l'article premier de la Charte

[120] La Cour suprême a indiqué, dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, qu'une analyse fondée sur l'article premier doit porter sur l'objectif de la loi considérée dans son ensemble, sur les dispositions contestées ainsi que sur l'omission elle-même, c'est-à-dire sur les effets entraînés par l'impossibilité pour les

at paragraph 101, Messrs. Justices Cory and Iacobucci, for the majority, held that it was not necessary to identify a separate objective for the omission itself. From the extracts from Hansard and other parliamentary proceedings already quoted, this Court holds that the omission of Ms. Bear and others in her position, was quite deliberate.

[121] The objective of the legislation as a whole was to provide contributors and their families with reasonable minimum income replacement upon retirement. The legislation did not intend to provide all of the retirement income which Canadians wished to have. The government of the day thought that the total amount of replacement income a person wished to have should be left to personal choice. The exclusion of the applicant from the CPP did not prevent her from arranging for retirement income from other sources, as the respondent argues. It is not the CPP which is at issue, but rather the provision of section 87 of the *Indian Act* which makes the applicant's income tax-exempt. Does this make her omission right and just? No, this is merely another veronica.

(g) Canadian Bill of Rights

[122] In *Constitutional Law of Canada, supra*, in chapter 32 (pages 779-791), Professor Hogg asserts that the *Canadian Bill of Rights* lost most of its importance in 1982 after the adoption of the Charter. Most of the rights and freedoms guaranteed by the Bill of Rights are now guaranteed by the Charter, he states. There are only two provisions in the Bill of Rights which are not duplicated by the Charter: paragraph 1(a), the due process clause, and paragraph 2(e), the guarantee of a fair hearing for the determination of rights and obligations. Professor Hogg notes that those provisions of the Bill of Rights go beyond the Charter, and continue to be relevant. Otherwise, in his view, the Bill of Rights duplicates the same rights in the Charter which are of no force and effect. However Professor Hogg, still in chapter 32 of his textbook, presents certain modifications of this latter view, and recent jurisprudence breathes life, or diagnoses it, in the Bill of Rights: Federal Court of Appeal, *per* Létourneau J.A. for the majority in *Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada*, [2001] 3 F.C. 566 (C.A.), at paragraphs 49, 50,

Indiens de cotiser au RPC. Dans l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 101, les juges Cory et Iacobucci, s'exprimant pour la majorité, ont estimé qu'il n'était pas nécessaire de définir un objectif distinct pour l'omission elle-même. Au vu des extraits du Hansard et autres débats parlementaires déjà cités, la Cour juge que l'omission concernant M^{me} Bear et d'autres dans la même position qu'elle était tout à fait délibérée.

[121] L'objectif de la loi dans son ensemble était d'assurer aux cotisants et à leurs familles un revenu minimum raisonnable au moment de la retraite. La loi n'entendait pas assurer l'intégralité du revenu de retraite que les Canadiens souhaitaient avoir. Le gouvernement de l'époque pensait que le revenu total de remplacement qu'une personne souhaitait avoir devrait être laissé au choix de l'intéressé. L'exclusion de la demanderesse du RPC ne l'empêchait pas, selon le défendeur, de se ménager un revenu de retraite provenant d'autres sources. Ce n'est pas le RPC qui est en jeu, mais plutôt les dispositions de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, dispositions qui exemptent de l'impôt le revenu de la demanderesse. Cela rend-il acceptable et juste l'omission concernant la demanderesse? Non, il s'agit simplement d'une autre veronique.

(g) Déclaration canadienne des droits

[122] Dans *Constitutional Law of Canada*, précité, au chapitre 32 (pages 779 à 791), le professeur Hogg affirme que la *Déclaration canadienne des droits* a perdu beaucoup de son importance en 1982 après l'adoption de la Charte. La plupart des droits et libertés garantis par la *Déclaration canadienne des droits* sont maintenant garantis par la Charte, affirme-t-il. Seules deux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* ne sont pas reproduites dans la Charte: l'alinéa 1a), la clause de l'application régulière de la loi, et l'alinéa 2e), le droit d'une personne à une audition impartiale de sa cause pour la définition de ses droits et obligations. Le professeur Hogg fait observer que ces dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* vont au-delà de la Charte et demeurent applicables. Autrement, à son avis, la *Déclaration canadienne des droits* reproduit exactement les droits énoncés dans la Charte qui n'ont aucun effet. Cependant, le professeur Hogg, toujours dans le chapitre 32 de son ouvrage, modifie à certains égards ce dernier point de vue, et la jurisprudence récente donne vie à la *Déclaration canadienne des droits*

54, 55, 59, 60, 61. The subject is a fair hearing. The Bill liveth. There is nothing particularly relevant to Ms. Bear's case in Prof. Hogg's textbook.

[123] The equality guarantee in the Bill of Rights is duplicated and expanded in the Charter. Chief Justice Dickson in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at page 90 provided a brief history of the restrictive approach to the equality provision of the Bill of Rights before the Charter and, although the Bill of Rights still survives, concluded that the day has passed to re-evaluate the direction the Court has taken in interpreting the Bill of Rights:

This short history of "equality before the law" under s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* demonstrates that a majority of the Court was never prepared to review impugned legislation according to an exacting standard which would demand of Parliament the most carefully tailored, finely crafted legislation. On the contrary, a majority of the Court was consistently prepared to look in a general way to whether the legislation was in pursuit of a valid federal legislative objective. This approach was followed in cases involving legislative distinctions on the basis of race, sex and age, and in cases involving profoundly important interests of the person asserting the equality right. The passages which I have quoted from these cases indicate that the Court was concerned with the merely statutory status of the *Canadian Bill of Rights* and the declaratory nature of the rights it conferred. I believe the day has passed when it might have been appropriate to re-evaluate those concerns and to reassess the direction this Court has taken in interpreting that document.

Not even the *dicta* of such a distinguished judge can repeal the effect of the *Canadian Bill of Rights*, which enjoys quasi-constitutional vigour, although it is not constitutionally entrenched.

[124] There was no express discrimination in the 1966 CPP legislation. The applicant's arguments fail because

ou l'y diagnostique: Cour d'appel fédérale, le juge Létourneau, s'exprimant pour la majorité dans l'arrêt *Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2001] 3 C.F. 566 (C.A.), aux paragraphes 49, 50, 54, 55, 59, 60, 61. Il s'agit d'une audition impartiale. La Déclaration est vivante. Il n'y a dans l'ouvrage du professeur Hogg rien qui intéresse véritablement la cause de M^{me} Bear.

[123] La garantie d'égalité qui apparaît dans la *Déclaration canadienne des droits* est reproduite et élargie dans la Charte. Dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la page 90, le juge en chef Dickson faisait un bref historique de l'approche restrictive adoptée avant la Charte pour la disposition de la *Déclaration canadienne des droits* relative à l'égalité et, même si la *Déclaration canadienne des droits* subsiste, il est arrivé à la conclusion qu'il n'est plus temps de réévaluer l'orientation prise par la Cour dans l'interprétation de la *Déclaration canadienne des droits*:

Il se dégage de ce bref historique du droit à «l'égalité devant la loi» reconnu par l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* que la majorité en cette Cour ne s'est jamais montrée disposée à réviser une loi contestée en fonction d'une norme sévère qui exigerait du législateur fédéral qu'il apporte à la rédaction législative le plus de soin et le plus de minutie possible. Au contraire, la majorité a été toujours prête à se demander si, de façon générale, la loi visait à atteindre un objectif législatif fédéral régulier ou valable. Cette attitude a été adoptée dans des affaires où il était question de distinctions législatives fondées sur la race, le sexe et l'âge, ainsi que dans des affaires mettant en cause des intérêts extrêmement importants de la personne invoquant le droit à l'égalité. Les extraits de ces arrêts, que j'ai cités, révèlent que la Cour s'est préoccupée du statut de simple texte législatif de la *Déclaration canadienne des droits* et de la nature déclaratoire des droits qu'elle confère. Or, je crois que le temps est révolu où il aurait pu convenir de procéder à une réévaluation de ces préoccupations et de l'orientation que la Cour a adoptée dans l'interprétation de ce document.

Pas même les remarques incidentes d'un juge aussi distingué ne peuvent priver d'effet la *Déclaration canadienne des droits*, un instrument quasi constitutionnel, même s'il ne figure pas comme tel dans la Constitution.

[124] Il n'y avait dans le texte du RPC de 1966 aucune discrimination expresse. Les arguments de la demande-

the respondent would have the Court believe the day has passed to imbue the equality provision of the Bill of Rights with the right to strike down legislation, and because there was no express conflict between the Bill of Rights and the CPP. The Court cannot give effect to such an argument unless and until the Bill of Rights be repealed in and for all of Canada. Although it is not constitutionally entrenched, it remains effective.

(h) Hansard Speeches, Whiteduck Report

[125] Although Hansard debates are admissible to provide background for the Court, this evidence is of limited reliability, and the evidence should be evaluated accordingly (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at page 504; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at page 484). Some of the speeches provided by the applicant were delivered by opposition members. As such, these should be taken merely as opinions from members opposing the Bill, unless, of course they show that the government of the day, and Parliament itself thereby received notice of the inequality of which Ms. Bear complains herein.

[126] The Whiteduck report refers to the exclusion of Indians from the CPP because of the high rate of unemployment among Aboriginals, and because of income levels which are much lower than the mainstream population. This has resulted in little to no contributions to the CPP. Further, the Whiteduck report is acknowledged as a very preliminary analysis which will be used for further investigation, but it operates as well as a notice giver and destroyer of complacency.

(i) OAS & GIS are not Welfare

[127] The applicant incorrectly equates the OAS (Old Age Security) with welfare benefits. The OAS is a universal benefit which is received by all Canadians based on age and residence. The OAS pension provides a minimum amount of personal income to seniors, and is a base of income upon which Canadians may build other

resses sont irrecevables parce que le défendeur voudrait faire croire à la Cour qu'il n'est plus de saison de faire le lien entre la disposition de la *Déclaration canadienne des droits* qui concerne l'égalité et le droit d'invalider des lois, et parce qu'il n'y a pas de conflit exprès entre la *Déclaration canadienne des droits* et le RPC. La Cour ne peut donner effet à un tel argument tant et aussi longtemps que la *Déclaration canadienne des droits* ne sera pas abrogée pour l'ensemble du Canada. Même si elle ne figure pas dans la Constitution, elle conserve son effet.

(h) Les discours du Hansard, le rapport Whiteduck

[125] Les débats reproduits dans le Hansard sont admissibles afin de constituer une toile de fond pour la Cour, mais cette preuve n'est pas d'une grande fiabilité, et elle devrait être évaluée en conséquence (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1995] 2 R.C.S. 486, à la page 504; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, à la page 484). Certains des discours mentionnés par la demanderesse ont été prononcés par des membres de l'Opposition. Ils devraient donc être considérés simplement comme des opinions de députés opposés au projet de loi, à moins naturellement qu'ils montrent que le gouvernement de l'époque, et le Parlement lui-même, étaient par là informés de l'inégalité dont se plaint ici M^{me} Bear.

[126] Le rapport Whiteduck parle de l'exclusion des Indiens du RPC en raison du taux élevé de chômage parmi les Autochtones, et en raison des niveaux de revenus qui sont beaucoup plus faibles chez les Autochtones que dans la population en général. Il en a résulté peu ou pas de cotisations au RPC. D'ailleurs, le rapport Whiteduck est reconnu comme une analyse très préliminaire qui sera utilisée pour examen complémentaire, mais il a aussi valeur d'avertissement et de rappel à l'ordre.

(i) La SV et le SRG ne sont pas des mesures de protection sociale

[127] La demanderesse assimile à tort la SV (sécurité de la vieillesse) à des prestations de bien-être social. La SV est une prestation universelle qui est reçue par tous les Canadiens selon leur âge et leur lieu de résidence. Elle assure un revenu personnel minimum aux personnes âgées, et elle est une base de revenu à laquelle les

forms of retirement income such as the CPP, employer-sponsored pension plans, and private savings. The OAS also serves to supplement benefits provided under the OAS Act so that seniors have a guaranteed level of income. The applicant incorrectly characterizes her participation in the OAS and the GIS as being akin to welfare payments. Although the GIS is income-based, it is not stigmatizing (*Collins v. Canada*, [2000] 2 F.C. 3 (T.D.), paragraphs 167-174). The respondent once again makes an irrelevant argument, another veronica. The OAS does not cure the inequality of treatment in the CPP between 1966 and 1988.

(j) Remedies

[128] The respondent submits that this Court should not take any action if the applicant is successful because the provisions at issue have been amended to permit the applicant to participate in the CPP. In *Schachter, supra*, the Court noted the danger of a reading in remedy when the amended legislation is different from what the remedy would have provided. Reading in a remedy, as suggested by the applicant, is appropriate only in exceptional cases because it is an unusual step to read subsequent legislation retroactively into expired legislation. The Supreme Court has taken such a step only when there was a lack of financial implications for the government. Here, the implications are immense (*Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at pages 480 and 510). That may be so, but over a few decades, the same parliament which enacted the *Canadian Bill of Rights* and approved the Charter, despite notice, walked into this problem with its eyes wide open.

[129] The applicant is not complaining of actions by governmental actors but of the discriminatory effects of three statutes. The Government of Canada is composed of governmental actors, not automata. This respondent's argument is not substantial, and should be dismissed for being of feeble, if any, relevance.

9. Summary of Conclusions

[130] The *Canadian Bill of Rights* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are both effective in the

Canadiens peuvent ajouter d'autres formes de revenu de retraite, par exemple le RPC, les régimes de pension des employeurs et les épargnes personnelles. La SV sert également à compléter les prestations versées en vertu de la Loi sur la SV afin que les personnes âgées disposent d'un niveau de revenu garanti. La demanderesse considère à tort que les sommes qu'elle perçoit de la SV et du SRG sont assimilables aux prestations de bien-être social. Le SRG est fondé sur le revenu, mais il ne stigmatise pas (*Collins c. Canada*, [2000] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.), aux paragraphes 167 à 174). Le défendeur avance encore une fois un argument inopportun, une autre véronique. La SV ne corrige pas l'inégalité de traitement au regard du RPC entre 1966 et 1988.

(j) Réparation

[128] Le défendeur affirme que la Cour ne devrait prononcer aucune mesure si la demanderesse obtient gain de cause, parce que les dispositions en question ont été modifiées afin de permettre à la demanderesse de cotiser au RPC. Dans l'arrêt *Schachter*, précité, la Cour évoquait le danger de l'interprétation large d'une réparation quand la loi modifiée diffère de ce que la réparation aurait été. L'interprétation large d'une réparation, selon ce que propose la demanderesse, ne convient que dans des cas exceptionnels, parce qu'il est inhabituel d'interpréter rétroactivement une loi expirée pour qu'elle s'accorde avec une loi ultérieure. La Cour suprême a pris une telle mesure dans le seul cas où il n'y avait pas de conséquences financières pour l'État. Ici, les conséquences sont énormes (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, aux pages 480 et 510). Sans doute, mais durant quelques dizaines d'années, le même législateur qui a édicté la *Déclaration canadienne des droits* et approuvé la Charte s'est mis volontairement dans cette situation embarrassante.

[129] La demanderesse ne se plaint pas de mesures prises par des fonctionnaires, mais des effets discriminatoires de trois lois. Le gouvernement du Canada est composé de fonctionnaires, non d'automates. Cet argument du défendeur manque de substance et il devrait être rejeté pour la faiblesse de son à-propos, si tant est qu'il ait un à-propos.

9. Sommaire des conclusions

[130] La *Déclaration canadienne des droits* et la *Charte canadienne des droits et libertés* intéressent

determination of this litigation, which raises important points of constitutional, and quasi-constitutional law. The chosen approach here is by judicial review, a grant of declaratory relief, governed by sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act*. The applicant has leave under subsection 18.1(2) to make this application as of November 1, 2000, the day upon which her supplementary applicant's record was filed in the registry, and within such further time as may be required in light of the importance of the questions herein litigated.

[131] Section 15 of the Charter, and section 1 of the Bill of Rights, along with every other statutory provision which contributed to the discriminatory inequality suffered by Ms. Bear and others in her plight were no doubt solemnly enacted by Parliament which meant what it enacted, and enacted what it meant. It is not the rôle of this Court to deviate from the rights laws which are binding on the Court. It is no use for the respondent to claim justification because the applicant has other benefits under other legislation. That is the kind of evasion which the respondent has attempted in argument herein. The applicant should have the decision she seeks from this Court.

[132] The decision she seeks involves the declarations that parts of the *Indian Act*, the *Income Tax Act* and the *Canada Pension Plan* are of no force and effect in so far as they create inequality of treatment for the applicant, compared with other Canadians who are employed for pay off of the territory of an Indian reserve. Costs, to be taxed, if not agreed, shall be paid on a party-and-party basis by the respondent in favour of the applicant. It is, after all, she who suffers discrimination because of the discriminatory effect of the statutes of Canada, through no fault of her own. After all is said and done, there is good reason to follow the usual rule as to costs. They follow the event.

[133] A notice of a constitutional question has been duly served.

toutes deux la solution du présent litige, qui soulève des points importants de droit constitutionnel et quasi constitutionnel. La méthode choisie ici est le contrôle judiciaire, l'octroi d'un jugement déclaratoire, selon les articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*. La demanderesse a l'autorisation, en vertu du paragraphe 18.1(2), de présenter cette demande au 1^{er} novembre 2000, le jour où son dossier supplémentaire a été déposé au greffe, et à l'intérieur de tel délai supplémentaire pouvant être nécessaire compte tenu de l'importance des questions en litige.

[131] L'article 15 de la Charte et l'article premier de la *Déclaration canadienne des droits*, ainsi que les autres dispositions légales qui sont à la source de l'inégalité discriminatoire subie par M^{me} Bear et d'autres dans la même situation qu'elle, ont été sans aucun doute édictés solennellement par le Parlement, qui savait ce qu'il édictait et qui a édicté ce qu'il avait à l'esprit. Il n'appartient pas à la Cour de s'écarter des lois conférant des droits fondamentaux, lois qui s'imposent à la Cour. Il est inutile pour le défendeur d'alléguer une justification parce que la demanderesse reçoit d'autres prestations en vertu d'autres lois. C'est le genre de subterfuge auquel a recouru le défendeur dans son argumentation. La demanderesse devrait obtenir la décision qu'elle a prié la Cour de rendre.

[132] La décision qu'elle sollicite est que soient déclarées nulles et sans effet les parties de la *Loi sur les Indiens*, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du *Régime de pensions du Canada* dans la mesure où elles comportent une inégalité de traitement pour la demanderesse, par rapport aux autres Canadiens qui travaillent à l'extérieur du territoire d'une réserve indienne. Les dépens partie-partie, qui en l'absence d'accord seront taxés, seront payés par le défendeur à la demanderesse. Après tout, c'est elle qui subit une discrimination en raison de l'effet discriminatoire des lois du Canada, sans qu'aucune faute ne puisse lui être imputée. Après que tout sera dit et fait, il y aura lieu d'appliquer la règle habituelle pour les dépens. Ils suivront l'issue de la cause.

[133] Un avis de question constitutionnelle a été dûment signifié.

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.

ANIMALS

Appeal from Trial Division judgment ([2000] F.C.J. 514) which dismissed appellant's tort action brought pursuant to Crown Liability and Proceedings Act, s. 3(a)—Tremblay-Lamer J. concluded federal government, which imposed quarantine on farm serving as transit point for buffalo, could not be required to pay damages in view of immunity set out in s. 50 of Health of Animals Act—In 1991 buffalo belonging to appellant sent in small herds to Les Cèdres abattoir, located not far from appellant's farm in Saint-Augustin—On arrival at abattoir two groups of buffalo taken to corrals located in abattoir's stables—Agriculture Canada inspector required two herds of buffalo be placed in same corral, as not enough space to accommodate cattle—At no time appellant or owner of abattoir informed sample taken from one of buffalo carcasses and sent to laboratory for analysis—In December 1991, without appellant or representative being informed of sample in any way, Dr. Gilles Rivard, veterinarian employed by Agriculture Canada, imposed quarantine on entire Saint-Augustin farm—Terms of quarantine prohibited appellant from continuing to operate its business on farm—Trial Judge noted two herds of 53 and 19 buffalo had in fact been mixed on day of slaughter, so suspect ganglion could have come from either one of two—Concluded it was probable suspect carcass came from appellant farm and Dr. Rivard acted as prudent and diligent veterinarian when he imposed quarantine Report from first laboratory sufficed as basis for suspicion required to justify Dr. Rivard imposing quarantine—Act undoubtedly takes priority over disease control procedures manual—Dr. Asselin's scientific interest sufficient reason for undertaking analysis of suspect ganglion—Respondent made no error and demonstrated no negligence in imposing quarantine—Appeal dismissed—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3(a)—Health of Animals Act, S.C. 1990, c. 21, s. 50.

SOCIÉTÉ CANADIENNE D'EXPORTATION DE BISONS INC. V. CANADA (A-264-00, 2001 FCA 389, Desjardins J.A., judgment dated 18/12/01, 12 pp.)

ANIMALS—Concluded

Appeal from Trial Division judgment ([2000] F.C.J. 517) allowing in part action in tort brought by respondent pursuant to Crown Liability and Proceedings Act, s. 3(a) for death of deer from Australia because of injuries sustained while being unloaded at Mirabel and transported to farm—Originally planned 643 deer to be transported in cages to farm, but when unloaded, deer taken out of cages, transferred to trailers—Trial Judge held appellants liable pursuant to Health of Animals Act, s. 4(1)(i), (ii) and Regulations, ss. 138 *et seq.*—However, liability reduced by Regulations, s. 139(2) which provided animal should not be loaded or unloaded by carrier in way likely to cause injury or undue suffering to it—Trial Judge held two quarantines imposed (which respondent considered caused some of deaths) not unreasonable and covered by immunity contained in Act, s. 50—Appeal allowed—Not unreasonable for Trial Judge to say no evidence on which could conclude change in vehicles ordered by Agriculture Canada—But erred in finding inspectors responsible for ensuring "humanitarian" transport of animals—Liability for "humanitarian" transport not based on any legislative provision—Appellants could not be held liable in case at bar—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3(a)—Health of Animals Act, S.C. 1990, c. 21, ss. 50, 64 (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 76)—Health of Animals Regulations, C.R.C., c. 296, ss. 138, 139.

WADACERF INTERNATIONAL INC. V. CANADA (A-355-00, 2001 FCA 390, Desjardins J.A., judgment dated 18/12/01, 14 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

JUDICIAL REVIEW

Federal Court Jurisdiction

Application for judicial review from decision of Immigration and Refugee Board Appeal Division—Defendant made sponsoring application for wife Claudia Cocilnau—Latter, being defendant's wife, able to file application for permanent

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

residence in Canada as person in family class—Visa officer found Ms. Cocilnau got married primarily in order to obtain admission to Canada as member of family class, not in order to live permanently with husband—Appeal Division allowed defendant's appeal—Whether made error of law in hearing defendant's appeal and allowing it without considering whether had jurisdiction to do so—When plaintiff not covered by "family class" definition, Appeal Division has no jurisdiction to rule on landing application—Must first look at evidence as whole and then form conclusion as to whether person who made sponsored landing application member of family class or part of class contemplated by Immigration Regulations, 1978, s. 4(3)—Appeal Division did not consider question of jurisdiction—In reasons made no analysis of relevant facts to determine whether, under definition, Ms. Cocilnau person included in family class—Exercise necessary in order to determine whether Appeal Division had jurisdiction to rule on merits of dismissal of landing application—Appeal Division acted without jurisdiction—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 4(3) (am. by SOR/93-44, s. 4).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. PETREA (IMM-4395-00, 2001 FCT 1373, Blanchard J., order dated 13/12/01, 7 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant, 35-year-old ethnic Arab, citizen of Djibouti—High school graduate, employed as supervisor on father's four farms—Father, older brother joined Front for Restoration of Unity and Democracy (FRUD) in 1991—Applicant not joining due to physical disability—In 1998 applicant, father, brother arrested, accused of aiding FRUD, interrogated—Applicant released after four days but father, brother detained—Father's farms seized, applicant went to live with relatives—Father died in prison—Applicant continued to be intermittently arrested, detained, interrogated—Came to Canada, claimed refugee status, stating feared persecution due to ethnic identity as Arab, political opinion as supporter of FRUD, membership in particular social group, i.e. his family identity—In its conclusion, CRDD expressed concern with regard to certain responses which were so contradictory that required CRDD to consider whether applicant fully grasped nature of evidence—However, CRDD concluded the*, at other times, applicant able to provide quite subtle distinctions in evidence, and quite clear and accurate recall of specific details—Concluding material elements of applicant's claim not credible—Immigration Act, s. 29(4) permitting parent or guardian to represent any person who, in opinion of adjudicator, unable to appreciate nature of proceedings—S. 29(5) providing where person described in s. 29(4) not

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

properly represented by parent or guardian, inquiry shall be adjourned and adjudicator shall designate some other person to represent that person at Minister's expense—Application dismissed—Implicit in conclusion that CRDD of opinion applicant did have ability to appreciate nature of proceedings—Act not requiring CRDD to rely on medical assessment, rather than its own assessment of applicant's ability—Onus on applicant to bring forward medical evidence of alleged deficiency—No such evidence before Court, CRDD—Applicant represented by counsel at all times—Finding that applicant had difficulty understanding relative timing of various events, but not unable to appreciate nature of proceedings in general reasonably open to CRDD on record—Applicant not satisfying test set out in Act, i.e. unable to appreciate nature of proceedings in order to require designation of representative at hearing—CRDD not committing reviewable error—*Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 51 (T.D.) setting out criteria for reviewing decision on grounds of incompetence of counsel—Stated when hearing held, decision can only be reviewed in extraordinary circumstances, where sufficient evidence to establish exact dimensions of problem and where review based on precise factual foundation—No evidentiary basis to establish necessary factual foundation to support allegation applicant's counsel aware of mental deficiency, neglected to obtain medical assessment—No extraordinary circumstances established that would allow Court to consider reviewing decision on basis of alleged incompetence of counsel who represented applicant at CRDD hearing—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 29(4),(5).

ABDOUSAFI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-337-00, 2001 FCT 1372, Blanchard J., order dated 13/12/01, 9 pp.)

Application for judicial review of decision by Immigration Appeal Division (IAD) dismissing applicant's appeal on ground of abuse of process—Applicant landed immigrant in Canada on August 31, 1991—Since 1992, applicant made three separate undertakings to sponsor husband to Canada—All husband's concurrent applications for permanent residence as member of family class refused based on Immigration Regulations, 1978, s. 4(3)—With respect to most recent notice of appeal to IAD, respondent filed notice to dismiss appeal on ground of *res judicata*, abuse of process—Applicant arguing no evidence before IAD that met test for finding of abuse of process—Relitigation not sufficient basis for finding abuse of process—Additional serious element, such as unjust harassment, required—Abuse of process must be invoked only in clearest of cases which are extremely rare—Context of present case not demonstrating high threshold met—New applications cannot be made without new evidence pertaining to spouse's intent at time of marriage—Evidence of continuing

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

commitment new as current nature not present in previous hearing, speaks to parties' intention at time of marriage—IAD had before it ample, new, relevant evidence which should have been carefully considered—No evidence applicant made abusive attempt to relitigate—IAD's decision respecting abuse of process made in reviewable error—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 4(3) (as am. by SOR/93-44, s. 4).

DHALIWAL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1760-01, 2001 FCT 1425, Campbell J., order dated 21/12/01, 5 pp.)

Applications for leave, judicial review of decisions by Immigration and Refugee Board applicants not refugees as not credible—Respondent seeking orders dismissing applications on ground applicants' proceedings, memoranda, prepared by person, Maria Esposito, not member of Bar, i.e. could not "legally" prepare memoranda, applications for judicial review—Respondent's motions dismissed—Leave applications should not be dismissed simply because Ms. Esposito not member of Bar—But memoranda filed not addressing basis upon which Board concluded, in all four matters, applicants not credible and, as result, claims to refugee status would be denied—Submissions insufficient to convince Court applications for judicial review should be allowed—Applications dismissed.

GILL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1873-01, IMM-1874-01, IMM-1876-01, IMM-1877-01, 2002 FCT 52, Nadon J., order dated 17/1/02, 5 pp.)

STATUS IN CANADA*Citizens*

Appeal from decision by Citizenship Judge denying plaintiff's application for Canadian citizenship on ground did not meet residence requirements laid down in Act, s. 5(1)(c) as failed to show had both intention and in fact centralized mode of living in Canada—From 1970 to 1976 plaintiff student at University of Montréal pursuing studies for doctorate in economics—In 1973, plaintiff for first time obtained permanent residence status in Canada which he lost by permanently living abroad with wife from 1979 to 1993—In June 1993 plaintiff and family settled in Canada in capacity as permanent resident of Canada—From January 1998 to January 1999 plaintiff worked for United Nations Food and Agriculture Organization (FAO) in Tanzania—From 1993 to February 1999 acted as genuine Canadian resident, filing tax returns in Canada, paying taxes and having all ties here—All plaintiff's property and assets in Canada—In February 1999 plaintiff filed application for Canadian citizenship with Citizenship Court, Citizenship and Immigration Canada—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Citizenship Judge concluded plaintiff had not met conditions regarding residence in Canada as had been absent from Canada for period totalling 1,419 days during period from June 30, 1993 to February 16, 1999—Whether based on facts in evidence before Citizenship Judge, supporting plaintiff's citizenship application, Citizenship Judge made error of law when concluded plaintiff did not meet residence requirements laid down in Act, s. 5(1)(c) and in particular had not established or maintained residence in Canada and had not centralized mode of existence in Canada—Full-time physical presence in Canada not essential condition of residence—Applicable standard of review in citizenship appeals determined by Court to be correctness—Citizenship Judge's decision in case at bar could be quashed if completely disregarded important evidence without explanation—Plaintiff had to show objectively established his own residence in Canada to be deemed resident of country during absences from Canada since 1993—Mere intention to establish residence will not suffice—During relevant four-year period preceding February 16, 1999, date of citizenship application, plaintiff physically present in Canada for less than 100 days—Citizenship Judge adopted very limiting approach in interpretation of residence requirement and made error by placing undue emphasis on number of plaintiff's prolonged and non-temporary absences from Canada and not taking into account all relevant evidence in record in analysis dealing with residence—Plaintiff clearly established home in Canada with obvious intention of keeping permanent residence here—Defendant not able to prove plaintiff had significant connection with any country other than Canada—Citizenship applicant who obviously and finally elects domicile in Canada with clear and definite intention of having permanent roots in this country, like plaintiff in case at bar, should not be deprived of citizenship simply because must earn his living and that of his family by working abroad—Citizenship Judge's decision wrong—Application allowed Citizenship Act, R.S.C. 1985 c. C-29, s. 5 (am. by R.S.C. 1985, (3rd Supp.), c. 44, s. 1; S.C. 1992, c. 21, s. 7; 2000, c. 12, s. 75).

BADJECK V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-2092-00, 2001 FCT 1301, Rouleau J., order dated 28/11/01, 23 pp.)

Convention Refugees

Application for judicial review of decision by Refugee Division that plaintiff, citizen of Congo-Brazzaville, not Convention refugee on ground story not credible and did not demonstrate subjective fear of persecution—Application allowed—Plaintiff did not have opportunity to be heard—Several times during hearing tribunal prevented plaintiff from speaking and completing replies—As to concept of credible basis, *Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 238 (C.A.), did not hold that

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

objective documentary evidence on situation in country could not by itself, if plaintiff lacked credibility, support conclusion claim had credible basis—*Sheikh* holding when only evidence linking claimant to harm in question came from testimony of interested party, and latter found not to be credible, Refugee Division, could after analyzing documentary evidence, conclude credible basis lacking—As in *Seevaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 167 F.T.R. 130 (T.D.) (QL), Board failed to consider all evidence before it: simply denied principal plaintiff's claim because did not find her credible; in circumstances of case, other evidence could have affected assessment of claim; therefore, this other evidence should have been expressly assessed—In case at bar, tribunal did not specifically assess evidence as whole, and latter included medical and psychological report which corroborated plaintiff's story about injuries sustained—Gave no specific explanation of reasons leading it to conclude no credible basis pursuant to Immigration Act, s. 69.1(9.1)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(9.1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60; 1999, c. 18, s. 96).

SIBA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6327-00, 2001 FCT 1380, Tremblay-Lamer J., order dated 13/12/01, 8 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's decision applicant's 10-year-old dependent son medically inadmissible pursuant to Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii)—Son asymptomatic, but medical examinations conducted as part of application process revealing son has one enlarged, one undersized kidney and as result has deficient renal function, chronic kidney disease—Expert's first letter indicating "serious possibility that he could develop serious renal failure in the future"; suggested diet, drug to lower proteinuria and protect renal function—Second letter stating impression "serious renal failure would not happen for at least 10 years"—Third letter stating "likelihood of progression of his renal problems, however . . . serious renal failure is sometime away (5-10 years or more)"—Fourth letter stating not possible to provide accurate long-term prognosis, but currently well and one would expect him to have many years of good health—Applicant arguing that because expert stating there is a drug which can "protect" kidney function, renal failure can be averted, merely possibility and transplant/dialysis which would place excessive demands on our system unlikely to be required—Application dismissed—When read together, letters indicating son likely to experience serious renal failure; only question when—S. 19(1)(a)(ii) prohibiting admission of person whose admission "would cause or might reasonably be expected to cause" excessive demand on health or social

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

services—"Reasonably", "significant" as used in medical officer's report importing meaning beyond possibility—Given high costs of dialysis, transplant surgery report sufficient when addressed only cost—Had medical officer addressed availability of transplant, dialysis services, conclusion about excessive demand would not have changed—As drug will only delay, not avert renal failure, officer not misusing Medical Officer's Handbook or M7 standard described therein—M7 provides "condition . . . would cause excessive demand on health or social services, and which is not likely to respond to treatment"—Medical officer describing conclusion in second letter by saying serious renal failure would not occur for at least 10 years—In fact, second letter indicated that without drug end-stage renal failure was at least 10 years away, leading to presumption that if drug successful, renal failure would be further in future—Reasonable to believe medical officer's misunderstanding caused him to believe renal failure would occur earlier than expert indicated—Even though misunderstood second letter, misunderstanding immaterial because ultimately drug not going to cure son's kidney, and renal failure would occur, and third letter providing revised estimate of when serious renal failure would occur—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii).

PERVEZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3756-00, 2001 FCT 1420, Simpson J., order dated 21/12/01, 7 pp.)

COMPETITION

Application for judicial review of Canadian International Trade Commission (CITT) decision it had jurisdiction to consider Telus' complaint that proposal to provide telephone services to inmates for Corrections Service of Canada (CSC) in Canadian prisons not compliant with mandatory requirements stipulated in Request for Proposals issued by CSC, and recommending contract be awarded to Telus—BCE and CSC submit CITT erred in finding it had jurisdiction; CITT's decision patently unreasonable—Application allowed—CITT without jurisdiction to consider Telus' complaint—Agreement on Internal Trade (AIT), c. 5 not applying to procurement by CSC of telephone services for prisoners—CITT, while reciting text of definition of "procurement value", did not engage in any analysis of term "financial commitment"—CITT's bare conclusion that services necessarily involving financial commitments failing to deal with meaning of term "financial commitment", which is central question to be determined—CITT's entitlement to deference as expert tribunal will be weakened by absence of reasoned explanation for its interpretation of relevant provisions of AIT—Monetary threshold for application of AIT, c. 5 to procurement of services, as herein, set at

COMPETITION—Concluded

\$100,000—According to Telus, consideration flowing from CSC to supplier not monetary amount, but in form of “exclusive franchise”—Generally, “financial commitment” connoting monetary obligation—Context in which definition of “procurement value” used supporting construction that monetary obligation intended by term “financial commitment”—Granting of exclusive franchise not *ejusdem generis* with other words used to describe remuneration in AIT, s. 505(2)—Expectation of remuneration in form of telephone tolls and charges paid by prisoners, not CSC—In fact, no financial commitment to supplier from either CSC or prisoners—CSC paying no remuneration—Prisoners making no commitments of any kind—Supplier accepting risk prisoners may not sufficiently use telephone services to justify investment—As no “financial commitment” resulting from procurement by either CSC or prisoners, no “procurement value” for purposes of AIT, s. 502(1)(b)—AIT, c. 5 not intended to be all-encompassing; construing term “financial commitment” to exclude procurements where government not assuming monetary obligation to pay supplier not inconsistent with less than pervasive scope of Chapter 5—Financial commitment must be that of procuring entity; fact supplier’s cost of providing monitoring services to CSC well above \$100,000 irrelevant—Agreement on Internal Trade, Canada Gazette, Part I, vol. 129, No. 17 (April 29, 1995), ss. 502, 505.

BCE NEXXIA INC. v. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONS) (A-747-00, 2002 FCA 9, Stone, Rothstein and Sexton J.J.A., judgment dated 5/12/01, 12 pp.)

COPYRIGHT**INFRINGEMENT**

Application for summary judgment against 17 respondents, for default judgment against 4 defendants for alleged breach of applicant’s copyright in 149 images copied in design of respondents’ websites—Applicant stock image company, in business of acquiring exclusive rights to images under contracts with artists of different kinds including illustrators, photographers—Respondent Taalwood Internet Marketing in business of designing websites for customers—Admitted that, without licence, copied images from Masterfile’s CD-ROM when designing websites for customers—Five Masterfile contracts with various artists reviewed in connection with parties’ submissions—Under fourth, fifth Contract, Masterfile not exclusive licensee—Masterfile’s deemed assignments not valid under Canadian law—Assignments can be limited in variety of ways but some certainty required—At minimum, assignment must exist, must be signed—Masterfile has no standing to prosecute action—Motion for summary judgment dismissed—With regard to applicability of presumption of

COPYRIGHT—Concluded

copyright under Copyright Act, s. 34.1(2), Copyright Notice found on Masterfile’s CD-ROM not entitling it to benefit of presumption as artists’ names not shown—Once copyright challenged in absence of registration, requirements of Act, s. 34.1(2) must be satisfied—Respondents used Masterfile’s images in format different from one in which offered for sale—Respondent Marcia Woods not personally liable as not indifferent to issue of infringement—Exemplary damages awarded against respondent Worldsites, but not against any of other respondents—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 34.1 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 20).

MASTERFILE CORP. v. WORLD INTERNET CORP. (T-959-00, 2001 FCT 1416, Simpson J., order dated 20/12/01, 18 pp.)

CROWN**CONTRACTS**

Delictual liability—Motion by applicants appealing part of order of Morneau P. on ground paragraphs in statement of claim seeking relief against respondents in contractual and extra-contractual liability should not be struck out—Applicants operated floatplane passenger transportation business in Quebec—Until January 23, 1997, respondents encouraged, protected, and promoted expansion and development of aerial sightseeing business—On January 1, 1998, Canadian Aviation Regulations, s. 105.01 made under Aeronautics Act came into effect, eliminating aerial sightseeing flights, to or from Lac Saint-Augustin completely and applicants’ entire aerial sightseeing flight business—On July 14, 2000, applicants served and filed statement of claim seeking relief against respondents in contractual and extra-contractual liability—Respondents sought to strike out applicants’ statement of claim on ground it disclosed no reasonable cause of action—Whether Prothonotary erred by allowing respondents’ motion to strike in part and striking out paragraphs of statement of claim relating to respondents’ contractual and extra-contractual liability—In *Canada v. Aqua-Gem Investment Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425, Federal Court of Appeal held discretionary orders made by prothonotaries will be set aside only if clearly wrong in law—R. 221 allowing Prothonotary to strike out in whole or in part any cause of action he regards as having no basis in law—No contractual relationship between parties—Respondents merely fulfilled one of their governmental duties: to legislate—Fulfilling *ex officio* federal duty not constituting breach—Prothonotary right to strike out paragraphs relating to contractual liability given no contractual relationship between parties—Doctrine of legitimate expectation not applying to legislative function—Crown Liability and Proceedings Act, s. 3 making Crown liable in respect of torts committed by servant of Crown—Neither Governor in Council nor Minister

CROWN—Concluded

of Transport “servants” of Crown within meaning of Act—Act not applying herein as not only do respondents not meet definition of word “servant” but also now established merely making regulation will not result in delictual liability—Prothonotary correct in striking out paragraphs of statement of claim regarding extra-contractual liability—Extra-contractual liability disclosed no reasonable cause of action herein—Prothonotary’s order valid under principles established in *Aqua-Gem Investments*—Motion dismissed—Canadian Aviation Regulations, SOR/96-433, s. 105.01 (as am. by SOR/98-20, s. 1)—Aeronautics Act, R.S.C., 1985, c. A-2—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3.

AVIATION PORTNEUF LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1239-00, 2001 FCTD 1299, Blais J., order dated 28/11/01, 15 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Application for judicial review of decision of Tax Court of Canada dated December 11, 1998—Applicant claiming under Excise Tax Act, s. 230(1) refund of \$56,000 allegedly paid in error in 1991 as GST owing with respect to real estate transaction—S. 230 inapplicable to facts herein—Only applies when GST payment made prior to filing of return for period within which payment made—Registrant must claim refund under s. 230 when filing return at end of period as required by Act—Applicant did not claim refund when return filed for quarter in which sum of \$56,000 paid—Could not therefore rely on s. 230 for refund of amount—Nor was applicant entitled to rely on s. 261 for rebate of tax since no request made within 4-year statutory limitation period starting to run in 1991 when allegedly mistaken payment made—Application dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 230 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), 261 (as enacted, *idem*).

MARY CAMPEAU DEVELOPMENTS LTD. v. CANADA (A-26-99, 2002 FCA 21, Evans J.A., judgment dated 16/1/02, 3 pp.)

FOREIGN TRADE

Judicial review of Canadian International Trade Tribunal (CITT) decision property management contracts between Canada Post, applicants new contracts to which NAFTA requirements applied, not renewals of previous contracts—Canada Post entered into original property management services contracts with applicants in 1994—Subject to renewal clause, contracts to terminate on March 31,

FOREIGN TRADE—Continued

2000—Renewal clause providing “on at least 6 months notice given prior to March 31, 2000” Canada Post shall have right to renew agreements for further term of 5 years—Canada Post not giving such notice as considering expanding range of services to be covered, interested in contracting with single services provider—In February 2000 issuing Request for Procurement (RFP), extending 1994 agreements until February 2001—Later having change of heart—In January 2001 parties agreed to enter second five-year contract on very similar terms to first—When Canada Post withdrawing RFP, FM One Alliance Corp. complained to CITT that in failing to invite bids for these property management services contracts Canada Post in breach of NAFTA obligations respecting procurement process—CITT ordering Canada Post not to enter contracts until complaint disposed of—Holding second five-year contracts into which parties had agreed to enter not proper exercise of renewal clause, because Canada Post had complied with renewal clause by exercising right to renew at least six months before expiry of 1994 documents—Observing that since Canada Post is public authority and contracts “designated contracts” for NAFTA purposes, new contracts should be subject to tendering procedure compliant with NAFTA—Application dismissed—Pragmatic or functional analysis not justifying treating case as rare instance in which appropriate to depart from standard of patent unreasonableness normally applied to questions of law decided by CITT in course of determining procurement disputes—First, in regulating fairness, propriety of procurement process in order to ensure compliance by government institutions with relevant trade regime, CITT performing exercise of considerable legal, factual, business complexity in which has extensive experience—Its work includes scrutiny, construction of contractual documents to determine value of contract, including any optional purchase provisions for purpose of deciding applicability of NAFTA procurement requirements and whether tenders responsive to conditions of participation—Area of expertise indicated by broad statutory mandate to investigate complaints concerning any aspect of procurement process relating to designated contract—Second, impossible to divorce from context of matter before it, CITT’s conclusion that, on facts, not open to Canada Post to exercise renewal option when agreed to enter into second five-year contract with applicants—CITT determining complaint by potential bidder that purported renewal attempt to avoid NAFTA requirements on procurement process—As NAFTA circumscribes government institutions’ freedom of contract in respect of designated contracts, effect for NAFTA purposes of Canada Post’s failure to exercise its renewal option by date prescribed in first contract not necessarily to be equated with rights of private parties whose legal relationship governed by common law of contract—Argument since no provision of NAFTA dealing with contractual renewals, CITT’s expertise in trade law not

FOREIGN TRADE—Concluded

relevant to basis on which decided complaint, not persuasive—NAFTA, chapter 10, dealing with government procurement, seeking to protect regulatory regime created by warning parties not to prepare, design or otherwise structure any procurement contract in order to avoid obligations of this chapter and specifically provides that option clauses shall not be used in manner that circumvents this chapter—Maintaining integrity of regime, bolstered by anti-avoidance provisions such important part of legal context that unrealistic to say CITT dealing primarily with question of general law of contract and thus operating outside area of expertise—Court can only review CITT's decision for patent unreasonableness—In light of factual, legal, regulatory contexts in which made, CITT's decision having some rational basis—Not patently unreasonable for CITT to have decided to hold Canada Post strictly to renewal clause in original contract in order to limit contractual advantages that existing contractors often enjoy over competitors—Not patently unreasonable for CITT to have considered neither application of common law doctrine of waiver nor to have read into temporary extension contracts modifications of latest date for exercise of renewal option in order to keep it effective—North American Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1993, c. 44.

PROFAC FACILITIES MANAGEMENT SERVICES INC. v. FM ONE ALLIANCE CORP. (A-436-01, 2001 FCA 352, Evans J.A., judgment dated 20/11/01, 13 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from T.C.C. decision dismissing appeal from reassessment ([2000] 4 C.T.C. 2093)—In 1975 New Brunswick Industrial Finance Board entering agreement with Trzop, Antosko relating to shares, debt of Atlantic Forest Products Ltd.—Principal amount of debt \$5 million, but in default—Agreement included promise by Board to transfer debt to Trzop, Antosko for \$10 if operated company for two years in good, business-like manner—Trzop, Antosko fulfilled obligations and in 1977 debt transferred to them—In 1977 Trzop received \$38,335 in partial payment of interest accrued on debt prior to transfer—In 1980 further \$283,363 paid to Trzop as interest accrued on debt prior to transfer—Trzop included interest in income, but claimed offsetting deduction under Income Tax Act, s. 20(14)(b)—When claimed s. 20(14)(b) deductions, s. 53(2)(f) would have automatically applied to require adjusted cost base of acquired debt to be reduced by amount of deduction—If, as result of application of s. 53(2)(f), adjusted cost base became negative, negative amount should have been taxed as deemed capital

INCOME TAX—Continued

gain pursuant to s. 40(3)—But Trzop's 1977, 1980 returns not reflecting any capital gain—Returns reassessed to disallow deduction under s. 20(14)(b)—T.C.C. allowed appeal from reassessments—Decision not referring to ss. 53(2)(f), 40(3)—F.C.T.D. allowed appeal therefrom on basis s. 20(14) had no application to interest because party from whom debt transferred not taxable entity: [1990] 1 C.T.C. 208—F.C.A. dismissed appeal, saying nothing about capital gain issue: [1992] 2 C.T.C. 350—S.C.C. allowed appeal (*Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312), holding Trzop entitled to s. 20(14)(b) deduction based on plain words—Noting Minister could take into account resulting tax consequences, such as taxable capital gain pursuant to s. 40(3) in reassessment—Reassessment allowing deductions under s. 20(14)(b); including in income taxable capital gain arising from combined operation of ss. 53(2)(f), 40(3)—T.C.C.'s dismissal of appeal therefrom subject of this appeal—Trzop arguing reassessment contravening long-standing authority successful tax appeal curtailing Minister's power to raise new assessment—S. 152(4)(b) precluding Minister from reassessing tax for any taxation year more than three years after date of initial assessment unless certain conditions met—Minister arguing S.C.C. judgment authorized Crown to tax Trzop on capital gain said to arise from s. 40(3) because logical, inevitable consequence of determination s. 20(14) applied—If so, any prejudice cured because reassessment under s. 164(4.1) can be subject of separate objection—Appeal dismissed—S.C.C. ruled on very narrow issue of whether interest on debt within s. 20(14)—Ruled transaction within s. 20(14), but acknowledged result may have other tax consequences involving particularly application of ss. 53(2)(f), 40(3)—Creation of taxable capital gain pursuant to s. 40(3) logical, inevitable consequence of S.C.C. decision that s. 20(14) applied—That consequence required to be taken into account by Minister in assessment—Minister acted in accordance with reasons of S.C.C. in applying s. 40(3) to include taxable capital gain—But correctness of assessment also in issue—In applying s. 40(3) Minister made factual assumption as to adjusted cost base of debt i.e. assumed cost base of \$10—In objecting, onus on Trzop to demolish assumption made by Minister—At Tax Court hearing, Trzop not leading evidence contradicting Minister's assumption—Raised proposition adjusted cost base should be increased in light of unpaid labour that contributed to company, arguing consideration for transfer of debentures included undertaking would operate company in good, business-like manner—No error in T.C.C.'s rejection of argument—Trzop's unpaid labour cannot be included to increase adjusted cost base—Not part of "cost to taxpayer" of debt for purposes of s. 53—Trzop not establishing Minister incorrect in assuming adjusted cost base of debt \$10—Trzop afforded due process—T.C.C. properly

INCOME TAX—Concluded

excluded transcript of S.C.C. hearing as nothing said by judge in court during course of argument should be taken as expression of judge's opinion on matter, and opinion letter from former S.C.C. justice as no more than opinion—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(14)(b), 40(3) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 16), 53(2)(l)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 152(4)(b), 164(4.1).

TRZOP V. CANADA (A-519-00, 2001 FCA 380, Strayer, Sharlow and Malone J.J.A., judgment dated 6/12/01, 13 pp.)

NON-RESIDENTS

Appeal from Trial Division decision (2000 D.T.C. 6513) dismissing appeal from reassessment by Revenue Canada for 1986 taxation year with respect to appellant's claim for exemption from non-resident withholding tax pursuant to ITA, s. 212(1)(b)(vii)—Appellant incorporated in Canada in 1959 under name International Harvester Credit Corporation of Canada Ltd. (IHCC)—Wholly-owned subsidiary of Canadian company in turn wholly-owned subsidiary of American company IHCo—In 1986, all issued, outstanding shares of appellant sold to Canadian subsidiary of General Electric Company—IHCC issued promissory notes to subsidiaries of U.S. company called International Harvester Export Co.—IHCC paid interest on notes without payment of withholding tax—In 1985, notes sold to Netherlands corporation indirect wholly-owned subsidiary of IHCo—In dismissing taxpayer's appeal, Trial Judge held original promissory notes so materially altered by 1985 agreements as to result in completely new obligations under ITA, s. 212(1)(b)(vii)—Appeal dismissed—Only issue herein whether or not new obligation created by reason of agreements in 1985 which decreased amount of principal owing on notes, increased amount of interest payable under notes, changed date of maturity, and changed identity of payee—Guidance can be obtained from decision in *Wiebe v. Canada* (1987), 87 D.T.C. 5068 (F.C.A.): fundamental changes to stock option agreement which substantially affected basic elements of agreement inconsistent with continuing existence of that agreement (fundamental terms therein: identity of debtor, principal amount of note, amount of interest under note, maturity date of note)—Here, all but one of fundamental terms changed—Trial Judge did not commit overriding or palpable error when, on evidence before him, found as fact changes sufficiently fundamental as to bring into existence new obligation—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 212(1)(b)(vii) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 92(3); 1980-81-82-83, c. 48, s. 98(1); c. 140, s. 118(3); 1986, c. 6, s. 116(3)).

GENERAL ELECTRIC CAPITAL EQUIPMENT FINANCE INC. V. CANADA (A-541-00, 2001 FCA 392, Sexton J.A., judgment dated 13/12/01, 11 pp.)

MARITIME LAW**TORTS**

Action for damages to net—Defendants' 300-ton fishing trawler, *Western Investor*, collided with aluminum skiff which worked with plaintiff's seine fishing vessel, *Fisher Lassie II*—During or after collision *Fisher Lassie II*'s seine net entangled in wheel of *Western Investor*—Plaintiffs alleging damage to net caused by negligence of captain, crew of *Western Investor*—Claiming damages in amount would have been paid for catch, assuming that, but for damage, would have set net once and made average catch—Department of Fisheries and Oceans regulated roe herring fishery—Also controlled shotgun opening, closing of fisheries with VHF radio announcements—In 1997 fishery could last few minutes or few hours—Roe herring fishery congested affair—30-40 trawlers in motion within 1200 feet of *Western Investor*—All trying to position themselves over schools of herring, preparing to release skiffs, set nets moment DFO opened fishery—Profit motive significant herein—One set of net could be worth as much as \$500,000—In setting net, trawler lowers aluminum skiff to water and releases it—Net attached to skiff's bow—Skiff then pulls bunched end of net off stern of trawler by operating it in reverse at full throttle as trawler moving forward—After about 335 feet of net in water, weight of net eliminating trawler's forward momentum, and safe to turn skiff around so that tows net off its stern—Net traditionally set as trawler moving forward and away from skiff in circle to right—Intention to form wall around school of fish located on sonar, depth sounders—When trawler completing circle by returning to skiff, set complete—Net closed at bottom so that forms "bowl"—Captain of *Fisher Lassie II* alone in wheelhouse when began set—Responsible for keeping lookout both ahead, behind *Fisher Lassie II* and for monitoring sonar equipment—Skiff began set at full reverse throttle—Eventually throttle eased back to degree necessary to stay in position—When Captain of *Western Investor* realized skiff released, moving in reverse into his path, took 5 or 6 seconds to decide to put ship into full reverse—Collision occurred 6 or 7 seconds later—Skiff operator testifying skiff's painter stowed and net's breast line released at time of collision, although first quarter marker on net not yet reached—Testified set "bread and butter" for next six months so would not risk losing set by taking evasive action—At moment of collision, *Western Investor*'s main engine stalled—When Captain asked engineer to restart engine, started in reverse because had stalled in that gear—Engine stopped again, and restarted in neutral and then put in forward gear—Collision Regulations, R. 5 requiring every vessel to maintain proper lookout—Captain of *Fisher Lassie II* broke this rule—100% responsible for creating situation of imminent peril in which possibility of collision—Both skip operator and captain of *Fisher Lassie II* could have taken, required to take evasive action to avoid

MARITIME LAW—Concluded

collision in accordance with R. 8—Both skiff, *Fisher Lassie II* equally responsible for collision and for fact *Fisher Lassie II*'s net came to be in close proximity to *Western Investor*—But damage to net not inevitable consequence of collision—Errors of captain of *Western Investor* led to damage to net—Defendants jointly and severally responsible for damage to *Fisher Lassie II*'s net—If skiff assisted *Western Investor* to complete her set, assistance minor, completely unintentional—*Fisher Lassie II* not entitled to claim portion of value of *Western Investor*'s catch—Claim to value of one average catch cannot be recovered because too remote—At time *Fisher Lassie II*'s net damaged, captain had aborted first set because cut off by another boat—Cases in which nets containing fish damaged in mid-set distinguished as no actual catch herein that was disrupted or lost because of *Western Investor*'s actions—*Fisher Lassie II* would have had time to set net once more if net undamaged—But pure speculation to assign any measure of success to second set—Defendants jointly and severally liable to plaintiffs for sum of \$3000 (cost to repair net)—Collision Regulations, C.R.C., c. 1416, Rr. 5, 8.

WILSON FISHING CO. V. BRITISH COLUMBIA PACKERS LTD. (T-1623-97, 2001 FCT 1390, Simpson J., judgment dated 17/12/01, 20 pp.)

NATIVE PEOPLES

Appeal pursuant to Indian Act, s. 47 from Minister's decision Indian and Northern Affairs Canada (INAC) would neither approve will of Adolphus Morin, dated December 17, 1986 nor appoint executor named under that will, nor redistribute estate assets according to that will—On March 10, 1954 Adolphus Morin executed will naming wife sole beneficiary of all real, personal property, and appointing Indian Superintendent, Edmonton Indian Agency, as executor of estate—Morin died in 1996—Survived by wife, 11 children—Michael Sidon, Manager of Estates and Trusts for Department of Indian and Northern Affairs approved 1954 will, renounced appointment as executor, appointed Peter Morin to administer estate—In 1997 testator's interest in quarter section of land on reserve transferred to wife, approved on behalf of Minister—In 1998 wife transferred land to third person who sold land in September to Enoch Cree Nation for \$20,000—In November 1998, before consideration paid for land, Enoch Cree Nation receiving letter from lawyer advising of more recent will—Forwarding letter, copy of 1986 will to Department—Mr. Sidon requesting assistance from INAC's Ottawa office—Advised that INAC would not approve 1986 will on grounds: family members agreed to approve 1954 will; purported second will brought to INAC's attention two years after land transferred to wife; allegations of testamentary incapacity when 1986 will made; Minister having discretion to accept any will meeting

NATIVE PEOPLES—Continued

requirements of s. 45(2); Department met fiduciary duty—Original appeal hearing adjourned, order issued giving appellants leave to file fresh evidence on question of valid execution of will i.e. original second will required to be filed—Pursuant to that order, some new evidence adduced, although not filed before resumed hearing of appeal—New evidence included affidavit of testator's son as to circumstances surrounding making, finding of second will, affidavit of representative of INAC—Not original, but certified true copy of 1986 will, filed—No evidence as to execution of 1986 will put before Court—Appellants arguing: will valid on its face; Minister acted pursuant to Indian Act, s. 46(1) authority so that Court had jurisdiction under s. 47 to either pronounce in favour of 1986 will, or at least set aside 1999 decision; Minister's decision failing to find 1986 will valid made without adequate facts or information and arbitrary and contrary to law—Respondent objecting appeal now moot because Minister made, or would be making new decision, substance of which that decision unchanged—No advance notice or evidence given to Court as to making of decision or fact Crown would be asserting appeal now moot—Appeal allowed—(1) Whether proceeding moot—Principle of mootness applies where decision will not have effect of resolving some controversy affecting rights of parties—Onus of establishing matter or issue moot resting on party asserting mootness—Minister not establishing determination of issues will have no practical effect on parties—Dispute over right of appellants to appeal such decision not academic—Moreover, even if moot, Court retaining discretion to hear, determine matters—Discretion to be exercised "judicially", with regard to principles articulated in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342—Appellants maintaining direct interest in having scope of appeal rights under s. 47 determined and in challenging propriety of initial decision; little economy achieved in terminating proceedings on basis of mootness after Court already hearing case; in view of Minister's position on substantive issues raised and reliance upon s. 45(2), controversy sufficiently live so as to conclude determination of issues raised in accord with Court's proper law-making function—Even if issues moot, Court exercising discretion to determine matters fully—(2) S. 45(2) permitting Minister to accept as will any written instrument signed by Indian in which indicating intention with respect to disposition of property on death—S. 46(1) permitting Minister to declare will void—S. 47 providing for appeal from Minister's decision made in exercise of authority conferred under ss. 42, 43, 46—Minister's assertion decision made under s. 45(2) would immunize decision from review on appeal pursuant to s. 47—Appellants asserting decision made under s. 46—By conferring in s. 42 jurisdiction upon Minister with respect to matters and causes testamentary, Parliament conferring jurisdiction equivalent to jurisdiction with respect to grant, revocation of probate of wills and of administration, together

NATIVE PEOPLES—Continued

with jurisdiction over matters incidental thereto—Minister thus having jurisdiction similar to that exercised by surrogate or probate courts—Principal duties of court of probate to decide whether document entitled to probate as testamentary instrument—To determine whether document testamentary instrument requiring conclusion about testamentary intent—This interpretation of s. 42 consistent with powers reposed in Minister pursuant to s. 43, which makes clear Minister may do such things as appoint, remove executors, administrators, authorize them to execute terms of wills—Superior court jurisdiction largely encompassed in s. 46(1)—Together ss. 42, 43, 46 reposing in Minister all authority over wills and their probate in respect of Indians when ordinarily resident on reserves—S. 45 not conferring power on Minister but making express rights of Indians—Source of Minister's jurisdiction to accept written instrument as will contained in s. 42, which confers jurisdiction over matters, causes relating to grant, revocation of probate of wills—Parliament intended in s. 47 to grant full right of appeal in respect of all decisions made in exercise of jurisdiction relating to matters, causes testamentary, as well as decisions declaring will void—No right of appeal conferred in respect of s. 45, no authority conferred pursuant to that section—Interpretation avoiding anomaly that decisions relating to matters, causes testamentary, including appointment of executor, could be appealed but decision document not indicating testamentary intent could not—In determining 1986 will would not be approved, and executor named under will would not be appointed, and executor under 1986 will could not distribute assets according to that will, Minister exercising powers conferred by s. 42—Appeal properly brought under s. 47—(3) As no privative provision, nature of decision as to whether 1986 will evidences testamentary intent substantially one of fact, purpose of relevant provisions of Indian Act to balance individual rights, and no evidence of any particular expertise on part of decision maker, appropriate standard of review somewhere between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness—Difference between two standards lies in obviousness of defect—If defect obvious on face of tribunal's reasons, then decision patently unreasonable—As decision found to be patently unreasonable, not necessary to be more precise concerning standard of review—As notice of 1986 will coming to Minister from Enoch Cree Nation, i.e. not someone promulgating will, open to Minister to have had no regard to it—But by choosing to direct inquiry into will, Minister obliged to consider whether will valid testamentary document—INAC never sought production of original 1986 will—Minister's reasons silent on issue of whether document valid testamentary paper—As to reasons for not giving effect to 1986 will: family members cannot be held to agreement when unaware of existence of later will; delay proper factor for Minister to have considered; allegation of lack of

NATIVE PEOPLES—Continued

testamentary capacity not supported by evidence; existence at law of discretion by itself insufficient to support decision; unsupported conclusion department met fiduciary duty not relevant reason for refusing to give effect to document proffered as testamentary instrument, particularly where no inquiry directed into existence of any testamentary intent—Delay by itself not sufficient ground for refusing inquiry into whether later will should be admitted to probate—In absence of relevant inquiries, delay of two years insufficient basis on which to ground reasonable decision—Once Minister decided to inquire into 1986 will, by relying upon delay and other grounds, and by failing to inquire as to circumstances surrounding execution of 1986 will, Minister committed reviewable error—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 42, 43, 45, 46, 47.

MORIN v. CANADA (T-458-99, 2001 FCT 1430, Dawson J., order dated 20/12/01, 27 pp.)

Application for judicial review of two decisions by Band Chief and Council on use of proceeds of settlement agreement (for damages suffered by flooding after Ontario Hydro constructed dam on Kenogami River) for benefit of on-reserve members of First Nation, thus excluding applicants—Challenged decisions made before S.C.C. decision in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 which invalidated Indian Act, s. 77(1) (excluding off-reserve members of Indian Band from right to vote in band council elections) as inconsistent with Charter, s. 15—Principal issue whether Band council decisions under review should be struck down as discriminating against applicant members of First Nation who do not live on reserve, but nearby, in Hornepayne—Application allowed—As band council resolutions herein challenged on grounds of discrimination, question of law to be appreciated in specific factual context, lower standard of deference called for, enhanced by taking into account lack of privative clause—Standard of reasonableness applicable—No provisions of Indian Act which would authorize band council to discriminate between on-reserve and off-reserve members of band—Exclusion of off-reserve members discriminatory; direct and intended differential treatment by band council to its off-reserve members—Procedurally wrong for Chief and Council of First Nation to have excluded off-reserve members living in Hornepayne from participating in settlement agreement ratification process—Also wrong for band council to pass resolution conferring benefits only to on-reserve band elders—Procedurally, Hornepayne members of First Nation had legitimate expectation they would be able to participate in final approval process—Substantial element of discrimination exclusion of all benefits—Justifications advanced by First Nation either that its off-reserve members at Hornepayne were members simply by inadvertence or part of separate Hornepayne First Nation cannot be accepted because to do so

NATIVE PEOPLES—Continued

would subvert membership band process and band recognition provisions provided for in Indian Act—Fact Hornepayne First Nation recognized by other Aboriginal groups cannot override legislative structure governing membership on Band Lists and creation of new bands from existing Band Lists and, as result, cannot justify discriminatory treatment between on-reserve and off-reserve members—Instant case similar to *Barry v. Garden River Band of Ojibways* (1997), 33 O.R. (3d) 782 (C.A.) with respect to distribution of funds derived from settlement of claims related to lands—Indian Act, R.S.C., 1985, c. s. 77(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

MEDEINOS V. GINOOGAMING FIRST NATION (T-935-99, 2001 FCT 1318, Lemieux J., order dated 30/11/01, 49 pp.)

Judicial review of denial by delegate of Minister of Indian and Northern Affairs of applicants' petition for separation from Abegweit Band—Abegweit First Nation Band has three reserves in Prince Edward Island—Of 158 band members, 39 live on Rocky Point Reserve—Almost all of remaining band members reside on Scotchfort Reserve—In June, 1999 petition signed by 13 residents of Rocky Point Reserve sent to William Montour, Director General (Minister's delegate) requesting Minister to constitute new band for Rocky Point Reserve—In August 1999, Department sending to Council of Abegweit Band 1991 policy entitled "New Bands/Band Amalgamations", setting out six-step procedure to form new bands—First step requiring new band to submit written request to region, and parent band to submit band council resolutions indicating agreement to creation of new band—Second step district and regional analysis of proposal, utilizing new band/band amalgamation checklist, and report by Regional Director General containing recommendation on proposal for Associate Deputy Minister—After much correspondence between those seeking to separate, Minister's delegate, on May 16, 2000 Minister's delegate writing letter reiterating that separation of Rocky Point Reserve not supported; stating office committed to building of strong First Nation communities, reaffirming offer to facilitate discussions—Indian Act, s. 17 permitting Minister to constitute new bands from existing Band lists if requested to do so by persons proposing to form new bands—Federal Court Act, s. 18.1(2) providing application for judicial review of decision, order of federal board, commission, other tribunal shall be made within 30 days after decision communicated to party—"Federal board, commission or other tribunal" defined in s. 2 as any body, person purporting to exercise jurisdiction conferred by, under Act of Parliament—Application allowed—(1) May 16, 2000 letter from Minister's delegate

NATIVE PEOPLES—Continued

was "decision or order of federal board, commission or tribunal"—In *Markevich v. Canada*, [1999] 3 F.C. 28 (T.D.) Evans J. held letter need not be "decision or order" in order to be subject to judicial review; words "decision or order" found in s. 18.1(2) which simply provides limitation period; s. 18.1(3), permitting Trial Division to set aside "decision, order, act or proceeding of federal board, commission or other tribunal", containing permitted subject-matter i.e. "act or proceeding" may include administrative action not amounting to "decision or order"—Analysis of Minister's delegate's letter indicating Atlantic Region not supporting formation of new band—Proposal not making it through step 2 of procedure recommended in policy as neither new band/band amalgamation checklist nor report containing recommendation of Regional Director General to Assistant Deputy Minister—Letter having effect of ending establishment of proposed new band—Reviewable pursuant to s. 18.1(3)—(2) Therefore not necessary to determine whether decision made pursuant to Indian Act, s. 17—Proceedings not initiated prematurely—(3) Matter justiciable—Decision not to follow procedure outlined by policy in dealing with new band application in issue—Decision, as result of application of policy, for Minister to make, as long as made following legal principles applicable to such decisions—(4) Department put in place six-step procedure for dealing with applications for new band by way of band division—Reasonable to assume all such applications would be dealt with according to policy set out by department—Analysis contemplated by step 2 not carried out—No new band/band amalgamation check list included in record—No report containing recommendation of Regional Director General on proposal to be prepared for Associate Deputy Minister—Decision made not to proceed further and complete necessary steps under policy—Only at step 4 that rejection of proposal by Deputy Minister provided for in policy—Legitimate expectations of person challenging decision may also determine what procedures duty of fairness requires in given circumstances: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817—Applicants could expect that, at minimum, policy respecting new bands would be followed as indicated by former Minister—Breach of duty of procedural fairness in that application not dealt with in accordance with policy which department established to deal with such applications—Applicants, at minimum, entitled to have application dealt with according to policy established for that purpose—To extent process of policy not completed, Minister or delegate fettered discretion—(5) If reasons required, can be gleaned from correspondence—Obvious respondent not sending application forward because simply did not support establishment of new bands by division of existing band—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 17 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 7)—Federal

NATIVE PEOPLES—Continued

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

SARK V. ABEGWEIT BAND COUNCIL (T-1028-00, 2001 FCT 1184, O’Keefe J., order dated 31/10/01, 30 pp.)

Motion to strike statement of claim or parts thereof—In underlying action, individual plaintiffs “off reserve” Indians claiming respondent breached duty to consult owed to them with regard to certain agreements (especially 1999-2000, 2000-2001 fishing agreements) between Province of Nova Scotia and 13 Indian Act Chiefs in Nova Scotia—Motion dismissed; however, statement of claim struck with leave to plaintiffs to serve and file amended statement of claim in accordance with reasons—Not case where beyond doubt case could not succeed at trial—Field of Aboriginal law in Canada in state of rapid evolution and change in recent years; claims considered outlandish or outrageous only few years ago now being accepted: *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Attorney General)*, [2001] F.C.J. No. 347 (T.D.) (QL)—Whether duty to consult exists with respect to off-reserve status and/or non-status Indians and extent to which such duty applying in context of present case issues that should not disposed of in interlocutory proceeding—Although defendants have not met onus required to have claim struck out, as statement of claim deficient in number of respects, entire statement of claim struck with leave to plaintiffs to serve and file amended statement of claim in accordance with reasons—Native Council of Nova Scotia, registered society, to be struck as plaintiff as does not have same interest as individual plaintiffs—Council not owed duty of consultation even though its members might be—Furthermore, Council not necessary party to proceedings since would not be bound by result and participation not required to settle issue before Court—Individual plaintiffs have not established factual foundation to show same interest with respect to treaty rights as all other off-reserve Mi’kmaq, therefore cannot bring action as representative action on behalf of all members and constituents of Council—In order for defendants to be able to defend action, plaintiffs must set forth in amended statement of claim material facts establishing bases for rights claims and how rights said to be infringed.

NATIVE COUNCIL OF NOVA SCOTIA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-689-01, 2002 FCT 6, Blanchard J., order dated 4/1/02, 11 pp.)

LANDS

Appeal from dismissal of motion for interlocutory injunction enjoining Government of Canada from transferring portion of Canadian Forces base at Chilliwack to Canada Lands Company, non-agent Crown corporation devoted to developing, disposing of federal lands, on ground appellant

NATIVE PEOPLES—Concluded

not establishing irreparable harm—Appeal dismissed—Appellants claiming irreparable harm based on historical connection to land, which will be lost if land disposed of—Under Indian Act, s. 35, Crown empowered to expropriate Indian reserve land—That land reserve land not sufficient to preclude expropriation—Issue only one of proper compensation—Even if Crown wrongly disposing of reserve land, claim for breach of fiduciary duty and remedy damages—Remedy herein damages—Appellants demonstrating no special circumstances relating to land—Say require land to sustain themselves, but alleged historical connection unrelated to anticipated use—No evidence as to why particular land required having regard to anticipated use—Appellants not establishing irreparable harm—If disposition of land breach of fiduciary duty, Court may order damages, or other suitable remedy—Balance of convenience favouring respondent—Appellants alleging disposition will upset neighbourly relationship with citizens of Chilliwack, but City of Chilliwack opposing injunction application—Alleging disposition would undermine integrity of judicial review application as would render decision moot, but no steps taken to expedite proceedings—Saying disposition should await Supreme Court of Canada decision in unrelated case, but uncertain when, whether S.C.C. would resolve matter—Process, outcome, bearing of land claims negotiations on present litigation unclear—Considerations weighing in favour of respondent including important public uses for land, including school, library, residential construction which would increase City’s tax base—Also City would receive payment for development of off-site services, land would be integrated into community—Also relevant that appellants not providing undertaking as to damages—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 35.

SOOWAHLIE INDIAN BAND V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-656-01, 2001 FCA 387, Rothstein J.A., judgment dated 11/12/01, 7 pp.)

PAROLE

Application for judicial review of decision by Appeal Division of National Parole Board upholding decision by Board denying plaintiff day parole and full parole pursuant to Corrections and Conditional Release Act, s. 126—Application dismissed—Issues: whether Board could conclude there were reasonable grounds to believe plaintiff would commit offence involving violence despite fact offences of which convicted not in Schedule I of Act; whether Board entitled to conclude on facts in record reasonable grounds to believe if released plaintiff would commit offence involving violence—Applicable standard of review in case at bar that of patently unreasonable decision—Board indicated in its opinion driving automobile while intoxicated violent crime, since likely to injure or kill innocent victims—Fact plaintiff serving sentence

PAROLE—Concluded

for offence not mentioned in Schedule I not meaning Board could not conclude there were reasonable grounds to believe he would commit offence in Schedule I—Although offences committed by plaintiff not mentioned in Schedule I, not unreasonable for Board to conclude, based on factors to which it referred in its decision, reasonable grounds to believe plaintiff likely to commit Schedule I offence before expiry of sentence—Analysis by Board and assessment of facts in case at bar completely consistent with function conferred on it by Act and falling within its jurisdiction and reason for existing—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 126 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 40), Schedule I.

OUELLET V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1476-01, 2001 FCT 1410, Blanchard J., order dated 19/12/01, 9 pp.)

PENITENTIARIES

Application for judicial review of Bowden Institution warden's decision not to provide applicant with information regarding refusal to allow applicant's friend entry because of "positive" cocaine, heroine reading on institution's Ion Scanner—Issue whether obligation on warden to provide applicant, friend, in writing, with test results of Ion Scanner—Application allowed—Corrections and Conditional Release Act, s. 71(1) entitling inmates to reasonable contact, including visits, correspondence, with family and friends, subject to safety and security measures—Entitlement reinforced in Regulations and Commissioner's directives—When visits refused or suspended, Regulations and directives both provide inmate, visitor be informed of reasons thereof, and be given opportunity to make representations—Scheme requiring provision of test results to applicant, visitor—Furthermore, applicant's, visitor's procedural fairness rights breached herein as not promptly provided, in writing, with written test results of Ion Scanner—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 71(1)—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620.

WEDOW V. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE) (T-1597-00, 2001 FCT 1427, Campbell J., order dated 21/12/01, 5 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Defendants requesting lump sum award of \$150,000 in lieu of assessed taxable costs pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 400(4)—At end of eight-day trial, action for damages against defendants on account of collision between two large ocean-going bulk carriers dismissed with costs—Damages,

PRACTICE—Continued

with accrued interest, totalling \$10 million—Lump sum award sought equivalent to approximately 60 per cent of solicitor-client costs—Defendants completely successful at trial—Legal issues not complex; dependent upon finding of fact whether defendant ship at anchor when collision occurred—However factual determination not easy as involving consideration of host of technical maritime navigational and naval architectural issues, weighing testimony of six experts—But complexity of legal issues in litigation, rather than technology involved, should be considered in increasing scale of costs—Nature of expert factual evidence on navigational and naval architectural issues as well as structure of new trial itself generated volumes of work in trial preparation, during trial and post-trial justifying moving beyond Column III—Defendants not making out case for increase based on conduct of plaintiff—New expert reports had to be filed to take into account testimony of navigators at original trial—Clashing theories of plaintiff's experts not material to decision and alone cannot justify increase—Court not agreeing plaintiff had no case—But only in most exceptional case should Court depart from Tariff B in award of party-and-party costs: *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 303 (F.C.T.D.)—Defendants' request for lump sum amount beyond Tariff B refused—Defendants' bill of costs fixed at upper end of Column IV of Tariff B, given amount involved, complexity of factual issues, nature of work involved, that party-and-party costs should bear reasonable relationship to actual costs of litigation—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 400(4).

PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS V. FEDERAL DANUBE (THE) (T-2057-85, 2001 FCT 1286, Lemieux J., order dated 23/11/01, 10 pp.)

Application for default judgment in which plaintiffs claimed permanent injunction, damages in amount of \$3,000, legal fees, disbursements of \$22,828.70 of which \$12,531.87 private investigator's fees—Usual practice in Anton Piller matters not including order for recovery of private investigator's fees as disbursements—Whether investigator's fees simply part of plaintiffs' cost of doing business or should they be recoverable from defendants as disbursements—Plaintiffs arguing defendants' conduct such as to justify award of costs on basis other than party-and-party costs—Defendants continued to deal in counterfeit goods after injunction issued restraining them from doing so—Recoverability of investigations fees ought not to depend upon finding of outrageous conduct—Holders of intellectual property rights bound to take steps to oppose infringement of property rights, failing which latter may be lost—Enforcement activity necessary part of intellectual property rights holder's business—To extent private investigators part of such necessary enforcement activity, fees expenses which would be incurred

PRACTICE—Continued

in any event, therefore not recoverable—Costs to be assessed on basis of column 2, at point in range to be determined by assessment officer—No costs to be allowed for overlapping, repetitious activities as between Montréal, Vancouver solicitors—Only activities related to obtaining, executing Anton Piller order, bringing matter to default judgment recoverable—Defendants shall pay to plaintiffs sum of \$3,000 as damages—Permanent injunction allowed.

LOUIS VUITTON MALLETIER, S.A. v. BAGS O'FUN INC. (T-2569-96, 2002 FCT 78, Pelletier J., order dated 24/1/02, 11 pp.)

DISCOVERY*Examination for Discovery*

Motion to grant plaintiff leave to videotape examination for discovery of René Laplante as representative of defendant—Video recording used in Courts to provide best possible evidence when evidence *de bene esse*, commission evidence necessary—Fairly produced video tape with written transcript provides better evidence before Court than written transcript of evidence alone—Purpose of discovery to enable party to discover before trial case to meet at trial, to secure admissions which will save him from having to offer formal proof of facts—Fact that video recorded evidence better evidence than transcript alone if discovery answers to be used at trial to discredit witness, must be measured against probability video recorded evidence would never be used at trial—While useful to delineate, simplify issues to be tried, discovery one of most onerous aspects of litigation, may be principal force in favour of arbitration, other alternative dispute resolution procedures—No step should be taken to increase burden of discovery if no definite need be satisfied—No need for videotape evidence shown—Motion dismissed.

TAMKO ROOFING PRODUCTS, INC. v. IDEAL ROOFING CO. LTD. (T-426-00, 2002 FCT 14, Giles A.S.P., order dated 7/1/02, 4 pp.)

Plaintiffs seeking orders directing defendant to answer questions posed during examination on discovery of Leo Strowbridge, Crown official—Canada member of Northwest Atlantic Fisheries Organization (NAFO)—NAFO setting fishing quotas for member states as voted on by member states for areas known as Convention areas—In September 1994, NAFO set 1995 Greenland halibut fishery quota for Convention area off Grand Banks at total allowable catch (TAC) of 27,000 tons—Canada concerned Spain, Portugal might overfish Convention area in contravention of NAFO TAC—Plaintiffs' vessel, *Estai*, Spanish fishing trawler, seized by Canada 240 miles east of Canada—According to Canada, at time of seizure, *Estai* fishing Greenland halibut in contravention of Coastal Fisheries Protection Act, s. 5.2—

PRACTICE—Continued

Plaintiffs claiming damages, trespass, assault, negligent navigation against defendant, as well as punitive, exemplary damages—On July 13, 2001, Leo Strowbridge, Crown official, examined on discovery by plaintiffs—Canada objecting to questions on ground of Canada Evidence Act, ss. 37, 38—Whether defendant should be compelled to answer questions objected to on basis of latter provisions—Defendant's objection to answering questions in respect of which plaintiffs sought orders, based on reasons given by Brian Buckley in parts D, E of Certificate, dated April 10, 2001—Buckley reviewed 1,069 documents, concluded 676 documents should not be disclosed on grounds of public interest—Onus upon plaintiffs to convince Court public interest in disclosure sufficiently compelling to require that information be examined in order to determine where balance lies between that public interest, public interest in not disclosing information—Onus not met by plaintiffs, orders sought denied—Public interest in not disclosing information sought by plaintiffs—Disclosure of sought-after information would be injurious to Canada's international relations—Information plaintiffs sought to obtain will not establish fact crucial to their case—Defendant need not answer questions posed on July 13, 2001—Canada's interest in protecting present, future international relations with foreign countries clearly outweighing plaintiffs' economic interest in disclosure of information sought by questions—Motions dismissed—Coastal Fisheries Protection Act, R.S.C., 1985, c. 33, s. 5.2 (as enacted by S.C. 1994, c. 14, s. 2)—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38.

JOSE PEREIRA E HIJOS, S.A. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (DES-2-01, DES-3-01, 2001 FCT 1434, Nadon J., order dated 24/12/01, 18 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Motion by defendants seeking order directed to former counsel for plaintiffs to show cause why he should not be found in contempt of court, order dismissing action for delay, abuse of process—Notice of motion signed by Keith Bowman, member of Law Society of British Columbia, acting for corporate defendants—First head of relief sought order that Mr. Lipkus, former counsel for plaintiffs, be required to show cause why should not be found in contempt of court for disobeying order of Muldoon J.—Defendants alleging Mr. Lipkus misrepresented number of persons in attendance at execution of order—Purpose of limitation in order as to number of persons to be present to prevent climate of intimidation at time of service, explanation of order—Not precluding additional persons being employed to assist in removal of goods once order explained, defendants consented to removal of goods—Report on execution of order filed with court should make clear who was present at which stage of execution—Defendants claiming plaintiffs dilatory in moving

PRACTICE—Concluded

action forward—Plaintiffs justifying themselves by pointing to large number of interlocutory applications, pending appeal of review motion—Proof of counterfeiting tendered at review motion merely *prima facie* proof, not conclusive of issue—Given that plaintiffs entitled to seize defendants' stock pending trial of matter, incumbent on plaintiffs to take steps to move matter forward expeditiously—Positive obligation arising from remedy which Court granted plaintiffs—On balance, delay in moving matter forward but delay to which defendants, Court have contributed—Not appropriate to dismiss claim for delay, abuse of process—Problem better handled through case management process—On December 10, 2001, counsel forwarded to Registry of Court package of materials in compliance with undertakings—Unseemly for plaintiffs, counsel to behave as though Court will grant them rolling Anton Piller orders as of right, ratify seizures as matter of course, give them judgment whenever moved to request it—Orders in question all discretionary orders—Bowman could simply have lent name to proceedings to satisfy Court's requirement corporate entities be represented by counsel—Cost associated with such course of action—Unproven allegations of fraud, other serious misconduct can result in award of solicitor-client costs—Costs of four motions assessed at \$500 payable by Bowman, \$1,000 payable by defendants jointly and severally—Bowman not to recover from clients amounts payable by him by way of disbursement, otherwise—Motion dismissed.

VIACOM HA! HOLDING CO. V. DOE (T-550-99, T-823-99, T-1058-98, T-1064-98, 2002 FCT 13, Pelletier J., order dated 7/1/02, 21 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Application for judicial review of Adjudicator's decision in respect of grievance presented by applicant under Public Service Staff Relations Act, s. 91—Applicant Customs Officer at Toronto's Pearson International Airport, also President of Toronto Local 0024, Customs and Excise Union Douanes Accise—Notice posted by applicant in workplace on May 28, 1997—On June 5, 1997, applicant received 10-day disciplinary suspension without pay—Revenue Canada alleging notice counselled illegal strike in violation of PSSRA, ss. 102(1), 103, PSAC Collective Agreement, art. M-15—S. 102 providing strikes not permitted when collective agreement in force—Applicant filing numerous grievances against Revenue Canada, complaint under PSSRA, s. 23—Pursuing only grievance against suspension—Adjudicator considered whether notice counselled strike, concluded it did in advising "job action"—While not wrong to omit direct references to well-known statutory provisions, Adjudicator erred in law in failing to make findings, reach express conclusions about requirements of sections—Main point made in notice no items to be touched—If contents cannot be

PUBLIC SERVICE—Concluded

touched, only visual examination possible which is only kind of search notice mandated in absence of witness—Adjudicator's decision incomplete as did not expressly reach conclusions about applicant's intention in context of union duties, meaning of output in customs context—Failure to deal with these considerations reviewable error—Application allowed—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 23 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 40), 91, 102 (as am. by S.C. 1992, c. 54, ss. 74, 78), 103.

KING V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1051-00, 2001 FCT 1407, Simpson J., order dated 20/12/01, 10 pp.)

TRADE-MARKS

Official marks—Application for judicial review of Registrar's decisions to publish notice of adoption and use of mark "Icewine" by respondent pursuant to Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii)—Applicants, Ontario companies operating as corporate group, together cooperatively participating in making, production, retailing of Magnotta wines, including ice wine—Respondent Vintners Quality Alliance (VQA), non-share, not-for-profit corporation incorporated under Canada Corporations Act, Schedule 2, initially established for member Ontario wineries as industry trade association—Respondent established system for its members to use its marks in association with their wines that met VQA standards—In Ontario, Vintners Quality Alliance Act adopted in 1999 to establish, maintain appellation of origin system for wines produced in province, to be administered by new provincial corporation, Vintners Quality Alliance of Ontario (VQAO)—Government of Ontario then arranged for agreement between VQAO and VQA, whereby VQA agreed not to enforce any of its official marks against VQAO or any member of VQAO—Application dismissed—Issue of whether applicants had standing to challenge decisions effectively resolved for present case by Reed J. in *Magnotta Winery Corp. v. Vintners Quality Alliance of Canada* (1999), 1 C.P.R. (4th) 68 (F.C.T.D.), when she directed judicial review would be appropriate procedure for applicants, finding applicants had direct interest affected by decisions, and exposed to possible prejudice unless able to question it—Evidence adduced from respondent's affiant given in course of his cross-examination by counsel for applicants admissible—Affidavit containing opinion about status or nature of VQA not admissible as opinion cannot be said to have come into existence after hearing—Standard for review of decisions herein that of reasonableness *simpliciter* as evidence would not have materially affected Registrar's decision—Registrar did not err in finding, on evidence before him, VQA "public authority", and in finding it had adopted and used mark "Icewine", within meaning of those terms as used in Act, s. 9(1)(n)(iii)—Nothing precluding use of official mark by party licensed or

TRADE-MARKS—Continued

otherwise permitted to use it by public authority whose adoption and use of mark has been accepted and published by Registrar, and that authorized use constituting use by public authority—Finally, even if term “Icewine” perceived to be descriptive or generic, its recognition as official mark not precluded—Recognition cannot be said to be unreasonable—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 9(1)(n)(iii).

MAGNOTTA WINERY CORP. V. VINTNERS QUALITY ALLIANCE (T-481-99, 2001 FCT 1421, MacKay J., order dated 20/12/01, 29 pp.)

EXPUNGEMENT

Application for expungement of trade-mark “Arizona Blues Jeanswear Co.” registered in name of respondent—Applicant requesting registration no. TMA 439,567 for trade-mark “Arizona Blues Jeanswear Co.” be declared invalid, registration be struck from Register of Trade-marks—Application to register trade-mark “Arizona Blues Jeanswear Co.” filed by respondent’s predecessor in title, on December 21, 1993, on basis of proposed use in Canada—On January 30, 1998, applicant applied to register trade-mark “The Original Arizona Jean Company” on basis of use in Canada since September 1990 in association with trousers, shirts, sweaters, pants, shorts, shoes and accessories—Application for expungement based on ground respondent not person entitled to secure registration under Trade-marks Act, s. 16(3)—Whether respondent entitled to secure registration of trade-mark “Arizona Blues Jeanswear Co.”—Under Act, s. 18(1), registration of trade-mark invalid if applicant for registration not person entitled to secure registration—Onus of proof on person seeking expungement to establish invalidity of registration, since registered trade-mark presumed to be valid—Person entitled to secure registration if proposed trade-mark not confusing with trade-mark previously used, made known in Canada by another person—Relevant date to assess confusion date on which respondent filed application, December 21, 1993—Onus on applicant to establish use of trade-mark in Canada prior to December 21, 1993—Applicant must adduce evidence of sales made to Canadians of wares bearing trade-mark—

TRADE-MARKS—Concluded

Evidence of advertisement in Canada of wares with which trade-mark associated not sufficient to constitute use of trade-mark—Applicant’s sales made in normal course of trade—Applicant has hundreds of cardholders with Canadian home addresses—Thousands of applicant’s catalogues mailed to Canadians every year—Applicant began using “The Original Arizona Jean Company” trade-mark in 1989 in association with trousers, jeans for men, women, children—Wares associated with trade-mark sold in applicant’s department stores in United States, through catalogues to customers elsewhere, in Canada—Wares associated with trade-mark prominently displayed, on sale in applicant’s catalogues—Applicant still shipping catalogues to Canada, selling wares to Canadians through mail-order system, delivering wares to homes of Canadian purchasers—Applicant used trade-mark in Canada prior to December 21, 1993—Whether trade-mark made known in Canada governed by Act, s. 5—Insufficient evidence to establish applicant’s trade-mark well known in Canada prior to December 21, 1993, knowledge of trade-mark pervaded country to substantial extent—Test to determine whether trade-mark causes confusion with another trade-mark set out in Act, s. 6(2)—In expungement proceeding, onus to prove confusion lies with party alleging confusion, applicant herein—In determining likelihood of confusion, Court must have regard to factors set out in Act, s. 6(5)—Taking into consideration factors enumerated in s. 6(5), as well as surrounding circumstances, ordinary person having vague recollection of respondent’s trade-mark would infer wares associated with trade-mark originate from same source as wares associated with applicant’s trade-mark—At date of first use by respondent, respondent’s trade-mark confusing with applicant’s trade-mark—Similarity in words used in both expressions, striking similarity in nature of wares leading Court to believe person having imperfect recollection of both trade-marks would be confused as to source of wares—Application granted—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 5, 6, 16 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 195), 18.

J.C. PENNY CO., INC. V. GABERDINE CLOTHING CO. INC. (T-282-00, 2001 FCT 1333, Nadon J., order dated 4/12/01, 51 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

ANIMAUX

Appel d'une décision de la Section de première instance ([2000] A.C.F. 514) qui a rejeté l'action en responsabilité de l'appelante intentée en vertu de l'art. 3a) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—Le juge Tremblay-Lamer a conclu que les autorités fédérales qui ont imposé une quarantaine sur la ferme qui servait de transit aux bisons ne pouvaient être tenues au paiement de dommages, compte tenu de l'immunité prévue à l'art. 50 de la Loi sur la santé des animaux—En 1991, les bisons appartenant à l'appelante furent acheminés par petits groupes à l'Abattoir Les Cèdres situé non loin de la ferme de l'appelante à Saint-Augustin—À leur arrivée à l'abattoir, deux groupes de bisons furent acheminés dans des parcs situés dans les écuries de l'abattoir—Un inspecteur d'Agriculture Canada exigea que les deux troupeaux de bisons soient placés dans le même parc, compte tenu du manque d'espace pour y placer les vaches—L'appelante ou le propriétaire de l'abattoir n'ont jamais été avisés qu'il y avait eu un prélèvement sur l'une des carcasses de bisons et que ce prélèvement avait été envoyé au laboratoire pour analyse—En décembre 1991, sans que l'appelante ou ses représentants n'aient été informés de quoi que ce soit relativement à ce prélèvement, le Dr Gilles Rivard, vétérinaire d'Agriculture Canada, imposa une quarantaine sur l'ensemble de la ferme de Saint-Augustin—Les termes de cette quarantaine empêchaient l'appelante de continuer l'opération de son entreprise sur la ferme—Le juge de première instance a souligné que les deux troupeaux de 53 et 19 bisons avaient effectivement été mélangés le jour de l'abattage, si bien que le ganglion suspect pouvait venir de l'un ou l'autre des deux lots—Elle a conclu qu'il était probable que la carcasse suspecte provenait de la ferme de l'appelante et que le Dr Rivard avait agi comme un vétérinaire prudent et diligent en décrétant la quarantaine—Le rapport du premier laboratoire était suffisant pour servir de base au soupçon requis pour justifier le Dr Rivard de prononcer la mise en quarantaine—La Loi a sans aucun doute priorité sur le Manuel de procédures de contrôle des maladies—L'intérêt scientifique du Dr Asselin était un motif suffisant pour

ANIMAUX—Suite

procéder à une analyse du ganglion suspect—Les intimés n'ont commis aucune erreur et n'ont fait preuve d'aucune négligence en prononçant la mise en quarantaine—Appel rejeté—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3a)—Loi sur la santé des animaux, L.C. 1990, ch. 21, art. 50.

SOCIÉTÉ CANADIENNE D'EXPORTATION DE BISONS INC. C. CANADA (A-264-00, 2001 CAF 389, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 18-12-01, 12 p.)

Appel d'une décision de la Section de première instance ([2000] A.C.F. 517) maintenant en partie une action en responsabilité intentée par l'intimée en vertu de l'art. 3a) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif relativement au décès de daims d'Australie à la suite de blessures subies lors du débarquement à Mirabel et dans leur transport jusqu'à la ferme—À l'origine, il était prévu que les 643 daims seraient transportés dans leurs cages jusqu'à la ferme, mais lors du débarquement, les daims furent sortis de leurs cages pour être transférés dans des remorques—Le juge de première instance tint les appelants responsables en vertu de l'art. 64(1)(i) et (ii) de la Loi sur la santé des animaux et des art. 138 et s. du Règlement—Mais qu'il s'agissait d'une responsabilité mitigée par suite de l'art. 139(2) du Règlement qui prévoit que le transporteur ne peut embarquer ou débarquer des animaux de façon susceptible de leur causer des blessures ou des souffrances indues—Le juge de première instance décida que les deux mises en quarantaine qui furent imposées (et que l'intimée estimait avoir causé certains des décès) n'étaient pas déraisonnables, et qu'elles étaient couvertes par l'immunité prévue à l'art. 50 de la Loi—Appel accueilli—Il n'était pas déraisonnable pour le premier juge d'affirmer qu'il n'y avait aucune preuve qui eut permis de conclure que le changement de véhicule avait été ordonné par Agriculture Canada—Mais il a commis une erreur en décidant que les inspecteurs étaient responsables d'assurer le transport «humanitaire» des animaux—La responsabilité pour un

ANIMAUX—Fin

transport «humanitaire» ne s'appuie sur aucun texte de loi—La responsabilité des appelants ne saurait être retenue en l'espèce—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3a)—Loi sur la santé des animaux, L.C. 1990, ch. 21, art. 50, 64 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 76)—Règlement sur la santé des animaux, C.R.C., ch. 296, art. 138, 139.

WADACERF INTERNATIONAL INC. C. CANADA (A-355-00, 2001 CAF 390, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 18-12-01, 14 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE***Compétence de la Cour fédérale*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et de la section du statut de réfugié—Le défendeur a présenté une demande de parrainage de parent à l'endroit de son épouse Claudia Cocilnau—Celle-ci, étant l'épouse du défendeur, a pu présenter une demande de résidence permanente au Canada à titre de personne de la catégorie de famille—L'agent des visas a jugé que M^{me} Cocilnau s'est mariée principalement dans le but d'obtenir l'admission au Canada à titre de parent et non dans l'intention de vivre en permanence avec son conjoint—La section d'appel a accueilli l'appel du défendeur—A-t-elle commis une erreur de droit en entendant l'appel du défendeur et en l'accueillant sans avoir examiné si elle avait la juridiction voulue?—Lorsqu'un demandeur n'est pas visé par la définition de «parent», la section d'appel ne possède pas la juridiction voulue pour se prononcer sur une demande d'établissement—Elle doit d'abord considérer l'ensemble de la preuve et ensuite conclure si la personne qui a présenté une demande parrainée d'établissement est un parent ou si elle fait partie de la catégorie prévue à l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration de 1978—La section d'appel ne s'est pas penchée sur cette question de juridiction—Dans ses motifs, elle ne fait aucune analyse des faits pertinents pour décider si M^{me} Cocilnau était une personne comprise dans la catégorie des parents selon la définition—Un tel exercice était nécessaire pour décider si la section d'appel avait la juridiction voulue pour se prononcer sur le bien-fondé du rejet de la demande de droit d'établissement—La section d'appel a agi sans juridiction—Demande accueillie—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 4(3) (mod. par DORS/93-44, art. 4).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. PETREA (IMM-4395-00, 2001 CFPI 1373, juge Blanchard, ordonnance en date du 13-12-01, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, un homme de 35 ans d'origine arabe, est un citoyen de Djibouti—Détenteur d'un diplôme d'études secondaires, il travaillait comme superviseur dans les quatre fermes de son père—Son père et son frère aîné se sont joints au Front pour la restauration de l'unité et de la démocratie (le FRUD) en 1991—Le demandeur n'a pu se joindre au FRUD en raison d'une infirmité—En 1998, le demandeur ainsi que son père et son frère ont été arrêtés, accusés d'aider le FRUD et interrogés—On a relâché le demandeur quatre jours plus tard, mais on a continué de détenir son frère et son père—On a saisi les fermes de ce dernier et le demandeur est allé vivre avec des parents—Le père du demandeur est mort en prison—Le demandeur a continué d'être occasionnellement arrêté, détenu et interrogé—Il est entré au Canada et a revendiqué le statut de réfugié; il a déclaré craindre la persécution en raison de son ethnie (arabe), de ses opinions politiques (partisan du FRUD) et de son appartenance à un groupe social particulier (sa famille)—Dans sa conclusion, la SSR a exprimé sa perplexité concernant certaines réponses qui étaient tellement contradictoires qu'elle a dû examiner la question de savoir si le demandeur comprenait bien la nature du témoignage—Elle a cependant conclu qu'à d'autres moments, le demandeur était capable d'apporter des distinctions très subtiles dans son témoignage et qu'il se souvenait de façon très claire et précise de renseignements particuliers—Selon elle, les éléments essentiels de la revendication du demandeur n'étaient pas crédibles—En vertu de l'art. 29(4) de la Loi sur l'immigration, toute personne qui, selon l'arbitre, n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure peut être représentée par son père, sa mère ou son tuteur ou curateur—L'art. 29(5) prévoit qu'à défaut d'un des représentants visés à l'art. 29(4), l'enquête est suspendue et l'arbitre désigne un autre représentant, aux frais du ministre—Demande rejetée—On peut inférer de la conclusion de la SSR que cette dernière était d'avis que le demandeur était en mesure de comprendre la nature de la procédure—La Loi n'exige pas que la SSR se fonde sur une évaluation médicale plutôt que sur sa propre évaluation pour juger de la capacité du demandeur—Le fardeau de fournir la preuve médicale du retard mental allégué incombait au demandeur—Une telle preuve n'a pas été présentée à la Cour, pas plus qu'à la SSR—Le demandeur était, en tout temps, représenté par un avocat—Au vu du dossier, il était loisible à la SSR de conclure que le demandeur avait de la difficulté à comprendre la relation temporelle entre certains événements, mais qu'il était en mesure de comprendre la nature de la procédure en général—Le demandeur ne satisfait pas au critère établi dans la Loi, à savoir qu'il doit être dans l'impossibilité de comprendre la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

nature de la procédure pour justifier qu'on désigne un représentant pour l'audience—La SSR n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle—Dans la décision *Shirwa c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 2 C.F. 51 (1^{re} inst.), la Cour a établi les critères justifiant le contrôle d'une décision lorsqu'est invoqué l'incompétence de l'avocat—Elle a déclaré que, si l'audience a lieu, la décision rendue ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire que dans des circonstances extraordinaires, lorsqu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour établir l'étendue du problème et que le contrôle judiciaire a pour fondement des faits très précis—Il n'y a pas d'éléments de preuve établissant le fondement factuel requis pour appuyer l'allégation selon laquelle l'avocat du demandeur était au courant du retard mental et a négligé de demander une évaluation médicale—On n'a fait la preuve d'aucune circonstance extraordinaire susceptible de justifier le contrôle par la Cour de la décision de la SSR sur le fondement de l'allégation d'incompétence de l'avocat qui représentait le demandeur à l'audience devant la SSR—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 29(4), (5).

ABDOUSAFI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-337-00, 2001 CFPI 1372, juge Blanchard, ordonnance en date du 13-12-01, 10 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de l'immigration (la SAI) a rejeté l'appel de la demanderesse au motif qu'il constituait un abus de procédure—La demanderesse a obtenu le statut de résidente permanente au Canada le 31 août 1991—Depuis 1992, elle a présenté, à trois reprises, un engagement pour le parrainage de son mari au Canada—Toutes les demandes concurrentes de son mari en vue d'obtenir la résidence permanente à titre de parent ont été refusées en vertu de l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration de 1978—Suite au dernier avis d'appel à la SAI, le défendeur, invoquant la chose jugée et l'abus de procédure, a déposé un avis de requête sollicitant le rejet de l'appel—La demanderesse prétend que la SAI ne disposait pas de preuve lui permettant de conclure à l'abus de procédure—La remise en litige d'une même question ne suffit pas pour conclure à l'abus de procédure—Il est nécessaire d'être en présence d'un élément additionnel grave comme, par exemple, d'un harcèlement injuste—L'abus de procédure ne peut être invoqué que dans les cas les plus manifestes et de tels cas sont extrêmement rares—Le contexte de la présente affaire ne démontre pas que ces conditions rigoureuses ont été respectées—Les nouvelles demandes doivent comporter de nouveaux éléments de preuve portant sur l'intention du conjoint au moment du mariage—La preuve de l'engagement continu constitue un nouvel élément de preuve, puisqu'il n'a pas été question de la nature actuelle de cet engagement à

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'audience précédente, et cet élément de preuve a trait à l'intention des parties au moment du mariage—La SAI disposait de nombreux nouveaux éléments de preuve pertinents qui auraient dû être examinés attentivement—Il n'y a pas de preuve que la demanderesse commettait un abus de procédure—La décision de la SAI quant à l'abus de procédure constitue une erreur ouvrant droit au contrôle—Demande accueillie—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 4(3) (mod. par DORS/93-44, art. 4).

DHALIWAL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1760-01, 2001 CFPI 1425, juge Campbell, ordonnance en date du 21-12-01, 5 p.)

Demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de décisions de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon lesquelles les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au motif qu'ils n'étaient pas crédibles—Le défendeur demande des ordonnances rejetant les demandes de contrôle judiciaire au motif que les procédures des demandeurs et leurs mémoires ont été préparés par une personne qui n'était pas membre du Barreau (Maria Esposito) et qui ne pouvait donc «légalement» préparer ni les mémoires ni les demandes de contrôle judiciaire—Les requêtes du défendeur ont été rejetées—Les demandes d'autorisation ne devraient pas être rejetées au seul motif que M^{me} Esposito n'était pas membre du Barreau—Les mémoires déposés ne portent pas sur le fondement des conclusions de la Commission dans ces quatre affaires, conclusions que les demandeurs n'étaient pas crédibles et, par conséquent, que leurs revendications du statut de réfugié seraient rejetées—Les observations sont insuffisantes pour convaincre la Cour que les demandes de contrôle judiciaire devraient être accueillies—Demandes rejetées.

GILL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1873-01, IMM-1874-01, IMM-1876-01, IMM-1877-01, 2002 CFPI 52, juge Nadon, ordonnance en date du 17-1-02, 5 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel d'une décision d'un juge de la citoyenneté refusant la demande de citoyenneté canadienne du demandeur au motif qu'il ne remplissait pas les exigences de résidence prévues à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté en faisant défaut de démontrer, dans ses intentions et dans les faits, qu'il avait centralisé son mode de vie au Canada—De 1970 à 1976, le demandeur fut étudiant à l'Université de Montréal, poursuivant des études de doctorat en économie—En 1973, il obtint pour la première fois son statut de résident permanent au Canada qu'il a perdu pour avoir vécu en permanence à

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'étranger de 1979 à 1993 avec son épouse—En juin 1993, le demandeur et sa famille, en qualité de résident permanent du Canada, se rétablissent au Canada—De janvier 1998 à janvier 1999, le demandeur a travaillé en Tanzanie pour le compte de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO)—De 1993 à février 1999, il a agi comme un véritable résident canadien, faisant ses déclarations d'impôt au Canada, y payant ses impôts et y ayant tous ses liens—Tous les biens et avoirs du demandeur sont au Canada—En février 1999, le demandeur déposait sa demande de citoyenneté canadienne auprès du bureau de la citoyenneté, Citoyenneté et Immigration Canada—La juge de la citoyenneté conclut que le demandeur n'avait pas satisfait aux conditions de résidence au Canada, s'étant absenté du Canada pour une durée totalisant 1419 jours pour la période du 30 juin 1993 au 16 février 1999—Il s'agissait de savoir si, eu égard aux faits et à la preuve devant le juge de la citoyenneté à l'appui de la demande de citoyenneté du demandeur, celle-ci a commis une erreur de droit en concluant que le demandeur ne satisfaisait pas aux exigences relatives à la résidence prévues à l'art. 5(1)c) de la Loi, plus précisément qu'il n'avait ni établi ni maintenu une résidence au Canada et qu'il n'avait pas centralisé son mode de vie au Canada—La présence physique à plein temps au Canada n'est pas une condition de résidence essentielle—La norme de contrôle applicable dans les appels en matière de citoyenneté a été établie par la jurisprudence comme étant celle de l'absence d'erreur—La décision du juge de la citoyenneté en l'espèce pourra être annulée si elle a fait abstraction d'éléments de preuve importants sans fournir d'explications—Le demandeur doit démontrer de façon objective qu'il a établi sa propre résidence au Canada pour être réputé résident du pays pendant ses absences du Canada depuis 1993—Une simple intention d'établir sa résidence n'est pas suffisante—Au cours de la période pertinente de quatre ans précédant le 16 février 1999, date de sa demande de citoyenneté, le demandeur a été physiquement présent au Canada moins de 100 jours—La juge de la citoyenneté a adopté une approche très restrictive dans son interprétation de l'exigence de résidence et elle a commis une erreur en plaçant une emphase démesurée sur le nombre d'absences prolongées et non-temporaires du demandeur au Canada, et en ne tenant pas compte de tous les éléments de preuve pertinents au dossier dans son analyse portant sur la résidence—Le demandeur a clairement établi son foyer au Canada avec l'intention manifeste d'y conserver sa résidence permanente—Le défendeur n'a pas réussi à prouver que le demandeur avait un lien notable avec un autre pays que le Canada—Un demandeur de citoyenneté qui élit domicile de façon évidente et définitive au Canada, dans l'intention claire et arrêtée d'avoir des racines permanentes dans ce pays, comme le demandeur en l'espèce, ne devrait pas être privé de la citoyenneté simplement parce qu'il doit gagner sa vie et

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

celle de sa famille en travaillant à l'étranger—La décision du juge de la citoyenneté était erronée—Demande accueillie—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 44, art. 1; L.C. 1992, ch. 21, art. 7; 2000, ch. 12, art. 75).

BADJECK C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-2092-00, 2001 CFPI 1301, juge Rouleau, ordonnance en date du 28-11-01, 23 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié selon laquelle la demanderesse, citoyenne du Congo-Brazzaville, n'est pas une réfugiée au sens de la Convention au motif que son histoire n'était pas crédible et qu'elle n'avait pas démontré une crainte subjective de persécution—Demande accueillie—La demanderesse n'a pas eu la possibilité de se faire entendre—À plusieurs reprises au cours de l'audience, le tribunal a empêché la demanderesse de s'exprimer et de compléter ses réponses—Quant à la notion de minimum de fondement, l'arrêt *Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 238 (C.A.) n'établit pas que la preuve documentaire objective sur la situation dans un pays ne saurait à elle seule, vu l'absence de crédibilité de la demanderesse, suffire pour conclure au minimum de fondement de sa revendication—Il faut retenir de l'arrêt *Sheikh* que lorsque la seule preuve reliant au préjudice invoqué émane du témoignage de l'intéressé et que celui-ci est jugé non crédible, la section du statut peut, après une analyse de la preuve documentaire, conclure à l'absence de minimum de fondement—Comme dans l'affaire *Seevaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 167 F.T.R. 130 (1^{re} inst.), la Commission a omis d'examiner toute la preuve soumise; elle a simplement rejeté la demande de la demanderesse principale parce qu'elle a jugé qu'elle n'était pas crédible; dans les circonstances de l'espèce, il existait d'autres éléments de preuve susceptibles d'influer sur l'appréciation de la demande; ces autres éléments de preuve auraient donc dû être appréciés expressément—En l'espèce, le tribunal n'a pas évalué expressément l'ensemble de la preuve, laquelle comprenait entre autres un rapport médical et psychologique qui corroborait l'histoire de la demanderesse quant aux sévices subis—Il n'a fourni aucun motif expliquant de façon expresse les raisons qui l'ont poussé à conclure à l'absence de minimum de fondement quant à l'application de l'art. 69.1(9.1) de la Loi sur l'immigration—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(9.1) (édité par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60; 1999, ch. 18, art. 96).

SIBA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6327-00, 2001 CFPI 1380, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 13-12-01, 8 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Résidents permanents

Contrôle judiciaire d'une décision de l'agent des visas selon laquelle le fils du demandeur, qui est à sa charge et qui est âgé de 10 ans, est non admissible pour des raisons de santé suivant l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration—Le fils est asymptomatique, mais les examens médicaux qui ont été faits dans le cadre de la demande ont révélé que l'un de ses reins est hypertrophié et que l'autre est atrophié et par conséquent que son activité fonctionnelle rénale est déficiente et qu'il souffre d'une maladie chronique des reins—La première lettre de l'expert mentionne «une possibilité qu'il développe plus tard une insuffisance rénale grave»; un régime et un médicament visant à réduire la protéinurie et à protéger l'activité fonctionnelle rénale ont été recommandés—L'expert déclare dans sa deuxième lettre que l'«insuffisance rénale grave ne surviendra pas avant au moins dix ans»—Dans sa troisième lettre, il déclare qu'il est «probable que ses problèmes rénaux s'aggraveront, toutefois [. . .] une insuffisance rénale grave ne surviendra pas avant un certain temps (de 5 à 10 ans ou plus)»—Il déclare dans sa quatrième lettre qu'il n'est pas possible de fournir avec précision un pronostic à long terme, mais que le fils est actuellement en bonne santé et qu'on peut s'attendre à ce qu'il le soit pendant de nombreuses années—Le demandeur prétend qu'étant donné que l'expert a déclaré qu'il existe un médicament qui peut protéger l'activité fonctionnelle rénale, l'insuffisance rénale peut être prévenue et n'est qu'une simple possibilité, et qu'il est peu probable qu'une transplantation et que de la dialyse, qui entraîneraient un fardeau excessif pour notre système de santé, soient nécessaires—La demande est rejetée—Lorsqu'on les lit ensemble, les lettres mentionnent que le fils souffrira probablement d'une insuffisance rénale grave; la seule question est de savoir à quel moment cette insuffisance surviendra—L'art. 19(1)a)(ii) prévoit qu'on ne peut pas admettre une personne dont l'admission «entraînerait ou risquerait d'entraîner» un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé—Les mots anglais «*reasonably*» et «*significant*», tels qu'utilisés dans le rapport du médecin agréé, ont tous deux un sens qui va au-delà de la possibilité—Étant donné les coûts élevés de la dialyse et d'une transplantation, il était suffisant que le rapport ne traite que de l'aspect monétaire—Si le médecin agréé avait traité de la disponibilité d'une transplantation et de la dialyse, sa conclusion quant au fardeau excessif aurait été la même—Étant donné que le médicament ne fera que retarder l'insuffisance rénale et ne la prévient pas, l'agent a utilisé correctement le Guide du médecin agréé et la catégorie «M7» qui y est décrite—La catégorie M7 prévoit les cas de «maladie [. . .] entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé et dont le traitement ne sera probablement pas efficace»—Le médecin agréé a décrit la conclusion de la deuxième lettre en disant qu'une insuffisance rénale grave ne

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

surviendrait pas avant au moins dix ans—En fait, la deuxième lettre mentionnait que sans le médicament une insuffisance rénale terminale ne surviendrait pas avant au moins dix ans et amenait à penser que, dans l'éventualité où le médicament était efficace, l'insuffisance rénale surviendrait encore plus tard—Il est raisonnable de penser que la mauvaise interprétation par le médecin agréé l'a amené à croire que l'insuffisance rénale surviendrait plus tôt que la lettre le mentionnait—Même si le médecin agréé a mal interprété la deuxième lettre, cette mauvaise interprétation n'était pas déterminante parce qu'en bout de ligne le médicament ne guérirait pas la maladie de reins du fils, et une insuffisance rénale surviendrait, et parce que la troisième lettre fournissait une estimation révisée du moment où une insuffisance rénale grave surviendrait—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 19(1)a)(ii).

PERVEZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3756-00, 2001 CFPI 1420, juge Simpson, ordonnance en date du 21-12-01, 8 p.)

COMMERCE EXTÉRIEUR

Contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) selon laquelle des contrats de gestion de biens conclus entre Postes Canada et les demandresses constituaient de nouveaux contrats auxquels s'appliquaient les règles de l'ALÉNA, et non des renouvellements de contrats antérieurs—C'est en 1994 que Postes Canada a conclu les premiers contrats de services de gestion de biens avec les demandresses—Sous réserve de la clause de renouvellement, les contrats devaient expirer le 31 mars 2000—La clause de renouvellement prévoyait que, sous réserve d'un avis signifié au moins six mois avant le 31 mars 2000, Postes Canada aura le droit de renouveler les accords pour une autre période de cinq ans—Postes Canada n'a donné aucun avis semblable, car la société songeait à élargir l'éventail des services visés par les contrats et elle voulait traiter avec un seul fournisseur de services—En février 2000, Postes Canada a décidé de lancer un appel d'offres et de proroger les accords de 1994 jusqu'en février 2001—Puis elle se ravisa—En janvier 2001, les parties convinrent de conclure un deuxième contrat de cinq ans renfermant essentiellement les mêmes modalités que le premier—Lorsque Postes Canada retira l'appel d'offres, FM One Alliance Corp. déposa auprès du Tribunal une plainte où elle affirmait que, en ne mettant pas en adjudication ces contrats de gestion de biens, Postes Canada contrevenait à ses obligations selon l'ALÉNA relatives à la procédure de passation des marchés—Le TCCE ordonna à Postes Canada de ne pas conclure les contrats jusqu'à ce qu'il ait statué sur la plainte—Le TCCE a jugé que les deuxième contrats de cinq ans que les parties étaient convenues de conclure n'étaient pas un exercice valide de la clause de renouvellement, parce que Postes Canada n'avait

COMMERCE EXTÉRIEUR—Suite

pas exercé le droit de renouvellement au moins six mois avant l'expiration des contrats de 1994—Le TCCE a fait observer que, puisque Postes Canada est un organisme public et que les contrats en question étaient des contrats spécifiques aux fins de l'ALÉNA, les nouveaux contrats à passer devaient faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres conforme à l'ALÉNA—Demande rejetée—Une analyse pragmatique ou fonctionnelle ne permettait pas de faire entrer cette affaire dans les rares cas où il serait légitime de s'écarter de la norme de la décision manifestement déraisonnable, habituellement réservée aux points de droit décidés par le TCCE lorsqu'il tranche des différends en matière de passation de marchés—D'abord, lorsqu'il statue sur l'équité et la régularité de la procédure de passation d'un marché afin de s'assurer que les institutions gouvernementales se conforment au régime commercial applicable, le TCCE s'acquitte d'une tâche extrêmement complexe sur les plans du droit, des faits et du commerce, une tâche dont il a une connaissance intime—Entre autres fonctions, il examine et interprète les documents contractuels, afin par exemple de juger de la valeur d'un marché, notamment les dispositions facultatives en matière d'achat, ce qui lui permet de décider de l'applicabilité des règles de l'ALÉNA relatives au marché, et afin de juger si des soumissions sont valables au regard des conditions de participation—Le champ de spécialisation du Tribunal est révélé par le vaste mandat que lui assigne la loi et qui consiste à enquêter sur les plaintes concernant un aspect quelconque de la procédure des marchés publics se rapportant à un contrat spécifique—Deuxièmement, il était impossible de dissocier du contexte de l'affaire dont était saisi le TCCE la conclusion de celui-ci selon laquelle, au vu des faits, il n'était pas loisible à Postes Canada d'exercer l'option de renouvellement lorsque Postes Canada avait décidé de conclure avec les demanderesse un deuxième contrat de cinq ans—Le TCCE statuait sur la plainte d'un éventuel soumissionnaire, pour qui le prétendu renouvellement était une tentative des parties de se soustraire aux règles de l'ALÉNA relatives à la procédure des marchés publics—Puisque l'ALÉNA circonscrit la liberté de contracter des institutions gouvernementales en ce qui a trait aux contrats spécifiques, l'effet, aux fins de l'ALÉNA, du non-exercice par Postes Canada de son option de renouvellement à la date stipulée dans le premier contrat n'était pas nécessairement assimilable aux droits de parties privées dont la relation juridique est régie uniquement par le droit général des contrats—N'était pas convaincant l'argument selon lequel, puisqu'aucune disposition de l'ALÉNA ne parle de reconduction de marchés, les connaissances spécialisées du TCCE en matière de droit commercial étaient étrangères au fondement sur lequel le TCCE avait disposé de la plainte—Le chapitre 10 de l'ALÉNA, qui traite des marchés publics, vise à préserver le régime réglementaire qu'il établit en conseillant aux parties de ne pas préparer, élaborer ou autrement structurer un projet

COMMERCE EXTÉRIEUR—Fin

d'achat dans le but de se soustraire aux obligations de ce chapitre, et il prévoit expressément que les clauses optionnelles ne peuvent être utilisées de façon à contourner ce chapitre—La nécessité de préserver l'intégrité du régime, nécessité que confirment les dispositions antiévitement, était un aspect si important du contexte juridique qu'il était tout simplement irréaliste d'affirmer que le TCCE examinait surtout une question relevant du droit général des contrats et officiait donc en dehors de son champ de spécialisation—La Cour ne peut examiner que sous l'angle du critère de la décision manifestement déraisonnable la décision du TCCE—Eu égard aux contextes factuel, légal et réglementaire dans lequel le TCCE avait rendu sa décision, cette décision présentait un fondement rationnel—Il n'était pas manifestement déraisonnable pour le TCCE de décider que Postes Canada devait observer rigoureusement la clause de renouvellement énoncée dans son contrat initial afin de limiter les avantages contractuels que souvent les entrepreneurs existants détiennent sur leurs concurrents—Il n'était pas manifestement déraisonnable pour le TCCE d'écarter l'application du principe de common law de la renonciation au bénéfice d'un droit, ni d'exclure de la prorogation temporaire les modifications contractuelles de dernière minute apportées à l'exercice de l'option de renouvellement afin de lui conserver son effet—Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, ch. 44.

PROFAC FACILITIES MANAGEMENT SERVICES INC. c. FM ONE ALLIANCE CORP. (A-436-01, 2001 CAF 352, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 20-11-01, 13 p.)

CONCURRENCE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) s'est déclaré compétent pour statuer sur la plainte de Telus qui affirmait que l'offre de fourniture de services téléphoniques à des détenus pour le Service correctionnel du Canada (SCC) dans les prisons canadiennes ne respectait pas les conditions obligatoires précisées dans la demande de proposition publiée par le SCC et par laquelle le TCCE a recommandé au SCC d'adjuger le marché à Telus—BCE et le SCC affirment que le TCCE a commis une erreur en se déclarant compétent et ils soutiennent que la décision du TCCE est manifestement déraisonnable—La demande est accueillie—Le TCCE ne pouvait connaître de la plainte de Telus—Le ch. 5 de l'Accord sur le commerce intérieur (l'Accord) ne s'applique pas à l'achat, par le SCC, de services téléphoniques destinés à des prisonniers—Malgré le fait qu'il a reproduit le texte de la définition de l'expression «valeur du marché public», le TCCE n'a pas analysé l'expression «engagement financier»—Le TCCE s'est contenté de conclure que les services supposaient nécessairement des engagements financiers sans

CONCURRENCE—Fin

se pencher sur la signification de l'expression «engagement financier», qui constitue la question centrale à trancher—La retenue judiciaire à laquelle le TCCE a droit en tant que tribunal spécialisé est affaiblie par l'absence d'explication logique justifiant son interprétation des dispositions applicables de l'Accord—Le seuil monétaire prévu au ch. 5 de l'Accord dans le cas d'un marché portant principalement sur des services est fixé à 100 000 \$—Suivant *Telus*, la contrepartie versée par le SCC au fournisseur ne prend pas la forme d'une somme d'argent, mais d'une «franchise exclusive»—En règle générale, les mots «engagement financier» évoquent une obligation pécuniaire—Le contexte dans lequel la définition de l'expression «valeur du marché public» est utilisée appuie l'interprétation suivant laquelle l'expression «engagement financier» suppose une obligation pécuniaire—L'octroi d'une franchise exclusive ne peut être assimilé aux autres mots employés à l'art. 505(2) pour désigner les divers types de rémunération—Le fournisseur s'attend à être rémunéré sous forme de frais téléphoniques payés par les prisonniers, et non par le SCC—En fait, ni le SCC ni les prisonniers n'ont d'engagement financier envers le fournisseur—Le SCC ne verse aucune rémunération—Les prisonniers ne prennent aucun engagement d'aucune sorte—Le fournisseur accepte le risque que les prisonniers n'utilisent pas suffisamment les services téléphoniques pour justifier son investissement—Comme il n'y a aucun «engagement financier» découlant de l'achat fait par le SCC ou les prisonniers, il n'y a pas de «valeur du marché public» au sens de l'art. 502(1)b) de l'Accord—Le ch. 5 n'est donc pas censé tout englober; interpréter l'expression «engagement financier» de manière à exclure les marchés publics dans lesquels l'État n'assume pas l'obligation pécuniaire de payer le fournisseur n'est pas incompatible avec le champ d'application restreint du ch. 5—L'«engagement financier» doit être celui de l'entité acheteuse; le fait que le coût supporté par le fournisseur pour fournir des services de surveillance au SCC excède de beaucoup le seuil de 100 000 \$ est sans intérêt— Accord sur le commerce intérieur, *Gazette du Canada*, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995), art. 502, 505.

BCE NEXXIA INC. C. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (A-747-00, 2002 CAF 9, juges Stone, Rothstein et Sexton, J.C.A., jugement en date du 5-12-01, 13 p.)

COURONNE**CONTRATS**

Responsabilité délictuelle—Requête présentée par les demandeurs (requérants) pour en appeler d'une partie de l'ordonnance rendue par le protonotaire Morneau pour le motif qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner la radiation des paragraphes de la déclaration concluant à la responsabilité contractuelle et extra-contractuelle des défendeurs (intimés)—

COURONNE—Fin

Les requérants travaillaient dans le domaine du transport de passagers par hydravion au Québec—Jusqu'au 23 janvier 1997, les intimés encourageaient, protégeaient et favorisaient l'accroissement et le développement de cette entreprise de vols touristiques—Le 1^{er} janvier 1998, entrain en vigueur l'art. 105.1 du Règlement de l'aviation canadien adopté en vertu de la Loi sur l'aéronautique, interdisant tous les vols touristiques par aéronef en provenance ou à destination du lac Saint-Augustin et toute l'entreprise de vols touristiques des requérants—Le 14 juillet 2000, les requérants ont signifié et déposé une déclaration contre les intimés, concluant à leur responsabilité contractuelle et extra-contractuelle—Les intimés ont demandé la radiation de la déclaration des demandeurs pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action—Le protonotaire a-t-il erré en accueillant en partie la requête en radiation des intimés et en radiant les paragraphes de la déclaration concernant la responsabilité contractuelle et extra-contractuelle des intimés?—Dans l'affaire *Canada c. Aqua-Gem Investment Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425, la Cour d'appel fédérale a énoncé que les ordonnances discrétionnaires des protonotaires ne seront écartées que si elles sont manifestement erronées en droit—La règle 221 permet au protonotaire de radier en tout ou en partie une cause d'action qu'il juge non fondée en droit—Aucune relation contractuelle n'a existé entre les parties—Les intimés ont simplement exercé une de leurs fonctions gouvernementales, celle de légiférer—Le fait de remplir une fonction d'office fédéral ne constitue pas un bris—Le protonotaire a eu raison de radier les paragraphes touchant à la responsabilité contractuelle car il n'existait aucune relation contractuelle entre les parties—La doctrine de l'attente ou l'expectative légitime ne s'applique pas à la fonction législative—L'art. 3 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif rend l'État responsable des délits civils commis par ses préposés—Ni le gouverneur en conseil ni le ministre des Transports ne sont des «préposés» de l'État au sens de la Loi—La Loi ne s'applique pas en l'espèce car non seulement les intimés ne sont pas visés par la définition du mot «préposés», mais il est maintenant établi que le simple fait d'adopter un règlement n'engendre pas une responsabilité délictuelle—Le protonotaire a eu raison de radier les paragraphes traitant de la responsabilité extra-contractuelle de la déclaration—Celle-ci ne révélait aucune cause d'action en l'espèce—L'ordonnance du protonotaire était valide suivant les principes établis dans l'arrêt *Aqua-Gem Investments*—Requête rejetée—Règlement de l'aviation canadien, DORS/96-433, art. 105.01 (mod. par DORS/98-20, art. 1)—Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), ch. A-2—Règles de la Cour fédérale, 1998, DORS/98-106, règle 221—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3.

AVIATION PORTNEUF LTÉE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1239-00, 2001 CFPI 1299, juge Blais, ordonnance en date du 28-11-01, 15 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Demande de contrôle judiciaire visant la décision de la Cour canadienne de l'impôt en date du 11 décembre 1998—Demanderesse invoquant l'art. 230(1) de la Loi sur la taxe d'accise pour réclamer le remboursement d'une somme de 56 000 \$ qui, selon elle, aurait été versée par erreur en 1991 au titre de la TPS due relativement à une transaction immobilière—L'art. 230 ne s'applique pas aux faits de l'espèce—Ne s'applique que si le paiement de TPS est versé avant la production de la déclaration pour la période visée par le paiement—Inscrit tenu de réclamer le remboursement en application de l'art. 230 au moment où il dépose la déclaration à la fin de la période comme l'exige la Loi—La demanderesse a omis de réclamer un remboursement lors du dépôt de sa déclaration relative au trimestre visé par le paiement de 56 000 \$—Elle ne pouvait donc se fonder sur l'art. 230 pour obtenir un remboursement—Elle ne peut non plus invoquer l'art. 261 pour réclamer une remise de taxe parce qu'aucune demande à cet effet n'a été présentée dans le délai de 4 ans prévu par la loi, lequel a commencé à courir en 1991, époque du présumé paiement erroné—Demande rejetée—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 230 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12), art. 261 (édicte, *idem*).

MARY CAMPEAU DEVELOPMENTS LTD. C. CANADA (A-26-99, 2002 CAF 21, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 16-1-02, 3 p.)

DROIT D'AUTEUR**VIOLATION**

Demande en vue d'obtenir un jugement sommaire à l'encontre de 17 défendeurs et un jugement par défaut à l'encontre de quatre défendeurs en raison de la présumée violation du droit d'auteur que possède la demanderesse à l'égard de 149 images qui ont été reproduites aux fins de la conception des sites Web des défendeurs—La demanderesse, qui est une firme d'archivage d'images, s'occupe d'acquérir de droits exclusifs sur des images en vertu de contrats conclus avec différents genres d'artistes, notamment des illustrateurs et des photographes—La défenderesse Taalwood Internet Marketing s'occupe de la conception de sites Web pour ses clients—Elle a admis avoir reproduit, sans être titulaire d'une licence, des images du CD-ROM de Masterfile lorsqu'elle a conçu des sites Web pour ses clients—Cinq contrats que Masterfile a conclus avec divers artistes ont été examinés par rapport aux arguments des parties—En vertu des quatrième et cinquième contrats, Masterfile n'est pas titulaire d'une licence exclusive—Les présumées cessions faites en faveur de Masterfile ne sont pas valides en droit canadien—Les cessions peuvent être assujetties à diverses restrictions, mais il doit exister une certaine certitude—Au minimum, la cession doit

DROIT D'AUTEUR—Fin

avoir lieu et être signée—Masterfile n'a pas qualité pour intenter l'action—La requête en jugement sommaire est rejetée—En ce qui concerne l'applicabilité de la présomption relative à l'existence d'un droit d'auteur fondée sur l'art. 34.1(2) de la Loi sur le droit d'auteur, l'avis relatif à l'existence d'un droit d'auteur figurant sur le CD-ROM de Masterfile ne lui permettait pas de se prévaloir de la présomption parce qu'il n'indiquait pas les noms des artistes—Une fois que le droit d'auteur est contesté pour défaut d'enregistrement, il faut satisfaire aux exigences de l'art. 34.1(2) de la Loi—La présentation des images de Masterfile utilisée par les défendeurs était différente de celle des images qui étaient mises en vente—La défenderesse Marcia Woods n'est pas personnellement responsable parce qu'elle n'était pas indifférente à la question de la violation—Des dommages-intérêts exemplaires ont été accordés à l'encontre de la défenderesse Worldsites, mais non à l'encontre des autres défendeurs—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 34.1 (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 20).

MASTERFILE CORP. C. WORLD INTERNET & CORP. (T-959-00, 2001 CFPI 1416, juge Simpson, ordonnance en date du 20-12-01, 20 p.)

DROIT MARITIME**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Action en dommages-intérêts pour dommage causé à un filet—Le *Western Investor*, chalutier de 300 tonneaux des défendeurs, est entré en collision avec un skiff en aluminium qui s'affairait avec le bateau sennear des demandeurs, le *Fisher Lassie II*—Pendant ou après la collision, la senne du *Fisher Lassie II* s'est emmêlée dans l'hélice du *Western Investor*—Selon les demandeurs, le dommage subi par le filet a été causé par la faute du capitaine et de l'équipage du *Western Investor*—Ils réclamaient, à titre de réparation, la somme qui aurait été payée pour la capture en posant pour hypothèse que, sans le dommage, ils auraient déployé leur filet une fois et réalisé une capture moyenne—Le ministère des Pêches et des Océans réglementait la pêche du hareng rogué—C'est lui aussi qui ordonnait, au tir d'un canon, l'ouverture et la fermeture de la pêche, après la diffusion d'annonces par radio VHF—En 1997, la pêche pouvait durer entre quelques minutes et quelques heures—La pêche du hareng rogué est une activité à fort encombrement—Entre 30 et 40 chalutiers manœuvraient dans un rayon de 1 200 pieds du *Western Investor*—Tous tentaient de se positionner sur des bancs de harengs, se préparant à larguer leurs skiffs et à déployer leurs filets au moment précis de l'ouverture de la pêche par le MPO—La recherche du profit était en l'espèce un facteur significatif—Un seul déploiement du filet pouvait

DROIT MARITIME—Suite

rapporter jusqu'à 500 000 \$—Pour déployer son filet, le chalutier dépose à l'eau son skiff en aluminium et le largue—Le filet est fixé à la proue du skiff—Le skiff détache alors de la poupe du chalutier l'extrémité en faisceau du filet, en faisant machine arrière à pleine puissance, en même temps que progresse le chalutier—Après qu'environ 335 pieds de filet sont immergés, le poids du filet permet de réduire la vitesse du chalutier, et l'on peut alors faire virer tête à queue le skiff pour qu'il tire le filet depuis sa poupe—Le filet est en général déployé alors qu'avance le chalutier, qui s'éloigne du skiff en virant à droite pour décrire un cercle—L'idée est de former une paroi autour d'un banc de poissons localisé à l'aide du sonar et des sondeurs—Lorsque le chalutier a achevé son cercle en revenant au skiff, le déploiement du filet est achevé—Le filet est fermé à sa base de manière à former un bol—Le capitaine du *Fisher Lassie II* était seul dans la timonerie lorsque la mise à l'eau du filet a débuté—Il devait assurer une veille à l'avant et à l'arrière du *Fisher Lassie II* et surveiller le sonar—Le skiff a commencé la mise à l'eau du filet alors qu'il était en marche arrière et à pleine puissance—Puis l'accélérateur fut relâché au niveau nécessaire pour un maintien en position—Lorsque le capitaine du *Western Investor* s'est rendu compte que le skiff avait été largué et qu'il reculait vers sa trajectoire, il lui fallut cinq ou six secondes pour décider de mettre le navire en position maximale d'inversion—La collision s'est produite six ou sept secondes plus tard—L'opérateur du skiff a témoigné que, lors de la collision, l'amarre du skiff était rangée et le traversier du filet desserré, bien que la marque du premier quart du filet ne fût pas encore atteinte—Il a témoigné que la mise à l'eau du filet était ce qui allait lui assurer le nécessaire pour les six mois suivants, de telle sorte qu'il s'était refusé à prendre le risque de devoir renoncer à l'opération en prenant une mesure d'évitement—Au moment de la collision, le moteur principal du *Western Investor* a calé—Lorsque le capitaine a demandé au mécanicien de redémarrer le moteur, celui-ci a démarré en position d'inversion parce qu'il avait calé dans cette position—Le moteur s'est de nouveau arrêté et il fut redémarré au point mort, puis fut mis en marche avant—La Règle 5 du Règlement sur les abordages oblige tout navire à assurer une veille appropriée—Le capitaine du *Fisher Lassie II* a enfreint cette règle—Le *Fisher Lassie II* a lui seul provoqué une situation de péril imminent où une collision était possible—L'opérateur du skiff et le capitaine du *Fisher Lassie II* auraient pu prendre, et devaient prendre, des mesures d'évitement propres à empêcher la collision, conformément à la Règle 8—C'est au skiff et au *Fisher Lassie II* qu'il faut imputer d'une manière égale la collision et le fait que le filet du *Fisher Lassie II* en est venu à se trouver tout proche du *Western Investor*—Mais le dommage subi par le filet n'était pas une conséquence inévitable de la collision—Les erreurs du capitaine du *Western Investor* ont provoqué le dommage

DROIT MARITIME—Fin

causé au filet—Les défendeurs sont solidairement responsables du dommage causé au filet du *Fisher Lassie II*—Si le skiff a aidé le *Western Investor* à effectuer la mise à l'eau de son filet, l'aide a été mineure et tout à fait involontaire—Le *Fisher Lassie II* ne pouvait revendiquer une partie de la valeur de la capture du *Western Investor*—Il ne pouvait y avoir recouvrement de la valeur d'une capture moyenne parce que la cause du dommage était trop éloignée—Lorsque le filet du *Fisher Lassie II* fut endommagé, le capitaine avait depuis longtemps interrompu la première mise à l'eau parce qu'il avait été évincé par un autre bateau—La présente espèce se distingue d'autres espèces où des filets contenant du poisson avaient été endommagés durant leur déploiement, et cela parce que, dans la présente espèce, aucune capture effective n'a été perturbée ou perdue à cause des actions du *Western Investor*—Le *Fisher Lassie II* aurait eu le temps d'immerger encore une fois son filet s'il n'avait pas été endommagé—Mais c'eût été pure conjecture que d'attribuer une quelconque mesure de succès à une deuxième immersion du filet—Les défendeurs ont été condamnés solidairement à payer aux demandeurs la somme de 3 000 \$ (coût de la réparation du filet)—Règlement sur les abordages, C.R.C., ch. 1416, Règles 5, 8.

WILSON FISHING CO. C. BRITISH COLUMBIA PACKERS LTD. (T-1623-97, 2001 CFPI 1390, juge Simpson, jugement en date du 17-12-01, 20 p.)

FONCTION PUBLIQUE**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre de grief concernant un grief présenté par le demandeur en vertu de l'art. 91 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (LRTFP)—Le demandeur est agent des douanes à l'aéroport international Pearson de Toronto et président de la section locale 0024 du Customs and Excise Union Douanes Accise (CEUDA) de Toronto—Le demandeur a affiché un avis sur les lieux de travail le 28 mai 1997—Le 5 juin 1997, le demandeur a reçu une suspension disciplinaire de 10 jours sans traitement—Revenu Canada a allégué que l'avis recommandait une grève illégale et transgressait les art. 102(1) et 103 de la LRTFP, ainsi que l'art. M-15 de la convention collective de l'AFPC—L'art. 102 prévoit que la grève est interdite lorsqu'une convention collective est en vigueur—Le demandeur a déposé de nombreux griefs à l'encontre de Revenu Canada ainsi qu'une plainte fondée sur l'art. 23 de la LRTFP, pour finalement donner suite au seul grief relatif à la suspension—L'arbitre de grief s'est demandé si l'avis recommandait la grève et a répondu par l'affirmative, parce qu'il incitait à prendre des «moyens de pression»—L'arbitre n'a pas erré en ne faisant pas directement allusion aux dispositions légales bien connues, mais elle a commis une

FONCTION PUBLIQUE—Fin

erreur de droit en omettant de faire des constatations et de tirer des conclusions expresses quant aux prescriptions contenues dans ces dispositions—L'avis recommande principalement de ne toucher à aucun article—S'il est interdit de toucher au contenu, seul un examen visuel est possible—Il s'agit du seul type d'examen que l'avis prescrivait d'exécuter en l'absence d'un témoin—La décision de l'arbitre de grief est incomplète parce qu'elle ne contient pas de conclusions expresses quant à l'intention du demandeur dans le contexte d'exercice de ses fonctions syndicales et quant au sens du mot rendement dans le contexte de travail des agents des douanes—Le défaut de considérer ces questions constitue une erreur donnant matière à révision—La demande de contrôle judiciaire est accueillie—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 23 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 40), 91, 102 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 59), 103.

KING C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1051-00, 2001 CFPI 1407, juge Simpson, ordonnance en date du 20-12-01, 10 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel d'une décision de la C.C.I. rejetant l'appel concernant une nouvelle cotisation ([2000] 4 C.T.C. 2093)—En 1975, la Commission des finances industrielles du Nouveau-Brunswick a conclu une entente avec Trzop et Antosko ayant trait à des actions et à une dette d'Atlantic Forest Products Ltd.—Le capital de la dette était de 5 millions de dollars, mais les versements, étaient en retard—L'entente comprenait une promesse de la part de la Commission de transférer la dette à Trzop et Antosko pour 10 \$ s'ils exploitaient la compagnie pendant deux ans d'une manière convenable et sérieuse—Trzop et Antosko ont respecté leurs obligations et en 1977 la dette leur a été transférée—En 1977, Trzop a reçu 38 335 \$ en paiement partiel de l'intérêt qui s'était accumulé sur la dette avant son transfert—En 1980, une autre somme de 283 363 \$ lui a été versée à titre d'intérêt couru sur la dette avant son transfert—Trzop a inclus l'intérêt dans son revenu, mais il a réclamé en contrepartie la déduction visée à l'art. 20(14)b de la Loi de l'impôt sur le revenu—Quand des déductions visées à l'art. 20(14)b ont été réclamées, l'art. 53(2)f se serait appliqué automatiquement pour faire en sorte que le coût de base rajusté de la dette acquise soit réduit du montant de la déduction—Si, par suite de l'application de l'art. 53(2)f, le coût de base rajusté était devenu négatif, ce montant négatif aurait dû être imposé à titre de gain en capital présumé aux termes de l'art. 40(3)—Toutefois, les déclarations de Trzop pour les années 1977 et 1980 n'indiquaient aucun gain en capital—Les déclarations ont fait l'objet de nouvelles cotisations par lesquelles la déduction

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

prévue à l'art. 20(14)b a été refusée—La C.C.I. a accueilli l'appel formé contre les nouvelles cotisations—La décision ne fait pas référence à l'art. 53(2)f ni à l'art. 40(3)—La Section de première instance a accueilli l'appel au motif que l'art. 20(14) ne s'appliquait pas à l'intérêt parce que l'auteur du transfert n'était pas une entité imposable: [1990] 1 C.T.C. 208—La C.A.F. a rejeté l'appel, sans traiter de la question du gain en capital: [1992] 2 C.T.C. 350—La C.S.C. a accueilli l'appel (*Antosko c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 312), en statuant que Trzop avait droit à la déduction visée à l'art. 20(14)b à la lecture même de la disposition—La Cour a aussi noté que le ministre pouvait prendre en considération, à l'établissement d'une nouvelle cotisation, des conséquences fiscales qui en résulteraient, comme le gain en capital imposable visé à l'art. 40(3)—Dans la nouvelle cotisation, les déductions visées à l'art. 20(14)b ont été autorisées; était également inclus dans le revenu un gain en capital imposable découlant de l'opération combinée des art. 53(2)f et 40(3)—Le rejet de l'appel par la C.C.I. de cette nouvelle cotisation fait l'objet du présent appel—Trzop fait valoir que la nouvelle cotisation contrevient à une jurisprudence établie de longue date selon laquelle un appel en matière fiscale qui est accueilli limite le pouvoir du ministre d'établir une nouvelle cotisation—L'art. 152(4)b empêche le ministre d'établir une nouvelle cotisation pour une année d'imposition plus de trois ans après la date de la cotisation initiale à moins que certaines conditions soient réunies—Le ministre a fait valoir que le jugement de la C.S.C. autorisait la Couronne à imposer Trzop sur le gain en capital découlant prétendument de l'art. 40(3) parce que c'est la conséquence logique et inévitable de la décision selon laquelle l'art. 20(14) s'applique—Si tel est le cas, tout préjudice causé est supprimé parce qu'une nouvelle cotisation établie en vertu de l'art. 164(4.1) peut faire l'objet d'une opposition distincte—Appel rejeté—La C.S.C. s'est prononcée sur une question très restreinte, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'intérêt sur la dette tombait sous le coup de l'art. 20(14)—Elle a statué que l'opération tombait sous le coup de l'art. 20(14), mais elle a reconnu que le résultat pouvait avoir d'autres conséquences fiscales, notamment l'application des art. 53(2)f et 40(3)—La création d'un gain en capital imposable aux termes de l'art. 40(3) était la conséquence logique et inévitable de la décision de la C.S.C. selon laquelle l'art. 20(14) s'appliquait—Cette conséquence devait être prise en compte par le ministre dans sa nouvelle cotisation—Le ministre a agi en conformité avec les motifs de la C.S.C. en appliquant l'art. 40(3) de façon à inclure un gain en capital imposable—Mais la justesse de la cotisation est également contestée—En appliquant l'art. 40(3) le ministre a fait une hypothèse factuelle concernant le coût de base rejeté de la dette, c'est-à-dire qu'il a supposé que le coût de base était de 10 \$—En s'opposant à cette cotisation, Trzop avait le fardeau de réfuter l'hypothèse du ministre—À l'audience, devant la Cour de l'impôt, Trzop n'a pas présenté de preuve contredisant

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

l'hypothèse du ministre—Il a fait valoir que le coût de base rajusté devait être augmenté au vu du travail non rémunéré qu'il a fourni à la compagnie, en affirmant que la contrepartie pour le transfert des débentures incluait l'engagement d'exploiter la compagnie d'une manière convenable et sérieuse—La C.C.I. n'a pas fait d'erreur en rejetant cet argument—Le travail non rémunéré de Trzop ne peut être inclus pour augmenter le coût de base rajusté—Ce travail ne fait pas partie du coût pour lui de la dette aux fins de l'art. 53—Trzop n'a pas établi que le ministre avait eu tort de présumer que le coût de base rajusté de la dette était de 10 \$—Trzop a bénéficié de l'application régulière de la loi—La C.C.I. a exclu à bon droit la transcription de l'audience devant la C.S.C., étant donné que les propos tenus par un juge au cours de la plaidoirie ne devraient pas être considérés comme l'expression de ses vues sur la question, et la lettre d'opinion d'un ancien juge de la C.S.C. puisqu'elle contient simplement une opinion—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(14*b*), 40(3) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 16), 53(2)*f*)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 152(4*b*), 164 (4.1).

TRZOP C. CANADA (A-519-00, 2001 CAF 380, juges Strayer, Sharlow et Malone, J.C.A., jugement en date du 6-12-01, 14 p.)

NON-RÉSIDENTS

Appel interjeté de la décision (2000 D.T.C. 6513) par laquelle la Section de première instance a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre une nouvelle cotisation établie par Revenu Canada à l'égard de son année d'imposition 1986 en ce qui concerne la demande qu'elle a faite en vue d'être exemptée de la retenue d'impôt des non-résidents prévue à l'art. 212(1*b*)(vii) de la LIR—L'appelante a été constituée au Canada en 1959 sous la dénomination de International Harvester Credit Corporation of Canada Ltd. (IHCC)—Il s'agit d'une société canadienne, filiale en propriété exclusive d'une société américaine, IHCo—En 1986, toutes les actions émises et en circulation de l'appelante ont été vendues à une filiale canadienne de la Compagnie Générale Électrique—La IHCC a émis des billets à ordre subordonnés à des filiales d'une société américaine appelée International Harvester Export Co.—La IHCC a versé des intérêts sur les billets sans effectuer de paiement des retenues d'impôt—En 1985, les billets ont été vendus à une société néerlandaise, filiale indirecte en propriété exclusive de l'IHCo—En rejetant l'appel du contribuable, le juge de première instance a statué que les billets initiaux avaient été modifiés de façon si importante par les conventions de 1985 qu'ils avaient donné naissance à des obligations entièrement nouvelles au sens de l'art. 212(1*b*)(vii) de la LIR—Appel rejeté—Il s'agissait uniquement de savoir en l'espèce si une nouvelle obligation

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

avait été créée par suite des conventions conclues en 1985 par lesquelles on réduisait le montant du principal dû en vertu des billets, on augmentait le montant des intérêts payables en vertu des billets, on changeait la date d'échéance des billets et on changeait de bénéficiaire—Certains principes directeurs se dégagent de l'arrêt *Wiebe c. Canada* (1987), 87 D.T.C. 5068 (C.A.F.): des modifications fondamentales apportées à une entente relative à une option d'achat d'actions, lesquelles influaient de façon importante sur les éléments fondamentaux de la convention, étaient incompatibles avec l'existence continue de cette convention (les dispositions fondamentales se rapportaient en l'espèce à l'identité du débiteur, au montant du principal, aux intérêts exigibles et à la date d'échéance)—En l'espèce, toutes ces dispositions fondamentales sauf une ont été changées—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dominante ou manifeste lorsque, compte tenu de la preuve dont il disposait, il a conclu que les changements effectués étaient suffisamment fondamentaux pour donner naissance à une nouvelle obligation—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 212(1*b*)(vii) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 92(3); 1980-81-82-83, ch. 48, art. 98(1); ch. 140, art. 118(3); 1986, ch. 6, art. 116(3)).

GENERAL ELECTRIC CAPITAL EQUIPMENT FINANCE INC. C. CANADA (A-541-00, 2001 CAF 392, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 13-12-01, 11 p.)

LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles confirmant la décision de la Commission refusant au demandeur, en vertu de l'art. 126 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la semi-liberté ainsi que la libération conditionnelle totale—Demande rejetée—Les questions qui se posent sont: est-ce que la Commission pouvait conclure qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur commettrait une infraction marquée d'actes violents, malgré le fait que les infractions pour lesquelles il a été condamné ne font pas partie de l'annexe I de la Loi; est-ce que les faits au dossier permettraient à la Commission de conclure qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur commettrait, s'il était libéré, une infraction accompagnée de violence?—La norme de contrôle applicable en l'espèce est la décision manifestement déraisonnable—La Commission a émis l'opinion que conduire un véhicule automobile en état d'ébriété était un crime violent puisqu'il y avait menace de blesser ou de tuer d'innocentes victimes—Ce n'est pas parce que le demandeur purge une peine pour une infraction qui n'est pas mentionnée à l'annexe I que la Commission ne peut pas conclure qu'il existerait des motifs raisonnables de croire qu'il commettra

LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES—Fin

une infraction mentionnée à l'annexe I—Bien que les infractions commises par le demandeur ne soient pas mentionnées à l'annexe I, il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure, à la lumière des facteurs auxquels elle a fait état dans sa décision, qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que le demandeur commettrait, avant l'expiration de sa peine, une infraction mentionnée à l'annexe I—L'analyse effectuée par la Commission et l'appréciation des faits en l'espèce est tout à fait conforme au rôle que prévoit la loi et constitue un exercice qui se situe au cœur même de sa compétence et de sa raison d'être—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 126 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 40), annexe I.

OUELLET C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-1476-01, 2001 CFPI 1410, juge Blanchard, ordonnance en date du 19-12-01, 9 p.)

MARQUES DE COMMERCE

Marques officielles—Demande de contrôle judiciaire de décisions du registraire de publier un avis d'adoption et emploi de la marque «Icewine» par la défenderesse en vertu de l'art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce—Les demanderesse, des sociétés constituées en Ontario et exploitées dans le cadre d'un groupe, travaillent ensemble à la fabrication, à la production et à la vente au détail des vins Magnotta, dont du vin de glace—La défenderesse, la Vintners Quality Alliance (VQA), est une société à but non lucratif, sans capital-actions, constituée selon l'annexe 2 de la Loi sur les corporations canadiennes et elle a été constituée à l'origine pour les établissements vinicoles membres de l'Ontario comme association professionnelle—La défenderesse a établi un système pour permettre à ses membres d'utiliser ses marques en liaison avec leurs vins conformes aux normes de la VQA—En Ontario, la Loi sur la société appelée Vintners Quality Alliance a été adoptée en 1999 pour établir et tenir à jour un système d'appellations d'origine pour les vins produits dans la province, administré par une nouvelle société provinciale, la Vintners Quality Alliance of Ontario (VQAO)—Le gouvernement de l'Ontario a ensuite amené la VQAO et la VQA à conclure un accord, aux termes duquel la VQA s'engageait à ne pas imposer à la VQAO ou à l'un de ses membres le respect de ses marques officielles—Demande rejetée—La question de savoir si les demanderesse ont la qualité pour contester les décisions a été effectivement tranchée en l'espèce par le juge Reed dans la décision *Magnotta Winery Corp. c. Vintners Quality Alliance of Canada* (1999), 1 C.P.R. (4th) 68 (C.F. 1^{re} inst.), lorsqu'elle a disposé que le contrôle judiciaire constituerait une procédure appropriée pour les demanderesse, jugeant que les demanderesse avaient un intérêt direct, qui était touché par les

MARQUES DE COMMERCE—Suite

décisions, et qu'elles étaient exposées à un préjudice possible à moins qu'elles n'aient la possibilité de les contester—Le témoignage provenant du contre-interrogatoire par l'avocat des demanderesse de l'auteur de l'affidavit produit pour le compte de la défenderesse est admissible—L'affidavit contenant des opinions au sujet du statut ou de la nature de la VQA n'est pas admissible, parce qu'on ne peut dire que ces opinions sont postérieures à l'audience—La norme appropriée de contrôle est celle de la décision raisonnable *simpliciter* comme cette preuve n'aurait pas eu d'effet important sur la décision du registraire—Ce n'est pas à tort que le registraire a conclu, sur le fondement de la preuve dont il était saisi, que la VQA constitue une «autorité publique» et qu'elle a adopté et employé la marque «Icewine», au sens où ces termes sont employés à l'art. 9(1)n(iii)—Rien n'interdit l'emploi d'une marque officielle par le titulaire d'une licence ou par celui qui en a obtenu l'autorisation d'une autre manière de l'autorité publique qui a adopté et employé la marque, ce que le registraire a accepté et dont il a publié avis, et cet emploi autorisé constitue un emploi par l'autorité publique—Enfin, même si l'on estime que le terme «Icewine» est descriptif ou générique, cela n'empêche pas sa reconnaissance comme marque officielle—On ne peut pas dire qu'il est déraisonnable de le reconnaître comme marque officielle—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 9(1)n(iii)

MAGNOTTA WINERY CORP. C. VINTNERS QUALITY ALLIANCE (T-481-99, 2001 CFPI 1421, juge MacKay, ordonnance en date du 20-12-01, 29 p.)

RADIATION

Demande de radiation de la marque de commerce «Arizona Blues Jeanswear Co.» qui a été enregistrée au nom de la défenderesse—La demanderesse demande que l'enregistrement n° LMC 439,567 se rapportant à la marque de commerce «Arizona Blues Jeanswear Co.» soit déclaré invalide et soit radié du registre des marques de commerce—La demande d'enregistrement de la marque de commerce «Arizona Blues Jeanswear Co.» a été produite par le prédécesseur en titre de la défenderesse, le 21 décembre 1993, compte tenu de son emploi projeté au Canada—Le 30 janvier 1998, la demanderesse a demandé l'enregistrement de la marque de commerce «The Original Arizona Jean Company» compte tenu de son emploi au Canada depuis septembre 1990 en liaison avec des pantalons, des chemises, des chandails, des shorts, des chaussures et des accessoires—La demande de radiation est fondée sur le fait que la défenderesse n'était pas la personne qui avait le droit d'obtenir l'enregistrement conformément à l'art. 16(3) de la Loi sur les marques de commerce—La défenderesse avait-elle le droit d'obtenir l'enregistrement de la marque de commerce «Arizona Blues Jeanswear Co.»?—L'art. 18(1) de la Loi prévoit que l'enregistrement

MARQUES DE COMMERCE—Suite

d'une marque de commerce est invalide si l'auteur de la demande n'est pas la personne ayant le droit d'obtenir l'enregistrement—Il incombe à la personne qui demande la radiation d'établir que l'enregistrement est invalide puisqu'une marque de commerce déposée est réputée être valide—Une personne a le droit d'obtenir un enregistrement si la marque de commerce projetée ne crée pas de confusion avec la marque de commerce antérieurement employée ou révélée au Canada par une autre personne—La date à laquelle la défenderesse a produit sa demande, soit le 21 décembre 1993, est la date pertinente pour déterminer s'il y a confusion—Il incombe à la demanderesse d'établir qu'elle employait la marque de commerce au Canada avant le 21 décembre 1993—La demanderesse doit prouver que des marchandises sur lesquelles sa marque de commerce est apposée ont été vendues à des Canadiens—La preuve selon laquelle les marchandises auxquelles la marque de commerce est liée ont été annoncées au Canada n'est pas suffisante pour établir l'emploi de la marque de commerce—Les ventes de la demanderesse ont été conclues dans la pratique normale du commerce—Des centaines de détenteurs de carte de la demanderesse ont des adresses domiciliaires canadiennes—Des milliers de catalogues de la demanderesse sont envoyés par la poste à des Canadiens chaque année—La demanderesse a commencé à employer la marque de commerce «The Original Arizona Jean Company» en 1989 en liaison avec des pantalons et des jeans pour hommes, pour femmes et pour enfants—Les marchandises liées à la marque de commerce sont vendues dans les grands magasins de la demanderesse aux États-Unis et, à l'aide de ses catalogues, à des clients au Canada et ailleurs—Les marchandises liées à la marque de commerce sont montrées bien en vue et sont offertes en vente dans les catalogues de la demanderesse—La demanderesse envoie encore ses catalogues au Canada, vend ses marchandises à des Canadiens par l'entremise d'un système de vente par correspondance et livre pareilles marchandises chez des acheteurs canadiens—La demanderesse a employé sa marque de commerce au Canada avant le 21 décembre 1993—La question de savoir si on a fait connaître une marque de commerce au Canada est régie par l'art. 5 de la Loi—Il n'existe pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir que la marque de commerce de la demanderesse était bien connue au Canada avant le 21 décembre 1993 et qu'elle était dans une large mesure connue partout au pays—Le critère permettant de déterminer si une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce est énoncé à l'art. 6(5) de la Loi—Dans une procédure de radiation, la charge de la preuve incombe à la partie qui allègue la confusion, soit la demanderesse dans ce cas-ci—En décidant s'il y a possibilité de confusion, la Cour doit tenir compte des éléments énoncés à l'art. 6(5) de la Loi—Compte tenu des éléments énumérés à l'art. 6(5) de la Loi ainsi que des

MARQUES DE COMMERCE—Fin

circonstances de l'espèce, si une personne ordinaire a un vague souvenir de la marque de commerce de la défenderesse, cela permettrait de conclure que les marchandises liées à cette marque proviennent de la même source que les marchandises liées à la marque de commerce de la demanderesse—À la date du premier emploi par la défenderesse, sa marque de commerce créait de la confusion avec la marque de commerce de la demanderesse—La similarité des mots employés dans les deux expressions ainsi que la similarité frappante en ce qui concerne le genre de marchandises amènent la Cour à croire qu'une personne qui a un souvenir imprécis des deux marques de commerce serait induite en erreur au sujet de la source des marchandises—Demande accueillie—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), c. T-13, art. 5, 6, 16 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 195), 18.

J.C. PENNEY CO., INC. c. GABERDINE CLOTHING CO. INC.
(T-282-00, 2001 CFPI 1333, juge Nadon, ordonnance en date du 4-12-01, 57 p.)

PÉNITENCIERS

Demande de contrôle judiciaire de la décision du directeur de l'établissement de Bowden de ne pas fournir au demandeur les renseignements relatifs au refus de laisser entrer son amie parce que le détecteur ionique de l'établissement a révélé qu'elle transportait de la cocaïne et de l'héroïne—La question est de savoir si le directeur de l'établissement est tenu de fournir au demandeur et à son amie par écrit les résultats du test effectué au moyen du détecteur ionique—Demande accueillie—L'art. 71(1) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition reconnaît à chaque détenu le droit d'entretenir, dans la mesure du possible, des relations, notamment par des visites ou de la correspondance, avec sa famille et ses amis, et ce, sous réserve des mesures prises pour assurer la sécurité—Les directives du commissaire et le Règlement appuient l'existence de ce droit—Lors de l'interdiction ou de la suspension des visites, le Règlement et les directives prévoient que le détenu et le visiteur doivent être informés des motifs de cette mesure et avoir la possibilité de présenter leurs observations à ce sujet—Ce régime exige que les résultats du test soient fournis au demandeur et à son amie—En outre, on a contrevenu aux droits en matière d'équité procédurale du demandeur et de son amie parce qu'on ne les a pas informés promptement par écrit des résultats du test effectué au moyen du détecteur ionique—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 71(1)—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620.

WEDOW C. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL)
(T-1597-00, 2001 CFPI 1427, juge Campbell, ordonnance en date du 21-12-01, 5 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Appel selon l'art. 47 de la Loi sur les Indiens, à l'encontre d'une décision du ministre selon laquelle Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) n'approuverait pas le testament d'Adolphus Morin portant la date du 17 décembre 1986, ni ne nommerait l'exécuteur testamentaire désigné dans ce testament, ni ne redistribuerait l'actif successoral selon ce testament—Le 10 mars 1954, Adolphus Morin faisait un testament dans lequel il instituait son épouse sa légataire universelle et nommait le surintendant des Indiens, Agence indienne d'Edmonton, son exécuteur testamentaire—M. Morin est décédé en 1996—Son épouse et ses 11 enfants lui survivaient—Michael Sidon, directeur des successions et fiducies au ministère des Affaires indiennes et du Nord, a approuvé le testament de 1954, renoncé à sa nomination d'exécuteur testamentaire et chargé Peter Morin d'administrer la succession—En 1997, l'intérêt du testateur dans un quart de section de mille carré d'une terre sise dans la réserve fut transféré à l'épouse, et le transfert fut approuvé au nom du ministre—En 1998, l'épouse a transféré la terre à un tiers, qui l'a vendue 20 000 \$ en septembre à la Nation crie Enoch—En novembre 1998, avant le paiement du prix convenu, la Nation crie Enoch a reçu d'un avocat une lettre qui l'informait de l'existence d'un testament plus récent—La Nation crie Enoch a transmis au Ministère la lettre et un double du testament de 1986—M. Sidon a demandé l'aide du bureau d'Ottawa d'AINC—Il a été informé qu'AINC n'approuverait pas le testament de 1986 pour les raisons suivantes: les membres de la famille acceptaient l'approbation du testament de 1954; le présumé deuxième testament avait été porté à l'attention d'AINC deux ans après le transfert de la terre à l'épouse; on avait affirmé que le testateur était inhabile à tester lorsqu'il avait fait le testament de 1986; le ministre avait le pouvoir discrétionnaire d'accepter tout testament qui répondait aux conditions de l'art. 45(2); le Ministère avait rempli son obligation fiduciaire—L'audition de l'appel a d'abord été ajournée, puis une ordonnance a été délivrée qui autorisait les appelants à produire une preuve nouvelle concernant la validité du testament, c.-à-d. du deuxième testament original devant être produit—Conformément à cette ordonnance, une preuve nouvelle a été produite, mais n'a pas été déposée avant la reprise de l'audition de l'appel—La preuve nouvelle comprenait un affidavit du fils du testateur portant sur les circonstances qui avaient entouré la rédaction et la découverte du deuxième testament, ainsi qu'un affidavit d'un représentant d'AINC—Ce n'est pas l'original, mais une copie certifiée conforme du testament de 1986 qui a été déposée—Aucune preuve n'a été présentée à la Cour à propos de la signature du testament de 1986—Arguments des appelants: le testament était valide à première vue; le ministre a agi conformément à l'art. 46(1) de la Loi sur les Indiens, de telle sorte que la Cour avait compétence en vertu de l'art. 47 soit pour prononcer en faveur du testament de 1986, soit à tout le moins pour annuler

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

la décision de 1999; la décision par laquelle le ministre avait conclu que le testament de 1986 n'était pas valide avait été rendue en l'absence de faits ou de renseignements adéquats et elle était arbitraire et contraire au droit—La Couronne a allégué une exception en affirmant que l'appel était maintenant théorique parce que le ministre avait rendu ou rendrait une nouvelle décision, dont la teneur était la même—Aucun avis préliminaire ni élément de preuve n'ont été présentés à la Cour concernant la prise de cette décision ou à propos du fait que la Couronne alléguerait la nature maintenant théorique de l'appel—Appel accueilli—1) l'instance était-elle théorique?—Le principe du caractère théorique d'une instance est applicable lorsque la décision de la Cour n'aura pas pour effet de résoudre un litige intéressant les droits des parties—C'est à la partie qui allègue le caractère théorique d'une instance qu'il appartient d'établir qu'une matière ou question est théorique—Le ministre n'a pas établi que la solution des points soulevés n'aura aucune conséquence pratique sur les parties—Le différend relatif au droit des appelants de faire appel de la décision du ministre n'était pas théorique—D'ailleurs, même si l'instance était théorique, la Cour conservait le pouvoir de statuer sur les points soulevés—Ce pouvoir doit être exercé «d'une manière judiciaire», en accord avec les principes énoncés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342—Les appelants conservaient un intérêt direct à ce que soit déterminé le champ du droit d'appel prévu par l'art. 47, ainsi qu'un intérêt dans la contestation de la régularité de la décision initiale; mettre un terme à l'instance à ce stade en raison de son caractère théorique n'allait guère favoriser une économie des ressources judiciaires puisque la Cour avait déjà entendu les arguments des appelants; vu la position du ministre sur les questions de fond soulevées et vu le rôle accordé à l'art. 45(2), le litige était suffisamment actuel pour autoriser la conclusion selon laquelle la solution des points soulevés s'accordait avec la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit—Même si les points étaient théoriques, la Cour avait le pouvoir discrétionnaire de les décider pleinement—2) L'art. 45(2) permet au ministre d'accepter comme testament tout document écrit signé par un Indien dans lequel celui-ci indique ses intentions à l'égard de la disposition de ses biens à son décès—L'art. 46(1) permet au ministre de déclarer nul un testament—L'art. 47 prévoit qu'il y a appel d'une décision du ministre rendue dans l'exercice de la compétence que lui confèrent les art. 42, 43 ou 46—L'argument du ministre selon lequel sa décision a été rendue en vertu de l'art. 45(2) aurait pour résultat de soustraire la décision à tout appel interjeté en vertu de l'art. 47—Les appelants ont affirmé que la décision du ministre avait été rendue en vertu de l'art. 46—En conférant, par l'art. 42, une compétence au ministre sur les questions testamentaires, le législateur fédéral lui attribuait une compétence semblable à

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

celle qui concernait l'attribution ou la révocation des lettres de vérification et d'administration, ainsi qu'une compétence sur les matières accessoires—Le ministre exerçait donc une compétence semblable à celle qu'exerçaient les tribunaux des successions et des tutelles—Les fonctions premières d'un tribunal des successions et des tutelles consistent à dire si un document peut ou non être homologué comme document testamentaire—Pour dire si un document constitue un document testamentaire, il faut s'enquérir de l'intention de son auteur—Cette interprétation de l'art. 42 s'accorde avec les pouvoirs dévolus au ministre par l'art. 43, qui prévoit expressément que le ministre peut entre autres choses nommer et révoquer des exécuteurs testamentaires et administrateurs successoraux, et les autoriser à donner suite aux termes de testaments—La compétence des cours supérieures est largement reprise dans l'art. 46(1)—L'effet combiné des art. 42, 43 et 46 est de conférer au ministre tous les pouvoirs relatifs aux testaments et à leur vérification en ce qui concerne les Indiens qui résident ordinairement dans les réserves—L'art. 45 ne confère pas de pouvoir au ministre, mais énonce expressément certains droits des Indiens—La source du pouvoir du ministre d'accepter comme testament un document écrit est l'art. 42, qui confère au ministre une compétence sur les questions testamentaires se rapportant à l'attribution et à la révocation des lettres de vérification de testaments—Par l'art. 47, le législateur voulait accorder plein droit d'appel à l'égard de toutes les décisions rendues dans l'exercice de la compétence sur les questions testamentaires, ainsi qu'à l'égard des décisions déclarant nul un testament—Aucun droit d'appel n'est conféré dans l'art. 45, et aucun pouvoir n'est conféré dans cet article—Cette manière de voir permet d'éviter le résultat bizarre selon lequel il pourrait être fait appel d'une décision se rapportant à des questions testamentaires, y compris la nomination d'un exécuteur testamentaire, mais non d'une décision concluant à l'inexistence d'une intention testamentaire dans un document—En décidant que le testament de 1986 ne serait pas approuvé, et que l'exécuteur y désigné ne serait pas nommé et ne pouvait pas distribuer l'actif selon ce qu'il prévoyait, le ministre exerçait des pouvoirs conférés par l'art. 42—Appel valablement interjeté en vertu de l'art. 47—3) Vu qu'il n'y avait pas de clause privative, que le point de savoir si le testament de 1986 révélait une intention testamentaire était essentiellement un point de fait, que l'objet des dispositions applicables de la Loi sur les Indiens était de mettre en équilibre des droits individuels, enfin que le décideur n'avait aucun champ particulier de spécialisation, la norme de contrôle à appliquer se situait quelque part entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et la norme de la décision manifestement déraisonnable—La différence entre les deux normes repose dans le caractère flagrant du défaut—Si le défaut est évident au vu des motifs du tribunal, alors la décision est manifeste-

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

ment déraisonnable—Puisque la décision du ministre a été jugée manifestement déraisonnable, il n'était pas nécessaire d'en dire davantage sur la norme de contrôle—Comme l'avis de l'existence du testament de 1986 au ministre était venu de la Nation crie Enoch, et non de quelqu'un qui s'autorisait du testament, le ministre était peut-être tout à fait fondé à l'ignorer—Mais, ayant choisi d'enquêter sur le testament, le ministre était tenu de se demander si le testament constituait un document testamentaire valide—AINC n'a jamais demandé la production du testament original de 1986—Les motifs du ministre ne disaient rien sur la question de savoir si le document était un document testamentaire valide—Quant aux motifs invoqués pour ne pas donner effet au testament de 1986: aucun assentiment antérieur ne pouvait être opposé aux membres de la famille, qui ignoraient alors l'existence du deuxième testament, la tardiveté a été valablement prise en compte par le ministre; la preuve n'appuyait pas l'allégation d'incapacité à tester; l'existence en droit d'un pouvoir discrétionnaire ne suffisait pas en soi à appuyer une décision; la conclusion non étayée selon laquelle le Ministère avait rempli son obligation fiduciaire n'était pas une raison suffisante pour refuser de donner effet à un document avancé comme document testamentaire, d'autant qu'on ne s'était nullement interrogé sur l'intention de son auteur—La tardiveté n'est pas en soi une raison suffisante justifiant un refus d'examiner si un testament ultérieur devrait être admis à vérification—Vu l'absence d'enquêtes suffisantes, un délai de deux ans était un élément insuffisant sur lequel fonder une décision raisonnable—Une fois que le ministre a décidé d'enquêter sur le testament de 1986, il a commis une erreur sujette à révision lorsqu'il s'est fondé sur le délai et autres motifs, et lorsqu'il a négligé de s'informer des circonstances ayant entouré la signature du testament de 1986—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 42, 43, 45, 46, 47.

MORIN C. CANADA (T-458-99, 2001 CFPI 1430, juge Dawson, ordonnance en date du 20-12-01, 27 p.)

Demande de contrôle judiciaire de deux décisions du chef et du conseil de bande concernant l'emploi du produit d'un Accord de transaction (produit correspondant au préjudice causé par des inondations après qu'Hydro-Ontario eut construit un barrage sur la rivière Kenogami), pour l'avantage des membres de la Première nation vivant dans la réserve, et donc à l'exclusion des demandeurs—Les décisions contestées ont été prises avant l'arrêt de la C.S.C. dans l'affaire *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1999] 2 R.C.S. 203, arrêt qui a invalidé l'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens (lequel niait aux membres hors réserve d'une bande indienne le droit de voter aux élections du conseil de bande) pour incompatibilité avec l'art. 15 de la Charte—Le principal point en litige était de savoir si les décisions du

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

conseil de bande visées par le contrôle devaient être cassées pour cause de discrimination contre les membres demandeurs de la Première nation qui ne vivent pas dans la réserve, mais à proximité, à Hornepayne—Demande accueillie—Puisque les résolutions du conseil de bande étaient contestées pour cause de discrimination, le point de droit devait être examiné au regard de faits particuliers, et il requérait un moindre devoir d'acquiescement, d'autant qu'il n'existait pas de clause privative—La norme applicable était celle de la décision raisonnable—Aucune disposition de la Loi sur les Indiens n'autorisait un conseil de bande à faire une distinction entre les membres vivant dans la réserve et les membres vivant à l'extérieur—L'exclusion des membres hors réserve était discriminatoire; le conseil de bande appliquait directement et délibérément un traitement différent aux membres hors réserve—Quant à la forme, il était fautif de la part du chef et du conseil de la Première nation d'empêcher les membres hors réserve vivant à Hornepayne de participer au processus de ratification de l'accord de transaction—Il était également erroné pour le conseil de bande d'adopter une résolution ne conférant des avantages qu'aux Anciens de la bande vivant dans la réserve—Au regard de la procédure, les membres Hornepayne de la Première nation pouvaient légitimement espérer être en mesure de participer au processus d'approbation finale—Quant au fond, l'élément de discrimination consistait dans la négation de tous les avantages—Les justifications avancées par la Première nation, selon lesquelles ses membres hors réserve vivant à Hornepayne étaient membres en raison simplement d'une inadvertance, ou selon lesquelles ils faisaient partie d'une Première nation Hornepayne distincte, ne pouvaient être acceptées, parce que ce serait là dénaturer les dispositions de la Loi sur les Indiens se rapportant au processus d'appartenance et à la reconnaissance des bandes—Le fait que la Première nation Hornepayne avait été reconnue par d'autres groupes autochtones ne pouvait l'emporter sur le régime législatif régissant l'inscription sur les listes de bande et la création de nouvelles bandes à partir de listes de bande existantes et, par conséquent, ne pouvait justifier un traitement différent pour les membres vivant dans la réserve et les membres vivant à l'extérieur—Cette affaire présente une similitude avec l'arrêt *Barry c. Garden River Band of Ojibways*, (1997) 33 O.R. (3d) 782 (C.A.), qui concernait la distribution de sommes provenant du règlement de revendications liées à des terres—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 14)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 15.

MEDEINOS C. PREMIÈRE NATION GINOOGAMING (T-935-99, 2001 CFPI 1318, juge Lemieux, ordonnance en date du 30-11-01, 49 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

Contrôle judiciaire de la décision du délégué du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de refuser la requête en division de la bande Abegweit présentée par les demandeurs—La bande de la Première nation Abegweit compte trois réserves sur l'Île du Prince-Édouard—Des 158 membres de la bande, 39 vivent dans la réserve Rocky Point—Presque tous les autres membres résident dans la réserve Scotchfort—En juin 1999, une requête signée par 13 résidents de la réserve Rocky Point a été envoyée à William Montour, directeur général (délégué du ministre) pour demander au ministre de constituer une nouvelle bande pour la réserve Rocky Point—En août 1999, le Ministère a fait parvenir au conseil de la bande Abegweit une politique de 1991 intitulée *Nouvelles bandes/Fusions de bandes*, énonçant une procédure en six étapes pour constituer les nouvelles bandes—La première étape exige que la nouvelle bande présente par écrit une demande à la région et que la bande d'origine soumette des résolutions du conseil de bande indiquant qu'elle consent à la création de la nouvelle bande—À la deuxième étape, la proposition est analysée par le district et la région, à l'aide du document *Nouvelle bande/Fusion de bandes*—Liste de contrôle, et un rapport énonçant la recommandation du directeur général régional sur la proposition est préparé à l'intention du sous-ministre associé—Après un échange de nombreuses lettres entre les membres qui cherchent à se séparer et le délégué du ministre, celui-ci a rédigé le 16 mai 2000 une lettre dans laquelle il réitérait que la séparation de la réserve Rocky Point n'était pas appuyée; la lettre déclarait que son bureau s'était engagé à construire des Premières nations fortes et réaffirmait son offre de faciliter les discussions—L'art. 17 de la Loi sur les Indiens autorise le ministre à constituer de nouvelles bandes à partir des listes de bandes existantes si les personnes qui proposent de constituer de nouvelles bandes le lui demandent—L'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit la possibilité de demander le contrôle judiciaire d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, ce qui doit être fait dans les 30 jours après que la décision est communiquée à la partie—L'expression «office fédéral» est définie à l'art. 2 comme désignant un bureau, une commission ou un autre organisme, une personne ou un groupe de personnes censé exercer une compétence prévue par une loi fédérale—La demande est accueillie—1) La lettre du 16 mai 2000 du délégué du ministre était une «décision ou ordonnance d'un office fédéral»—Dans la décision *Markevich c. Canada*, [1999] 3 C.F. 28 (1^{er} inst.), le juge Evans a statué qu'il n'est pas nécessaire que la lettre soit une «décision ou ordonnance» pour pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire; les mots «décision ou ordonnance» que l'on retrouve à l'art. 18.1(2) prévoient simplement un délai de prescription; l'art. 18.1(3) autorise la Section de première instance à infirmer toute «décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte d'un office fédéral», ce qui suppose que l'objet visé, c'est-à-dire la «procédure ou l'acte» peut comprendre une action administrative qui n'est pas

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

une «décision ou ordonnance»—L'analyse de la lettre du délégué du ministre indique que la région de l'Atlantique n'appuie pas la constitution d'une nouvelle bande—La proposition n'a pas dépassé l'étape 2 de la procédure recommandée dans la politique étant donné qu'aucune liste de contrôle concernant la création d'une nouvelle bande ou la fusion de bandes n'a été établie et qu'aucun rapport énonçant la recommandation du directeur général régional n'a été préparé à l'intention du sous-ministre associé—La lettre a eu pour effet de mettre fin à l'établissement de la nouvelle bande proposée—Cette lettre peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire aux termes de l'art. 18.1(3)—2) Par conséquent, il n'est pas nécessaire de déterminer si la décision a été prise aux termes de l'art. 17 de la Loi sur les Indiens—La procédure n'a pas été intentée prématurément—3) Il s'agit d'un différend justiciable—C'est la décision de ne pas suivre la procédure énoncée par la politique pour le traitement d'une demande de création d'une bande qui est en cause—La décision, par suite de l'application de la politique, relève du pouvoir du ministre, dans la mesure où elle respecte les principes juridiques applicables à ce genre de décisions—4) Le ministre a établi une procédure en six étapes pour traiter des demandes de création de nouvelles bandes au moyen de la division des bandes—Il est raisonnable de supposer que ces demandes devraient être traitées conformément à la politique établie par le Ministère—L'analyse prévue à l'étape 2 n'a pas été effectuée—Le dossier ne renferme aucune liste de contrôle relative à la création d'une nouvelle bande ou à la fusion de bandes—Aucun rapport énonçant la recommandation du directeur général régional au sujet de la proposition n'a été préparé à l'intention du sous-ministre associé—La décision a été prise de ne pas suivre jusqu'au bout les étapes nécessaires prévues dans la politique—Ce n'est qu'à l'étape 4 que le rejet de la proposition par le sous-ministre est prévu dans la politique—Les attentes légitimes de la personne qui conteste une décision peuvent également servir à déterminer quelles procédures l'obligation d'équité exige dans des circonstances données: *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817—Les demandeurs pouvaient à tout le moins s'attendre à ce que la politique relative à la constitution de nouvelles bandes soit suivie comme l'a indiqué l'ancien ministre—Il y a eu manquement à l'obligation d'équité procédurale du fait que la demande n'a pas été traitée conformément à la politique que le Ministère a établie pour traiter de ce genre de demandes—À tout le moins, les demandeurs ont droit à ce que leur demande soit traitée conformément à la politique établie à cette fin—Dans la mesure où la procédure prévue dans la politique n'a pas été complètement suivie, le ministre ou son délégué a fait obstacle à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—5) Si des motifs sont nécessaires, ils peuvent se déduire de la correspondance—Il est évident que le défendeur n'a pas poursuivi l'étude de la demande parce qu'il n'appuyait tout simplement pas la création

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

d'une nouvelle bande au moyen de la division de la bande existante—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 17 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 7)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1 (mod., *idem*, art. 5).

SARK C. CONSEIL DE LA BANDE ABEGWEIT (T-1028-00, 2001 CFPI 1184, juge O'Keefe, ordonnance en date du 31-10-01, 33 p.)

Requête en radiation totale ou partielle de la déclaration—Les personnes demanderesses à l'action sous-jacente, des Indiens «hors réserve», prétendent que le défendeur a contrevenu à l'obligation de les consulter relativement à certains accords (particulièrement les accords de pêche 1999-2000 et 2000-2001) conclus entre la province de la Nouvelle-Écosse et 13 chefs indiens de cette province—Requête rejetée; cependant, la déclaration est radiée et les demandeurs sont autorisés à signifier et déposer une déclaration modifiée conformément aux motifs—Il ne s'agit pas d'un cas où il ne fait aucun doute que la cause n'a aucune chance de succès au procès—Le domaine du droit des Autochtones a connu un essor rapide au Canada lors des dernières années; des causes d'action qui auraient pu être considérées comme bizarres ou outrageuses il y a quelques années seulement sont maintenant acceptées: *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. n° 347 (1^{re} inst.) (QL)—La question de savoir s'il existe une obligation de consulter les Indiens inscrits et/ou les Indiens non inscrits vivant hors d'une réserve ainsi que celle de savoir dans quelle mesure une telle obligation s'applique dans le contexte de la présente affaire sont des questions qui ne devraient pas être tranchées dans le cadre d'une instance interlocutoire—Même si les défendeurs ne se sont pas acquittés de la charge requise pour obtenir la radiation de la déclaration, comme cette déclaration est viciée sur plusieurs points, elle est entièrement radiée et il est permis aux demandeurs de signifier et déposer une déclaration modifiée conforme aux motifs—Le Native Council of Nova Scotia, une société inscrite, est radié en tant que demandeur car il n'a pas le même intérêt que les personnes demanderesses—Le Council n'est pas créancier d'une obligation de consultation même si ses membres pourraient l'être—En outre, le Council n'est pas une partie nécessaire à l'instance puisqu'il ne serait pas lié par son issue et que sa participation n'est pas nécessaire pour la disposition des questions dont la Cour est saisie—Les personnes demanderesses n'ont pas établi le fondement factuel démontrant qu'elles ont le même intérêt relatif aux droits issus de traités que tous les autres Mi'kmaq vivant hors réserve, de sorte qu'elles ne peuvent pas tenter l'action sous forme de recours collectif au nom de tous les membres et de tous les mandants du Council—Pour que les défendeurs soient en mesure de se défendre contre l'action, les demandeurs doivent exposer dans une déclaration modifiée les faits substantiels qui

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

établissent le fondement des droits invoqués ainsi que la manière dont ces droits auraient été violés.

NATIVE COUNCIL OF NOVA SCOTIA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-689-01, 2002 CFPI 6, juge Blanchard, ordonnance en date du 4-1-02, 12 p.)

TERRES

Appel de la décision par laquelle on a rejeté la requête visant à obtenir une injonction interlocutoire pour interdire au gouvernement du Canada de transférer une portion de terres de la base des Forces canadiennes située à Chilliwack à la Société immobilière du Canada (société d'État non mandataire qui s'occupe de la mise en valeur et de la cession des terres du gouvernement fédéral); cette requête a été rejetée au motif que les appelants n'avaient pas démontré qu'ils subirait un préjudice irréparable—Appel rejeté—L'argumentation des appelants concernant le préjudice irréparable repose sur leur lien historique avec les terres: si ces dernières sont cédées, ils perdront ce lien—Selon l'art. 35 de la Loi sur les Indiens, Sa Majesté a le pouvoir d'exproprier les terres situées dans les réserves indiennes—Le fait que les terres soient situées dans une réserve ne suffit pas pour empêcher une expropriation—La seule question susceptible de se poser est celle d'une indemnité convenable—Même si Sa Majesté cède illégalement des terres situées dans une réserve, les personnes lésées ne peuvent que présenter une réclamation pour la violation d'une obligation fiduciaire et la réparation consistera en des dommages-intérêts—En l'espèce, la réparation possible serait des dommages-intérêts—Les appelants n'ont démontré l'existence d'aucune circonstance particulière relativement aux terres—Ils disent qu'ils ont besoin des terres pour subvenir à leurs besoins, mais le lien historique qu'ils invoquent n'est pas lié à l'utilisation prévue des terres—Aucun élément de preuve n'explique pourquoi ils ont besoin précisément de ces terres compte tenu de leur utilisation prévue—Les appelants n'ont pas démontré qu'ils subirait un préjudice irréparable—Si la cession des terres constitue une violation d'obligation fiduciaire, la Cour sera en mesure d'ordonner le versement de dommages-intérêts ou toute autre réparation qui pourrait être appropriée—La prépondérance des inconvénients joue en faveur de l'intimé—Les appelants allèguent que leur relation de voisinage avec les résidents de Chilliwack sera troublée en cas de cession, mais la ville de Chilliwack s'est opposée à la demande d'injonction—Selon les appelants, la cession minerait l'intégrité de la demande de contrôle judiciaire puisqu'elle rendrait la décision théorique; toutefois, ils n'ont pris aucune mesure pour accélérer les procédures—Ils affirment que la cession devrait être suspendue jusqu'à ce que soit rendu un jugement de la Cour suprême du Canada dans une affaire qui n'a aucun rapport avec le cas qui nous occupe, mais il existe des incertitudes tant sur le moment où le jugement sera rendu que sur la question de savoir si

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

celui-ci résoudra la présente affaire—Le processus et l'issue des négociations sur les revendications territoriales ainsi que leur rapport avec le présent litige ne sont pas clairs—Plusieurs considérations jouent en faveur de l'intimé, notamment l'importance des terres à des fins publiques comme l'ajout d'une école, l'aménagement d'une bibliothèque et la construction d'habitations qui augmenteraient l'assiette fiscale de la ville—La ville recevrait aussi un paiement pour l'installation de services hors chantier et l'intégration des terres au sein de la communauté—Il est également pertinent de mentionner que les appelants ne se sont pas engagés à verser des dommages-intérêts—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 35.

BANDE INDIENNE DE SOOWAHLE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-656-01, 2001 CAF 387, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 11-12-01, 7 p.)

PRATIQUE**ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Requête des défendeurs sollicitant une ordonnance enjoignant à l'ancien avocat des demandresses de faire valoir les raisons pour lesquelles il ne devrait pas être condamné pour outrage au tribunal et une ordonnance rejetant l'action pour cause de retard ou d'abus de procédure l'avis de requête est signé par Keith Bowman, membre de la Law Society of British Columbia, qui représente les défenderesses qui sont des sociétés par actions—La première réparation sollicitée est une ordonnance enjoignant à M. Lipkus, l'ancien avocat des demandresses, de faire valoir les raisons pour lesquelles il ne devrait pas être condamné pour outrage au tribunal en raison du non-respect d'une ordonnance du juge Muldoon—Les défendeurs allèguent que M. Lipkus aurait fait une déclaration inexacte quant au nombre de personnes qui ont assisté à l'exécution de l'ordonnance—Le but de cette limitation de l'ordonnance du nombre de personnes qui peuvent assister est d'empêcher un climat d'intimidation au moment où l'ordonnance est signifiée et expliqué—Cela n'empêche pas de faire appel à des personnes additionnelles pour aider à l'enlèvement des marchandises une fois que l'ordonnance a été expliquée et que les défendeurs ont consenti à l'enlèvement des marchandises—Le rapport sur l'exécution de l'ordonnance qui est déposé auprès de la Cour devrait indiquer clairement qui était présent aux différents stades de l'exécution—Les défendeurs plaident que les demandresses ont tardé à faire progresser l'action—Les demandresses se justifient en rappelant le grand nombre de demandes interlocutoires dans la présente affaire et l'appel pendant au sujet de la requête en révision—La preuve de contrefaçon présentée sur la requête en révision n'est qu'une preuve *prima facie*, qui ne règle pas la question—Étant donné que les demandresses ont obtenu le droit de saisir les stocks des défendeurs en attendant l'instruction de l'affaire, il incombe aux demandresses de

PRATIQUE—Suite

prendre les mesures pour que l'instance progresse de manière expéditive—C'est là une obligation positive découlant de la réparation que la Cour a accordée aux demanderesse—Tout compte fait, on a tardé à faire progresser l'instance, mais il s'agit d'un retard auquel les défendeurs et la Cour ont contribué—Il ne serait pas approprié de rejeter la demande pour cause de retard ou pour abus de procédure—Le processus de gestion d'instance constitue une meilleure façon de traiter le problème—L'avocat avait transmis au greffe de la Cour, le 10 décembre 2001, un paquet de documents conformément à ses engagements—Il est inconvenant que les demanderesse et leurs avocats se comportent comme si la Cour allait leur accorder automatiquement des ordonnances Anton Piller de renouvellement, ratifier leurs saisies automatiquement et rendre jugement en leur faveur quand ils se décident à le demander—Les ordonnances en question sont des ordonnances discrétionnaires—Il se peut que M. Bowman ait simplement prêté son nom à cette procédure pour satisfaire à la règle voulant que les personnes morales soient représentées par avocat—Il faut payer le prix d'une telle conduite—Les allégations non prouvées de fraude ou d'autres fautes graves peuvent entraîner l'attribution de dépens sur une base avocat-client—Dépens sur les quatre requêtes adjugés contre les défendeurs et M. Bowman, soit 500 \$ contre M. Bowman et 1 000 \$ contre les défendeurs, solidairement M. Bowman ne doit pas recouvrer de ses clients les sommes qu'il doit payer, que ce soit à titre de débours ou de toute autre manière—Requête rejetée.

VIACOM HA! HOLDINGS C. PERSONNES INCONNUES (T-550-99, T-823-99, T-1058-98, T-1064-98, 2002 CFPI 13, juge Pelletier, ordonnance en date du 7-1-02, 21 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Interrogatoire préalable

Requête de la demanderesse visant à obtenir l'autorisation d'enregistrer sur bande magnétoscopique l'interrogatoire préalable de René Laplante, représentant de la défenderesse—Enregistrements sur bande magnétoscopique utilisés devant les tribunaux judiciaires pour fournir la meilleure preuve possible lorsqu'une preuve de *bene esse* ou obtenue par voie de commission rogatoire est nécessaire—Bande magnétoscopique régulièrement produite et accompagnée d'une transcription offrant à la Cour une meilleure preuve que la seule transcription écrite—L'interrogatoire préalable vise à informer à l'avance une partie de la preuve qu'elle devra réfuter à l'instruction et à obtenir des admissions qui la dispenseront d'offrir une preuve en bonne et due forme des faits—Il faut mettre en balance le fait que les témoignages enregistrés sur bande magnétoscopique constituent une meilleure preuve que leur seule transcription lorsqu'il est essentiel, à l'instruction, de recourir aux réponses

PRATIQUE—Suite

données à l'interrogatoire préalable pour attaquer la crédibilité d'un témoin, et la probabilité du fait que la déposition enregistrée sur bande magnétoscopique ne sera jamais présentée à l'instruction—Bien qu'il soit utile pour préciser et simplifier les questions à instruire, l'interrogatoire préalable est un des aspects les plus coûteux des litiges et peut constituer un des principaux éléments en faveur de l'arbitrage et d'autres pratiques de règlement extrajudiciaire des conflits—Aucune mesure accroissant le fardeau lié aux interrogatoires préalables ne devrait être prise si elle ne répond pas à un besoin bien défini—On n'a pas démontré qu'une bande magnétoscopique était nécessaire—Requête rejetée.

TAMKO ROOFING PRODUCTS, INC. C. IDEAL ROOFING CO. LTD. (T-426-00, 2002 CFPI 14, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 7-1-02, 5 p.)

Les demandeurs sollicitaient des ordonnances enjoignant au défendeur de répondre aux questions posées durant l'interrogatoire préalable de Leo Strowbridge, employé de l'État—Le Canada est membre de l'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (OPAN)—L'OPAN fixe des contingents de pêche pour les États membres, selon les votes des États membres, pour des régions maritimes comprises dans la Zone de la Convention—En septembre 1994, l'Opan a fixé le contingent de pêche de 1995 du flétan du Groenland pour la partie de la Zone de la Convention au large des Grands Bancs, à un total admissible des captures (TAC) de 27 000 tonnes—Le Canada craignait que l'Espagne et le Portugal ne se livrent à une surpêche dans la Zone de la Convention, au mépris du TAC de l'OPAN—Le navire des demandeurs, l'*Estai*, un chalutier espagnol, a été saisi par le Canada à 240 milles à l'est de ses côtes—Selon le Canada, au moment de la saisie, l'*Estai* pêchait le flétan du Groenland en contravention de la Loi sur la protection des pêches côtières, art. 5.2—Les demandeurs réclamaient contre le défendeur des dommages-intérêts pour violation du droit de propriété, voies de fait et navigation coupable, ainsi que des dommages-intérêts pour préjudice moral—Le 13 juillet 2001, les demandeurs ont procédé à l'interrogatoire préalable de Leo Strowbridge, un employé de l'État—Le Canada s'est opposé aux questions en invoquant la Loi sur la preuve au Canada, art. 37 et 38—Le défendeur devrait-il être contraint de répondre aux questions ainsi récusées par application de ces dispositions?—Le refus du défendeur de répondre aux questions à l'égard desquelles les demandeurs sollicitaient des ordonnances était fondé sur les raisons exposées par Brian Buckley dans les parties D et E d'un certificat portant la date du 10 avril 2001—M. Buckley a examiné 1 069 documents, puis a conclu que 676 d'entre eux ne devraient pas être divulgués, pour des raisons d'intérêt public—Il appartenait aux demandeurs de convaincre la Cour que l'intérêt public lié à la divulgation était impérieux au point qu'il devenait nécessaire d'examiner les documents afin de décider si la balance penchait

PRATIQUE—Suite

du côté de l'intérêt public relatif à cette divulgation plutôt que du côté de l'intérêt public favorisant la préservation du caractère confidentiel des renseignements—Puisque les demandeurs ne se sont pas acquittés de leur obligation, les ordonnances demandées ont été refusées—Il existait un intérêt public à ne pas divulguer les renseignements comme l'auraient voulu les demandeurs—La divulgation des renseignements demandés aurait été préjudiciable aux relations internationales du Canada—Les renseignements que les demandeurs cherchaient à obtenir n'établiront pas un fait crucial pour leur argumentation—Le défendeur n'était pas tenu de répondre aux questions posées le 13 juillet 2001—L'intérêt du Canada dans la protection de ses relations internationales actuelles et futures avec les pays étrangers l'emportait manifestement sur l'intérêt économique des demandeurs dans la divulgation des renseignements sur lesquels portaient leurs questions—Requêtes rejetées—Loi sur la protection des pêches côtières, L.R.C. (1985), ch. 33, art. 5.2 (édité par L.C. 1994, ch. 14, art. 2)—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 38.

JOSE PEREIRA E HIJOS, S.A. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (DES-2-01, DES-3-01, 2001 CFPI 1434, juge Nadon, ordonnance en date du 24-12-01, 18 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Les défendeurs avaient demandé, conformément à la règle 400(4) des Règles de la Cour fédérale (1998), une somme globale de 150 000 \$ au lieu des dépens à taxer—À la fin d'un procès qui avait duré huit jours, l'action en dommages-intérêts intentée contre les défendeurs à la suite d'un abordage entre deux grands vraquiers océaniques avait été rejetée avec dépens—Le montant des dommages-intérêts, avec les intérêts courus, s'élevait à 10 000 000 \$—La somme globale demandée correspondait à environ soixante pour cent des dépens entre l'avocat et son client—Les défendeurs ont entièrement eu gain de cause au procès—Les questions de droit en litige n'étaient pas complexes et dépendaient d'une conclusion de fait au sujet de la question de savoir si le navire défendeur était au mouillage lors de l'abordage—Toutefois, il n'était pas facile d'arriver à cette décision factuelle étant donné qu'il fallait tenir compte d'une multitude de questions techniques se rapportant à la navigation maritime et à l'architecture navale et qu'il fallait soupeser le témoignage de six experts—C'est la complexité des questions juridiques soulevées plutôt que la technologie en cause qu'il faut prendre en compte pour augmenter les dépens—La nature de la preuve factuelle d'expert relative aux questions de navigation et d'architecture navale ainsi que la structure du nouveau procès lui-même ont occasionné une grosse charge de travail avant, pendant et après le procès, ce qui justifiait l'octroi d'un montant supérieur à ce qui était prévu dans la colonne III—Les défendeurs n'ont pas réussi à établir que, compte tenu de la conduite de la demanderesse, une augmentation était

PRATIQUE—Suite

justifiée—De nouveaux rapports d'expert devaient être déposés de façon qu'il soit tenu compte du témoignage présenté par les navigateurs lors du procès initial—Les théories contradictoires des experts de la demanderesse n'étaient pas importantes aux fins de la décision et cela ne pouvait en soi et isolément justifier une augmentation—La Cour n'était pas d'accord pour dire que la cause de la demanderesse était dénuée de fondement—Toutefois, ce n'est que dans les cas les plus exceptionnels que la Cour peut s'écarter du tarif B dans l'attribution de dépens entre parties: *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.* (1998), 158 F.T.R. 233 (C.F. 1^{re} inst.)—La demande que les défendeurs avaient faite en vue d'obtenir une somme globale supérieure à ce qui était prévu au tarif B a été refusée—Le montant du mémoire de frais des défendeurs a été fixé au maximum de la fourchette de la colonne IV du tarif B, compte tenu des sommes en cause, de la complexité des questions de fait en litige, de la nature du travail et du fait que les dépens entre parties doivent avoir un lien raisonnable avec les frais réels du procès—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 400(4).

PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS C. FEDERAL DANUBE (LE) (T-2057-85, 2001 CFPI 1286, juge Lemieux, ordonnance en date du 23-11-01, 12 p.)

Demande de jugement par défaut dans laquelle les demanderesse sollicitent une injonction permanente et réclament des dommages-intérêts au montant de 3 000 \$, de même que des honoraires et débours de 22 828,70 \$, dont 12 531,87 \$ en honoraires d'enquêteurs privés—Il n'est pas usuel, dans les ordonnances Anton Piller, d'accorder le remboursement des honoraires d'enquêteurs privés au titre des débours—La question est de savoir si les honoraires d'enquêteurs font simplement partie des frais liés à l'exploitation de l'entreprise des demanderesse ou s'ils devraient être recouvrables des défendeurs au titre des débours—Les demanderesse font valoir que la conduite des défendeurs a été telle qu'elle appelle l'allocation des dépens sur une base autre que celle des frais entre parties—Les défendeurs ont continué à faire le commerce de marchandises contrefaites après le prononcé d'une injonction les enjoignant de s'en abstenir—La possibilité de recouvrer les honoraires d'enquêteurs ne doit pas dépendre de la conduite répréhensible des défendeurs—Les détenteurs de droits de propriété intellectuelle sont appelés à agir pour empêcher la violation de leurs droits, sans quoi ils risquent d'en être dépouillés—Les activités visant à assurer le respect des droits font partie intégrante de l'entreprise du détenteur de droits de propriété intellectuelle—Dans la mesure où les enquêteurs privés s'inscrivent dans ce cadre, leurs honoraires constituent des dépenses qui auraient été engagées de toute façon et qui, par conséquent, ne sont pas recouvrables—Les dépens devront être taxés conformément à la colonne 2, selon le nombre d'unités déterminé par l'officier taxateur—Aucuns dépens ne devront

PRATIQUE—Suite

être alloués pour des services se recoupant ou se répétant, comme ce fut le cas entre les avocats de Montréal et de Vancouver—Seuls les dépens se rapportant à l'obtention et à l'exécution de l'ordonnance Anton Piller, de même qu'au prononcé d'un jugement par défaut, sont recouvrables—Les défendeurs verseront aux demandresses la somme de 3 000 \$

PRATIQUE—Fin

défendeurs verseront aux demandresses la somme de 3 000 \$ au titre des dommages-intérêts—Injonction permanente accordée.

LOUIS VUITTON MALLETTIER, S.A. C. BAGS O'FUN INC.
(T-2569-96, 2002 CFPI 78, juge Pelletier, ordonnance en date du 24-1-02, 11 p.)

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
— Publishing
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Communication Canada
— Édition
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9