



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1994, Vol. 1, Part 3

1994, Vol. 1, 3^e fascicule

Cited as [1994] 1 F.C., 425-637

Renvoi [1994] 1 C.F., 425-637

Published by
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.
Acting Commissioner for Federal Judicial Affairs

Publié par
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.
Commissaire à la magistrature fédérale par intérim

Editorial Board

Executive Editor
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Senior Legal Editor
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Editors
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Bureau des arrêtiistes

Directeur général
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Arrêtiiste principal
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Arrêtiistes
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

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

Production Staff

Production and Publication Officer
LAURA VANIER
Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAL
Secretary
DENISE CÔTÉ

Services techniques

Préposée à la production et aux publications
LAURA VANIER
Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAL
Secrétaire
DENISE CÔTÉ

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

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

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

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

SOMMAIRE

Digests D-23

Fiches analytiques F-29

Aden v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) 625

Aden c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 625

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Application for judicial review of CRDD decision applicant excluded from definition of Convention refugee as serious reason to believe accomplice in Somalian government's crimes against humanity — Applicant holding administrative military positions — Aware of atrocities and human rights abuses, but echoing government's line of denial — Neither resigning position, nor speaking out against government — Application allowed — *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* setting out test for degree of complicity required to be accomplice — Applicant's

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a conclu que le requérant était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention puisqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il a été complice de crimes contre l'humanité commis par le gouvernement somalien — Le requérant a détenu des postes dans l'administration militaire — Il était conscient des atrocités et des violations des droits de la personne commises, mais il a véhiculé le message du gouvernement, qui consistait à nier les abus — Il n'a pas démissionné de son poste, ni ne s'est exprimé publi-

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

actions not disclosing personal and knowing participation in persecutorial acts — Positions held remote from scene of persecutorial acts, decision-making resulting therein — Unnecessary to resign commission, leave military, flee country or speak out publicly to insulate from complicity.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee although life would be in grave jeopardy if returned to Somalia because excluded from application of Convention as person whom serious reasons to believe committed crime against humanity — Argument contravention of Charter, ss. 7, 12 rejected as proceeding not dealing with execution of deportation order.

Canada (Attorney General) v. Horn (T.D.)..... 453

Public Service — Termination of employment — Abandonment of position — Application to set aside Adjudicator's decision respecting grievance under PSSRA, s. 92(1) — Respondent not returning to work after educational leave as in area circumscribed by razor wire during stand-off between Canadian Forces, Indians at Kanesatake — Employer declaring respondent absent for reasons within own control under PSEA, s. 27 — Adjudicator holding declaration of abandonment in fact disciplinary discharge — No error in application of law — No intention on respondent's part to abandon position — No specific requirements established by law for finding of particular facts by Adjudicator — Ample evidence supporting Adjudicator's finding made within jurisdiction under s. 92(1) — Employer not having acted in good faith.

Khakh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 548

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board applicant not having credible basis for Convention refugee claim — Applicant's counsel twice requiring use of interpreter as applicant not sufficiently fluent in English — Adjudicator denying request on both occasions — Request finally granted after Adjudicator stating for record applicant's ability in English having deteriorated since first appearance — Adjudicator's comments raising reasonable apprehension of bias — Authors, case law on waiver reviewed — Reasonable apprehension of bias to be raised at first oppor-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

quement contre le gouvernement — Demande accueillie — L'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* a établi le critère du degré de complicité requis pour être complice — Les actes du requérant ne révèlent aucune participation personnelle et consciente aux actes de persécution — Les postes détenus étaient loin des lieux où les actes de persécution ont été commis et des décisions relatives aux actes de persécution — Il n'était pas nécessairement tenu de démissionner de son poste, de quitter l'armée, de fuir le pays ou de s'exprimer publiquement pour ne pas être complice.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a conclu que, bien qu'il coure un grave danger s'il est renvoyé en Somalie, le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention puisqu'il est exclu de l'application des dispositions de celle-ci pour le motif qu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'il a commis des crimes contre l'humanité — L'argument portant qu'il y a violation des art. 7 et 12 de la Charte est écarté puisque l'affaire ne met pas en cause l'exécution d'une mesure d'expulsion.

Canada (Procureur général) c. Horn (1^{re} inst.)..... 453

Fonction publique — Fin d'emploi — Abandon de poste — Demande d'annulation de la décision rendue par l'arbitre à l'égard d'un grief présenté en vertu de l'art. 92(1) de la LRTFP — Après avoir pris un congé d'études, l'intimée n'est pas retournée travailler, parce qu'elle était dans une zone encerclée d'un barbelé fait de fil plat tranchant lors d'un affrontement entre les Forces canadiennes et les Indiens à Kanesatake — En vertu de l'art. 27 de la LEFP, l'employeur a déclaré que l'absence de l'intimée ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté — L'arbitre a conclu que la déclaration d'abandon constituait de fait un congédiement disciplinaire — Absence d'erreur dans l'application de la loi — Absence d'intention de la part de l'intimée d'abandonner son poste — Absence d'exigences expresses établies par la loi permettant à l'arbitre de tirer une conclusion à l'égard de faits particuliers — Existence de nombreux éléments de preuve étayant la conclusion tirée par l'arbitre dans l'exercice de sa compétence en vertu de l'art. 92(1) — L'employeur n'avait pas agi de bonne foi.

Khakh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 548

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire contre la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la revendication par le requérant du statut de réfugié n'avait pas un minimum de fondement — Le conseil du requérant a demandé à deux reprises les services d'un interprète puisque le requérant ne savait pas suffisamment l'anglais — L'arbitre a rejeté la demande les deux fois — Demande finalement accueillie après que l'arbitre eut fait consigner au dossier que l'anglais du requérant s'était détérioré depuis sa première comparution — Les propos tenus

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

tunity — Applicant not waiving right to object as unaware of right, not represented by lawyer.

M.N.R. v. Leung (T.D.)..... 482

Income tax — Practice — Determination of 3 questions of law in appeal from Tax Court judgment holding Income Tax Act, s. 227(10) assessment invalid as incomplete — S. 227.1 making directors jointly and severally liable with corporation for unpaid remittances — Defendant, director of corporation failing to remit amounts deducted and withheld for employees' income tax (federal and provincial), U.I. premiums, C.P.P. contributions — Corporation assessed, certificates registered, execution of amounts owing unsatisfied — Defendant assessed under ss. 227(10) and 227.1 — Notice of assessment setting out aggregate liability, referring to four statutes, relevant provisions thereunder, but not separately identifying amounts owing under each statute — S. 152(3) stating tax liability not affected by incorrect, incomplete assessment — S. 152(8) declaring assessment valid notwithstanding defect, error or omission — (1) In absence of statutory condition as to form or content of notice of assessment, and in light of ss. 152(3) and (8), notice of assessment valid — (2) Minister not required to provide copies of corporate assessments in notice issued to defendant — (3) Assessment issued by proper authority.

Income tax — Corporations — Corporation failing to remit amounts deducted re: employees' income tax, U.I. premiums, C.P.P. contributions — Corporation placed into receivership — Defendant was Treasurer of corporation — Assessment notices issued to corporation — Certificates registered against corporation at Federal Court — Defendant assessed under I.T.A., s. 227(10), C.P.P., s. 221, U.I. Act, s. 68.1 — Assessment of defendant setting out aggregate liability valid although not indicating amounts owing under each statute — M.N.R. not required to provide particulars of corporate assessment when notice of assessment sent to defendant.

Montana Band v. Canada (T.D.)..... 425

Evidence — Judicial notice — Application for directions as to admissibility of 15 historical treatises on history of Canadian Prairies and Plains Cree or other Canadian Indians — Plaintiffs wanting treatises available for Court to take judicial notice of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

par l'arbitre justifiaient une crainte raisonnable de préjugé — Revue de la doctrine et de la jurisprudence en matière de renonciation — La crainte raisonnable de préjugé doit être invoquée à la première occasion — Le requérant n'a pas renoncé à son droit d'objection parce qu'il n'en était pas conscient et qu'il n'était pas représenté par avocat.

M.R.N. c. Leung (1^{re} inst.)..... 482

Impôt sur le revenu — Pratique — Règlement de trois questions de droit en appel d'un jugement de la Cour de l'impôt décidant qu'une cotisation fondée sur l'art. 227(10) de la Loi de l'impôt sur le revenu est invalide car incomplète — L'art. 227.1 rend les administrateurs solidairement responsables, avec la corporation, du paiement des retenues salariales — Le défendeur est administrateur d'une corporation ayant manqué de verser les sommes déduites et retenues au titre de l'impôt sur le revenu des employés (fédéral et provincial), des primes d'assurance-chômage et des cotisations au R.P.C. — La cotisation a été établie à l'égard de la corporation, des certificats ont été enregistrés, la saisie-exécution s'est avérée futile — Le défendeur est cotisé en vertu des art. 227(10) et 227.1 — L'avis de cotisation porte sur la dette fiscale globale, citant quatre textes de loi et les dispositions pertinentes de chacun, mais ne précisant pas les sommes dues au titre de chacune de ces lois — L'art. 152(3) fixant l'obligation fiscale n'est en rien affecté par une cotisation incorrecte ou incomplète — L'art. 152(8) prévoit qu'une cotisation est réputée valide malgré les vices de forme, les erreurs ou les omissions — (1) En l'absence d'une exigence d'une texte de loi quant à la forme ou à la teneur de l'avis de cotisation, et compte tenu de l'art. 152(3) et (8), l'avis de cotisation est valide — (2) Le ministre n'est pas tenu de fournir, dans l'avis de cotisation délivré au défendeur, une copie des cotisations établies au nom de la corporation — (3) La cotisation a été émise par les autorités compétentes.

Impôt sur le revenu — Corporations — La corporation a omis de verser les sommes retenues au titre de l'impôt sur le revenu des employés, des primes d'assurance-chômage et des cotisations au R.P.C. — La corporation est mise sous séquestre — Le défendeur était trésorier de la corporation — Les avis de cotisation ont été délivrés à la corporation — Des certificats ont été enregistrés, auprès de la Cour fédérale, à l'encontre de la corporation — Le défendeur a été imposé en vertu de l'art. 227(10) de la L.I.R., 221 du R.P.C. et 68.1 de la L.A.-C — La cotisation du défendeur correspondant au total de la dette fiscale est valide bien qu'elle ne précise pas les montants dus au titre de chacun des textes de loi — Le M.R.N. n'est pas tenu de fournir les détails de la cotisation de la corporation dans l'avis de cotisation délivré au défendeur.

Bande indienne Montana c. Canada (1^{re} inst.)..... 425

Preuve — Connaissance d'office — Demande de directives concernant la recevabilité de quinze études historiques traitant de l'histoire des Prairies canadiennes et des Indiens cris des plaines et d'autres Indiens du Canada — Les demandeurs veu-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

matters referred to therein — As judicial notice may involve reliance on judge's own research or knowledge, inappropriate to treat such knowledge or research as "admissible" evidence because would not form part of trial record — No ruling on "admissibility" *per se* because judicial notice used in lieu of proof — No precise directions as to which treatises, or portions thereof, can be considered by Court until portions to which counsel intending to refer identified, and particular facts of which Court can take judicial notice based on such passages explained — Criteria for taking judicial notice set out — Reference to passages of assistance in taking judicial notice of objectifiable events permissible — Should be to descriptions of events and actions, not to interpretation and characterization thereof — Interpretation of intentions and purposes of events or actions function of Court — Opinions not considered unless submitted in accordance with Federal Court Rules re: expert evidence and availability of witness for cross-examination — Assessment of reliability and weight of references and adjudication of contradictions among authors Court's responsibility — No treatise conclusive on any particular fact.

Murray v. Canada (Minister of Health and Welfare) (T.D.) 603

Construction of statutes — Retrospective application of statutes — Action for declaration Canada Pension Plan, s. 53.2(1) contrary to Charter, s. 15 — S. 53.2 permitting application for division of pension credits within thirty-six months of obtaining decree absolute of divorce rendered on or after January 1, 1978 — Plaintiff divorced in 1974 — In 1984 applying under s. 53.2 — Whether "event-related" (Charter violation related to discrete event occurring prior to coming into force of Charter) or "status-related" case (ongoing state of affairs) — Requiring consideration of (i) Charter provision relied upon, (ii) challenged statutory provision (iii) relevant event or ongoing condition — (i) Charter, s. 15 broad enough to apply to discrimination of ongoing nature — (ii) Date in statutory provision suggesting event contemplated by provision should be given significant regard — (iii) Alleged discrimination created by s. 53.2(1) between persons divorced before and after specified date event related — If Charter relief available would eliminate distinction based on when decree absolute granted — No cause of action as would require retrospective application of Charter.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

lent mettre ces études à la disposition de la Cour pour qu'elle prenne connaissance d'office des sujets qui y sont traités — Comme les juges peuvent, pour prendre connaissance d'office, se fonder sur leurs propres recherches ou leurs propres connaissances, il ne convient pas de considérer les propres connaissances ou les propres recherches du juge comme une preuve «recevable», car ce genre de preuve ne fait jamais partie du dossier officiel de la cause — La Cour ne statue pas sur la «recevabilité» à proprement parler car la connaissance d'office remplace la preuve — La Cour ne donne pas non plus de directives précises quant aux études ou extraits d'études qu'elle peut examiner tant que l'avocat n'a pas indiqué les extraits auxquels il souhaite la renvoyer et tant qu'il ne lui a pas expliqué les faits particuliers dont elle peut en prendre connaissance d'office à la lumière de ces extraits — Indication des critères applicables à la connaissance d'office — Il est permis de faire référence à des passages utilisés pour aider la Cour à prendre connaissance d'office des événements susceptibles d'être rendus concrets — Les renvois doivent porter sur des descriptions d'événements ou d'actes et non sur des passages interprétant ou caractérisant ces événements ou actes — Il appartient à la Cour d'interpréter les intentions et les buts de ces événements ou actes — Il n'est pas tenu compte des opinions sauf lorsqu'elles proviennent d'experts témoignant conformément aux Règles de la Cour fédérale et se prêtant au contre-interrogatoire — Il appartient à la Cour d'évaluer la fiabilité et la force probante de ces renvois et de trancher les contradictions entre les auteurs — Aucune étude ne peut être considérée comme concluante à l'égard d'un fait particulier.

Murray c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social) (1^{re} inst.) 603

Interprétation des lois — Application rétroactive des lois — Action en jugement déclaratoire portant que l'art. 53.2(1) du Régime de pensions du Canada va à l'encontre de l'art. 15 de la Charte — L'art. 53.2 permet de demander le partage du droit à pension dans les trente-six mois suivant l'obtention d'un jugement irrévocable de divorce rendu le 1^{er} janvier 1978 ou après cette date — La demanderesse a divorcé en 1974 — En 1984, elle a présenté une demande fondée sur l'art. 53.2 — S'agit-il d'un cas «lié à des événements» (cas de violation de la Charte lié à un événement précis et isolé survenant avant l'entrée en vigueur de celle-ci) ou d'un cas «lié à une situation» (situation en cours) — Pour trancher cette question, il faut examiner i) la disposition de la Charte invoquée, ii) la disposition législative contestée et iii) l'événement pertinent ou la condition en cours — i) L'art. 15 de la Charte est d'une portée assez large pour en étendre l'application à une discrimination de nature persistante — ii) La date mentionnée dans la disposition législative laisse entendre qu'il faut accorder une importance considérable à l'événement envisagé par cette disposition — iii) La discrimination que créerait l'art. 53.2(1) entre les personnes divorcées avant et après la date précisée est liée à un événement — L'octroi d'une réparation fondée sur la Charte éliminerait la distinction reposant sur le moment de l'octroi d'un jugement irrévocable de divorce — Il n'existe

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Pensions — Plaintiff seeking declaration Canada Pension Plan, s. 53.2(1) unconstitutional as contrary to Charter, s. 15 — S. 53.2 permitting application for division of pension credits within thirty-six months of obtaining decree absolute of divorce rendered on or after January 1, 1978 — Plaintiff divorced in 1974 — In 1984 applying under s. 53.2 — Claim involving retrospective application of Charter — No viable cause of action.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Statement of claim seeking declaration Canada Pension Plan, s. 53.2(1) unconstitutional as contrary to Charter, s. 15 — S. 53.2 permitting application for division of pension credits within thirty-six months of obtaining decree absolute of divorce rendered on or after January 1, 1978 — Plaintiff divorced in 1974 — In 1984 applying under s. 53.2 — Whether “event related” case where no Charter remedy or “status related” case where remedy if ongoing Charter violation — Claim involving retrospective application of Charter — Rule against retrospective application of statutes applies to Charter.

Natural Law Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp. (T.D.) 580

Broadcasting — Application for interlocutory injunction requiring CBC to include leader of Natural Law Party in telecasts of leaders' debates during federal election campaign — Participants in debates determined by consensus within Broadcasters' Consortium to include leaders of five major parties — CBC having no power to unilaterally include other participants — Jurisdiction as to relief sought assigned to CRTC under Broadcasting Act, ss. 12(2), 18(1)(d) — Court not assuming role of regulator on matters within CRTC jurisdiction — New Broadcasting Act strengthening broadcasters' rights to freedom of expression — Interlocutory injunction would give applicants remedy without trial — Legal test of serious issue not met.

Elections — Due to large number of political parties contesting federal election, Broadcasters' Consortium establishing criteria for inclusion of leaders in telecast debates — Party not meeting criteria seeking interim order declaring law requires CBC to include its leader — CBC acting as broadcaster, not as government agent when participating in Consortium — Court not to assume role of regulator or to dictate agenda of political

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

aucune cause d'action puisque, autrement, il faudrait une application rétroactive de la Charte.

Pensions — La demanderesse conclut à un jugement déclaratoire portant que l'art. 53.2(1) du Régime de pensions du Canada est inconstitutionnel parce qu'il va à l'encontre de l'art. 15 de la Charte — L'art. 53.2 permet de demander le partage du droit à pension dans les trente-six mois suivant l'obtention d'un jugement irrévocable de divorce rendu le 1^{er} janvier 1978 ou après cette date — La demanderesse a divorcé en 1974 — En 1984, elle a présenté une demande fondée sur l'art. 53.2 — Cette demande nécessite l'application rétroactive de la Charte — Aucune cause d'action valable.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Il est demandé dans la déclaration un jugement portant que l'art. 53.2(1) du Régime de pensions du Canada est inconstitutionnel puisqu'il va à l'encontre de l'art. 15 de la Charte — L'art. 53.2 permet de demander le partage du droit à pension dans les trente-six mois suivant l'obtention d'un jugement irrévocable de divorce rendu le 1^{er} janvier 1978 ou après cette date — La demanderesse a divorcé en 1974 — En 1984, elle a présenté une demande fondée sur l'art. 53.2 — S'agit-il d'un cas «relié à des événements» où il n'existe aucune réparation fondée sur la Charte ou d'un cas «relié à une situation» où il y a réparation s'il existe une violation continue de la Charte? — Demande nécessitant l'application rétroactive de la Charte — La règle interdisant l'application rétroactive des lois s'applique à la Charte.

Parti de la loi naturelle du Canada c. Société Radio-Canada (1^{re} inst.) 580

Radiodiffusion — Demande d'injonction interlocutoire afin que la SRC (CBC) invite le chef du Parti de la loi naturelle à participer aux débats des chefs diffusés à la télévision pendant la campagne électorale fédérale — Le choix des participants aux débats a fait l'objet d'un consensus au sein du regroupement de radiodiffuseurs et s'est porté sur les chefs des cinq principaux partis — La SRC n'avait aucunement le droit d'inviter, à son gré, d'autres participants — En vertu des art. 12(2) et 18(1)d) de la Loi sur la radiodiffusion, le CRTC a compétence à l'égard du redressement demandé — La Cour ne doit pas se substituer au CRTC pour régler les questions qui relèvent de la compétence de cet organisme — La nouvelle Loi sur la radiodiffusion renforce le droit des radiodiffuseurs à la liberté d'expression — Une injonction interlocutoire aurait pour effet d'accorder aux requérants le redressement demandé sans procéder à l'instruction — Les requérants ne satisfont pas au critère juridique selon lequel une question sérieuse doit être tranchée.

Élections — En raison du grand nombre de partis politiques briguant les suffrages au scrutin fédéral, le regroupement de radiodiffuseurs a établi des critères de participation aux débats des chefs qui devaient être radiodiffusés — Un parti n'ayant pas satisfait aux critères cherche à obtenir une ordonnance provisoire déclarant que la loi exige de la SRC qu'elle invite le chef du parti à participer aux débats — Dans le cadre du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

debate — Dangers resulting from court interference with journalism to satisfy demands of group seeking increased media attention on freedom of expression grounds.

Peeters v. Canada (C.A.) 562

Crown — Torts — Appeal from Trial Division decision awarding compensatory, punitive damages re: assault following hostage-taking in penitentiary — Convict assaulted by guards while being taken to hospital by ambulance — Whether Crown vicariously responsible as employer for punitive damages under Crown Liability Act, ss. 3, 10 — Degree of complicity by employer required — Inadequacy of guards' training amounting to complicity.

Penitentiaries — Civilian CSC employee taken hostage, injured by convict — Convict subdued, sent to hospital by ambulance — CSC guards assigned to escort convict, still upset by hostage-taking incident, assaulted convict in ambulance while naked, strapped to stretcher — Crown appealing award of punitive damages — Award justified as inadequacy of training of escort sufficient to establish complicity — Guards not trained such that reasonable restraint second nature as necessary in case of employees expected to use force.

Damages — Non-compensatory — Exemplary — Vicarious responsibility of Crown as employer for punitive damages under Crown Liability Act, ss. 3, 10 — Compensatory, aggravated, punitive damages distinguished — Crown subject to punitive damages as assimilated to private persons under s. 3 — Whether blameless employer subject to punitive damages for employee's fault — Authors reviewed, case law silent — Punitive damages based on deterrent effect — Employer's complicity required for award of punitive damages.

Seaspan International Ltd. v. Canada (T.D.) 524

Customs and Excise — Excise Tax Act — Act, s. 3, Part VI, Sch. III and s. 23(8)(c) exempting from sales and excise taxes diesel fuel and fuel oil respectively used in generation of electricity, unless used primarily in operation of vehicle — Determination of question of law: whether "vehicle" including

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

regroupement de radiodiffuseurs, la SRC agit à titre de radiodiffuseur, et non comme mandataire de l'État — La Cour ne doit pas se substituer à l'organisme de réglementation ni déterminer le programme de radiodiffusion des débats politiques — L'intervention judiciaire dans le domaine journalistique, visant à donner suite aux demandes de groupes qui cherchent à obtenir une plus grande attention de la part des médias concernant la liberté d'expression, comporte des risques.

Peeters c. Canada (C.A.) 562

Couronne — Responsabilité délictuelle — Appel contre la décision de la Section de première instance qui a accordé des dommages-intérêts proprement dits ainsi que des dommages-intérêts punitifs pour voies de fait faisant suite à une prise d'otage dans un pénitencier — Détenu assailli par des gardiens alors qu'il était conduit à l'hôpital en ambulance — Il échet d'examiner si l'État est, par application des art. 3 et 10 de la Loi sur la responsabilité de l'État, tenu à la responsabilité du fait d'autrui en sa qualité d'employeur — Il faut qu'il y ait un certain degré de complicité — Le manque de formation des gardiens suffit pour établir la complicité.

Pénitenciers — Employé civil du SCC pris en otage et blessé par un détenu — Ce détenu a été maîtrisé et emmené en ambulance à l'hôpital — Des gardiens du SCC chargés de l'escorter et qui étaient encore sous le coup de la colère après la prise d'otage, ont battu le détenu qui était couché nu, attaché à une civière — Appel de la Couronne contre la décision la condamnant aux dommages-intérêts — Ceux-ci sont justifiés puisque le manque de formation des gardiens de l'escorte suffit pour établir la complicité — Les gardiens n'ont pas reçu une formation telle que la retenue raisonnable serait devenue une seconde nature, nécessaire chez des employés entraînés à faire usage de la force.

Dommages-intérêts — Non compensatoires — Exemplaires — Responsabilité du fait d'autrui de l'État employeur, pour dommages-intérêts punitifs dans le cadre des art. 3 et 10 de la Loi sur la responsabilité de l'État — Distinction entre dommages-intérêts proprement dits, dommages-intérêts majorés et dommages-intérêts punitifs — L'État peut être condamné aux dommages-intérêts punitifs puisqu'il est assimilé à une personne physique par l'art. 3 — Il échet d'examiner si l'employeur qui n'a commis aucune faute peut être condamné aux dommages-intérêts punitifs par suite d'une faute de son employé — Revue de la doctrine, silence de la jurisprudence sur ce point — Fondement dissuasif des dommages-intérêts punitifs — Il faut qu'il y ait un degré de complicité de l'employeur pour le condamner aux dommages-intérêts punitifs.

Seaspan International Ltd. c. Canada (1^{re} inst.) 524

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Les art. 3, Partie VI, annexe III, et 23(8)c) de la Loi exemptent respectivement des taxes de vente et d'accise le mazout et le carburant diesel servant à la production d'électricité, sauf le cas où l'électricité produite est principalement utilisée pour faire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

tugboats, train ships — Principles of statutory interpretation applicable to taxing statutes — Reference to Parliamentary debates, departmental interpretation, dictionary definitions, case law — “Vehicle” including tugboats, train ships.

Construction of statutes — Excise Tax Act, s. 3, Part VI, Sch. III and s. 23(8)(c) — Plain meaning rule now applied to taxing statutes replacing strict interpretation whereunder ambiguities in charging provision resolved in taxpayer’s favour — Parliament’s intention determined by examining Act in total context — Object of Act to raise revenue by imposing tax on all diesel fuel except such fuel used to generate electricity — Exemption not applicable if electricity used to operate vehicle — Meaning of “vehicle” — Word not defined in Act — More purposive or functional inquiry allowing reference to Parliamentary debates, departmental interpretation, case law, dictionary definitions — “Vehicle” reasonably interpreted as including tugboats, train ships — Interpretation in keeping with tenor of Act, intention of Parliament.

Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) 433

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Convention refugee claim denied on basis of U.N. Convention on status of refugees, Art. 1(F)(a) on ground claimant had committed crimes against humanity — Complicity in international crimes — Definition of crimes against humanity — Standard of proof in Convention, Art. 1(F)(a) (serious reason for considering person has committed crime against humanity) requiring more than suspicion or conjecture, but less than proof on balance of probabilities — Association with organization responsible for international crimes may constitute complicity in case of personal and knowing participation and toleration of crimes, especially where person in position of leadership or command within organization.

Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) 589

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — CRDD holding appellant not Convention refugee because of internal flight alternative (IFA) although faced serious risk to life in north of Sri Lanka — Nature of IFA as set out in *Rasaratnam* — F.C.A. in *Bindra*, followed in *Sharbdeen* (F.C.T.D.), confusing obligation on Minister or Board to warn

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

fonctionner un véhicule — Décision sur un point de droit, savoir si «véhicule» s’entend également des remorqueurs et des transbordeurs — Principes d’interprétation des lois applicables aux lois fiscales — Citation des débats parlementaires, de l’interprétation faite par le Ministère, des définitions des dictionnaires, de la jurisprudence — «Véhicule» s’entend également des remorqueurs et des transbordeurs.

Interprétation des lois — Art. 3, Partie VI, annexe III, et 23(8)c) de la Loi — La règle du sens ordinaire s’applique maintenant à l’interprétation des lois fiscales, en remplacement de la doctrine de l’interprétation stricte qui voulait que toute ambiguïté fût tranchée en faveur du contribuable — La Loi doit être envisagée dans son ensemble pour dégager la volonté du législateur — Elle a pour objet de réaliser des recettes par l’application d’une taxe au carburant diesel quelle qu’en soit la destination, à l’exception du carburant diesel qui sert à la production de l’électricité — L’exemption n’est pas applicable si l’électricité produite sert au fonctionnement d’un véhicule — Sens du mot «véhicule» — Ce terme n’est pas défini dans la Loi — Une analyse plus téléologique ou fonctionnelle permet de s’appuyer sur les débats parlementaires, l’interprétation donnée par le Ministère, la jurisprudence et les définitions des dictionnaires — «Véhicule» peut s’interpréter raisonnablement comme s’entendant aussi des remorqueurs et des transbordeurs — Interprétation conforme à la teneur de la Loi et à la volonté du législateur.

Sivakumar c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (C.A.) 433

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention a été rejetée compte tenu de l’art. 1Fa) de la Convention des N.U. relative au statut des réfugiés, pour le motif que l’intéressé avait commis des crimes contre l’humanité — Complicité dans la perpétration de crimes internationaux — Définition des crimes contre l’humanité — La norme de preuve requise par l’art. Fa) de l’article premier (raisons sérieuses de penser qu’une personne a commis des crimes contre l’humanité) exige plus qu’une suspicion ou une conjecture, mais moins qu’une preuve selon la prépondérance des probabilités — L’association avec une organisation responsable de la perpétration de crimes internationaux peut emporter complicité si l’intéressé a personnellement participé à ces crimes ou les a sciemment tolérés, en particulier lorsque celui-ci occupe un poste de direction ou de commandement au sein de l’organisation.

Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (C.A.) 589

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — La SSR a conclu que l’appelant n’était pas un réfugié au sens de la Convention, étant donné la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, bien que la vie de l’appelant risque sérieusement d’être en danger dans le nord du Sri Lanka — La nature de la possibilité de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

claimant IFA issue will be raised with obligation to establish facts of Convention refugee claim, which rests with claimant — When IFA must be sought — Objective test — Question whether unduly harsh to expect persecuted person to move to less hostile part of country before seeking refugee status abroad — IFA must be attainable option as accessible to claimant, not theoretical.

SOMMAIRE (Fin)

refuge dans une autre partie du même pays telle qu'elle est exposée dans l'arrêt *Rasarathnam* — La C.A.F. dans l'arrêt *Bindra*, suivi par l'arrêt *Sharbdeen* (C.F. 1^{re} inst.), a confondu l'obligation pour le ministre ou la Commission d'avertir le demandeur que la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays sera soulevée avec celle qui incombe au demandeur de prouver les faits qui justifient sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention — Quand faut-il recourir à la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays? — Critère objectif — La question est de savoir s'il serait trop sévère de s'attendre à ce que celui qui est persécuté déménage dans une partie moins hostile de son pays avant de revendiquer le statut de réfugié à l'étranger — La possibilité de refuge dans une autre partie du même pays ne peut être seulement théorique, elle doit être une option abordable.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1994, Vol. 1, Part 3

1994, Vol. 1, 3^e fascicule

T-624-87

Montana Band, Chief Leo Cattleman, Marvin Buffalo, Rema Rabbit, Carl Rabbit and Darrell Strongman, Councillors of the Montana Band, suing on their own behalf and on behalf of the members of the Montana Band of Indians, Samson Band, Chief Victor Buffalo, Larron Northwest, Roland Littlepoplar, Dolphus Buffalo, Frank Buffalo, Raymond Lightning, Stan Crane, Lawrence Saddleback, Todd (Chester) Buffalo, Arnupp Klouis, Lester B. Nepoose, Jim Omeasoo and Robert Sampy, Councillors of the Samson Band, suing on their own behalf and on behalf of the members of the Samson Band of Indians, Ermineskin Band, Chief Eddie Littlechild and Ken Cutarm, Gerry Ermineskin, John Ermineskin, Lester Fraynn, Brian Lee, Gordon Lee, Arthur Littlechild, Richard Littlechild, Emily Minde, Lawrence Rattlesnake, Curtis Ermineskin and Maurice Wolfe, Councillors of the Ermineskin Band, suing on their own behalf and on behalf of the members of the Ermineskin Band of Indians, Louis Bull Band, Chief Simon Threefingers, Harrison Bull, Stan Deschamps, Winnie Bull, George Deschamps, Jerry Moonais, Henry Raine and Herman Roasting, Councillors of the Louis Bull Band, suing on their own behalf and on behalf of the members of the Louis Bull Band of Indians (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

INDEXED AS: MONTANA BAND v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Strayer J.—Calgary, September 1; Ottawa, September 9, 1993.

Evidence — Judicial notice — Application for directions as to admissibility of 15 historical treatises on history of Canadian Prairies and Plains Cree or other Canadian Indians — Plaintiffs wanting treatises available for Court to take judicial notice of matters referred to therein — As judicial notice may involve reliance on judge's own research or knowledge, inappropriate to treat such knowledge or research as "admissible" evidence because would not form part of trial record — No ruling on "admissibility" per se because judicial notice used in lieu of proof — No precise directions as to which treatises, or portions thereof, can be considered by Court until portions to which counsel intending to refer identified, and particular

T-624-87

La bande indienne Montana, son chef Leo Cattleman et ses conseillers Marvin Buffalo, Rema Rabbit, Carl Rabbit et Darrell Strongman, estant en leur nom personnel et en celui des membres de la bande, la bande indienne Samson, son chef Victor Buffalo et ses conseillers Larron Northwest, Roland Littlepoplar, Dolphus Buffalo, Frank Buffalo, Raymond Lightning, Stan Crane, Lawrence Saddleback, Todd (Chester) Buffalo, Arnupp Klouis, Lester B. Nepoose, Jim Omeasoo et Robert Sampy, estant en leur nom personnel et en celui des membres de la bande, la bande indienne Ermineskin, son chef Eddie Littlechild et ses conseillers Ken Cutarm, Gerry Ermineskin, John Ermineskin, Lester Fraynn, Brian Lee, Gordon Lee, Arthur Littlechild, Richard Littlechild, Emily Minde, Lawrence Rattlesnake, Curtis Ermineskin et Maurice Wolfe, estant en leur nom personnel et en celui des membres de la bande, la bande indienne Louis Bull, son chef Simon Threefingers et ses conseillers Harrison Bull, Stan Deschamps, Winnie Bull, George Deschamps, Jerry Moonais, Henry Raine et Herman Roasting, estant en leur nom personnel et en celui des membres de la bande (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE MONTANA c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Strayer—Calgary, 1^{er} septembre; Ottawa, 9 septembre 1993.

Preuve — Connaissance d'office — Demande de directives concernant la recevabilité de quinze études historiques traitant de l'histoire des Prairies canadiennes et des Indiens cris des plaines et d'autres Indiens du Canada — Les demandeurs veulent mettre ces études à la disposition de la Cour pour qu'elle prenne connaissance d'office des sujets qui y sont traités — Comme les juges peuvent, pour prendre connaissance d'office, se fonder sur leurs propres recherches ou leurs propres connaissances, il ne convient pas de considérer les propres connaissances ou les propres recherches du juge comme une preuve «recevable», car ce genre de preuve ne fait jamais partie du dossier officiel de la cause — La Cour ne statue pas sur

facts of which Court can take judicial notice based on such passages explained — Criteria for taking judicial notice set out — Reference to passages of assistance in taking judicial notice of objectifiable events permissible — Should be to descriptions of events and actions, not to interpretation and characterization thereof — Interpretation of intentions and purposes of events or actions function of Court — Opinions not considered unless submitted in accordance with Federal Court Rules re: expert evidence and availability of witness for cross-examination — Assessment of reliability and weight of references and adjudication of contradictions among authors Court's responsibility — No treatise conclusive on any particular fact.

la «recevabilité» à proprement parler car la connaissance d'office remplace la preuve — La Cour ne donne pas non plus de directives précises quant aux études ou extraits d'études qu'elle peut examiner tant que l'avocat n'a pas indiqué les extraits auxquels il souhaite la renvoyer et tant qu'il ne lui a pas expliqué les faits particuliers dont elle peut en prendre connaissance d'office à la lumière de ces extraits — Indication des critères applicables à la connaissance d'office — Il est permis de faire référence à des passages utilisés pour aider la Cour à prendre connaissance d'office des événements susceptibles d'être rendus concrets — Les renvois doivent porter sur des descriptions d'événements ou d'actes et non sur des passages interprétant ou caractérisant ces événements ou actes — Il appartient à la Cour d'interpréter les intentions et les buts de ces événements ou actes — Il n'est pas tenu compte des opinions sauf lorsqu'elles proviennent d'experts témoignant conformément aux Règles de la Cour fédérale et se prêtant au contre-interrogatoire — Il appartient à la Cour d'évaluer la fiabilité et la force probante de ces renvois et de trancher les contradictions entre les auteurs — Aucune étude ne peut être considérée comme concluante à l'égard d'un fait particulier.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.
International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.
Rupert's Land and North-Western Territory Order, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 9 (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 3).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, L.R.C., 1985, appendice II, n° 9 (mod. par Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 3).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Sioui, [1990] 1 S.C.R. 1025; (1990), 30 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22.

CONSIDERED:

R. v. White and Bob (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; 52 W.W.R. 193 (B.C.C.A.).

REFERRED TO:

Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia, [1973] S.C.R. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R. 1; R. v. Jones, [1986] 2 S.C.R. 284; (1986), 31 D.L.R. (4th) 569; [1986] 6 W.W.R. 577; 28 C.C.C. (3d) 513; 25 C.R.R. 63; 69 N.R. 241; Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union, [1991] 2 S.C.R. 211; (1991), 3 O.R. (3d) 511; 81 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 14,029; 4 C.R.R. (2d) 193; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. c. Sioui, [1990] 1 R.C.S. 1025; (1990), 30 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22.

DÉCISION EXAMINÉE:

R. v. White and Bob (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; 52 W.W.R. 193 (C.A.C.-B.).

DÉCISIONS CITÉES:

Calder et autres c. Procureur général de la Colombie-Britannique, [1973] R.C.S. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R. 1; R. c. Jones, [1986] 2 R.C.S. 284; (1986), 31 D.L.R. (4th) 569; [1986] 6 W.W.R. 577; 28 C.C.C. (3d) 513; 25 C.R.R. 63; 69 N.R. 241; Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211; (1991), 3 O.R. (3d) 511; 81 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 14,029; 4 C.R.R. (2d) 193; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241.

AUTHORS CITED

Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*.
Toronto: Butterworths, 1992.

REQUEST for a ruling as to “admissibility” of
treatises on history of Canadian Prairies and Cana-
dian Indians in an action for declarations as to the
meaning and effect of a certain nineteenth century
Joint Address adopted by the Canadian Parliament
and an Imperial Order in Council concerning
Rupert’s Land. Directions given.

COUNSEL:

Thomas R. Berger for plaintiffs.
Duff F. Friesen, Q.C. and *Geoffrey S. Lester* for
defendant.

SOLICITORS:

Berger & Nelson, Vancouver, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defen-
dant.

*The following are the directions rendered in
English by*

STRAYER J.: By agreement at the opening of the
trial in this case, argument was heard as to the use to
be made of certain historical treatises. As counsel
described it, I was asked to determine the “admissi-
bility” of certain documents, namely fifteen specific
historical treatises or portions of such treatises deal-
ing with the history of the Canadian Prairies and of
the Plains Cree Indians or other Indians in Canada.
Argument was heard on this question and I indicated
that I would give directions for the guidance of coun-
sel in the preparation for the second part of the trial
which has now been fixed for December 14 to 17,
1993.

In this action the plaintiffs seek declarations con-
cerning the meaning and effect of certain resolutions
and a joint address adopted by the Senate and House
of Commons of Canada in May, 1869 and of an
Imperial Order in Council concerning Rupert’s Land
adopted in June, 1870 [*Rupert’s Land and North-
Western Territory Order, R.S.C.*, 1985, Appendix II,
No. 9 (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11*

DOCTRINE

Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*.
Toronto: Butterworths, 1992.

DEMANDE de décision sur la «recevabilité»
d’études traitant de l’histoire des Prairies canadiennes
et des Indiens du Canada dans une action visant à
obtenir des déclarations concernant le sens et l’effet
d’une adresse conjointe que le Parlement du Canada
aurait adoptée au XIX^e siècle ainsi que d’un décret en
conseil de l’Empire britannique concernant la Terre
de Rupert. Directives données.

AVOCATS:

Thomas R. Berger pour les demandeurs.
Duff F. Friesen, c.r. et *Geoffrey S. Lester* pour la
défenderesse.

PROCUREURS:

Berger & Nelson, Vancouver, pour les deman-
deurs.
Le sous-procureur général du Canada pour la
défenderesse.

*Ce qui suit est la version française des directives
rendues par*

LE JUGE STRAYER: Conformément à une entente
intervenue entre les parties à l’ouverture de l’instruc-
tion de l’affaire, j’ai entendu les arguments concer-
nant l’utilisation de certaines études historiques.
Selon leurs avocats, les parties m’ont demandé de
statuer sur la «recevabilité» de certains documents,
plus précisément quinze études historiques ou extraits
d’études historiques traitant de l’histoire des Prairies
canadiennes et des Indiens cris des plaines et d’autres
Indiens du Canada. J’ai entendu les moyens concer-
nant cette question et j’ai indiqué que je donnerais
des directives qui guideraient les avocats dans la pré-
paration de la deuxième partie de l’instruction que je
fixe du 14 au 17 décembre 1993.

En l’espèce, les demandeurs veulent obtenir des
déclarations concernant le sens et l’effet de certaines
résolutions et d’une adresse conjointe que le Sénat et
la Chambre des communes du Canada ont adoptées
en mai 1869, ainsi que d’un décret en conseil de
l’Empire britannique de juin 1870 concernant la
Terre de Rupert [*Décret en conseil sur la Terre de
Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, L.R.C.* (1985),

(U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 3]). They also seek a declaration involving the interpretation and application of certain provisions of the *International Covenant on Civil and Political Rights* [Dec. 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47] but the documents in question have no bearing on that declaration. There had been a dispute about the admissibility of what is referred to as “primary documents” but this was resolved before trial.

In my view what is involved with respect to these historical treaties is not a question of “admissibility” of evidence. It became clear during argument that the use which counsel for the plaintiffs wishes to make of these treaties is essentially to make them available to the Court for purposes of the Court taking judicial notice of certain matters referred to in these treaties. Counsel for the plaintiffs suggested that there may be some concept broader than “judicial notice”, perhaps “judicial knowledge” which is more appropriate to a public law case such as the present where there is in issue, *inter alia*, the contents and interpretation of the Constitution.

I am obliged to have close regard to, and apply, the principles followed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Sioui*¹ where Lamer C.J. [at page 1049], under the rubric “Extrinsic Evidence” made reference to historic journals and a treatise, as well as primary documents to determine whether the parties to a document signed by General Murray in 1760 constituted a “treaty” within the contemplation of section 88 of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5]. His deliberations in this regard focussed essentially on whether the “parties”, namely General Murray and the Huron Indians, intended to enter into a “treaty”. At page 1050 the Chief Justice notes that the “admissibility” of certain documents was contested. In the English version of his judgment he states:

I am of the view that all the documents to which I will refer, whether my attention was drawn to them by the intervener or as a result of my personal research, are documents of a historical nature which I am entitled to rely on pursuant to the concept of judicial knowledge. As Norris J.A. said in *White and Bob* (at p. 629):

¹ [1990] 1 S.C.R. 1025.

appendice II, n° 9 (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 3)]. Ils veulent aussi obtenir un jugement déclaratoire concernant l’interprétation et l’application de certaines dispositions du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. N° 47], mais les documents en question n’ont aucune incidence sur ce jugement. Il y avait un désaccord quant à la recevabilité de ce que les parties qualifiaient de «documents primaires», mais il a été réglé avant l’instruction.

À mon avis, la question que je dois trancher concernant ces études historiques ne porte pas sur leur «recevabilité». Il ressort des moyens qui m’ont été présentés que l’avocat des demandeurs compte essentiellement mettre ces études à la disposition de la Cour pour qu’elle prenne connaissance d’office de certains sujets qui y sont traités. Il mentionne qu’il existe peut-être une notion qui est plus large que celle de la «connaissance d’office» et qui est celle de «connaissance judiciaire», une notion qui convient mieux à une affaire qui relève du droit public, comme l’affaire dont la Cour est saisie, et qui porte, entre autres, sur le contenu et l’interprétation de la Constitution.

Je me dois de scruter et d’appliquer les principes suivis par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R. c. Sioui*¹. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer [à la page 1049], sous la rubrique «La preuve extrinsèque», se réfère à des journaux historiques et à une étude, ainsi qu’à des documents primaires pour déterminer si les parties à un document signé par le général Murray en 1760 ont conclu un «traité» au sens de l’article 88 de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5]. Son analyse à cet égard porte essentiellement sur la question de savoir si les «parties», c’est-à-dire le général Murray et les Indiens Hurons, avaient l’intention de conclure un «traité». À la page 1050 du jugement, le juge en chef signale que la «recevabilité» de certains documents a fait l’objet de contestation. Voici ce qu’on y lit:

Je considère que tous les documents auxquels je ferai référence, que mon attention y ait été attirée par l’intervenante ou à la suite de mes recherches personnelles, sont des documents de nature historique sur lesquels je suis autorisé à me fonder en vertu de la notion de connaissance judiciaire. Comme le disait le juge Norris dans *White and Bob* (à la p. 629):

¹ [1990] 1 R.C.S. 1025.

The Court is entitled “to take judicial notice of the facts of history whether past or contemporaneous” as Lord du Parcq said in *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196 at p. 234, [1949] 1 All E.R. 1 at p. 20, and it is entitled to rely on its own historical knowledge and researches, *Read v. Bishop of Lincoln*, ^a [1892] A.C. 644, Lord Halsbury, L.C., at pp. 652-4.

The documents I cite all enable the Court, in my view, to identify more accurately the historical context essential to the resolution of this case.

I believe it is fair to conclude from this passage that the Chief Justice was speaking simply of the concept of judicial notice although in one place the expression “judicial knowledge” appears. It may be noted that immediately after that he quotes from the *White and Bob* [*R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.)] case which provides authority on the matter of “judicial notice”. It also may be noted that the judgment of Lamer C.J. was written in French and in the original text the expression “*connaissance judiciaire*” is used both where in the English version the expression is translated as “judicial knowledge” and where it is translated as “judicial notice”. As “*connaissance judiciaire*” or “*connaissance d’office*” ^e are the usual equivalents of “judicial notice”, I conclude it was this concept that was referred to throughout. In any event, as is obvious from the quoted passage, judicial notice can be based on the personal knowledge or researches of the judge provided the subject-matter is otherwise appropriate. ^f

It appears to me that if the use of such documents is justified as assisting judicial notice, then strictly ^g speaking such use does not involve “admissibility” because judicial notice is used in lieu of proof.² Further, as judges can in taking judicial notice rely on their own researches or their own knowledge³ it ^h would not seem appropriate to treat the judge’s own knowledge or researches as “admissible” evidence, in part because it would never form part of the official record of the trial as would normal evidence.

² See Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 976.

³ See e.g. *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 346; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 299; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 315-316; *Sioui supra*, note 1 and the passage quoted from p. 1050.

[TRADUCTION] La Cour a le droit «de prendre connaissance d’office des faits historiques passés ou contemporains» comme l’a dit lord du Parcq dans l’arrêt *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196, à la p. 234, [1949] 1 All E.R. 1, à la p. 20, et a le droit de se fonder sur sa propre connaissance de l’histoire et sur ses recherches, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644, le lord chancelier Halsbury, aux pp. 652 à 654.

Les documents que je cite nous permettent tous, à mon avis, ^b d’identifier avec plus de précision la réalité historique essentielle à la résolution du présent litige.

Je crois qu’on peut légitimement déduire de ce passage que le juge en chef parlait simplement de la notion de connaissance d’office, quoique l’expression «connaissance judiciaire» figure à un endroit. Il convient de signaler que tout de suite après cette expression, il a cité l’arrêt *White and Bob* [*R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.)] qui faisait jurisprudence en matière de «connaissance d’office». Il convient aussi de signaler que le jugement du juge en chef a été rédigé en français et que l’expression «connaissance judiciaire» employée dans la version originale se retrouve traduite dans la version anglaise aussi bien par «*judicial notice*» que par «*judicial knowledge*». Comme «connaissance d’office» et «connaissance judiciaire» sont les équivalents usuels de «*judicial notice*», je conclus que c’est cette notion dont il s’agit dans tout le texte. En tout cas, comme il ressort manifestement du passage cité, la connaissance d’office peut se fonder sur les propres connaissances ou recherches du juge à condition que le sujet soit par ailleurs pertinent.

Il me semble que si l’utilisation de tels documents se justifie en vue de la connaissance d’office, il s’en suit que, à strictement parler, cette utilisation n’a rien à voir avec la «recevabilité» car la connaissance d’office remplace la preuve². En outre, comme les juges peuvent, pour prendre connaissance d’office, se fonder sur leurs propres recherches ou leurs propres connaissances³, il ne convient pas de considérer les propres connaissances ou les propres recherches du juge comme une preuve «recevable», car, entre

² Voir Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 976.

³ Voir par ex. *Calder et autres c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 346; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 299; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, aux p. 315 et 316; *Sioui*, précité (note 1), et l’extrait cité à la p. 1050.

Therefore I cannot make a ruling on “admissibility” as such. Nor can I give precise directions as to which treatises, or which portions of treatises, can be considered by the Court until counsel identifies the portions to which he wishes to refer the Court, and explains the particular facts of which he considers the Court can take judicial notice on the basis of such passages. In principle, counsel is at liberty to refer to any of the treatises for such purposes, providing that he can demonstrate that the particular use in question falls within the ambit of judicial notice.

In this respect I will attempt to set out what I consider to be the relevant criteria for taking judicial notice.

As Sopinka, Lederman and Bryant state in their text, *The Law of Evidence in Canada*:⁴

Facts which are (a) so notorious as not to be the subject of dispute among reasonable persons, or (b) capable of immediate and accurate demonstration by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy, may be noticed by the court without proof of them by any party. . . .

it appears to me that “notorious” facts are normally of a contemporary nature although there may be some exceptions to that; if relevant passages in any of these treatises describe notorious facts then reference may be made to them. The more likely use of such treatises will be to identify facts capable of immediate and accurate demonstration where the source is “of indisputable accuracy”.

In looking at uses which have been made of judicial notice in past cases dealing with the history of relations between government and Indians, it appears to me that the most authoritative case, namely *Sioui*, essentially involved reference to treatises and documents to establish objective facts, principally specific events and actions of various individuals and groups. In seeking the “historical context”, Lamer C.J. looked

⁴ *Supra* note 2, at p. 976.

autres, ce genre de preuve ne fait jamais, contrairement à la preuve normalement produite, partie du dossier officiel de la cause.

Par conséquent, je ne peux pas statuer sur la «recevabilité» à proprement parler. Je ne peux pas non plus donner des directives précises quant aux études ou extraits d'études que la Cour peut examiner tant que l'avocat des demandeurs n'a pas indiqué les extraits auxquels il souhaite renvoyer la Cour, et tant qu'il n'a pas expliqué à la Cour les faits particuliers dont, selon lui, elle peut prendre connaissance d'office à la lumière de ces extraits. En principe, il est libre de faire référence à n'importe quelle étude en vue de la connaissance d'office pourvu qu'il puisse démontrer que cette utilisation particulière répond aux critères applicables à une telle fin.

À ce sujet, je vais essayer d'indiquer les critères qui, à mon avis, s'appliquent à la connaissance d'office.

Comme l'ont dit Sopinka, Lederman et Bryant dans leur traité *The Law of Evidence in Canada*:

[TRADUCTION] Le tribunal peut prendre connaissance d'office des faits qui sont a) soit notoires au point que les personnes raisonnables les acceptent sans contester, b) soit susceptibles d'être démontrés immédiatement et exactement au moyen de sources facilement accessibles et d'une exactitude incontestable, et ce, sans qu'il soit besoin qu'une partie fasse la preuve de ces faits. . . .

il me semble que les faits «notoires» sont normalement de nature contemporaine quoiqu'il puisse y avoir quelques exceptions; s'il y a dans ces études des passages pertinents qui décrivent des faits notoires, il est permis d'y faire référence. Il est plus probable que ces études servent à indiquer des faits susceptibles d'être démontrés immédiatement et exactement au moyen de sources «d'une exactitude incontestable».

En examinant les cas de connaissance d'office dans la jurisprudence concernant l'histoire des relations entre le gouvernement et les Indiens, il me semble que l'arrêt qui fait le plus autorité en la matière, savoir l'arrêt *Sioui*, se rapporte essentiellement à l'utilisation de renvois à des études et à des documents pour établir des faits objectifs, principalement des actes précis de divers individus et groupes

⁴ Précité (note 2), à la p. 976.

at various actions taken by the parties in order to deduce from such actions their intent with respect to the agreement reached with General Murray. It will be noted that he used for the most part contemporary journals or commentaries and official documents and only one modern treatise.

While I am therefore not ruling on “admissibility” of these fifteen treatises as such, I can indicate that counsel for the plaintiffs may refer to passages in these treatises where it can be demonstrated that they can assist the Court in taking judicial notice. In my view such references should be to descriptions of events and actions, and not primarily to passages interpreting and characterizing these events. In particular I am not prepared to consider tendentious or argumentative passages expressing opinions on essentially the issues which the Court itself must decide. If opinions are to be put forward then it must be by expert evidence submitted in accordance with the Rules of this Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] and with the witness being available for cross-examination. The treatises should be used essentially to assist the Court to take judicial notice of objectifiable events: their interpretation is for the Court with respect to the intentions and purposes of those events or actions. Further, it will be for the Court to assess the reliability and weight of any such references and to adjudicate on possible contradictions among the authors. No treatise can, of course, be considered conclusive on any particular fact. It will also be for the Court to consider the degree to which surrounding events should be relied on in the interpretation of legislative resolutions and statutory instruments as compared to the interpretation of a treaty (one of the issues involved in *Sioui*).

It is likely, of course, that elements which I consider the proper subject of judicial notice may be intermixed in the treatises with commentary that I do not so consider. If during the trial I do not insist on the excision of all such inappropriate commentary,

et des événements qui les touchent. Pour rechercher la «réalité historique», le juge en chef Lamer a examiné divers actes accomplis par les parties afin d'en déduire leurs intentions concernant l'entente conclue avec le général Murray. Il convient de signaler qu'il s'est servi surtout de journaux, commentaires et documents officiels contemporains et d'une seule étude moderne.

Alors que je ne statue donc pas sur la «recevabilité» de ces quinze études à proprement parler, je peux dire qu'il est permis à l'avocat des demandeurs de faire référence à des passages dans ces études lorsqu'il peut être démontré qu'il est utile pour la Cour d'en prendre connaissance d'office. À mon avis, ces renvois doivent porter sur des descriptions d'événements ou d'actes et non principalement sur des passages interprétant ou caractérisant ces événements. En particulier, je ne suis pas disposé à examiner des passages tendancieux ou litigieux exprimant essentiellement des opinions sur les questions que la Cour doit elle-même trancher. S'il faut produire des opinions, il faut que ce soit celles d'experts témoignant conformément aux Règles de notre Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] et se prêtant au contre-interrogatoire. Les études doivent être essentiellement utilisées pour aider la Cour à prendre connaissance d'office des événements susceptibles d'être rendus concrets: il appartient à la Cour d'interpréter les intentions et les buts de ces événements ou actes. En outre, il appartient à la Cour d'évaluer la fiabilité et la force probante de ces renvois et de trancher les contradictions possibles entre les auteurs. Naturellement, aucune étude ne peut être considérée comme concluante à l'égard d'un fait particulier. Il appartient également à la Cour d'examiner dans quelle mesure elle doit s'appuyer sur des événements connexes pour interpréter des résolutions législatives et des textes réglementaires par opposition à l'interprétation des traités (l'arrêt *Sioui* porte, entre autres, sur l'interprétation d'un traité).

Il se peut, bien sûr, que des événements dont il convient, à mon avis, de prendre connaissance d'office soient mélangés, dans les études, à des commentaires que je ne juge pas susceptibles d'une telle démarche. Si je n'insiste pas, durant l'instruction, sur

this does not mean that I will not have the above distinctions in mind in taking judicial notice.

There is some reference in the written arguments of the defendant with respect to such treatises being used as a means of introducing documents not otherwise proved. In principle I agree that treatises cannot be used for this purpose but I am unable to make any ruling on this matter in the absence of some specific example. It is not clear to me at this point that any significant problem remains in this area, the parties having agreed on the admissibility of the primary documents.

On the basis of the foregoing the parties may conduct themselves accordingly and consider the extent to which expert or documentary evidence may be required.

la radiation de tels commentaires, cela ne signifie pas que, lorsque j'en prends connaissance d'office, je n'ai pas à l'esprit les distinctions susmentionnées.

^a Dans ses arguments écrits, la défenderesse a abordé la question de l'utilisation de telles études pour présenter des documents qui n'ont pas été par ailleurs prouvés. En principe, je conviens qu'on ne peut pas utiliser des études à cette fin, mais je ne ^b peux pas trancher cette question en l'absence d'exemple précis. À ce stade, je ne vois pas de problème véritable étant donné que les parties se sont entendues sur la recevabilité des documents primaires.

^c Les parties peuvent se fonder sur ce qui précède pour agir en conséquence et décider dans quelle mesure les témoignages d'experts ou la preuve documentaire peuvent être nécessaires.

A-1043-91

A-1043-91

Thalayasingam Sivakumar (Appellant)**Thalayasingam Sivakumar (appelant)**

v.

c.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)***INDEXED AS: SIVAKUMAR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: SIVAKUMAR c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, Linden J.J.A. and Henry D.J.—Toronto, October 4; Ottawa, November 4, 1993.

Cour d'appel, juges Mahoney et Linden, J.C.A. et juge suppléant Henry—Toronto, 4 octobre; Ottawa, 4 novembre 1993.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Convention refugee claim denied on basis of U.N. Convention on status of refugees, Art. 1(F)(a) on ground claimant had committed crimes against humanity — Complicity in international crimes — Definition of crimes against humanity — Standard of proof in Convention, Art. 1(F)(a) (serious reason for considering person has committed crime against humanity) requiring more than suspicion or conjecture, but less than proof on balance of probabilities — Association with organization responsible for international crimes may constitute complicity in case of personal and knowing participation and toleration of crimes, especially where person in position of leadership or command within organization.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention a été rejetée compte tenu de l'art. 1Fa) de la Convention des N.U. relative aux réfugiés, pour le motif que l'intéressé avait commis des crimes contre l'humanité — Complicité dans la perpétration de crimes internationaux — Définition des crimes contre l'humanité — La norme de preuve requise par l'art. 1Fa) (raisons sérieuses de penser qu'une personne a commis des crimes contre l'humanité) exige plus qu'une suspicion ou une conjecture, mais moins qu'une preuve selon la prépondérance des probabilités — L'association avec une organisation responsable de la perpétration de crimes internationaux peut emporter complicité si l'intéressé a personnellement participé à ces crimes ou les a sciemment tolérés, en particulier lorsque celui-ci occupe un poste de direction ou de commandement au sein de l'organisation.

Even though the appellant, a Tamil from Sri Lanka, was found to have a well-founded fear of persecution at the hands of the Sri Lankan government, the Refugee Division decided to exclude him on the basis of section 1(F)(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* as someone who had committed crimes against humanity. The issue on this appeal was whether the appellant was properly held responsible for crimes against humanity alleged to have been committed by the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) even though he was not personally involved in the actual commission of the criminal acts.

Bien qu'elle ait conclu que l'appelant, un Tamoul du Sri Lanka, avait raison de craindre d'être persécuté par les autorités sri-lankaises, la section du statut de réfugié a décidé de l'exclure en se fondant sur la section Fa) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* à titre de personne ayant commis des crimes contre l'humanité. Il s'agissait de déterminer si l'appelant avait été à bon droit tenu responsable des crimes contre l'humanité qui auraient été commis par les Tigres de libération de L'Eelam tamoul (les LTTE), bien qu'il n'y ait pas participé personnellement.

Held, the appeal should be dismissed.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Section 1(F)(a) of the Convention provides that the Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that he has committed crimes against humanity, and the definition of Convention refugee in section 2 of the *Immigration Act* excludes any person to whom the Convention does not apply pursuant to section 1(F)(a) thereof.

La section Fa) de l'article premier de la Convention prévoit que cette dernière ne s'applique pas aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un crime contre l'humanité; de plus, la définition de «réfugié au sens de la Convention» figurant à l'article 2 de la *Loi sur l'immigration* exclut les personnes soustraites à l'application de la Convention par la section Fa) de l'article premier de ladite Convention.

Although it was not established that the appellant had personally committed crimes against humanity, he was responsible for crimes against humanity committed by the Liberation

Il n'a pas été établi que l'appelant avait personnellement commis des crimes contre l'humanité, mais il était responsable des crimes contre l'humanité commis par les Tigres de libéra-

Tigers of Tamil Eelam (LTTE) because of his leadership position within that organization and his continuing participation in it.

Recent cases in the Federal Court have established that there could be liability for such crimes as an accomplice, even though one had not personally done the acts amounting to the crime. This was essentially a factual question that could be answered only on a case-by-case basis. And there could be complicity through association. The case for an individual's complicity in international crimes committed by his organization is stronger if the member holds a position of importance within the organization. The closer one is to a position of leadership or command within an organization, the easier it will be to draw an inference of awareness of the crimes and participation in the plan to commit them. And remaining in a leadership position with the knowledge that the organization was responsible for crimes against humanity may constitute complicity.

Although crimes against humanity usually involve state action or policy, it can no longer be said that individuals without connection to the state, especially those involved in paramilitary or armed revolutionary movements, can be immune from the reach of international law.

The standard of proof in section 1(F)(a) of the Convention is whether the Crown has demonstrated that there were serious reasons for considering that the claimant has committed crimes against humanity. This requires something more than mere suspicion or conjecture, but something less than proof on a balance of probabilities.

The evidence demonstrated that the appellant was not merely a member of the LTTE, but that he held several positions of leadership within the organization. Given that, an inference could be drawn that he knew of the crimes committed by the LTTE and shared the organization's purpose in committing those crimes.

The Refugee Division's reasons were deficient because of the absence of factual findings of acts committed by the LTTE as well as the appellant's knowledge of the acts and shared purpose with the LTTE, and the lack of findings in relation to whether those acts were crimes against humanity. However, given the voluminous documentary evidence and the appellant's own testimony as to his knowledge of the crimes against humanity committed by the LTTE, coupled with the appellant's position of importance within the LTTE and his failure to withdraw from the LTTE when he had ample opportunities to do so, there were serious reasons for considering that the appellant was an accomplice in the crimes against humanity committed by the LTTE. The evidence was such that no properly instructed tribunal could reach a different conclusion. Nor was it possible to conclude other than that the killings constituted crimes against humanity.

tion de l'Eelam tamoul (les LTTE) parce qu'il occupait un poste de direction au sein de cette organisation et du fait qu'il continuait à participer aux activités de cette dernière.

Des arrêts récents de la Cour fédérale ont établi qu'une personne pourrait être tenue responsable de pareils crimes à titre de complice, bien qu'elle n'ait pas personnellement commis l'acte constituant le crime. Il s'agissait essentiellement d'une question de fait qui pouvait uniquement être tranchée dans chaque cas d'espèce. De plus, il pouvait y avoir complicité par association. La preuve relative à la complicité d'un individu dans la perpétration des crimes internationaux commis par son organisation est plus forte si celui-ci occupe un poste important au sein de l'organisation. Plus l'intéressé occupe un poste de direction ou de commandement au sein de l'organisation, plus il sera facile de déduire qu'il était au courant des crimes et qu'il a participé au plan élaboré pour les commettre. De plus, le fait de continuer à occuper un poste de direction tout en sachant que l'organisation est responsable de crimes contre l'humanité peut constituer de la complicité.

Les crimes contre l'humanité comportent habituellement une action ou une politique étatique, mais on ne peut plus dire que les individus qui n'ont aucun lien avec l'État, en particulier ceux qui participent aux mouvements paramilitaires ou révolutionnaires armés, sont à l'abri de l'application du droit international.

Selon la norme de preuve requise par la section Fa) de l'article premier de la Convention, il s'agit de savoir si la Couronne a prouvé qu'il y avait des raisons sérieuses de penser que l'intéressé avait commis des crimes contre l'humanité. Cela exige quelque chose de plus qu'une simple suspicion ou conjecture, mais moins qu'une preuve selon la prépondérance des probabilités.

Il ressort de la preuve que l'appellant n'était pas un simple membre des LTTE, mais qu'il occupait divers postes de direction au sein de l'organisation. Cela étant, on pouvait déduire qu'il était au courant des crimes commis par les LTTE et qu'il partageait les fins poursuivies par l'organisation dans la perpétration de ces crimes.

Les motifs prononcés par la section du statut de réfugié étaient défectueux compte tenu de l'absence de conclusions factuelles au sujet des actes commis par les LTTE et du fait que l'appellant était au courant de ces actes et partageait les fins poursuivies par les LTTE, ainsi que de l'absence de conclusions sur la question de savoir si ces actes constituaient des crimes contre l'humanité. Toutefois, compte tenu de l'abondante preuve documentaire et du propre témoignage de l'appellant au sujet de sa connaissance des crimes contre l'humanité commis par les LTTE, ainsi que du fait que l'appellant occupait un poste important au sein des LTTE et qu'il avait omis de se retirer de cette organisation alors qu'il avait eu amplement l'occasion de le faire, il existait des raisons sérieuses de penser que l'appellant était complice des crimes contre l'humanité commis par les LTTE. La preuve était telle qu'aucun tribunal correctement instruit ne pouvait tirer une conclusion différente. En outre, la seule conclusion possible était que les meurtres commis constituaient des crimes contre l'humanité.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, August 8, 1945, 82 U.N.T.S. 279, Art. 6.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 19 (as am. *idem* (3rd Supp.), c. 30, s. 3).

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1(F)(a).

a

b

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161; 11 Imm. L.R. (2d) 92 (F.C.T.D.); *Flick Trial (trial of Friedrich Flick and five others)*, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. IX, p. 1; *Justice Trial (trial of Joseph Alstötter and others)*, Law Reports of Trial of War Criminals, Vol. VI, p. 1.

c

d

DISTINGUISHED:

Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 1 F.C. 298 (C.A.); *Milch Trial (trial of Erhard Milch)*, Law Reports for Trials of War Criminals, Vol. VII, p. 27.

e

REFERRED TO:

Dunlop and Sylvester v. The Queen, [1979] 2 S.C.R. 881; (1979), 27 N.R. 153; *Rudolph v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 653 (C.A.); *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, [1951] I.C.J. Rep. 15.

f

AUTHORS CITED

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.

Rikhof, J. "War Crimes, Crimes Against Humanity and Immigration Law" (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 18.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. Geneva, 1988.

g

h

i

j

APPEAL from the Refugee Division decision (*sub nom. K.(Y.P.) (Re)*, [1991] C.R.D.D. No. 672 (Q.L.)) that the appellant was excluded from the definition of Convention refugee in section 2 of the *Immigration Act* on the basis of section 1(F)(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* as someone who had committed crimes against

LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 279, art. 6.

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), 19 (mod., *idem* (3^e suppl.), ch. 30, art. 3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161; 11 Imm. L.R. (2d) 92 (C.F. 1^{re} inst.); *Flick Trial (trial of Friedrich Flick and five others)*, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. IX, p. 1; *Justice Trial (trial of Joseph Alstötter and others)*, Law Reports of Trial of War Criminals, vol. VI, p. 1.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); *Milch Trial (trial of Erhard Milch)*, Law Reports for Trial of War Criminals, vol. VII, p. 27.

DÉCISIONS CITÉES:

Dunlop et Sylvester c. La Reine, [1979] 2 R.C.S. 881; (1979), 27 N.R. 153; *Rudolph c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 653 (C.A.); *Réserves à la Convention sur le génocide, Avis consultatif*, [1951] C.I.J. Recueil 15.

DOCTRINE

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.

Rikhof, J. «War Crimes, Crimes Against Humanity and Immigration Law» (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 18.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*. Genève, 1988.

APPEL de la décision (*sub nom. K.(Y.P.) (Re)*, [1991] D.S.S.R. No. 672 (Q.L.)) par laquelle la section du statut de réfugié a conclu que l'appelant était exclu de la définition de «réfugié au sens de la Convention» figurant à l'article 2 de la *Loi sur l'immigration* en se fondant sur la section Fa) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au*

humanity, even though he was found by the Refugee Division to have a well-founded fear of persecution at the hands of the Sri Lankan government on the basis of his political opinion. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Lorne Waldman and Laura Snowball for appellant.
Harley R. Nott for respondent.

SOLICITORS:

Lorne Waldman, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.: The appellant, Thalayasingam Sivakumar, is a Tamil and a citizen of Sri Lanka. Even though he was found by the Refugee Division to have had a well-founded fear of persecution at the hands of the Sri Lankan government on the basis of his political opinion, the Refugee Division decided to exclude him on the basis of section F(a) of Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] as someone who had committed crimes against humanity [*Re K. (Y.P.)*, [1991] C.R.D.D. No. 672 (Q.L.)]. The issue on this appeal is whether the appellant was properly held responsible for crimes against humanity alleged to have been committed by the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) even though he was not personally involved in the actual commission of the criminal acts.

THE LAW

The definition of Convention refugee is found in subsection 2(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1:

2. . . .

"Convention refugee" means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

statut des réfugiés, à titre de personne ayant commis des crimes contre l'humanité, même si elle avait conclu que celui-ci avait raison de craindre d'être persécuté par le gouvernement sri-lankais du fait de ses opinions politiques. Appel rejeté.

AVOCATS:

Lorne Waldman et Laura Snowball pour l'appellant.
Harley R. Nott pour l'intimé.

PROCUREURS:

Lorne Waldman, Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: L'appelant, Thalayasingam Sivakumar, est un Tamoul citoyen du Sri Lanka. Bien que la section du statut de réfugié ait conclu qu'il craignait avec raison d'être persécuté par les autorités sri-lankaises en raison de ses opinions politiques, elle a décidé de rejeter sa demande en application de la section Fa) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, [le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6], par ce motif qu'il a commis des crimes contre l'humanité [*Re K. (Y.P.)*, [1991] D.S.S.R. n° 672 (Q.L.)]. Il échet d'examiner si la section du statut était fondée à le tenir responsable des crimes contre l'humanité qu'aurait commis l'organisation Liberation Tigers of Tamil Eelam [Tigres de libération de l'Eelam tamoul] (LTTE), bien qu'il n'y ait pas participé personnellement.

h

LA LOI APPLICABLE

La notion de réfugié au sens de la Convention est définie comme suit au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, modifié par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1:

2. . . .

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) is outside the country of the person's nationality and is unable, or by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person's former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act.

The portion of section F of Article 1 which is relevant to this appeal states:

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes.

The Refugee Division concluded that because of the appellant's leadership position within the LTTE and his continuing participation in the organization, he must be held responsible for crimes against humanity committed by the LTTE. The panel stated:

You are, however, known by the company you keep and an individual such as the claimant, who occupies a position of authority and who continues to participate, regardless of motivation, must be held individually accountable for the inhumane actions of his trainees, his subordinates and his movement. (Case, at page 601.)

1. COMPLICITY

There has been some recent jurisprudence in this Court on the question of who is responsible for war crimes or crimes against humanity (see *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.); *Rudolph v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 653 (C.A.); and *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.)). It is clear that if someone personally commits physical acts that amount to a war crime or a crime against humanity, that person is responsible.

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n'a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l'application de la Convention par les sections E ou F de l'article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l'annexe de la présente loi.

Voici le passage applicable de la section F de l'article premier:

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes.

La section du statut a conclu qu'en raison de ses fonctions de commandement au sein des LTTE et du fait qu'il continuait à participer à cette organisation, l'appelant devait être tenu responsable des crimes contre l'humanité, commis par cette dernière. Voici la conclusion tirée à cet effet:

[TRANSLATION] On peut cependant juger une personne par ses fréquentations, et un individu comme le demandeur, qui occupe des fonctions de commandement et qui, quels que puissent être ses mobiles, continue à participer, doit être tenu personnellement comptable des actes inhumains de ses stagiaires, de ses subordonnés et de son mouvement. (Dossier d'appel, à la page 601.)

1. COMPLICITÉ

Cette Cour a eu récemment l'occasion de se prononcer sur la question de savoir dans quelles conditions une personne est tenue responsable de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité (Voir *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.); *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.); *Rudolph c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 653 (C.A.); et *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.)). Il est indiscutable que la personne qui commet elle-même l'acte matériel constituant un crime de guerre

However, it is also possible to be liable for such crimes—to “commit” them—as an accomplice, even though one has not personally done the acts amounting to the crime (see MacGuigan J.A. in *Ramirez, supra*). In defining who would be considered an accomplice under section F, MacGuigan J.A. indicated that, although certainly relevant, it would be unwise to rely exclusively on Canadian criminal law concepts of aiding and abetting, since international instruments are not to be interpreted according to the legal system of any one country. He considered, in addition to Canadian law, case law of other countries and texts of learned authors and concluded that the starting point for complicity in an international crime was “personal and knowing participation.”

This is essentially a factual question that can be answered only on a case-by-case basis, but certain general principles are accepted. It is evident that mere by-standers or on-lookers are not accomplices. As MacGuigan J.A. stated in *Ramirez, supra*, at page 317:

In my view, mere on-looking, such as occurs at public executions, where the on-lookers are simply by-standers with no intrinsic connection with the persecuting group, can never amount to personal involvement, however humanly repugnant it might be.

However, a person who aids in or encourages the commission of a crime, or a person who willingly stands guard while it is being committed, is usually responsible. Again, this will depend on the facts in each case. For example, in *Ramirez, supra*, the claimant had enlisted in the army voluntarily and had witnessed the torture and killing of many prisoners. Due to the circumstances of the claimant’s participation in the military, the Court found that he shared the military’s purpose in committing these acts and that therefore he was an accomplice rather than an on-looker. A similar conclusion was reached in *Naredo, supra*, in which the applicants acted as guards during the torturing of prisoners. Muldoon J.’s reasoning in *Naredo, supra*, is questionable in the light of subse-

ou un crime contre l’humanité, en est responsable. Cependant, il est aussi possible d’être tenu responsable de ces crimes—de les «commettre»—à titre de complice, sans avoir personnellement commis l’acte constituant le crime (voir les conclusions du juge MacGuigan J.C.A. dans *Ramirez, supra*). En examinant la question de savoir qui pouvait être considéré comme complice au sens de la section F, le juge MacGuigan a conclu que, si pertinents fussent-ils, il ne fallait pas se fonder exclusivement sur les concepts d’aide et d’encouragement du droit pénal canadien, puisque les instruments internationaux ne sauraient s’interpréter à la lumière du système juridique d’un seul pays. Outre le droit canadien, il a pris en considération la jurisprudence d’autres pays ainsi que les grands ouvrages de doctrine pour conclure que l’élément nécessaire de la complicité dans un crime international était la «participation personnelle et consciente».

Il s’agit là essentiellement d’une question de fait qu’il faut examiner dans chaque cas d’espèce, mais certains principes généraux sont reconnus en la matière. Il est évident que le seul fait d’être présent sur les lieux du crime ou de regarder celui-ci n’équivaut pas à complicité. C’est ainsi que le juge MacGuigan a tiré la conclusion suivante dans *Ramirez, supra*, en page 317:

Selon moi, le simple fait de regarder, comme c’est le cas, par exemple, lors d’exécutions publiques, sans entretenir de rapports intrinsèques avec le groupe se livrant aux actes de persécution, ne peut jamais, quelque humainement répugnant qu’il nous paraisse, constituer une forme de participation personnelle.

Par contre, celui qui apporte son aide ou son encouragement à la perpétration d’un crime ou qui, volontairement, monte la garde pendant la perpétration de ce crime, est normalement tenu pour responsable. Mais là encore, la qualification dépend des faits de la cause. Par exemple, dans *Ramirez, supra*, le demandeur s’était volontairement engagé dans l’armée et avait assisté à la mise à la torture et au meurtre d’un grand nombre de prisonniers. Vu les circonstances de son enrôlement, la Cour a jugé qu’il partageait les buts poursuivis par les militaires dans la perpétration de ces actes, et donc qu’il était un complice et non pas un simple spectateur. La même conclusion a été tirée dans *Naredo, supra*, où les demandeurs montaient la garde pendant que des pri-

quent jurisprudence since he found that watching torture was as culpable as committing torture. However, his conclusion that the claimants were accomplices was probably correct on the facts given that the claimants were willing members of the intelligence service of the Chilean police who were part of a team responsible for the interrogation and torture of prisoners. By way of comparison, in *Moreno, supra*, the claimant had been conscripted into the Salvadoran army at the age of 16. He was ordered to stand guard outside a cell in which a prisoner was interrogated and brutally tortured. However, the facts disclosed that the claimant was really a by-stander who had no power to intervene in the interrogation, did not share the military's purpose in perpetrating the torture, and deserted from the army as soon as possible. Thus, the claimant was found not to have been an accomplice in this act of torture. (See also *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881, with respect to the domestic law of parties to an offence.)

In *Ramirez, supra*, MacGuigan J.A. explained the test for complicity in cases of secondary parties, at page 318:

At bottom, complicity rests in such cases, I believe, on the existence of a shared common purpose and the knowledge that all the parties in question may have of it.

Moreover, those involved in planning or conspiring to commit a crime, even though not personally present at the scene, might also be accomplices, depending on the facts of the case. Additionally, a commander may be responsible for international crimes committed by those under his command, but only if there is knowledge or reason to know about them. (See Rikhof, J. "War Crimes, Crimes Against Humanity and Immigration Law" (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 18, at page 49.)

Another type of complicity, particularly relevant to this case is complicity through association. In other words, individuals may be rendered responsible for the acts of others because of their close association with the principal actors. This is not a case merely of

sonniers étaient torturés. Le raisonnement tenu par le juge Muldoon dans cette dernière cause est discutable à la lumière de la jurisprudence subséquente, puisqu'il concluait que le fait de regarder les mises à la torture était tout aussi coupable que le fait de s'y livrer. Cependant, sa conclusion que les demandeurs étaient des complices était probablement correcte eu égard aux faits de la cause, étant donné qu'ils faisaient volontairement partie des services secrets de la police chilienne, dans une équipe chargée d'interroger et de torturer les prisonniers. Par comparaison, dans *Moreno, supra*, le demandeur avait été incorporé dans l'armée salvadorienne à l'âge de 16 ans. Il reçut l'ordre de monter la garde à l'entrée d'une cellule où un prisonnier était interrogé et brutalement torturé. Il ressortait cependant des faits articulés qu'il n'était qu'un spectateur qui n'avait nullement le pouvoir d'intervenir dans les interrogatoires, qu'il ne partageait pas les buts poursuivis par les militaires par la torture, et qu'il avait déserté dès la première occasion. La Cour a donc jugé qu'il n'était pas complice dans cet acte de torture (Voir aussi *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881, au sujet du droit interne en matière de définition des parties à une infraction.)

Dans *Ramirez, supra*, le juge MacGuigan a expliqué en ces termes le critère de la définition de complicité, à la page 318:

Je crois que, dans de tels cas, la complicité dépend essentiellement de l'existence d'une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause en ont.

Par ailleurs, ceux qui participent à la planification d'un crime ou à un complot visant à le commettre, même s'ils ne sont pas personnellement présents sur les lieux du crime, pourraient être considérés comme complices eu égard aux faits de la cause. De même, un commandant militaire peut être tenu responsable des crimes internationaux commis par ses subordonnés, mais seulement s'il était au courant ou devait l'être. (Voir Rikhof, J. «War Crimes, Crimes Against Humanity and Immigration Law» (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 18, à la page 49.)

Un autre type de complicité qui présente un intérêt particulier pour l'affaire en instance est la complicité par association, laquelle s'entend du fait qu'un individu peut être tenu responsable d'actes commis par d'autres, et ce en raison de son association étroite

being “known by the company one keeps.” Nor is it a case of mere membership in an organization making one responsible for all the international crimes that organization commits (see *Ramirez*, at page 317). Neither of these by themselves is normally enough, unless the particular goal of the organization is the commission of international crimes. It should be noted, however, as MacGuigan J.A. observed: “someone who is an associate of the principal offenders can never, in my view, be said to be a mere on-looker. Members of a participating group may be rightly considered to be personal and knowing participants, depending on the facts” (*Ramirez, supra*, at page 317).

10 In my view, the case for an individual’s complicity in international crimes committed by his or her organization is stronger if the individual member in question holds a position of importance within the organization. Bearing in mind that each case must be decided on its facts, the closer one is to being a leader rather than an ordinary member, the more likely it is that an inference will be drawn that one knew of the crime and shared the organization’s purpose in committing that crime. Thus, remaining in an organization in a leadership position with knowledge that the organization was responsible for crimes against humanity may constitute complicity. In *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992), M. Cherif Bassiouni states, at page 345:

Thus, the closer a person is involved in the decision-making process and the less he does to oppose or prevent the decision, or fails to dissociate himself from it, the more likely that person’s criminal responsibility will be at stake.

In such circumstances, an important factor to consider is evidence that the individual protested against the crime or tried to stop its commission or attempted to withdraw from the organization. Mr. Justice Robertson noted this point in *Moreno, supra*, when he stated [at page 324]:

[T]he closer a person is involved in the decision-making process and the less he or she does to thwart the commission of inhumane acts, the more likely criminal responsibility will attach.

Of course, as Mr. Justice MacGuigan has written, “law does not function at the level of heroism”

avec les auteurs principaux. Il ne s’agit pas simplement du cas de l’individu «jugé à travers ses fréquentations», ni non plus du cas de l’individu responsable de crimes internationaux du seul fait qu’il appartient à l’organisation qui les a commis (Voir *Ramirez*, à la page 317). Ni l’un ni l’autre de ces cas ne constitue en soi un élément de responsabilité, à moins que cette organisation n’ait pour but de commettre des crimes internationaux. Il y a cependant lieu de noter, comme l’a fait observer le juge MacGuigan, que: «un associé des auteurs principaux ne pourrait jamais, à mon avis, être qualifié de simple spectateur. Les membres d’un groupe peuvent à bon droit être considérés comme des participants personnels et conscients, suivant les faits» (*Ramirez, supra*, aux pages 317 et 318).

À mon avis, la complicité d’un individu dans des crimes internationaux est d’autant plus probable qu’il occupe des fonctions importantes dans l’organisation qui les a commis. Tout en gardant à l’esprit que chaque cas d’espèce doit être jugé à la lumière des faits qui le caractérisent, on peut dire que plus l’intéressé se trouve aux échelons supérieurs de l’organisation, plus il est vraisemblable qu’il était au courant du crime commis et partageait le but poursuivi par l’organisation dans la perpétration de ce crime. En conséquence, peut être jugé complice celui qui demeure à un poste de direction de l’organisation tout en sachant que celle-ci a été responsable de crimes contre l’humanité. Dans *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992), M. Cherif Bassiouni a fait cette observation, à la page 345:

[TRADUCTION] Ainsi donc, plus la personne participe de près à la prise de décisions et moins elle cherche à combattre ou à prévenir la décision prise, ou à s’en dissocier, plus il est vraisemblable que sa responsabilité pénale est en cause.

Dans ces conditions, un facteur important à prendre en considération est la preuve que l’individu s’est opposé au crime ou a essayé d’en prévenir la perpétration ou de se retirer de l’organisation. C’est ce qu’a noté le juge Robertson dans *Moreno, supra*, en ces termes [à la page 324]:

plus une personne est impliquée dans le processus décisionnel et moins elle tente de contrecarrer la perpétration d’actes inhumains, plus il est vraisemblable qu’elle soit criminellement responsable.

Bien entendu, comme l’a fait remarquer le juge MacGuigan, «la loi n’a pas pour effet d’ériger l’hé-

(*Ramirez, supra*, at page 320). Thus, people cannot be required, in order to avoid a charge of complicity by reason of association with the principal actors, to encounter grave risk to life or personal security in order to extricate themselves from a situation or organization. But neither can they act as amoral robots.

This view of leadership within an organization constituting a possible basis for complicity in international crimes committed by the organization is supported by Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal [*Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, August 8, 1945, 82 U.N.T.S. 279] which defines crimes against peace, war crimes and crimes against humanity and then states:

Leaders, organisers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.

This principle was applied to those in positions of leadership in Nazi Germany during the Nuremberg Trials, as long as they had some knowledge of the crimes being committed by others within the organization. For example, the trial of Erhard Milch, United States Military Tribunal at Nuremberg, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. VII, page 27, involved an Inspector-General and a Field-Marshal in the German Air Force who was accused of committing war crimes and crimes against humanity in the form of illegal and appalling experiments carried out on German nationals as well as members of armed forces and civilians from countries at war with Germany. Though convicted of another charge, he was acquitted with respect to the experiments on the basis that, while the illegal experiments had been carried out by people under Milch's command, Milch had not personally participated in or instituted the experiments, nor had he any knowledge that the experiments were being carried out.

It should be noted that, in refugee law, if state authorities tolerate acts of persecution by the local population, those acts may be treated as acts of the state (see, for example, the UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee*

roïsme en norme» (*Ramirez, supra*, à la page 320). On ne saurait donc exiger que, pour éviter l'accusation de complicité pour cause d'association avec les principaux auteurs, l'intéressé mette en danger sa vie ou sa sécurité pour sortir d'une mauvaise situation ou d'une organisation. Mais il ne saurait non plus se comporter en robot amoral.

Cette conception de la complicité dans les crimes internationaux du fait de l'occupation d'un rôle de dirigeant au sein d'une organisation se retrouve à l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international [*Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945, 82 N.U.R.T. 279] qui, après avoir défini les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, prévoit ce qui suit:

Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan.

Ce principe a été appliqué durant les procès de Nuremberg aux dirigeants de l'Allemagne nazie, qui étaient au courant des crimes commis par d'autres agents du régime. Par exemple, le procès d'Erhard Milch, United States Military Tribunal à Nuremberg, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. VII, page 27, concernait un inspecteur-général et maréchal de l'aviation allemande, qui était accusé d'avoir commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sous forme d'expériences illégales et atroces sur des citoyens allemands, comme sur des militaires et civils de pays en guerre contre l'Allemagne. Bien que déclaré coupable d'un autre chef d'accusation, il a été acquitté à l'égard de ces expériences par ce motif que si celles-ci avaient été effectuées par ses subordonnés, Milch n'y avait pas participé personnellement, ni ne les avait instituées, ni ne savait qu'elles avaient lieu.

Il faut noter qu'en droit d'immigration, si l'État tolère les actes de persécution par la population locale, c'est lui qui en est directement responsable (voir par exemple le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du

Status, at page 17). Similarly, if the criminal acts of part of a paramilitary or revolutionary non-state organization are knowingly tolerated by the leaders, those leaders may be equally responsible for those acts. Complicity by reason of one's position of leadership within an organization responsible for international crimes is analogous to the theory of vicarious liability in torts, but the analogy is not altogether apt, since it is clear that, in the context of international crimes, the accused person must have knowledge of the acts constituting the international crimes.

12 To sum up, association with a person or organization responsible for international crimes may constitute complicity if there is personal and knowing participation or toleration of the crimes. Mere membership in a group responsible for international crimes, unless it is an organization that has a "limited, brutal purpose", is not enough (*Ramirez, supra*, at page 317). Moreover, the closer one is to a position of leadership or command within an organization, the easier it will be to draw an inference of awareness of the crimes and participation in the plan to commit the crimes.

2. CRIMES AGAINST HUMANITY

Another question of law to be addressed in this appeal is what constitutes a crime against humanity. Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal defines crimes against humanity as follows:

Article 6

. . .

- (c) *Crimes against humanity*: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

There are certain additional legal requirements commonly accepted as part of the definition of crimes

Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, à la page 17). De même, si les dirigeants tolèrent sciemment des agissements criminels de la part d'une organisation paramilitaire ou révolutionnaire non officielle, ils peuvent également en être tenus responsables. La complicité du fait de l'occupation d'une position de dirigeant d'une organisation responsable de crimes internationaux s'apparente à la théorie de la responsabilité du fait d'autrui en matière de délits civils, mais cette analogie n'est pas tout à fait juste, puisqu'il est indiscutable que dans le contexte des crimes internationaux, l'accusé doit avoir été au courant des actes constitutifs de ces crimes.

En bref, l'association avec une personne ou une organisation responsable de crimes internationaux peut emporter complicité si l'intéressé a personnellement ou sciemment participé à ces crimes, ou les a sciemment tolérés. La simple appartenance à un groupe responsable de crimes internationaux ne suffit pas, à moins que cette organisation ne poursuive des «fins limitées et brutales» (*Ramirez, supra*, à la page 317). D'autre part, plus l'intéressé occupe les échelons de direction ou de commandement au sein de l'organisation, plus on peut conclure qu'il était au courant des crimes et a participé au plan élaboré pour les commettre.

2. CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Un autre point de droit à examiner dans cet appel porte sur la question de savoir ce qui constitue un crime contre l'humanité. Selon l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international:

Article 6

. . .

- (c) *Les Crimes contre l'Humanité*: c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

Certaines autres qualifications juridiques sont communément reconnues comme faisant partie de la défi-

against humanity in the international sphere. Crimes against humanity must generally be committed in a wide-spread, systematic fashion (see, for example, the *Flick Trial* (trial of Friedrich Flick and five others), United States Military Tribunal at Nuremberg, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. IX, page 1, and the *Justice Trial* (trial of Joseph Alstötter and others), United States Military Tribunal at Nuremberg, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. VI, page 1, at pages 37, 47). As one Canadian commentator, Joseph Rikhof, *supra*, at page 30 has noted:

This requirement does not mean that a crime against humanity cannot be committed against one person, but in order to elevate a domestic crime such as murder or assault to the realm of international law an additional element will have to be found. This element is that the person who has been victimized is a member of a group which has been targeted systematically and in a widespread manner for one of the crimes mentioned . . .

Another historic requirement of a crime against humanity has been that it be committed against a country's own nationals. This is a feature that helped to distinguish a crime against humanity from a war crime in the past. (See the *Flick Trial*, *supra*, as well as the *Justice Trial*, *supra*.) While I have some doubt about the continuing advisability of this requirement in the light of the changing conditions of international conflict, writers still voice the view that they "are still generally accepted as essential thresholds to consider a crime worthy of attention by international law" (Rikhof, *supra*, at page 31).

There appears to be some dispute among academics and judges as to whether or not state action or policy is a required element of crimes against humanity in order to transform ordinary crimes into international crimes. The cases decided in Canada to date on the issue of crimes against humanity all involved members of the state, in that each of the individuals was a member of a military organization associated with the government (*Naredo, supra; Ramirez, supra; Moreno, supra; and Rudolph, supra*). One author, Bassiouni, *supra*, states that the required international element of crimes against humanity is state action or policy (at page 247). Similarly, the *Justice Trial, supra*, was quite clear in interpreting Control Council Law No. 10 (basically identical in terms to Article 6 of the Charter of the International Military

and Justice Trial (trial of Friedrich Flick and five others), United States Military Tribunal at Nuremberg, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. IX, page 1, et le *Justice Trial* (trial of Joseph Alstötter and others), United States Military Tribunal at Nuremberg, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. VI, page 1, aux pages 37 et 47). Comme l'a fait remarquer un commentateur canadien, Joseph Rikhof, *op. cit.*, à la page 30:

[TRADUCTION] Cette condition ne signifie pas qu'un crime contre l'humanité ne puisse pas être commis contre une personne, mais afin de faire qualifier un crime interne, tel le meurtre, de crime international, il faut que cet élément supplémentaire soit présent. Cet élément réside dans ce que la victime appartient à un groupe qui a été, de façon systématique et généralisée, la cible d'un des crimes susmentionnés.

Un autre élément constitutif, traditionnellement reconnu, du crime contre l'humanité veut qu'il soit commis contre les propres citoyens du pays concerné. Il s'agit là d'un trait qui a servi par le passé à distinguer crime contre l'humanité et crime de guerre (voir *Flick Trial, supra*, et le *Justice Trial, supra*). Bien que j'aie certaines réserves sur l'utilité d'un maintien de cette condition à la lumière de l'évolution des conditions de conflit international, certains auteurs estiment qu'elle [TRADUCTION] «est toujours généralement acceptée comme la condition nécessaire pour qu'un crime tombe sous le coup du droit international» (Rikhof, *op. cit.*, à la page 31).

Il y a une divergence entre professeurs de droit et juges quant à la question de savoir si l'action ou la politique de l'État est un élément nécessaire des crimes contre l'humanité, afin que des crimes ordinaires puissent être qualifiés de crimes internationaux. Les affaires de crimes contre l'humanité, jugées à cette date au Canada, concernaient toutes des autorités étatiques, puisque les intéressés appartenaient à une organisation militaire relevant du gouvernement (*Naredo, supra; Ramirez, supra; Moreno, supra; et Rudolph, supra*). Un auteur, Bassiouni, *op. cit.*, souligne que l'élément nécessaire, en droit international, des crimes contre l'humanité est l'action ou la politique de l'État (à la page 247). De même, le *Justice Trial, supra*, a interprété clairement la loi n° 10 du Conseil de contrôle (essentiellement identique

Tribunal) to mean that there must be a governmental element to crimes against humanity at page 40:

It is not the isolated crime by a private German individual which is condemned, nor is it the isolated crime perpetrated by the German Reich through its officers against a private individual. It is significant that the enactment employs the words 'against any civilian population' instead of 'against any civilian individual'. The provision is directed against offences and inhumane acts and persecutions on political, racial, or religious grounds systematically organised and conducted by or with the approval of government.

Other commentators and courts take a different approach. These developments are discussed extensively by Rikhof, *supra*, at pages 60 ff. In the *Flick Trial, supra*, the United States Military Tribunal itself adopted the position that private individuals can commit breaches of international law when it convicted several industrialists of crimes against humanity for the use of slave labour in their factories. This position was also taken in several other decisions of the United States Military Tribunal at Nuremberg regarding individual responsibility for war crimes. A similar position was adopted with respect to the commission of genocide, recognized as a crime against humanity, by the International Court of Justice in its advisory opinion on *Reservations to the Convention on Genocide*, International Court of Justice Reports (1951). Finally, the International Law Commission has determined that individuals without connection to the state could indeed commit crimes against humanity (see Rikhof, *supra*, at page 64). Based on these latter authorities, therefore, it can no longer be said that individuals without any connection to the state, especially those involved in paramilitary or armed revolutionary movements, can be immune from the reach of international criminal law. On the contrary, they are now governed by it.

THE FACTS

Having considered the law with respect to crimes against humanity in the context of section F(a) of Article 1 of the Convention, it is necessary to turn to the facts of this appeal. The panel of the Refugee Division concluded that there were serious reasons for considering that the appellant, by reason of his association with the LTTE, had committed crimes against humanity.

à l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international) comme signifiant que les crimes contre l'humanité sont toujours le fait de l'État, à la page 40:

[TRADUCTION] Ce n'est pas le crime isolé d'un particulier allemand qui est condamné, ni le crime isolé commis par le Reich allemand par l'intermédiaire de ses agents contre un particulier. Il importe de noter que le texte emploie les mots «contre toutes populations civiles» et non pas «contre tout civil». Cette disposition vise les infractions et les actes et persécutions inhumains, systématiquement organisés et dirigés par l'État ou avec son approbation, et ce pour des motifs politiques, raciaux ou religieux.

D'autres auteurs et juges ont une conception différente. La question a été rapportée en détail par Rikhof, *op. cit.*, aux pages 60 et suivantes. Dans le procès *Flick, supra*, le Tribunal militaire des États-Unis a conclu lui-même que des particuliers pouvaient enfreindre le droit international lorsqu'il a déclaré des industriels coupables de crimes contre l'humanité pour emploi de la main-d'œuvre forcée dans leurs usines. Cette position se retrouve dans plusieurs autres décisions du Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, au sujet de la responsabilité individuelle pour crimes de guerre. La même vue a été adoptée à l'égard du génocide, reconnu comme crime contre l'humanité, par la Cour internationale de justice dans sa consultation sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, Recueils de la Cour internationale de justice (1951). Enfin, la Commission du droit international a conclu que des individus n'ayant aucun lien avec l'État pouvaient vraiment commettre des crimes contre l'humanité (Voir Rikhof, *op. cit.*, à la page 64). À la lumière de ces derniers magistrats, on ne peut donc plus dire que des individus n'ayant aucun lien avec l'État, en particulier ceux qui participent aux mouvements paramilitaires ou révolutionnaires armés, sont à l'abri du droit pénal international. Au contraire, ils y sont maintenant soumis.

LES FAITS DE LA CAUSE

Après cette évocation des règles de droit applicables aux crimes contre l'humanité dans le contexte de la section Fa) de l'article premier de la Convention, il est nécessaire de considérer les faits de la cause. Le tribunal constitué par la section du statut a conclu qu'il y avait des raisons sérieuses de penser que l'appelant, en raison de son association avec les LTTE, avait commis des crimes contre l'humanité.

The standard of proof in section F(a) of Article 1 of the Convention is whether the Crown has demonstrated that there are serious reasons for considering that the claimant has committed crimes against humanity. In *Ramirez, supra*, MacGuigan J.A. stated that serious reasons for considering constitutes an intelligible standard on its own which need not be assimilated to the reasonable grounds standard in section 19 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3] of the *Immigration Act*. This conclusion was echoed by Mr. Justice Robertson in *Moreno, supra*, although Robertson J.A. indicated that, for practical purposes, there was no difference between the standards. I agree that there is little, if any, difference of meaning between the two formulations of the standard. Both of these standards require something more than suspicion or conjecture, but something less than proof on a balance of probabilities. This shows that the international community was willing to lower the usual standard of proof in order to ensure that war criminals were denied safe havens. When the tables are turned on persecutors, who suddenly become the persecuted, they cannot claim refugee status. International criminals, on all sides of the conflicts, are rightly unable to claim refugee status.

The evidence demonstrates that the appellant was not merely a member of the LTTE, but that he held several positions of some importance within the LTTE. A brief summary of the detailed evidence indicates that, as a young man, the appellant studied military history and strategy and concluded that armed struggle was the only way for the Tamils to achieve their goals of liberation. He became involved with the LTTE in 1978, shortly after the LTTE was banned by the Sri Lankan government. While he was at university, the appellant used his office as a student leader to promote the LTTE. Becoming frustrated with internal fighting in the LTTE, the appellant left the organization in 1981 to concentrate on his studies. However, the appellant was forced to cut his university studies short and escape to India after being sought by the Sri Lankan authorities because of his ties with the LTTE.

The Sri Lankan government claimed that the appellant participated in a bombing attack on a Sri

Selon la norme de preuve requise par la section Fa) de l'article premier de la Convention, il s'agit de savoir si la Couronne a prouvé qu'il y a des raisons sérieuses de penser que le demandeur a commis des crimes contre l'humanité. Dans *Ramirez, supra*, le juge MacGuigan conclut que la norme des raisons sérieuses est en soi une norme intelligible et qu'il n'est pas nécessaire de l'assimiler à la norme des motifs raisonnables que prescrit l'article 19 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3] de la *Loi sur l'immigration*. Cette conclusion a été reprise par le juge Robertson, J.C.A., dans *Moreno, supra*, mais pour celui-ci, il n'y a à vrai dire aucune différence entre les deux. Je conviens que la différence, si différence il y a, est minime entre ces deux formulations de la norme. L'une et l'autre demandent davantage que la suspicion ou la conjecture, mais sans atteindre à la preuve par prépondérance des probabilités. Cela montre que la communauté internationale voulait bien baisser la norme habituelle de preuve afin de s'assurer que les criminels de guerre ne trouveraient pas refuge. Lorsque par un juste retour des choses, les persécuteurs deviennent les persécutés, ils ne pourront pas revendiquer le statut de réfugié. Les criminels internationaux, de quelque côté qu'ils se trouvent dans les conflits, sont ainsi privés à juste titre du statut de réfugié.

Il ressort des preuves produites que non seulement l'appellant était un membre des LTTE, mais qu'il occupait diverses fonctions importantes au sein de l'organisation. Un bref sommaire des preuves détaillées montre que dans sa jeunesse, l'appellant étudiait l'histoire et la stratégie militaires et concluait que la lutte armée était le seul moyen pour les Tamouls d'atteindre leurs objectifs de libération. Il adhéra aux LTTE en 1978 peu de temps après que l'organisation fut interdite par le gouvernement sri-lankais. Pendant qu'il était à l'université, il se servait de son bureau de dirigeant étudiant pour faire de la propagande LTTE. Frustré par les querelles internes de l'organisation, il l'a abandonnée en 1981 pour se concentrer sur ses études. Cependant, il a dû quitter l'université pour s'enfuir en Inde, après avoir été recherché par les autorités sri-lankaises en raison de ses liens avec les LTTE.

Le gouvernement sri-lankais reprochait à l'appellant d'avoir participé à une attaque à la bombe contre

Lankan police station in 1982, but the appellant denied having anything to do with the attack. The Board made no express finding on this matter and, hence, I ignore it.

The appellant testified that between 1983 and 1985, he was made aware that the LTTE was naming people working against the LTTE as traitors and killing those people as punishment (Case, at pages 113-115). The leader of the LTTE, Prabaharan, discussed these killings with the appellant, who testified that, while he never had any direct connection with these killings, he "accepted" what the leader of the LTTE told him (Case, at page 114).

The appellant remained in India until 1985 when he returned to Sri Lanka. In the intervening years, the appellant had been approached by the LTTE leader. As a result, the appellant rejoined the LTTE as military advisor. He established a Military Research and Study Centre in Madras where he lectured LTTE recruits on guerrilla warfare. The appellant testified that he instructed recruits on proper relations with the civilian population in order to gain popular support and that the recruits were told to observe the Geneva Convention.

In 1985, the appellant took part in negotiations (organized by the Indian government) between the Sri Lankan government and the five main rebel groups. These talks broke down when 40 Tamil civilians were killed by Sri Lankan forces.

In 1986, the appellant returned to Sri Lanka to visit his family. He resigned his position at the LTTE's military training college as a result of a dispute over military strategy with another member of the LTTE, and turned his attention to developing an anti-tank weapon. In 1987, he went back to India to mass-produce this weapon.

The appellant then returned once more to Sri Lanka with instructions to develop a military and intelligence division for the LTTE to gather information, prepare military maps and recruit new members. At that time, he was appointed to the rank of major within the LTTE.

un poste de police au Sri Lanka en 1982, ce qu'il a nié. La Commission n'a tiré aucune conclusion sur ce point spécifique; en conséquence, je n'en tiendrai pas compte.

L'appellant témoigne que pendant la période allant de 1983 à 1985, il s'est aperçu que les LTTE condamnaient comme traîtres ceux qui travaillaient contre eux et les tuaient en guise de punition (dossier d'appel, aux pages 113 à 115). Le chef des LTTE, Prabaharan, lui a parlé de ces meurtres et selon l'appellant, bien que ces meurtres n'eussent rien à voir directement avec lui, il «acceptait» ce que lui disait le chef des LTTE (dossier d'appel, à la page 114).

L'appellant est resté en Inde jusqu'en 1985 puis est retourné au Sri Lanka. Dans l'intervalle, il avait été contacté par le chef des LTTE et, par suite, il a réintégré les LTTE à titre de conseiller militaire. Il créa à Madras un centre de recherches et d'études militaires où il enseignait les tactiques de guérilla aux nouvelles recrues. L'appellant témoigne qu'il enseignait à ces dernières comment il fallait se comporter envers la population civile en vue de s'assurer le soutien populaire, et qu'il leur disait de respecter la Convention de Genève.

En 1985, l'appellant participa aux négociations (organisées par le gouvernement indien) entre le gouvernement du Sri Lanka et les cinq principales organisations rebelles. Ces négociations ont tourné court après qu'une quarantaine de civils tamouls eurent été tués par les forces sri-lankaises.

En 1986, l'appellant retourna au Sri Lanka pour visiter sa famille. Il démissionna du collège militaire des LTTE par suite d'une querelle sur la stratégie militaire avec un autre membre de l'organisation, et se concentra sur la mise au point d'une arme anti-tank. En 1987, il retourna en Inde pour participer à la production en série de cette arme.

L'appellant est retourné une nouvelle fois au Sri Lanka avec instructions de créer une division de renseignements militaires pour les LTTE en vue de recueillir les renseignements, d'établir les cartes militaires et de recruter de nouveaux membres. Il fut alors promu au grade de commandant au sein des LTTE.

Hostilities between the Sri Lankan and LTTE forces broke out in early 1987, but these were brought to an end by a peace accord signed in July of 1987. This accord allowed the Tamils to form a Tamil police force in the northern and eastern provinces, and the appellant was instructed to convert the military and intelligence centre into a police academy. However, the accord broke down and the police academy was never established.

The appellant testified that, in 1987, one commander of the LTTE, Aruna, went to a prison under their control and shot about forty unarmed members of other rival Tamil groups with a machine gun, after an assassination attempt by another Tamil group on a high-ranking officer of the LTTE. The appellant testified that, when he learned about the killing, he went to Prabakaran to demand public punishment, which he said he would do. However, little was done to Aruna, except that he lost his rank and was detained for a while. The appellant complained again, but nothing further was done. Aruna was later killed in action. Despite this, the appellant remained in the LTTE.

When a military commander in Jaffna died, the appellant was ordered to take charge of the defence of Jaffna Town. The appellant held the town for 15 days before he and his soldiers were driven into the jungle where they carried on guerrilla attacks. Subsequently, the appellant was ordered to return to India because of a dispute between him and the LTTE's second-in-command. The appellant testified that this dispute arose from his strong conviction that negotiations with Sri Lanka should proceed without pre-condition. Although the appellant participated in peace talks with the Sri Lankan government, the talks were doomed to failure because of the leader of the LTTE's intractable position and confrontational style.

Eventually, the appellant voiced his frustrations with the inability of the LTTE to conduct itself properly in peace talks, and was consequently expelled from the LTTE in December of 1988. The claimant remained underground in India until January of 1989 when he travelled to Canada on a false Malaysian passport via Singapore and the United States.

Les hostilités éclatèrent au début de 1987 entre l'armée sri-lankaise et les forces LTTE, mais cessèrent à la signature d'un accord de paix en juillet 1987. Cet accord permettait aux Tamouls de former une police tamoule pour les provinces septentrionales et orientales, et l'appellant fut chargé de convertir le centre de formation militaire et de renseignements en une école de la police. Cependant l'accord tourna court et l'école de la police n'a jamais été créée.

L'appellant témoigne qu'en 1987, après qu'un autre groupe tamoul eut essayé d'assassiner un haut dirigeant des LTTE, un commandant de ces derniers, Aruna, s'est rendu dans une prison sous contrôle des LTTE pour y tuer à la mitrailleuse une quarantaine de membres non armés d'organisations tamoules rivales. Et qu'informé de cette tuerie, l'appellant est allé demander à Prabakaran de sévir publiquement, ce que celui-ci a promis de faire. Cependant, Aruna a juste perdu son grade et a été détenu un certain temps. L'appellant s'est plaint de nouveau, sans obtenir rien de plus. Par la suite, Aruna a été tué au combat. Malgré tout cela, l'appellant est resté membre des LTTE.

À la mort du commandant militaire de Jaffna, l'appellant a été chargé de diriger la défense de cette ville. Lui et ses soldats la tenaient pendant 15 jours avant d'être repoussés dans la jungle, d'où ils lançaient des opérations de guérilla. Par la suite, il reçut l'ordre de retourner en Inde en raison d'une querelle avec le commandant adjoint des LTTE. Il témoigne que ce différend provenait de ce qu'il croyait fermement qu'il fallait engager sans condition préalable les négociations avec le Sri Lanka. Il a participé ensuite aux négociations de paix avec le gouvernement sri-lankais, mais ces négociations étaient vouées à l'échec en raison de l'intransigeance et de l'attitude agressive du chef des LTTE.

Subséquemment, l'appellant a manifesté son sentiment de frustration devant l'inaptitude des LTTE à se comporter comme il fallait aux négociations de paix, et par suite, a été expulsé des LTTE en décembre 1988. Il demeurait caché en Inde jusqu'en janvier 1989, puis s'est rendu, au moyen d'un faux passeport malaysien, au Canada en passant par Singapour et les États-Unis.

The evidence clearly shows that the appellant held positions of importance within the LTTE. In particular, the appellant was at various times responsible for the military training of LTTE recruits, for internationally organized peace talks between the LTTE and the Sri Lankan government, for the military command of an LTTE military base, for developing weapons, and, perhaps most importantly, for the intelligence division of the LTTE. It cannot be said that the appellant was a mere member of the LTTE. In fact, he occupied several positions of leadership within the LTTE including acting as the head of the LTTE's intelligence service. Given the nature of the appellant's important role within the LTTE, an inference can be drawn that he knew of crimes committed by the LTTE and shared the organization's purpose in committing those crimes. The Refugee Division was correct in determining that the appellant's leadership role within the LTTE left the appellant open to a charge of complicity in crimes against humanity alleged to have been committed by the LTTE.

The Refugee Division's reasons are deficient, however, because of the absence of factual findings of acts committed by the LTTE as well as of the appellant's knowledge of the acts and shared purpose with the LTTE, and the lack of findings in relation to whether those acts were crimes against humanity. The Refugee Division simply stated:

Therefore, the panel believes that there are serious reasons for considering that the claimant, in his leadership position, must be held individually responsible for crimes against humanity committed by the LTTE and documented elsewhere in these reasons. (Case, at page 600).

However, the closest the panel came to documenting the LTTE's actions, as well as the appellant's knowledge of and intent to share in the purpose of those acts, and to determining whether those acts constituted crimes against humanity were vague statements about "atrocities" and "abhorrent" tactics committed by all parties to the civil strife in Sri Lanka (Case, at pages 9-10).

Il ressort des preuves produites que l'appellant occupait des fonctions importantes au sein des LTTE. En particulier, il a été chargé de la formation militaire des nouvelles recrues, des négociations de paix organisées sous parrainage international entre les LTTE et le gouvernement sri-lankais, du commandement d'une base militaire des LTTE, de la mise au point d'armements et, ce qui est peut-être le plus important, de la division de renseignements des LTTE. On ne peut dire qu'il était un simple membre de cette organisation. En fait, il occupait plusieurs fonctions de commandement, dont celles de chef du service de renseignements des LTTE. Vu la nature du rôle important de l'appellant au sein des LTTE, on peut conclure qu'il était au courant des crimes commis par ces derniers et qu'il partageait les fins poursuivies par l'organisation dans la perpétration de ces crimes. La section du statut a conclu à juste titre que les fonctions de commandement occupées par l'appellant au sein des LTTE l'exposaient à l'accusation de complicité dans les crimes contre l'humanité qu'auraient commis ces derniers.

Les motifs prononcés par la section du statut sont cependant défectueux, vu l'absence de conclusions sur les faits, savoir les actes commis par les LTTE et le fait que l'appellant était au courant de ces actes et partageait les fins poursuivies par les LTTE, ainsi que l'absence de toute conclusion sur la question de savoir si ces actes constituaient des crimes contre l'humanité. La section du statut s'est contentée de tirer la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Par conséquent, le tribunal estime qu'il existe des raisons sérieuses pour considérer que le demandeur, dans son rôle de dirigeant, doit être tenu personnellement responsable des crimes contre l'humanité commis par les LTTE, comme le prouvent certains documents ailleurs dans ces motifs. (Dossier, à la page 600)

Cependant, si tant est que le tribunal ait documenté les actes des LTTE, de même que la connaissance qu'en avait l'appellant et son intention de partager les fins poursuivies au moyen de ces actes, et qu'il ait examiné si ces actes constituaient des crimes contre l'humanité, il n'y a en réalité que de vagues assertions au sujet des «atrocités» et des tactiques «répugnantes» de toutes les parties dans la guerre civile au Sri Lanka (dossier d'appel, aux pages 9 et 10).

The importance of providing findings of fact as to specific crimes against humanity which the refugee claimant is alleged to have committed cannot be underestimated in a case such as this where the Refugee Division determined that the claimant has a well-founded fear of persecution at the hands of the Sri Lankan government. For example, the Amnesty International Report of 1989 indicates that the Sri Lankan government is responsible for arbitrary arrest and detention without charge or trial, “disappearances”, torture, death in custody, and extrajudicial killings. Given the seriousness of the possible consequences of the denial of the appellant’s claim on the basis of section F(a) of Article 1 of the Convention to the appellant and the relatively low standard of proof required of the Minister, it is crucial that the Refugee Division set out in its reasons those crimes against humanity for which there are serious reasons to consider that a claimant has committed them. In failing to make the required findings of fact, I believe that the Refugee Division can be said to have made an error of law.

In some cases, the inadequacy of the Refugee Division’s findings would require the case to be sent back to the Refugee Division for a new determination. However, as MacGuigan J.A. held in *Ramirez, supra*, this Court may uphold the decision of the Refugee Division, despite the errors committed by the panel, if “on the basis of the correct approach, no properly instructed tribunal could have come to a different conclusion” (pages 323-324). In my opinion, under the standard articulated in *Ramirez, supra*, it is not necessary to send this matter back to the Refugee Division for a new determination for no properly instructed tribunal could come to any other conclusion than that there were serious reasons for considering that the appellant had committed crimes against humanity.

While it would be inappropriate for this Court to review the record and make findings of fact based on the credibility of the materials and witnesses before the tribunal, that is not necessary in this appeal. It is incontrovertible that the appellant knew about the crimes against humanity committed by the LTTE. The appellant testified before the Refugee Division

On ne saurait sous-estimer l’importance qu’il y a à articuler les conclusions sur les faits, c’est-à-dire sur les crimes contre l’humanité spécifiques que le demandeur aurait commis dans un cas comme celui-ci, où la section du statut a reconnu que le demandeur craignait avec raison d’être persécuté par les autorités sri-lankaises. Par exemple, le rapport de 1989 d’Amnistie Internationale indique que le gouvernement du Sri Lanka est responsable d’arrestations et de détentions arbitraires sans inculpation ni condamnation, de «disparitions», de tortures, de morts durant la détention et d’exécutions extrajudiciaires. Vu la gravité des conséquences éventuelles du rejet, fondé sur la section Fa) de l’article premier de la Convention, de la revendication de l’appellant et la norme de preuve relativement peu rigoureuse à laquelle doit satisfaire le ministre, il est crucial que la section du statut rapporte dans ses motifs de décision les crimes contre l’humanité dont elle a des raisons sérieuses de penser que le demandeur les a commis. On peut dire que faute d’avoir tiré les conclusions nécessaires sur les faits, la section du statut a commis une erreur de droit.

Dans certains cas, l’insuffisance des conclusions tirées par la section du statut est telle que l’affaire doit lui être renvoyée pour nouvelle instruction. Cependant, comme le juge MacGuigan l’a fait remarquer dans *Ramirez, supra*, cette Cour peut confirmer la décision de la section du statut, malgré les erreurs commises par le tribunal, si «aucun tribunal correctement instruit, utilisant la méthode d’interprétation appropriée, n’aurait pu parvenir à une conclusion différente» (pages 323 et 324). Je conclus, à la lumière de la norme énoncée dans cet arrêt, qu’il n’est pas nécessaire de renvoyer l’affaire à la section du statut pour nouvelle instruction, par ce motif qu’aucun tribunal correctement instruit ne pourrait manquer de conclure qu’il y avait des raisons sérieuses de penser que l’appellant avait commis des crimes contre l’humanité.

Il n’appartient certes pas à la Cour de revoir le dossier ni de tirer des conclusions sur les faits des documents et témoignages produits devant le tribunal, mais pareille mesure n’est pas nécessaire dans cet appel. Il est indiscutable que l’appellant était au courant des crimes contre l’humanité commis par les LTTE. L’appellant a témoigné devant la section du

that he knew that the LTTE was interrogating and killing people deemed to be traitors to the LTTE (Case, at pages 113-115). The appellant testified that he argued with Prabaharan, the leader of the LTTE, about civilian deaths not being in the interest of the LTTE's cause after the LTTE was accused of civilian deaths (Case, at page 123). The appellant also stated that while he never allowed any civilian deaths to occur, he did witness or find out about civilian deaths caused by the LTTE (Case, at page 124). Further, the appellant testified that he was aware of an incident in which a member of the LTTE, Aruna, shot 40 members of rival Tamil groups with a machine gun.

The appellant's testimony must also be placed against the back-drop of the voluminous documentary evidence submitted to the Refugee Division. The various newspaper articles indicate that Tamil militant groups are responsible for wide-spread bloodshed amongst civilians and members of rival groups. In many of these articles, the LTTE are blamed for the violence by spokespeople for the Sri Lankan government. The Amnesty International Reports indicate that various Tamil groups are responsible for violence against civilians, but are not specific about incidents involving the LTTE. While I accept that the statements of blame by Sri Lankan government officials might be suspect and that newspapers and the human rights reports are somewhat less precise than might be desired, the appellant's own testimony and some of the objective material written about the activities of the LTTE are a sufficient basis from which no tribunal could fail to infer that many of the allegations made against the LTTE, including various incidents in which civilians were killed, are true.

As for the requirement of complicity by way of a shared common purpose, I have already found that the appellant held several positions of importance within the LTTE (including head of the LTTE's intelligence service) from which it can be inferred that he tolerated the killings as a necessary, though perhaps unpleasant, aspect of reaching the LTTE's goal of Tamil liberation. Although the appellant complained about these deaths and spoke out when they occurred, he did not leave the LTTE even though he had several

statut qu'il savait que les LTTE interrogeaient et tuaient des gens accusés de trahison (dossier d'appel, aux pages 113 à 115). Selon l'appelant, il a dit à Prabaharan, le chef des LTTE, que tuer des civils ne servait pas les intérêts de l'organisation après que celle-ci eut été accusée de meurtres de civils (dossier d'appel, à la page 123). L'appelant a également fait savoir que s'il n'avait jamais autorisé à tuer des civils, il avait assisté aux exécutions de ce genre par les LTTE ou en avait été informé après coup (dossier d'appel, à la page 124). Par surcroît, il a témoigné qu'il était au courant de l'exécution à la mitrailleuse d'une quarantaine de membres d'organisations tamoules rivales par un membre des LTTE, Aruna.

Le témoignage de l'appelant doit aussi être considéré à la lumière des preuves documentaires volumineuses soumises à la section du statut. Les divers articles de journaux indiquent que les organisations militantes tamoules étaient responsables de nombre de meurtres parmi la population civile et chez les membres des groupes rivaux. Dans nombre de ces articles, le porte-parole du gouvernement du Sri Lanka imputait cette violence aux LTTE. Les rapports d'Amnistie Internationale indiquent que diverses organisations tamoules sont responsables d'actes de violence contre les civils, mais ne citent pas des incidents spécifiques où seraient impliqués les LTTE. Je reconnais que si les blâmes prononcés par le porte-parole du gouvernement sri-lankais sont suspects, et si les articles de journaux et les rapports sur les droits de la personne sont plutôt moins précis qu'il serait souhaitable, le propre témoignage de l'appelant et certains documents objectifs sur les activités des LTTE constituent un élément suffisant, à la lumière duquel aucun tribunal ne manquerait de conclure que nombre d'allégations formulées contre les LTTE, y compris les divers meurtres de civils, sont véridiques.

Pour ce qui est de l'élément constitutif de la complicité, qu'est la fin poursuivie en commun, j'ai déjà conclu que le demandeur occupait au sein des LTTE plusieurs postes importants (y compris celui de chef des renseignements de l'organisation) dont on peut conclure qu'il tolérait les exécutions à titre de moyen nécessaire, encore que désagréable, d'atteindre le but de libération tamoule des LTTE. Si l'appelant s'est plaint de ces meurtres et les a désapprouvés au moment où ils furent commis, il n'a pas quitté les

chances to do so. No evidence was presented that the appellant would have suffered any risk to himself had he chosen to withdraw from the LTTE. The panel's finding that there was no serious possibility that the appellant would be persecuted by the LTTE supports the conclusion that the appellant could have withdrawn from the LTTE and failed to do so. I conclude that the evidence discloses that the appellant failed to withdraw from the LTTE, when he could have easily done so, and instead remained in the organization in his various positions of leadership with the knowledge that the LTTE was killing civilians and members of other Tamil groups. No tribunal could have concluded on this evidence that there were no serious reasons for considering that the appellant was, therefore, a knowing participant and, hence, an accomplice in these killings.

Finally, did these killings constitute crimes against humanity? That is, were the killings part of a systematic attack on a particular group and (subject to my reservations expressed above) were they committed against Sri Lankan nationals? Clearly, no other conclusion is possible other than that the civilians killed by the LTTE were members of groups being systematically attacked by the LTTE in the course of the LTTE's fight for control of the northern portion of Sri Lanka. These groups included both Tamils unsympathetic to the LTTE and the Sinhalese population. It is also obvious that these groups are all nationals of Sri Lanka, if that is still a requirement.

DECISION

I conclude that, given the appellant's own testimony as to his knowledge of the crimes against humanity committed by the LTTE, coupled with the appellant's position of importance within the LTTE and his failure to withdraw from the LTTE when he had ample opportunities to do so, there are serious reasons for considering that the appellant was an accomplice in crimes against humanity committed by the LTTE. The evidence, both the appellant's testimony and the documentary evidence, is such that no

LTTE bien qu'il eût plusieurs occasions de le faire. Il n'a produit aucune preuve sur les risques qu'il aurait courus s'il avait choisi de se retirer des LTTE. La conclusion tirée par le tribunal qu'il n'y avait aucune possibilité sérieuse que l'appellant eût été persécuté par les LTTE justifie la conclusion qu'il aurait pu se retirer de l'organisation mais ne l'a pas fait. Je conclus aussi qu'il ressort des preuves produites que l'appellant n'a pas quitté les LTTE quand il aurait pu le faire facilement, mais a continué à occuper diverses fonctions dirigeantes au sein de l'organisation tout en sachant que les LTTE tuaient des civils et des membres d'autres organisations tamoules. Aucun tribunal n'aurait conclu sur la foi de telles preuves qu'il n'y a pas des raisons sérieuses de penser que l'appellant était de ce fait un participant conscient et, par conséquent, un complice dans ces meurtres.

Enfin, il reste à savoir si ces meurtres constituent des crimes contre l'humanité, c'est-à-dire s'ils font partie d'une attaque systématique contre un groupe particulier et (compte tenu des réserves que j'ai exprimées *supra*), s'ils ont été commis contre des sri-lankais. Indubitablement, la seule conclusion possible est que les civils tués par les LTTE étaient les membres de groupes systématiquement attaqués par cette organisation, dans sa lutte pour le contrôle de la partie septentrionale du Sri Lanka. Ces groupes comprenaient à la fois les Tamouls qui n'épousaient pas la cause des LTTE et les civils cinghalais. Il est aussi indiscutable que les membres de ces groupes étaient tous des citoyens du Sri Lanka, si cette caractéristique est toujours un élément indispensable de la qualification de crime contre l'humanité.

DÉCISION

Du fait que l'appellant a témoigné lui-même qu'il était au courant des crimes contre l'humanité commis par les LTTE, du fait qu'il occupait des postes importants au sein de cette organisation et du fait qu'il ne l'a pas quittée alors qu'il en avait la possibilité à de nombreuses reprises, je conclus qu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'il était complice des crimes contre l'humanité commis par les LTTE. Les preuves versées au dossier, tant le témoignage de l'appellant que les preuves documentaires, sont telles qu'aucun

properly instructed tribunal could reach a different conclusion. Accordingly, I would dismiss the appeal.

MAHONEY J.A.: I agree.

HENRY D.J.: I agree.

tribunal proprement instruit ne pourrait tirer une autre conclusion. Par ces motifs, je me prononce pour le rejet de l'appel.

a LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE SUPPLÉANT HENRY: Je souscris aux motifs ci-dessus.

T-3033-92

T-3033-92

Attorney General of Canada (Applicant)**Procureur général du Canada (requérant)**

v.

c.

Kahn-Tineta Horn (Respondent)

a

Kahn-Tineta Horn (intimée)*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. HORN (T.D.)**RÉPERTORIÉ: CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) c. HORN (1^{re} INST.)*

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, September 20 and October 15, 1993.

Section de première instance, juge MacKay—Ottawa, 20 septembre et 15 octobre 1993.

Public Service — Termination of employment — Abandonment of position — Application to set aside Adjudicator's decision respecting grievance under PSSRA, s. 92(1) — Respondent not returning to work after educational leave as in area circumscribed by razor wire during stand-off between Canadian Forces, Indians at Kanesatake — Employer declaring respondent absent for reasons within own control under PSEA, s. 27 — Adjudicator holding declaration of abandonment in fact disciplinary discharge — No error in application of law — No intention on respondent's part to abandon position — No specific requirements established by law for finding of particular facts by Adjudicator — Ample evidence supporting Adjudicator's finding made within jurisdiction under s. 92(1) — Employer not having acted in good faith.

c

d

e

f

This was an application for judicial review to set aside the Adjudicator's decision allowing in part a grievance made by the respondent under the *Public Service Staff Relations Act* (PSSRA), subsection 92(1) and ordering that she be returned to work without compensation. After being granted a two-year educational leave commencing in September 1988, the respondent failed to return to work on September 4, 1990 because she was within the area at Kanesatake circumscribed by razor wire placed by the Canadian Armed Forces. As she was still absent from work on September 12, her employer, being of a view that her failure to return to work was within her own control, invoked section 27 of the *Public Service Employment Act* (PSEA), and declared her position abandoned, thus terminating her employment. After examining all of the evidence submitted to him, the Adjudicator concluded that the action taken against the grievor resulted from her activities in support of the Mohawk negotiating team and that the decision to use section 27 of the PSEA was related to a desire to respond to the activities of the grievor rather than to her absence. The issue was whether the Adjudicator acted beyond his jurisdiction under subsection 92(1) of the PSSRA in determining that the employer's declaration of abandonment was in fact a disciplinary discharge.

g

h

i

j

Fonction publique — Fin d'emploi — Abandon de poste — Demande d'annulation de la décision rendue par l'arbitre à l'égard d'un grief présenté en vertu de l'art. 92(1) de la LRTFP — Après avoir pris un congé d'études, l'intimée n'est pas retournée travailler, parce qu'elle était dans une zone encerclée d'un barbelé fait de fil plat tranchant lors d'un affrontement entre les Forces canadiennes et les Indiens à Kanesatake — En vertu de l'art. 27 de la LEFP, l'employeur a déclaré que l'absence de l'intimée ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté — L'arbitre a conclu que la déclaration d'abandon constituait de fait un congédiement disciplinaire — Absence d'erreur dans l'application de la loi — Absence d'intention de la part de l'intimée d'abandonner son poste — Absence d'exigences expresses établies par la loi permettant à l'arbitre de tirer une conclusion à l'égard de faits particuliers — Existence de nombreux éléments de preuve étayant la conclusion tirée par l'arbitre dans l'exercice de sa compétence en vertu de l'art. 92(1) — L'employeur n'avait pas agi de bonne foi.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant à l'annulation de la décision par laquelle l'arbitre avait en partie fait droit à un grief présenté par l'intimée en vertu du paragraphe 92(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP) et avait ordonné que celle-ci soit réintégrée sans rémunération. Après avoir pris un congé d'études de deux ans, lequel avait commencé en septembre 1988, l'intimée n'était pas retournée travailler, le 4 septembre 1990, parce qu'elle était dans une zone encerclée par un barbelé fait de fil plat tranchant que les Forces armées canadiennes avaient installé à Kanesatake. Le 12 septembre, l'intimée était encore absente de son travail, et son employeur, estimant que le fait que celle-ci n'était pas retournée travailler ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, s'est fondé sur l'article 27 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP) pour déclarer qu'elle avait abandonné son poste, ce qui mettait fin à son emploi. Après avoir examiné tous les éléments de preuve mis à sa disposition, l'arbitre a conclu que la mesure prise contre la fonctionnaire s'estimant lésée était fondée sur les actions de celle-ci lorsqu'il s'était agi d'appuyer l'équipe de négociation mohawk et que la décision d'avoir recours à l'article 27 de la LEFP était liée à un désir de répondre aux actions de la fonctionnaire s'estimant lésée plutôt qu'à son absence. Il s'agissait de savoir si l'arbitre avait excédé la compétence que lui conférait le paragraphe 92(1) de la LRTFP en concluant que la

Held, the application should be dismissed.

Where the legislature has limited review of decisions of an administrative agency by a privative clause, a court will intervene in respect of its decisions only where the agency is found to have exceeded its jurisdiction by erring in its determination of a question of law concerning its jurisdiction to consider the matter before it, or, if the question at issue is one within the agency's jurisdiction to consider, by erring in a patently unreasonable manner. The Adjudicator, in determining whether the matter was a grievance in relation to "disciplinary action resulting in discharge" under subsection 92(1), was dealing with a question of jurisdiction, where simple error warrants Court intervention on judicial review. His decision was a decision of fact, sometimes described as jurisdictional fact since his authority to deal with the merits of the grievance was dependent upon his determination of that fact. Determination of what constitutes "disciplinary action" in a given case was intended by Parliament to be a matter for those appointed as adjudicators by the Public Service Staff Relations Board pursuant to section 93 of the PSSRA. The ultimate burden was on the applicant to persuade the Court that the Adjudicator was wrong in his finding that the respondent was discharged for disciplinary reasons.

The Adjudicator did not err in law in dealing with the respondent's case, for three reasons. First, in order to support his finding, the Adjudicator was not required as a matter of law to first find that the employer's opinion, that the respondent's absence was for reasons within her control, was based on frivolous reasons or reasons other than good faith. The basis for the employer's action is dependent upon the purposes for which the action was taken and those purposes may reflect upon the *bona fides* of his belief. If, on a balance of probabilities, the adjudicator finds that the purposes of the employer are related to the employee's absence without authorization in circumstances which the employer can reasonably believe are within the employee's control, then the adjudicator must recognize that the declaration of abandonment is beyond his jurisdiction under subsection 92(1) of the PSSRA. On the other hand, if the purposes are found to relate to discipline of the employee, then the adjudicator is bound to consider the grievance on its merits, as was done here. The Adjudicator found that the basis of the employer's action was not related to her absence but to her support of the Mohawk negotiating team. Moreover, there was no evidence of intention on the part of the respondent to abandon her position. The cases relied upon by the applicant did not establish the necessity for the Adjudicator to find that the employer's opinion was either based on frivolous reasons or reasons other than good faith. There are no specific requirements established by law for the finding of particular facts by the Adjudicator if his decision, made in an area of recognized expertise, is to warrant deference. The Adjudicator did not err in his application of subsection 92(1) or in his assessment that the declaration of abandonment was a disciplinary action within his jurisdiction to consider. Second,

déclaration d'abandon que l'employeur avait faite constituait en réalité un congédiement disciplinaire.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Lorsque le législateur limite le contrôle des décisions d'un organisme administratif au moyen d'une clause privative, le tribunal n'interviendra que s'il conclut que celui-ci a excédé sa compétence en rendant une décision erronée sur une question de droit relative à sa compétence pour examiner l'affaire dont il est saisi ou, si la question en litige relève de sa compétence, en commettant une erreur manifestement déraisonnable. L'arbitre, en décidant si le grief se rapportait à une «mesure disciplinaire entraînant le congédiement» en vertu du paragraphe 92(1), examinait une question de compétence, de sorte qu'une simple erreur justifiait l'intervention de la Cour par voie de contrôle judiciaire. Il s'agissait d'une décision de fait, parfois décrite comme se rapportant à un fait juridictionnel, étant donné que le pouvoir de l'arbitre d'examiner le grief au fond dépendait de la détermination de ce fait. L'intention du législateur était que la détermination de ce qui constitue une «mesure disciplinaire», dans un cas donné, relève des personnes désignées à titre d'arbitres par la Commission des relations de travail dans la fonction publique, conformément à l'article 93 de la LRTFP. Il incombait en fin de compte au requérant de convaincre la Cour que l'arbitre avait commis une erreur en concluant que l'intimée avait été congédiée pour des raisons disciplinaires.

L'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit en examinant le cas de l'intimée, et ce, pour trois raisons. Premièrement, afin de justifier sa conclusion, l'arbitre n'était pas tenu en droit de conclure d'abord que l'opinion de l'employeur, à savoir que l'absence de l'intimée ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, était fondée sur des motifs futiles ou sur des motifs fondés sur autre chose que la bonne foi. Le fondement de la mesure prise par l'employeur dépendait du but dans lequel cette mesure était prise et ce but pouvait influencer sur sa bonne foi. Si, selon la prépondérance des probabilités, l'arbitre conclut que le but visé par l'employeur est lié au fait que le fonctionnaire s'est absenté sans autorisation, dans des circonstances que l'employeur peut raisonnablement considérer comme n'étant pas indépendantes de sa volonté, l'arbitre doit reconnaître que la déclaration d'abandon ne relève pas de sa compétence en vertu du paragraphe 92(1) de la LRTFP. D'autre part, s'il est conclu que le but visé est de discipliner le fonctionnaire, l'arbitre est tenu d'examiner le grief au fond, comme il l'a fait en l'espèce. L'arbitre a conclu que la mesure prise par l'employeur n'était pas fondée sur l'absence de la fonctionnaire, mais sur le fait qu'elle appuyait l'équipe de négociation mohawk. En outre, rien ne permettait de conclure que l'intimée avait l'intention d'abandonner son poste. Les arrêts cités par le requérant n'établissaient pas que l'arbitre était tenu de conclure que l'opinion de l'employeur était fondée sur des motifs futiles ou que ce dernier n'avait pas agi de bonne foi. Il n'existe aucune exigence expresse établie en droit, lorsqu'il s'agit pour l'arbitre de conclure à l'existence de faits particuliers, s'il faut faire preuve de retenue à l'égard de la décision que celui-ci a rendue dans un domaine relevant de son expertise reconnue. L'arbitre n'a pas commis d'erreur dans

although there was no express finding that the employer acted for reasons other than good faith, the conclusion of the Adjudicator made that just as clear as if he had expressly said so. There was ample evidence in the record to support his finding that the abandonment declaration was in reality "disciplinary action resulting in discharge" within subsection 92(1) of the PSSRA. Third, assuming that the Court had to consider the "correctness" of the Adjudicator's decision, it should be concluded that the latter was correct in the circumstances of this case. The employer's action required a belief that the respondent had abandoned her position, based on a reasonable assessment of all the evidence available to him. That belief could hardly be reasonably formed without consideration of a number of facts which appeared to have been ignored. The only reasonable conclusion on the evidence was that the employer's concern was primarily about the activities of the respondent at Kanesatake and not about her absence without authorization.

l'application du paragraphe 92(1) de la LRTFP ou en concluant que la déclaration d'abandon constituait une mesure disciplinaire relevant de sa compétence. Deuxièmement, l'arbitre n'a pas expressément conclu que l'employeur avait agi pour des motifs fondés sur autre chose que la bonne foi, mais la conclusion que l'arbitre a tirée montrait que c'était ce qu'il avait fait tout aussi clairement que s'il l'avait expressément dit. Il existait dans le dossier de nombreux éléments de preuve justifiant la conclusion de l'arbitre, à savoir que la déclaration d'abandon constituait en réalité une «mesure disciplinaire entraînant le congédiement» au sens du paragraphe 92(1) de la LRTFP. Troisièmement, à supposer que la Cour doive examiner le «bien-fondé» de la décision de l'arbitre, il faut conclure que ce dernier avait raison, dans les circonstances de l'affaire. La mesure prise par l'employeur exigeait que ce dernier croie que l'intimée avait abandonné son poste, en se fondant sur une évaluation raisonnable de tous les éléments de preuve dont il disposait. L'employeur pouvait difficilement en arriver raisonnablement à cette conclusion sans tenir compte d'un certain nombre de faits qu'il ne semble pas avoir pris en considération. Compte tenu de la preuve, la seule conclusion raisonnable était que l'employeur se préoccupait principalement des activités de l'intimée à Kanesatake et non du fait qu'elle s'était absentée sans autorisation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(4)(c) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), (d) (as enacted *idem*).
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 27, 28.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 92(1), 93, 99, 101(1),(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada, [1993] 1 S.C.R. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *Canada (Attorney General) v. Michaud*, A-31-97, Hugessen J.A., judgment dated 8/6/87, F.C.A., not reported.

DISTINGUISHED:

Jacmain v. Attorney General (Can.) et al., [1978] 2 S.C.R. 15; (1977), 81 D.L.R. (3d) 1; 78 CLLC 14,117; 18 N.R. 361; *Canada (Attorney General) v. Penner*, [1989] 3 F.C. 429; (1989), 99 N.R. 213 (C.A.); *Morin v. R.*, [1981] 1 F.C. 3; (1980), 36 N.R. 387 (C.A.); revg [1979] 2 F.C. 642 (T.D.); *Attorney General of Canada v. Cantin*, T-1070-82, Addy J., order dated 12/3/82, F.C.T.D. not reported.

REFERRED TO:

Richard v. Public Service Staff Relations Board, [1978] 2 F.C. 344; (1977), 20 N.R. 81 (C.A.); *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)c) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), d) (édicte *idem*).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 27, 28.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 92(1), 93, 99, 101(1),(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada, [1993] 1 R.C.S. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *Canada (Procureur général) c. Michaud*, A-31-97, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 8-6-87, C.A.F., inédit.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Jacmain c. Procureur général (Can.) et autre, [1978] 2 R.C.S. 15; (1977), 81 D.L.R. (3d) 1; 78 CLLC 14,117; 18 N.R. 361; *Canada (Procureur général) c. Penner*, [1989] 3 C.F. 429; (1989), 99 N.R. 213 (C.A.); *Morin c. R.*, [1981] 1 C.F. 3; (1980), 36 N.R. 387 (C.A.); infirmant, [1979] 2 C.F. 642 (1^{re} inst.); *Procureur général du Canada c. Cantin*, T-1070-82, juge Addy, ordonnance en date du 12-3-82, C.F. 1^{re} inst., inédit.

DÉCISIONS CITÉES:

Richard c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique, [1978] 2 C.F. 344; (1977), 20 N.R. 81 (C.A.); *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S.

153; 95 N.R. 161; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 N.R. 161.

APPLICATION for judicial review to set aside the Adjudicator's decision ([1992] C.P.S.S.R.B. No. 159 (Q.L.)) allowing, in part, the respondent's grievance and ordering that she be returned to work without compensation. Application dismissed.

COUNSEL:

Duff Friesen, Q.C. and *Harvey A. Newman* for applicant.
Andrew J. Raven and *David Yazbeck* for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

MACKAY J.: In this application for judicial review the Attorney General of Canada seeks an order setting aside the decision, dated November 13, 1992, of Ian Deans, Chairperson of the Public Service Staff Relations Board, sitting as an adjudicator appointed by the Board [[1992] C.P.S.S.R.B. No. 159 (Q.L.)]. By his decision the Adjudicator allowed, in part, the grievance of the respondent and ordered that she be returned to work without compensation, following a declaration by the employer, Indian Affairs and Northern Development, made September 13, 1990, that the respondent had abandoned her position. That declaration was made pursuant to section 27 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (PSEA).

The sole issue raised in this application is whether the Adjudicator acted without jurisdiction or beyond his jurisdiction in determining that the respondent's grievance concerned a disciplinary discharge, within the jurisdiction of the Board pursuant to subsection 92(1) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 (PSSRA).

1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 N.R. 161.

a DEMANDE de contrôle judiciaire visant à l'annulation de la décision de l'arbitre ([1992] C.P.S.S.R.B. N° 159 (Q.L.)) faisant droit en partie au grief de l'intimée et ordonnant que celle-ci soit réintégrée sans rémunération. Demande rejetée.

AVOCATS:

Duff Friesen, c.r. et *Harvey A. Newman* pour le requérant.
Andrew J. Raven et *David Yazbeck* pour l'intimée.

PROCUREURS:

d *Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.
Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, pour l'intimée.

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

LE JUGE MACKAY: Dans cette demande de contrôle judiciaire, le procureur général du Canada cherche à obtenir une ordonnance infirmant la décision rendue le 13 novembre 1992 par le président de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, Ian Deans, siégeant en sa qualité d'arbitre désigné par la Commission [[1992] C.P.S.S.R.B. n° 159 (Q.L.)]. Par sa décision, l'arbitre a en partie fait droit au grief de l'intimée et a ordonné que celle-ci soit réintégrée sans rémunération, à la suite d'une déclaration que l'employeur, Affaires indiennes et du Nord Canada, avait faite le 13 septembre 1990, à savoir que l'intimée avait abandonné son poste. Cette déclaration était fondée sur l'article 27 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (LEFP).

i En l'espèce, il s'agit uniquement de savoir si l'arbitre avait compétence pour décider que le grief de l'intimée concernait un congédiement disciplinaire, conformément au paragraphe 92(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35 (LRTFP).

The jurisdiction of the Adjudicator to consider the matter was raised as a preliminary issue before and at the Adjudicator's hearing. By his decision he determined that the action of the employer was a discharge taken for disciplinary reasons and it was thus within his jurisdiction.

The background and the decision of the Adjudicator

The respondent was employed in the Department since 1972, most recently as Consultant, Child Welfare, with a status PM-5. In September 1988 she commenced educational leave, with pay, to pursue studies for a Masters degree at Carleton University, and that leave, originally for one year, was extended for 1989-90. In the summer of 1990 she was engaged in field work at the Mohawk communities of Kahnawake, Akwasasne and Kanesatake, in connection with a thesis project approved for her degree by the university. She was expected to return to work September 4, 1990, but at that time she was within the confines then recently circumscribed by razor wire placed by the Canadian Armed Forces at Kanesatake. She did not return to work on September 4. She did communicate with the employer through an agent, through her solicitor, and by telephone, seeking an extension of her leave and denying an intention to abandon her position in the Department. She asked that her pay continue to be deposited in her bank account, and she indicated that she would use accumulated leave credits to cover her absence. She also indicated she did not believe she could leave in safety. There was no response to her request for leave, though apparently, after some consideration, it was not considered favourably or was denied.

When she had not returned to work by September 12, senior personnel officers of the Department consulted with senior counsel at the Treasury Board. The following day, after further consultation among senior management, the Assistant Deputy Minister responsible, in the stated belief that her continued failure to return to work was within her own control, and without any warning to her, wrote to inform her that it was decided to declare her position abandoned, thus terminating her employment. That letter was

La question de la compétence a fait l'objet d'une objection préliminaire avant et pendant l'audience tenue par l'arbitre. Dans sa décision, l'arbitre a déterminé que la mesure prise par l'employeur constituait un congédiement disciplinaire et relevait donc de sa compétence.

Historique et décision de l'arbitre

L'intimée, qui travaillait au Ministère depuis 1972, occupait récemment le poste de consultante, Bien-être de l'enfance, au niveau PM-5. En septembre 1988, elle a pris un congé d'études payé pour suivre un programme de maîtrise à l'université Carleton; la durée de ce congé, qui était initialement d'un an, a été prolongée pour l'année 1989-1990. Pendant l'été 1990, l'intimée a effectué du travail sur place dans les communautés mohawks de Kahnawake, d'Akwasasne et de Kanesatake, relativement à un projet de thèse approuvé par l'université. Elle devait retourner travailler le 4 septembre 1990, mais à ce moment-là elle était dans la zone encerclée par un barbelé fait de fil plat tranchant que les Forces armées canadiennes venaient d'installer à Kanesatake. Elle n'est pas retournée travailler le 4 septembre. Elle a communiqué avec l'employeur par l'entremise d'un mandataire et de son avocat, ainsi que par téléphone, pour lui demander de prolonger son congé et l'informer qu'elle n'avait pas l'intention d'abandonner son poste au Ministère. Elle a demandé que son chèque de paye continue à être déposé dans son compte bancaire, et elle a fait savoir qu'elle voulait que ses crédits de congé non utilisés soient appliqués à son absence. Elle a également fait savoir qu'elle ne croyait pas pouvoir partir en toute sécurité. On n'a pas répondu à sa demande de congé, mais apparemment, à la suite d'un examen, la demande n'a pas été agréée ou a été rejetée.

L'intimée n'étant pas retournée travailler le 12 septembre, les agents supérieurs du personnel du Ministère ont consulté l'avocat principal du Conseil du Trésor. Le lendemain, après une autre consultation des membres de la haute direction, le sous-ministre adjoint responsable, croyant apparemment que le fait que l'intimée n'était toujours pas retournée travailler ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, sans lui donner quelque avertissement que ce soit, a informé celle-ci par écrit qu'il avait été décidé

sent to her Ottawa address, though she was known to be still at Kanesatake, with a copy to her lawyer in Toronto, and she did not receive the letter until October 1 when a copy was provided to her by her union representative. On that day she filed a grievance alleging that the declaration of abandonment was in fact a discharge in disguise, implicitly for disciplinary reasons. That grievance was in the following terms.

I, Kahn-Tineta Horn, grieve the contents of the letter I received dated 13 September 1990 stating that I had been released from my position as Consultant, Child Welfare (IAN-21066), PM-5 with the Department of Indian Affairs and Northern Development, owing to my "having abandoned my position". I further grieve that my release is in fact a discharge in disguise and that the abandonment of position release mechanism is not a true or valid release procedure.

CORRECTIVE ACTION

That the letter dated 13 September 1990 be withdrawn and that I be reinstated with full pay and benefits into my position as Consultant, Child Welfare (IAN-21066), PM-5 with the Department of Indian Affairs and Northern Development effective 13 September 1990. I wish to have this grievance heard at the final level of the grievance procedure only.

The grievance was not allowed within the Department and the respondent then submitted the matter to adjudication pursuant to subsection 92(1) of the PSSRA.

The letter advising the respondent that the employer had declared her to have abandoned her position, dated September 13, 1990, signed by W. Van Iterson, A/Assistant Deputy Minister, Indian Services, reads as follows:

Dear Ms. Horn:

The following is written to advise you that pursuant to section 27 of the Public Service Employment Act, and by the authority delegated to me by the Deputy Minister, I am declaring you to have abandoned your position of Consultant, Child Welfare (IAN-21066), PM-5 with the Department of Indian Affairs and Northern Development effective this date.

This decision has been made as a result of your absence without authorization since September 4, 1990—the date at which you were to return from Education Leave. I am of the opinion that this absence of more than one week was within your control and therefore, section 27 of the Public Service Employment Act applies.

de déclarer que son poste avait été abandonné, ce qui mettait fin à son emploi. Cette lettre a été envoyée à l'adresse de l'intimée, à Ottawa, bien qu'on sût qu'elle était encore à Kanesatake, et une copie a été envoyée à son avocat, à Toronto; l'intimée n'a reçu la lettre que le 1^{er} octobre lorsqu'une copie lui a été remise par son représentant syndical. Ce jour-là, l'intimée a déposé un grief dans lequel elle alléguait que la déclaration d'abandon constituait de fait un congédiement déguisé, implicitement pour des raisons d'ordre disciplinaire. Ce grief était ainsi libellé:

[TRADUCTION] Je conteste par la présente le contenu de la lettre du 13 septembre 1990 m'informant que j'étais renvoyée du poste de consultante, Bien-être de l'enfance (poste n° IAN-21066 classé PM-5), que j'occupais au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien pour le motif que j'avais «abandonné [mon] poste». Je soutiens qu'il s'agit là en réalité d'un congédiement déguisé et que le renvoi pour abandon de poste n'est pas un mécanisme de renvoi véritable et valide.

REDRESSEMENT

Que la lettre datée du 13 septembre 1990 soit retirée de mon dossier et que je sois réintégrée, sans perte de traitement ni d'avantages, à mon poste de consultante, Bien-être de l'enfance (poste n° IAN-21066 classé PM-5) au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, et ce, avec effet au 13 septembre 1990. Je veux que mon grief soit entendu au dernier palier de la procédure de règlement des griefs seulement.

Le Ministère n'a pas fait droit au grief et l'intimée a ensuite renvoyé l'affaire à l'arbitrage conformément au paragraphe 92(1) de la LRTFP.

La lettre informant l'intimée qu'elle était réputée avoir abandonné son poste est datée du 13 septembre 1990 et est signée par W. Van Iterson, sous-ministre adjoint intérimaire, Services aux Indiens. Elle est formulée comme suit:

[TRADUCTION] Madame,

Par la présente je vous avise que, en vertu de l'article 27 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique et du pouvoir que m'a délégué le sous-ministre, vous êtes réputée avoir abandonné votre poste de consultante, Bien-être social de l'enfance (poste n° IAN-21066, classé PM-5) au ministère des Affaires indiennes et du Nord.

Cette décision, qui prend effet aujourd'hui, résulte de votre absence sans autorisation depuis le 4 septembre 1990, date à laquelle vous deviez retourner au travail à la suite de votre congé d'études. Je suis d'avis que votre absence de plus d'une semaine tient à des raisons qui ne sont pas indépendantes de votre volonté; par conséquent, l'article 27 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique s'applique.

Your activities have been widely described in the media and confirmed in correspondence received from your legal counsel, as well as in conversations you have had over the telephone with officials of the Department. The fact that you have communicated with the Department in no way mitigates your unauthorized absence. On the contrary, this communication has reinforced my opinion that you voluntarily have decided to remain at Kanesatake in support of the Warriors. These activities are in contravention of the Departmental Code of Ethics and the Conflict of Interest and Post Employment Code for the Public Service, for which I could have taken severe disciplinary action against you. I have, however, chosen to proceed with abandonment of position.

You should contact Diane Dinelle of the Pay Administration Unit at Headquarters at 819-997-9883 for information regarding any outstanding benefits to which you may be entitled.

Should you feel this action is unwarranted, you have the right to present a grievance within twenty-five days of receipt of this letter, in accordance with section 91 of the Public Service Staff Relations Act.

Section 27 of the *Public Service Employment Act* provides:

27. An employee who is absent from duty for a period of one week or more, otherwise than for reasons over which, in the opinion of the deputy head, the employee has no control or otherwise than as authorized or provided for by or under the authority of an Act of Parliament, may by an appropriate instrument in writing to the Commission be declared by the deputy head to have abandoned the position occupied by the employee, and thereupon the employee ceases to be an employee.

Relevant sections of the *Public Service Staff Relations Act* are as follows:

92. (1) Where an employee has presented a grievance, up to and including the final level in the grievance process, with respect to

- (a) the interpretation or application in respect of the employee of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or
- (b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and the grievance has not been dealt with to the satisfaction of the employee, the employee may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

101. (1) Except as provided in this Act, every order, award, direction, decision, declaration or ruling of the Board, an arbitrator appointed under section 63, or an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

(2) No order shall be made or process entered, or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*,

Vos activités ont été décrites largement dans les médias et confirmées dans la correspondance reçue de votre avocat, ainsi que dans les conversations téléphoniques que vous avez eues avec des fonctionnaires du Ministère. Le fait que vous avez communiqué avec le Ministère n'atténue aucunement votre absence non autorisée. Au contraire, cette communication me confirme que vous avez volontairement décidé de demeurer à Kanesatake pour appuyer les Warriors. Ces activités contreviennent au Code d'éthique du Ministère ainsi qu'au Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique. J'aurais pu, pour ces infractions, vous imposer des mesures disciplinaires très sévères; j'ai toutefois choisi de recourir à la déclaration d'abandon de poste.

Vous devriez communiquer avec M^{me} Diane Dinelle, à l'Administration de la paye (819-997-9883), pour vous renseigner sur les avantages auxquels vous pourriez avoir droit.

Si vous estimez que cette mesure est injustifiée, vous avez le droit de présenter un grief dans les vingt-cinq jours suivant la réception de la présente lettre, conformément à l'article 91 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique.

L'article 27 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* dit ce qui suit:

27. L'administrateur général peut conclure à l'abandon de poste par un fonctionnaire lorsque celui-ci s'absente pendant au moins une semaine sans pouvoir lui faire valoir des raisons indépendantes de sa volonté ou sans qu'il s'agisse d'un cas autorisé ou prévu par une loi fédérale ou sous son régime. Il notifie l'abandon de poste à la Commission et le fonctionnaire perd dès lors sa qualité de fonctionnaire.

Voici les dispositions pertinentes de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*:

92. (1) Après l'avoir porté jusqu'au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, un fonctionnaire peut renvoyer à l'arbitrage tout grief portant sur:

- a) l'interprétation ou l'application, à son endroit, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;
- b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une sanction pécuniaire.

101. (1) Sauf exception dans la présente loi, toute ordonnance, décision arbitrale ou autre, instruction ou déclaration de la Commission, d'un arbitre nommé en vertu de l'article 63 ou d'un arbitre de griefs est définitive et non susceptible de recours judiciaires.

(2) Il n'est admis aucun recours ou décision judiciaire—notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition

rari, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board, an arbitrator appointed under section 63 or an adjudicator in any of the proceedings of the Board, arbitrator or adjudicator.

Because of the nature of the attack on the Adjudicator's decision by the applicant in this case, I reproduce substantial extracts from the Adjudicator's review of the evidence and his decision concerning the issue of jurisdiction.

In reviewing the evidence adduced, the Adjudicator stated, in part:

In September of 1988, the grievor commenced a two-year fully paid leave for the purpose of obtaining a Masters degree from Carleton University. During this leave, she was a full time student and her studies were supervised by Professor Victor F. Valentine and included compiling a detailed account of the origin and present consequences of the several competing political ideologies prevailing in the three Mohawk communities of Kahnawake, Akwasasne and Kanesatake. In addition to reviewing historical materials, she was expected to undertake field work in these communities and interview members of the various political factions.

Starting sometime in June of 1990, a disagreement between the Mohawks of Kanesatake and the Council of the Town of Oka reached a critical phase and there followed a confrontation . . .

It was the evidence of all of the witnesses who were directly involved that the situation was very tense. Witnesses for the grievor testified that entry into the outer restricted area was made difficult by what they described as intimidating tactics employed by the Sûreté du Québec and described how they were delayed and threatened while attempting to deliver approved foodstuffs. They stated that they had very little confidence in the police and were very uncertain with regard to the role of the Armed Forces.

During the Labour Day weekend, the cordon around the 50 or so remaining protesters was further tightened to the point where they were restricted to the area immediately around the treatment centre and razor wire was placed around this entire area. Shortly thereafter, normal telephone and fax communication was cut off and a single hotline similar to that normally used in hostage situations was established. All communication into and out of the area was restricted to this line which was closely monitored and restricted to only those persons approved by the Armed Forces. The grievor was one of those who was behind the razor wire enclosed area . . .

Prior to the grievor's being absent from work without leave, the employer had already started to consider what penalty should be applied as a result of her involvement. In fact, the employer as a result of a newspaper article in the Montreal Gazette on August 28th started the consideration of possible

ou de *quo warranto*—visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action de la Commission, d'un arbitre nommé en vertu de l'article 63 ou d'un arbitre de griefs.

À cause de la nature de la contestation de la décision de l'arbitre par le requérant, je reproduis des passages importants de l'examen de la preuve et de la décision que l'arbitre a rendue au sujet de la question de la compétence.

En examinant la preuve présentée, l'arbitre a notamment déclaré ceci:

En septembre 1988, M^{me} Horn a commencé un congé de deux ans entièrement payé pour suivre un programme de maîtrise à l'université Carleton. Pendant ce congé, elle étudiait à plein temps sous la supervision du professeur Victor F. Valentine. Elle devait notamment retracer les origines des idéologies politiques concurrentes qui existent au sein des trois communautés mohawks de Kahnawake, d'Akwasasne et de Kanesatake, et en présenter les conséquences. Pour ce, il lui fallait étudier les documents historiques et faire du travail sur place, notamment interviewer, dans ces communautés, les membres des diverses factions.

Vers le mois de juin 1990, un litige entre les Mohawks de Kanesatake et le conseil municipal de la ville d'Oka est entré dans une phase critique. Il s'en est suivi un affrontement . . .

Selon le témoignage de toutes les personnes directement concernées, la situation était très tendue. Les témoins de la fonctionnaire ont déclaré qu'il était difficile de pénétrer dans la zone externe d'accès restreint à cause des tactiques d'intimidation employées par la Sûreté du Québec; ils ont notamment décrit comment on les retardait et menaçait lorsqu'ils tentaient d'aller livrer des denrées alimentaires approuvées. Ils avaient très peu confiance en la police et ne savaient pas à quoi s'en tenir à propos du rôle joué par les Forces armées.

Pendant la fin de semaine de la Fête du travail, le cordon encerclant la cinquantaine de protestataires a été resserré davantage, au point où ils ne pouvaient plus dépasser les abords du centre de traitement. Un fil plat tranchant a été placé autour de ce secteur. Peu de temps après, les communications normales par téléphone et par télécopieur ont été rompues et une seule ligne d'urgence, semblable à celles qu'on met en place lors de prises d'otages, a été établie. Toutes les communications à destination ou en provenance de ce secteur s'effectuaient par cette ligne, qui était étroitement surveillée et réservée aux personnes approuvées par les Forces armées. M^{me} Horn était l'une des personnes qui se trouvaient dans la zone ainsi délimitée . . .

Avant cette absence du travail sans autorisation, l'employeur avait déjà commencé à se demander quelle peine la fonctionnaire méritait pour sa conduite durant la crise. En fait, c'est à la suite d'un article paru le 28 août dans la Montreal Gazette qu'il a commencé à songer aux sanctions qu'il pourrait prendre à

sanctions against the grievor for what they identified as a serious breach of both the Code of Conduct and the Conflict of Interest Guidelines (Exhibits E-10 and E-11). Mr. Van Iterson, in his testimony, stated that the Gazette article mentioned the grievor's name as being involved in a leadership capacity on the part of the Mohawks. A memorandum to file dated September 14, 1990 and signed by R.E. Smart, Chief, Staff Relations and Compensation Division (Exhibit G-20), clearly sets out both the efforts of the grievor and the attitude of management during the period leading up to the invoking of section 27 of the Public Service Employment Act. It reads as follows:

MEMO TO FILE re: KAHN-TINETTA [sic] HORN

The following is a brief chronology of events leading up to the abandonment of position of Kahn-Tinetta [sic] Horn.

. . .

Chronology

September 4, 1990: George Miller, a former spouse of Ms. Horn, telephoned the Deputy Minister's Office to inform the Department that she would not be at work because of her activities at Oka.

September 5, 1990: Robert Allen, an employee of the Department and a friend of Ms. Horn, submitted a Leave Application and Absence Report on her behalf—which he had also signed on her behalf—requesting other leave with pay with effect from September 4, 1990 stating that she would return to the Department at the first available opportunity; but at the moment is trapped behind the Oka barbed-wire.

September 6, 1990: Ms. Horn telephoned the Deputy Minister's Office from the treatment centre at Oka. Mr. Swain was unable to speak to her, however, his Executive Assistant, Roberta Sante returned the call on Mr. Swain's behalf. Ms. Horn indicated to Mrs. Sante that it was not her intention to abandon her position and that she wanted her unused leave credits to be applied to her absence. She also requested that her salary continue to be deposited directly into her bank account. Mrs. Sante requested that Ms. Horn put her request in writing.

September 7, 1990: the Deputy Minister received a fax from Ms. Horn, dated September 6, 1990, in which she stated that the Post Office in Kahnawake has been shut down for the past two weeks; therefore, her letter requesting special leave—posted August 24, 1990—would not be delivered to the Department until normal postal operations resume. In this fax, she requested that her automatic pay deposits continue. She provided a telephone number in Kanesatake where she could be reached at any time.

Also, on this date, the Deputy Minister's Office received a telephone call from Ms. Horn's professor at Carleton University. Professor Vallantyne [sic] informed the Department that Ms. Horn was trapped behind the barbed-wire at Oka and could not report for duty.

l'endroit de M^{me} Horn en raison de ses infractions graves au Code d'éthique et au Code régissant les conflits d'intérêts (pièces E-10 et E-11). M. Van Iterson, dans son témoignage, a déclaré que l'article de la Gazette mentionnait le nom de la fonctionnaire comme l'une des dirigeantes des Mohawks. Dans une note au dossier datée du 14 septembre 1990 (Pièce G-20), M. R.E. Smart, chef des Relations de travail et de la rémunération, a expliqué clairement les efforts déployés par la fonctionnaire et l'attitude adoptée par la direction pendant la période qui a précédé le recours à l'article 27 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique. En voici la teneur.

[TRADUCTION] NOTE AU DOSSIER SUJET: KAHN-TINETTA [sic] HORN

Voici une brève chronologie des événements qui ont amené M^{me} Kahn-Tinetta [sic] Horn à abandonner son poste.

. . .

Chronologie

Le 4 septembre 1990: M. George Miller, un ex-conjoint de M^{me} Horn, téléphone au bureau du sous-ministre pour informer le Ministère que celle-ci ne rentrera pas au travail à cause de ses activités à Oka.

Le 5 septembre 1990: M. Robert Allen, un fonctionnaire du Ministère et un ami de M^{me} Horn, présente au nom de cette dernière une formule «Demande de congé et rapport d'absence»—qu'il a également signée au nom de celle-ci—demandant un «autre congé payé» qui entrerait en vigueur le 4 septembre. M. Allen précise sur la formule que la fonctionnaire retournera au ministère dès qu'elle le pourra, mais que pour le moment elle est prise derrière le barbelé à Oka.

Le 6 septembre 1990: M^{me} Horn téléphone au bureau du sous-ministre depuis le centre de traitement à Oka. M. Swain n'est pas en mesure de lui parler, mais son chef de cabinet, M^{me} Roberta Sante, la rappelle en son nom. M^{me} Horn lui explique qu'elle n'a pas l'intention d'abandonner son poste et qu'elle veut que ses crédits de congé non utilisés soient appliqués à son absence. Elle demande en outre que l'on continue de déposer son chèque de paie directement dans son compte de banque. M^{me} Sante lui demande de formuler sa demande par écrit.

Le 7 septembre 1990: le sous-ministre reçoit de M^{me} Horn une télécopie, datée de la veille, dans laquelle elle affirme que le bureau de poste de Kahnawake est fermé depuis deux semaines; par conséquent, la lettre (mise à la poste le 24 août 1990), dans laquelle elle demande un congé spécial ne sera livrée au Ministère qu'une fois le service postal rétabli. Dans la télécopie, elle demande que l'on continue de déposer automatiquement sa paie dans son compte. Elle donne un numéro de téléphone où on peut la joindre en tout temps à Kanesatake.

Aussi, le 7 septembre, le bureau du sous-ministre reçoit un appel téléphonique du professeur de M^{me} Horn à l'université Carleton. Le professeur Vallantyne [sic] informe le Ministère que M^{me} Horn est prise derrière le barbelé à Oka et qu'elle n'est pas en mesure de se présenter au travail.

September 11, 1990: (At 17:26) Clayton Ruby, Ms. Horn's solicitor, faxed a letter to the Minister's Office informing the Department that he was representing Mr. [sic] Horn. He expressed concern that the Montreal Gazette had suggested the Department was considering dismissing her. He informed that [sic] Department that Ms. Horn's position was "that she is behind the barbed-wire barricades at Oka doing her best to keep both sides peaceful and that this is an important function for her to perform. It is in the public's interest for her to act as she has." He also stated that the Army would not let her out and it was not safe for her to leave.

September 13, 1990: the Department declared Ms. Horn to have abandoned her position pursuant to section 27 of the Public Service Employment Act. It notified Clayton Ruby of this decision at the same time.

Considerations

Ms. Horn's activities behind the barricades at Oka have generated considerable media coverage which has reflected negatively on the management of the Department. She has been quoted in the press and given interviews on both radio and television in which she has openly defended her actions.

Her absence from duty has never been authorized by management and it is clear that she is aware of the implications of this unauthorized absence. Her actions are a contravention of the Departmental Code of Ethics and the Conflict of Interest and Post Employment Code for the Public Service. This inappropriate conduct is worthy of severe disciplinary sanctions.

The Chief of Staff Relations for the Department, Robert Smart, spoke to officials at the Treasury Board on September 5, 1990 to discuss the question of Ms. Horn's potential violation of the Conflict of Interest and Post Employment Code and the Departmental Code of Ethics. Both parties agreed that given Ms. Horn's unauthorized leave and her involvement at Oka which was generating media attention, that consideration for disciplinary action could be contemplated, however, the sensitivity of the situation should not be overlooked. The Department would be well-advised to put Ms. Horn on notice that it was aware of her actions.

The Associate Deputy Minister, Fred Drummie, spoke to the Chief of Defence Staff on September 12, 1990. General John de Chastelain confirmed to Mr. Drummie that Ms. Horn was free to leave Oka at any time and in safety. He agreed to Mr. Drummie's request to have one of his Armed Forces personnel at Oka relay this information to Chief Bob Antone for communication to Ms. Horn.

Articles in the press about Ms. Horn's involvement behind the barricades while still employed by the Department of

Le 11 septembre 1990 (17 h 26): l'avocat de M^{me} Horn, M^c Clayton Ruby, envoie par télécopieur au cabinet du ministre une lettre informant le Ministère qu'il représente M^{me} Horn. Il dit s'inquiéter du fait que la Montreal Gazette a laissé entendre que le Ministère songeait à congédier M^{me} Horn. Il exprime dans les termes suivants la position de celle-ci: [TRADUCTION] «[...] elle est derrière les barricades de barbelé à Oka et elle fait de son mieux pour maintenir la paix entre les deux côtés, un rôle important dans les circonstances. Il est dans l'intérêt public qu'elle agisse comme elle l'a fait jusqu'à maintenant.» M^c Ruby précise en outre que l'armée ne veut pas la laisser sortir et qu'il est dangereux pour elle de partir.

Le 13 septembre 1990: le Ministère informe M^{me} Horn qu'elle est réputée, aux termes de l'article 27 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, avoir abandonné son poste. Il notifie M^c Clayton Ruby de la décision en même temps.

Considérations

Les médias ont fait beaucoup de cas des activités de M^{me} Horn derrière les barricades à Oka, ce qui a fait du tort à la direction du Ministère. Ses propos ont été cités dans la presse et elle a accordé des interviews, tant à la radio qu'à la télévision, dans lesquelles elle a ouvertement défendu ses actions.

La direction n'a jamais autorisé M^{me} Horn à s'absenter du travail et il est clair que celle-ci est consciente des implications de cette absence non autorisée. Par ses actions, la fonctionnaire a contrevenu au Code d'éthique du Ministère ainsi qu'au Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique. Cette conduite répréhensible mérite de sévères sanctions disciplinaires.

Le 5 septembre 1990, le chef des Relations de travail pour le Ministère, M. Robert Smart, s'est adressé à des fonctionnaires du Conseil du Trésor pour discuter de la possibilité que M^{me} Horn ait violé le Code régissant les conflits d'intérêts et le Code d'éthique du Ministère. Les deux parties ont convenu que, vu l'absence non autorisée de M^{me} Horn et sa participation à Oka, laquelle attirait beaucoup l'attention des médias, l'imposition de mesures disciplinaires pouvait être envisagée; il importait, cependant, de ne pas négliger la nature délicate de la situation. Il serait judicieux pour le Ministère de faire savoir à M^{me} Horn qu'il était bien au courant de ses actions.

Le 12 septembre 1990, le sous-ministre associé, M. Fred Drummie parle au chef de l'état-major de la Défense, le général John de Chastelain, qui lui confirme que M^{me} Horn est libre de quitter Oka n'importe quand et en toute sécurité. Celui-ci acquiesce à la demande de M. Drummie de faire relayer cette information par un membre des Forces armées en poste à Oka au chef Bob Antone, pour que ce dernier en fasse part à M^{me} Horn.

Les articles parus dans la presse au sujet de ce que faisait M^{me} Horn derrière les barricades pendant qu'elle était tou-

Indian Affairs and Northern Development pointed out that the public was not in sympathy with Ms. Horn.

The case was discussed at length by the Director General, Human Resources for Indian Affairs, Jim Dalzell, Mr. Smart and Senior Legal Counsel at the Treasury Board, Harvey Newman on September 12, 1990.

Conclusion

The events of Ms. Horn's unauthorized absence since September 4, 1990 were discussed in detail by Mr. Dalzell, Mr. Drummie and Mr. Willem Van Iterson, A/Assistant Deputy Minister, Indian Services. Senior management was satisfied that Ms. Horn's absence was unauthorized, was within her control, and in excess of one week. Consequently, the conditions to declare an abandonment of position existed. It was, therefore, Mr. Van Iterson's opinion, as the duly delegated manager, that Ms. Horn had abandoned her position and he wrote to her to advise her of this opinion. Ms. Horn ceased to be an employee of the Department of Indian Affairs as of September 13, 1990.

As previously stated on or about the 28th of August 1990, the Deputy Minister and other senior officials of the department became aware of the Gazette article which mentioned the grievor's name as being involved in a leadership role on the part of the Mohawks. Discussion took place with regard to possible disciplinary action. A decision was made to delay any action until the grievor could be confronted upon her return to work. During the weekend of September 1st, the military surrounded the treatment centre at Oka encircling it with razor sharp barbed wire. The grievor was inside the encircled area. On Tuesday, September 4th, the grievor failed to report back to work from her educational leave. On Wednesday, a co-worker, R. Allen, submitted a request for other paid leave due to her situation. In the days that followed, the Assistant Deputy Minister, Mr. Van Iterson, determined that as a result of the grievor's unauthorized involvement at Oka, her request was ludicrous and would be denied. The grievor was never informed of this decision.

Later in the week, the grievor attempted to reach the Deputy Minister, Mr. Swain; he was unavailable and the call was returned by his Executive Assistant, Ms. Sante. The grievor asked that her cheques be deposited in her account as usual and further that her absence from work be covered by unused vacation leave credits. Ms. Sante told her to submit her request in writing and reported the conversation to Mr. Swain. The grievor did not do so. However, by letter dated September 6 and addressed to Mr. Swain, the grievor advised that she had forwarded a request for special leave on August 24, 1990 which had been posted in the Kahnawake Post Office. Since it had recently come to her attention that the Kahnawake Post Office had shut down, she wished him to know that he should

jours fonctionnaire au ministère des Affaires indiennes et du Nord faisaient remarquer que le public n'approuvait pas sa conduite.

Le 12 septembre 1990, l'affaire a été discutée en profondeur par le directeur général des Ressources humaines pour les Affaires indiennes, M. Jim Dalzell, M. Smart et l'avocat-conseil principal au Conseil du Trésor, M^{re} Harvey Newman.

Conclusion

Les faits entourant l'absence non autorisée de M^{me} Horn depuis le 4 septembre 1990 ont été discutés en détail par M. Dalzell, M. Drummie et M. Willem Van Iterson, sous-ministre adjoint intérimaire, Services aux Indiens. La haute direction, convaincue que M^{me} Horn avait été absente sans autorisation pendant plus d'une semaine et qu'elle était en mesure de mettre fin à son absence, a jugé que les conditions étaient réunies pour conclure à l'abandon de poste. M. Van Iterson, à qui ce pouvoir avait été dûment délégué, a donc conclu que M^{me} Horn avait abandonné son poste et il lui a écrit pour lui en faire part. M^{me} Horn a cessé d'être une fonctionnaire du ministère des Affaires indiennes le 13 septembre 1990.

Tel qu'il est signalé plus haut, vers le 28 août 1990, le sous-ministre et d'autres hauts fonctionnaires du Ministère ont pris connaissance de l'article de la Gazette désignant la fonctionnaire comme l'une des dirigeantes des Mohawks. Des discussions ont eu lieu sur l'imposition d'éventuelles mesures disciplinaires. Il a été décidé de ne prendre aucune décision avant d'avoir abordé le sujet de front avec M^{me} Horn à son retour au travail. Pendant la fin de semaine du 1^{er} septembre, l'armée a encerclé le centre de traitement, à Oka, en installant tout autour un barbelé fait de fil plat tranchant. La fonctionnaire se trouvait dans la zone encerclée. Le mardi 4 septembre, la fonctionnaire, dont le congé d'études venait de prendre fin, ne s'est pas présentée au travail. Le mercredi, un collègue de travail, M. R. Allen, a présenté une demande pour que la fonctionnaire, à cause de sa situation, puisse obtenir un autre congé payé pour d'autres raisons. Dans les jours subséquents, le sous-ministre adjoint, M. Van Iterson, a conclu que, compte tenu du rôle non autorisé que jouait M^{me} Horn à Oka, sa demande était ridicule et serait refusée. La fonctionnaire n'a toutefois jamais été informée de cette décision.

Plus tard dans la semaine, la fonctionnaire a tenté de joindre le sous-ministre, M. Swain; il n'était pas libre et c'est son chef de cabinet, M^{me} Sante, qui a rappelé M^{me} Horn. Celle-ci a demandé que ses chèques soient déposés à son compte comme d'habitude et que ses crédits de congé annuel non utilisés soient appliqués à son absence du travail. M^{me} Sante lui a dit de présenter sa demande par écrit et elle a fait part de la conversation à M. Swain. La fonctionnaire n'a pas présenté sa demande par écrit. Cependant, dans une lettre du 6 septembre adressée à M. Swain, elle a fait savoir que, le 24 août 1990, elle avait envoyé une demande de congé spécial qui avait été postée au bureau de poste de Kahnawake. Comme elle avait récemment appris que ce dernier avait été fermé, elle voulait

receive that letter "when normal Post Office operations resume". In fact, that letter was never received by the employer. The grievor's request for leave was subsequently raised at a management meeting; no action was taken. This was never relayed to the grievor. The grievor telephoned Mr. Gordon Williams, Director, Native Employment, who informed her that "all going well upon her return, she would be assigned temporarily to work in his section". Then followed two other calls from the grievor to Mr. Williams, the second of which he had been instructed not to take but rather to direct any further communication from the grievor to Mr. Dalzell in Human Resources; no mention was made to the grievor of the employer's concerns or intentions during these calls.

The management group met during the days between September 4th and September 12th and . . . was advised on September 5 to inform the grievor of management's concern. This was not done. It became known through press reports that the employer had decided to sever the grievor's employment on or about September 11th. Her lawyer contacted the department on her behalf and received a reply on September 13th, informing him of the employer's action to declare her to have abandoned her position under section 27 of the Public Service Employment Act. The employer sent the notice of abandonment to the grievor's Ottawa address although they were aware that she was still inside the compound at Oka. In the letter to Mr. Ruby, the employer states as follows: "since we cannot deliver Mr. Van Iterson's letter directly to your client at Oka, she may not be aware of its contents . . .".

The Adjudicator then summarized argument addressed to him. He concluded, on the basis of *Richard v. Public Service Staff Relations Board*, [1978] 2 F.C. 344 (C.A.), that he had the authority and the obligation to determine whether the employer's declaration of abandonment was in reality a disciplinary discharge. In determining this issue he said, in part:

I am of the belief based on all of the evidence that a decision to discipline the grievor was taken as a result of her activities in support of the Mohawk negotiating team which clearly predated the grievor's failure to report for work on September 4 and continued up to the date of her termination of employment. All that was left to be decided was the form the discipline should take. I am further of the view that the decision to use section 27 of the Public Service Employment Act was related to a desire to respond to the activities of the grievor rather than to her absence. Furthermore, the relevant clauses of the collective agreement clearly permit an employee to request special leave and vacation leave and, while it is equally clear that the granting of the request is not automatic, a reply is required. The employer's failure to respond to the grievor's requests for leave as well as its failure to put her on notice that

l'informer qu'il devrait recevoir cette lettre «une fois le service postal rétabli». En fait, l'employeur n'a jamais reçu la lettre. La demande de congé de la fonctionnaire a subséquemment été soulevée à une réunion de gestion, mais aucune décision n'a été prise. Le résultat de la réunion n'a jamais été communiqué à la fonctionnaire. M^{me} Horn a téléphoné à M. Gordon Williams, directeur de l'Emploi des autochtones, qui l'a informée que «si tout allait bien à son retour, elle serait affectée temporairement à sa section». Elle l'a rappelé deux autres fois par la suite; la seconde fois, M. Williams avait reçu instruction de ne pas prendre l'appel, mais de diriger toute communication ultérieure provenant de M^{me} Horn à M. Dalzell, aux Ressources humaines. Pendant ces appels, on n'a jamais fait part à la fonctionnaire des préoccupations ou des intentions que l'employeur avait à son endroit.

Le groupe de gestion s'est réuni entre le 4 et le 12 septembre et, le 5 septembre . . . a reçu instruction de mettre la fonctionnaire au courant des inquiétudes que la direction avait à son égard. Cela n'a jamais été fait. C'est par la presse, vers le 11 septembre, que la décision de l'employeur de mettre fin à l'emploi de la fonctionnaire a été connue. L'avocat de celle-ci a communiqué avec le Ministère en son nom et, le 13 septembre, il a reçu une réponse l'informant que l'employeur avait conclu, en vertu de l'article 27 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, qu'elle avait abandonné son poste. L'employeur a envoyé la notification d'abandon de poste à l'adresse de la fonctionnaire à Ottawa, bien qu'il sût qu'elle était toujours à l'intérieur des barricades, à Oka. Dans la lettre de M^e Ruby, l'employeur dit ce qui suit: [TRADUCTION] «Puisque nous ne pouvons livrer la lettre de M. Van Iterson directement à votre cliente à Oka, il se peut qu'elle en ignore le contenu . . . »

L'arbitre a ensuite résumé les arguments invoqués. Compte tenu de l'arrêt *Richard c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1978] 2 C.F. 344 (C.A.), il a conclu qu'il avait le pouvoir et l'obligation de déterminer si la déclaration d'abandon que l'employeur avait faite constituait en réalité un congédiement disciplinaire. En tranchant cette question, l'arbitre a notamment dit ceci:

Je suis d'avis, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, que l'employeur a décidé d'imposer à la fonctionnaire des mesures disciplinaires à la suite de ses activités à l'appui de l'équipe de négociation des Mohawks, décision qui a clairement été prise avant que celle-ci ne se présente pas au travail le 4 septembre et qu'elle ne demeure absente jusqu'à la date de la cessation d'emploi. Tout ce qui restait à décider, c'était la sanction à lui infliger. J'estime par ailleurs que si l'employeur a eu recours à l'article 27 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, c'était à cause des activités de la fonctionnaire plutôt qu'à cause de son absence. D'autre part, les dispositions pertinentes de la convention collective permettent clairement à une fonctionnaire de demander un congé spécial et un congé annuel et, bien qu'il soit tout aussi clair que la demande n'est pas automatiquement approuvée, l'employeur est tenu d'y

termination of her employment was being contemplated supports my conclusion that the employer's actions were disciplinary in nature. Having carefully considered all of the circumstances relating to this case, I must conclude that the use of section 27 of the Public Service Employment Act was to disguise a disciplinary action which the employer had decided should be taken against the grievor.

The Adjudicator then distinguished the situation in this case from that in *Canada (Attorney General) v. Michaud*, cited below, and then continued.

I am satisfied on the evidence that the employer's decision to terminate the grievor's employment was not motivated by her absence from duty which commenced on September 4, 1990, the date on which she was to report for work following a two-year absence on paid educational leave. Rather it was motivated by her actions in support of the Mohawk negotiating team which pre-dated September 4, 1990 and continued up to and beyond September 13th. This supports my conclusion that Ms. Horn was discharged for disciplinary reasons.

The submissions of the parties

For the applicant it is urged that the Adjudicator erred in law in concluding that the employer's action was in reality a discharge for disciplinary reasons. There was no dispute that Ms. Horn was absent from work without authorization for more than one week when the declaration of abandonment was made. In light of the statutory requirements of section 27 of the PSEA, it is submitted that for the Adjudicator to conclude as he did it was necessary for him to find that the belief of Mr. Van Iterson, acting for the employer, that she was absent for reasons within her own control, was based upon reasons that were frivolous or was reached in bad faith. No such finding was expressly made. Moreover, in his decision the Adjudicator found as a fact that the memorandum to file dated September 14, 1990, which he quoted in full, "clearly sets out both the efforts of the grievor and the attitude of management during the period" leading to the action under section 27 of the PSEA. By so doing it is said that the Adjudicator accepted as facts statements included in that memorandum, in particular that

répondre. Le fait qu'il n'a pas répondu aux demandes de congé de la fonctionnaire et qu'il n'a pas prévenu celle-ci qu'il envisageait de mettre fin à son emploi confirme à mes yeux que les mesures qu'il a prises étaient de nature disciplinaire. Après avoir étudié attentivement toutes les circonstances de l'affaire, je dois conclure que l'employeur, en recourant à l'article 27 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, a voulu camoufler la mesure disciplinaire qu'il avait décidé d'imposer à M^{me} Horn.

L'arbitre a ensuite fait une distinction entre la situation en l'espèce et celle qui existait dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Michaud*, ci-dessous cité, puis il a continué.

La preuve me convainc que l'employeur n'a pas décidé de mettre fin à l'emploi de la fonctionnaire parce que celle-ci aurait été absente de son poste à partir du 4 septembre 1990, date à laquelle elle devait retourner au travail après avoir été pendant deux ans en congé d'études payé. La décision de l'employeur a plutôt été motivée par ce que la fonctionnaire a fait pour appuyer l'équipe de négociation des Mohawks; or cet appui de M^{me} Horn a commencé avant le 4 septembre 1990 et s'est poursuivi au-delà du 13 septembre. C'est ce qui m'amène à conclure que M^{me} Horn a été congédiée pour des motifs disciplinaires.

e Les arguments des parties

Au nom du requérant, il est soutenu que l'arbitre a commis une erreur de droit en concluant que la mesure prise par l'employeur constituait en réalité un congédiement disciplinaire. Il n'est pas contesté que M^{me} Horn s'était absentée de son travail sans autorisation pendant plus d'une semaine lorsque la déclaration d'abandon a été faite. Compte tenu des exigences légales de l'article 27 de la LEFP, il est soutenu que pour que l'arbitre tire la conclusion qu'il a tirée, il devait conclure que l'opinion de M. Van Iterson, agissant au nom de l'employeur, à savoir que l'absence de l'intimée ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, était fondée sur des motifs futiles ou que celui-ci avait agi de mauvaise foi. Aucune conclusion de ce genre n'a expressément été tirée. En outre, dans sa décision, l'arbitre a conclu que la note au dossier du 14 septembre 1990, qu'il a citée au complet, «expliqu[ait] clairement les efforts déployés par la fonctionnaire et l'attitude adoptée par la direction pendant la période» qui a précédé l'imposition de la mesure en vertu de l'article 27 de la LEFP. On dit que, ce faisant, l'arbitre a considéré comme véridiques les déclarations faites dans cette note, et notamment que

Senior management was satisfied that Ms. Horn's absence was unauthorized, was within her control, and in excess of one week. Consequently, the conditions to declare an abandonment of position existed. It was, therefore, Mr. Van Iterson's opinion, as the duly delegated manager, that Ms. Horn had abandoned her position and he wrote to her to advise her of this opinion.

Confirming his opinion Mr. Van Iterson testified at the hearing that after considering the information available to him on September 13, he formed the opinion that she was absent for reasons that were within her control.

The applicant acknowledges that the circumstances here might have warranted disciplinary action, but they also met the requirements of section 27 of the PSEA. In these circumstances it is said that it was open to the employer to elect the action it would take and once the circumstances to support a declaration of abandonment were established the Adjudicator had no authority to inquire further. He could not then determine that the action was something other than what it purported to be, a declaration of abandonment, and that declaration was not subject to grievance or adjudication under subsection 92(1) of the PSSRA.

For the respondent it is urged that the Adjudicator did not err in law, that his decision that termination of the respondent's employment was in reality a discharge for disciplinary reasons was a finding of fact within his jurisdiction to determine. That decision is not here attacked in terms of paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as being "made in a perverse or capricious manner or without regard to the material" before the Adjudicator. Moreover, the decision is one protected by Parliament from review under the privative clause, subsection 101(1) of the PSSRA, and the Court should not intervene unless it finds the decision to be patently unreasonable, which, it is submitted, is not the case.

In the alternative, if the Court finds that the Adjudicator's decision can stand only if it determines that the decision of the employer was made in bad faith, the findings of the Adjudicator clearly, if not

La haute direction, convaincue que M^{me} Horn avait été absente sans autorisation pendant plus d'une semaine et qu'elle était en mesure de mettre fin à son absence, a jugé que les conditions étaient réunies pour conclure à l'abandon de poste. M. Van Iterson, à qui ce pouvoir avait été dûment délégué, a donc conclu que M^{me} Horn avait abandonné son poste et il lui a écrit pour lui en faire part.

À l'audience, M. Van Iterson a confirmé son opinion en témoignant qu'après avoir examiné les renseignements mis à sa disposition le 13 septembre, il a conclu que l'absence de l'intimée ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté.

Le requérant reconnaît que les circonstances de l'espèce auraient pu justifier l'imposition d'une mesure disciplinaire, mais elles satisfaisaient également aux exigences de l'article 27 de la LEFP. Dans ces conditions, il est soutenu qu'il était loisible à l'employeur de décider de la mesure à prendre et qu'une fois que les circonstances justifiaient une déclaration d'abandon étaient établies, l'arbitre n'était pas autorisé à mener une enquête plus approfondie. L'arbitre ne pouvait pas alors décider que la mesure prise était autre chose que ce qu'elle était réputée être, à savoir une déclaration d'abandon, et cette déclaration ne pouvait pas faire l'objet d'un grief ou d'un renvoi à l'arbitrage en vertu du paragraphe 92(1) de la LRTFP.

Au nom de l'intimée, il est soutenu que l'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit et qu'en décidant que la cessation d'emploi constituait en réalité un congédiement disciplinaire, il a tiré une conclusion de fait qui relevait de sa compétence. Cette décision n'est pas ici contestée, conformément à l'alinéa 18.1(4)d [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, parce qu'elle a été «tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments» dont l'arbitre disposait. En outre, le législateur soustrait pareille décision au contrôle judiciaire au moyen de la clause privative figurant au paragraphe 101(1) de la LRTFP, et la Cour devrait intervenir uniquement si elle conclut que la décision est manifestement déraisonnable, ce qui, est-il soutenu, n'est pas le cas.

Subsidiairement, si la Cour conclut que la décision de l'arbitre ne peut être maintenue que si ce dernier a conclu que l'employeur était de mauvaise foi en prenant sa décision, les conclusions tirées par l'arbitre

expressly, so find, and the evidence before him clearly supports such a finding.

The standard for review

The submissions of the parties are based on different perceptions of the issue to be addressed by the Adjudicator, and thus of the appropriate standard for judicial review. In the applicant's view the issue of whether the grievance concerns a discharge for disciplinary reasons involves determination of a jurisdictional question on which the Adjudicator must be correct; otherwise there is error in law and the Court should intervene.

In the respondent's view subsection 92(1) of the PSSRA is not a provision conferring jurisdiction. Thus the determination of whether the grievance concerned a discharge for disciplinary reasons is a matter within the jurisdiction of the Adjudicator to determine, and the Court should intervene only if the decision is found to be patently unreasonable.

It is well settled that where the legislature has limited review of decisions of an administrative agency by a privative clause, a court will intervene in respect of its decisions only where the agency is found to have exceeded its jurisdiction by erring in its determination of a question of law concerning its jurisdiction to consider the matter before it, or, if the question at issue is one within the agency's jurisdiction to consider, by erring in a patently unreasonable manner. See *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, per Cory J., at pages 956-957, ("The '93 PSAC case"). That case illustrates the difficulty of characterizing the initial question for the Adjudicator here, concerning his jurisdiction to consider the grievance on its merits, as either one where simple error by the adjudicator results in an excess of jurisdiction, as Cory J. found in his opinion for the majority of the Court, or one where the question to be considered is within the jurisdiction of the adjudicator which results in no excess of jurisdiction unless the decision is patently unreasonable, as L'Heureux-Dubé J. found in her opinion for the minority.

In my opinion, in light of the decision of Cory J. for the majority in the '93 PSAC case the Adjudica-

montrent clairement, sinon expressément, que c'est ce qu'il a fait et la preuve mise à sa disposition justifiait clairement pareille conclusion.

a La norme de contrôle

Les arguments des parties sont fondés sur des idées différentes au sujet de la question que l'arbitre devait trancher et, par conséquent, de la norme de contrôle judiciaire appropriée. De l'avis du requérant, la question de savoir si le grief concerne un congédiement disciplinaire suppose que l'arbitre tranche correctement une question juridictionnelle; autrement, une erreur de droit est commise et la Cour devrait intervenir.

De l'avis de l'intimée, le paragraphe 92(1) de la LRTFP n'est pas une disposition conférant la compétence. Ainsi, la question de savoir si le grief concernait un congédiement disciplinaire relève de la compétence de l'arbitre, et la Cour ne devrait intervenir que s'il est conclu que la décision de ce dernier était manifestement déraisonnable.

Il est établi que lorsque le législateur limite le contrôle des décisions d'un organisme administratif au moyen d'une clause privative, le tribunal n'interviendra que s'il conclut que l'organisme a excédé sa compétence en rendant une décision erronée sur une question de droit relative à sa compétence pour examiner l'affaire dont il est saisi ou, si la question en litige relève de la compétence de l'organisme, en commettant une erreur manifestement déraisonnable. Voir *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, juge Cory, aux pages 956 et 957 (l'affaire de l'AFPC de 1993). Cet arrêt montre jusqu'à quel point il est difficile de définir la question initiale en l'espèce, en ce qui concerne la compétence que l'arbitre avait pour examiner le grief au fond: une simple erreur de la part de l'arbitre entraîne-t-elle un excès de compétence, comme le juge Cory l'a conclu dans l'avis qu'il a exprimé au nom de la majorité de la Cour, ou faut-il que la décision de l'arbitre soit manifestement déraisonnable pour qu'il excède sa compétence, comme le juge L'Heureux-Dubé l'a conclu dans l'avis qu'elle a exprimé au nom de la minorité?

À mon avis, compte tenu de la décision que le juge Cory a rendue au nom de la majorité dans l'affaire de

tor here, dealing with the grievance of Ms. Horn under subsection 92(1) of the PSSRA, in determining whether the matter was a grievance in relation to “disciplinary action resulting in discharge”, was dealing with a question of jurisdiction, where simple error warrants intervention of the Court on judicial review. (See '93 PSAC case, *per* Cory J. at pages 964-968). If the Public Service Staff Relations Board’s determination of its jurisdiction under section 99 of the PSSRA is such a question as Cory J. found, then in my view the determination by an adjudicator of his jurisdiction to consider a grievance under paragraph 92(1)(b) of the same Act is to be characterized in the same way. The functional approach to characterizing the question, outlined by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at pages 1088-1090, as applied by Cory J. in the '93 PSAC case, leads to a similar characterization of the issue before the Adjudicator here as was found to be before the Board by Cory J. in that case. If that is so, mere error in applying the Act, i.e. subsection 92(1) PSSRA, is sufficient to find that the Adjudicator has exceeded the statutory jurisdiction conferred; or as it is sometimes said he must be “correct” in his interpretation.

The Adjudicator, in determining the question of whether the respondent’s grievance was one within subsection 92(1) as concerning “disciplinary action resulting in discharge”, was required to assess the action taken by the employer purporting to act under section 27 of the PSEA. His decision, that the action was taken for disciplinary reasons and thus constituted a discharge within his jurisdiction under paragraph 92(1)(b) of the PSSRA, was a decision of fact, but one sometimes described as jurisdictional fact since his authority to deal with the merits of the grievance was dependent upon his determination of that fact. His determination is not challenged on the ground that it was perverse or capricious or without regard to the evidence before him, as a challenge seeking judicial review in relation to facts found requires under paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act*. Rather, it is challenged on the ground that other findings of fact were, by law, required to be made to support his conclusion on the jurisdictional

l’AFPC de 1993, l’arbitre, en décidant si le grief que M^{me} Horn avait présenté en vertu du paragraphe 92(1) de la LRTP se rapportait à une «mesure disciplinaire entraînant le congédiement», examinait une question de compétence, de sorte qu’une simple erreur justifie l’intervention de la Cour pour voie de contrôle judiciaire. (Voir l’affaire de l’AFPC de 1993, juge Cory, aux pages 964 à 968). Si la détermination de la compétence en vertu de l’article 99 de la LRTP par la Commission des relations de travail dans la fonction publique constitue une question telle que celle qui a été définie par le juge Cory, il doit, à mon avis, en être de même pour la détermination de la compétence par l’arbitre qui examine un grief fondé sur l’alinéa 92(1)(b) de ladite Loi. L’analyse fonctionnelle visant à définir la question, énoncée par le juge Beetz dans l’arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, aux pages 1088 à 1090, et appliquée par le juge Cory dans l’affaire de l’AFPC de 1993, entraîne, en l’espèce, une définition de la question dont l’arbitre était saisi semblable à celle donnée par le juge Cory dans cet arrêt-là. Si tel est le cas, une simple erreur dans l’application de la Loi, c.-à-d. du paragraphe 92(1) de la LRTP, suffit pour qu’on puisse conclure que l’arbitre a excédé la compétence que la loi lui conférait; ou encore, comme on le dit parfois, l’arbitre doit «avoir raison» dans son interprétation.

En tranchant la question de savoir si le grief de l’intimée était visé par le paragraphe 92(1) parce qu’il concernait une «mesure disciplinaire entraînant le congédiement», l’arbitre était tenu d’évaluer la mesure prise par l’employeur, qui était réputé agir en vertu de l’article 27 de la LEFP. La décision de l’arbitre, à savoir que la mesure avait été prise pour des raisons disciplinaires et que cela constituait donc un congédiement relevant de sa compétence en vertu de l’alinéa 92(1)(b) de la LRTP, était une décision de fait, laquelle est parfois décrite comme se rapportant à un fait juridictionnel étant donné que le pouvoir de l’arbitre d’examiner le grief au fond dépendait de la détermination de ce fait. Sa décision n’est pas contestée parce qu’elle était abusive ou arbitraire, ou qu’il n’a pas tenu compte des éléments dont il disposait, comme l’exige l’alinéa 18.1(4)(d) de la *Loi sur la Cour fédérale* dans le cas d’une demande de contrôle judiciaire se rapportant à des conclusions de fait. Elle est plutôt contestée pour le motif que l’arbitre devait,

issue and, since those were not expressly set out in the Adjudicator's decision, it is urged he erred in law. That is a ground warranting judicial review under paragraph 18.1(4)(c) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*.

In resolving this matter and determining the issue whether the Adjudicator erred in law, that is, whether he erred in determining the jurisdictional question, there are, in my view, two general considerations to be borne in mind. The first is that this is an application for judicial review and, as in any such application, the burden is on the applicant to demonstrate that the Adjudicator has erred in a manner warranting intervention of the Court. Put in other terms, the applicant must ultimately persuade the Court that the Adjudicator's decision was wrong. There is no burden on the respondent to establish that the Adjudicator was correct, at least in terms of the final burden on the parties. Thus, in the regular case of proceedings for judicial review there is significant deference accorded to the adjudicator or administrator to whom Parliament has assigned statutory responsibility. The second consideration is that in this case deference is supported, if not heightened, by the special role Parliament has assigned to the work of the Public Service Staff Relations Board and adjudicators appointed by the Board, a role particularly emphasized by section 101, a broadly worded privative clause protecting their decisions from appeal or judicial review.

That special role, and the expertise of those charged with responsibility under the PSSRA in the resolution of differences arising in labour relations in the public sector is now well settled. (See the '93 PSAC case, *per* Cory J., at pages 967-968 and *per* L'Heureux-Dubé, at page 978, and *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614, *per* Cory J., at pages 659-663 with whom Sopinka J., for the majority of the Court, agreed in principle, at page 628). In the latter case, ("Econosult"), the issue concerned the determination

en droit, tirer d'autres conclusions de fait pour justifier sa conclusion relative à la compétence; or, il est soutenu que l'arbitre a commis une erreur de droit puisqu'il n'a pas expressément énoncé ces conclusions dans sa décision. Il s'agit d'un motif justifiant le contrôle judiciaire en vertu de l'alinéa 18.1(4)c) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

^b En réglant cette affaire et en tranchant la question de savoir si l'arbitre a commis une erreur de droit, c'est-à-dire s'il a commis une erreur en tranchant la question juridictionnelle, il faut, à mon avis, tenir compte de deux considérations générales. En premier lieu, il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire et, comme c'est le cas dans toute demande de ce genre, il incombe au requérant de démontrer que l'arbitre a commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour. En d'autres termes, le requérant doit en fin de compte convaincre la Cour que la décision de l'arbitre était erronée. L'intimée n'a pas à établir que l'arbitre avait raison, du moins au point de vue de la charge finale imposée aux parties. Habituellement, dans les procédures de contrôle judiciaire, on fait donc preuve d'une retenue importante à l'égard de la décision de l'arbitre ou de l'administrateur auquel le législateur a attribué une responsabilité légale. En second lieu, dans ce cas-ci, la retenue est justifiée, sinon accrue, par les fonctions spéciales que le législateur a confiées à la Commission des relations de travail dans la fonction publique et aux arbitres désignés par cette dernière, fonctions sur lesquelles l'article 101 met particulièrement l'accent, celui-ci étant une clause privative libellée en termes généraux qui prévoit que les décisions de la Commission ou des arbitres ne peuvent pas faire l'objet d'un appel ou d'un contrôle judiciaire.

^h Ces fonctions spéciales, ainsi que l'expertise des personnes chargées, en vertu de la LRTFP, de régler les différends survenant en matière de relations du travail dans le secteur public sont maintenant établies. (Voir l'affaire de l'AFPC de 1993, juge Cory, aux pages 967 et 968, et juge L'Heureux-Dubé, à la page 978, et *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, juge Cory, aux pages 659 à 663, à l'avis duquel le juge Sopinka, parlant au nom de la majorité de la Cour, souscrivait en principe, à la page 628). Dans

of a jurisdictional issue defined in part by Parliament's inclusion of a definition of "employee" in the PSSRA. A statutory definition was not one of the circumstances in the issue of jurisdiction in the '93 PSAC case, just as there is no parliamentary definition of "disciplinary action" as those words are used in subsection 92(1) of the PSSRA.

Determination of what constitutes "disciplinary action" in a given case was, in my view, intended by Parliament to be a matter for determination by those appointed as adjudicators by the Public Service Staff Relations Board pursuant to section 93 of the PSSRA. The question for the Adjudicator is whether the employer's action is "disciplinary action resulting in discharge" under subsection 92(1). It is the sort of question that lies within the core of the Board's concerns with labour management relations in the Public Service and within the recognized expertise and experience of those persons appointed by the Board as adjudicators. Parliament has determined by the broad terms of section 101 of the Act that decisions of the Board or its appointed adjudicators shall ordinarily not be subject to review, in the interests of speedy and final resolution of disputes between the employer and public servants under the PSSRA.

These general considerations relating to appropriate deference for decisions of the Adjudicator lead me to consider that in this case the ultimate burden is on the applicant to persuade the Court that the Adjudicator was wrong in his finding that the respondent was discharged for disciplinary reasons.

Analysis

I am not persuaded that the Adjudicator was wrong in this case, for two reasons. First, I am not persuaded that in order to support his finding, that the action by the employer was a disciplinary action resulting in discharge within subsection 92(1), he was required as a matter of law to first find that the

cette dernière affaire, (l'affaire «Econosult»), il s'agissait de trancher une question juridictionnelle définie en partie par l'inclusion par le législateur de la définition de l'expression «fonctionnaire» dans la LRTFP. Or, dans l'affaire de l'AFPC de 1993, la question de la compétence ne faisait pas entrer en ligne de compte une définition légale, de la même façon qu'il n'existe pas de définition législative de ce qui constitue une «mesure disciplinaire» au sens où cette expression est employée au paragraphe 92(1) de la LRTFP.

À mon avis, l'intention du législateur était que la détermination de ce qui constitue une «mesure disciplinaire», dans un cas donné, relève des personnes désignées à titre d'arbitres par la Commission des relations de travail dans la fonction publique, conformément à l'article 93 de la LRTFP. Il s'agit pour l'arbitre de savoir si la mesure prise par l'employeur constitue une «mesure disciplinaire entraînant le congédiement» au sens du paragraphe 92(1). C'est le genre de question qui constitue le cœur des préoccupations de la Commission en matière de relations du travail dans la fonction publique, question qui relève de l'expertise et de l'expérience reconnues des personnes désignées à titre d'arbitres par la Commission. En adoptant le libellé général de l'article 101 de la Loi, le législateur a décidé que les décisions de la Commission ou des arbitres désignés par cette dernière ne seraient habituellement pas assujetties au contrôle, et ce, afin d'assurer le règlement rapide et définitif des litiges entre l'employeur et les fonctionnaires en vertu de la LRTFP.

Compte tenu de ces considérations générales concernant la retenue dont il convient de faire preuve à l'égard des décisions des arbitres, je conclus qu'en l'espèce, il incombe en fin de compte au requérant de convaincre la Cour que l'arbitre a commis une erreur en concluant que l'intimée avait été congédiée pour des raisons disciplinaires.

Analyse

Je ne suis pas convaincu que l'arbitre ait commis une erreur en l'espèce, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, je ne suis pas convaincu qu'afin de justifier sa conclusion, à savoir que la mesure prise par l'employeur constituait une mesure disciplinaire entraînant le congédiement au sens du para-

opinion of Mr. Van Iterson, that the respondent's absence was for reasons within her control, was based on frivolous reasons or reasons other than good faith. Second, if I am wrong in interpreting the law on that matter, in my view the decision of the Adjudicator read as a whole does find that the opinion of Mr. Van Iterson was based on reasons other than good faith, even though that is not expressly stated, and there is evidence that supports such a conclusion. Thus, I am not persuaded that the Adjudicator was wrong, that he erred in law. Finally, if it be necessary for this Court to find, not merely that the Adjudicator was not wrong, but that he was correct in his application of subsection 92(1), then I conclude that on the basis of the evidence before him the Adjudicator was correct in his application of the law. I deal with each of these conclusions in turn.

First, I am not persuaded by the applicant's submission that, as a matter of law, in order to support his finding, the Adjudicator must first find that Mr. Van Iterson's belief, that the absence was for reasons within the respondent's control, was based upon frivolous grounds or was reached for reasons other than good faith. That argument is based essentially upon the decision of de Grandpré J. in *Jacmain v. Attorney General (Can.) et al.*, [1978] 2 S.C.R. 15, at pages 36-37, and of the Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Penner*, [1989] 3 F.C. 429 (C.A.).

Both *Jacmain* and *Penner* concerned situations of rejection of probationary employees under subsection 28(3) of the PSEA where an adjudicator had upheld a grievance under now subsection 92(1) of the PSSRA that termination of employment was for disciplinary reasons. Both cases support the proposition that where circumstances would warrant either disciplinary action or rejection under section 28 of the PSEA of a probationary employee, the employer is free to choose the latter. The applicant urges that the same principle is applicable where action is taken under section 27 of that Act.

graphie 92(1), l'arbitre était tenu, en droit, de conclure d'abord que l'opinion de M. Van Iterson, soit que l'absence de l'intimée ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, était fondée sur des motifs futiles ou que ce dernier n'avait pas agi de bonne foi. En second lieu, si j'ai tort d'interpréter la loi de cette façon, la décision de l'arbitre dans son ensemble montre, à mon avis, que celui-ci a conclu, bien qu'il ne l'ait pas expressément déclaré, que M. Van Iterson n'avait pas agi de bonne foi, et certains éléments de preuve justifient pareille conclusion. Par conséquent, je ne suis pas convaincu que l'arbitre se soit trompé et qu'il ait commis une erreur de droit. Enfin, s'il faut que cette Cour conclue, non seulement que l'arbitre n'avait pas tort, mais qu'il a eu raison d'appliquer comme il l'a fait le paragraphe 92(1), je conclus que, compte tenu de la preuve dont il disposait, il a eu raison d'appliquer ainsi la loi. J'examinerai chacune de ces conclusions l'une à la suite de l'autre.

Premièrement, je ne souscris pas à l'avis du requérant, à savoir que, en droit, afin de justifier sa conclusion, l'arbitre devait d'abord conclure que la conviction de M. Van Iterson, soit que l'absence de l'intimée ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, était fondée sur des motifs futiles ou que ce dernier n'avait pas agi de bonne foi. Cet argument est essentiellement fondé sur la décision que le juge de Grandpré a rendue dans *Jacmain c. Procureur général (Can.) et autre*, [1978] 2 R.C.S. 15, aux pages 36 et 37, ainsi que sur le jugement prononcé par la Cour d'appel dans *Canada (Procureur général) c. Penner*, [1989] 3 C.F. 429 (C.A.).

Dans les arrêts *Jacmain* et *Penner*, des stagiaires avaient été renvoyés en vertu du paragraphe 28(3) de la LEFP et l'arbitre avait fait droit à un grief fondé sur ce qui est maintenant le paragraphe 92(1) de la LRTFP, dans lequel il était allégué que la cessation d'emploi était fondée sur des raisons disciplinaires. Les deux arrêts étayaient la proposition selon laquelle lorsque les circonstances justifient l'imposition d'une mesure disciplinaire ou le renvoi du stagiaire en vertu de l'article 28 de la LEFP, l'employeur est libre de choisir cette dernière mesure. Le requérant soutient que le même principe s'applique lorsque la mesure qui est prise est fondée sur l'article 27 de la Loi.

I am not prepared to accept that submission. In my view, both *Jacmain* and *Penner* should be read as relating to situations involving rejection of a probationary employee under section 28, the facts with which each case dealt. While superficially similar to the problem here raised, in my opinion rejection under section 28 of a probationary employee for cause, unsuitability generally, raises issues of a different order, and implicitly wider discretion for the employer, than in the case of action under section 27 to declare a long-standing employee has abandoned her position. I note that in this case there was no evidence of or reference to any previous dissatisfaction with the respondent's work, indeed she is said to have been encouraged by her employer to undertake her studies and she did so on fully paid leave initially for one year and renewed for a second year. There was no evidence of any previous history of absence that was of concern. Abandonment of a position by such an employee would surely be unexpected.

Moreover, a long-term employee, retained long beyond the probationary period is entitled to grieve, and to request adjudication under subsection 92(1) of the PSSRA if termination of employment is "a disciplinary action", i.e. for disciplinary reasons. Discharge for disciplinary reasons is possible but action by the employer for disciplinary reasons is subject to grievance and adjudication processes under paragraph 92(1)(b). Where the adjudicator has before her or him a grievance that alleges that termination of employment is in reality a discharge for reasons of discipline, the adjudicator must determine whether that allegation reflects reality or whether the termination, here by a declaration that the employee has abandoned her position, is made for other reasons as prescribed by statute. In a case such as this, it is not sufficient for the adjudicator to consider whether the statutory conditions for a declaration of abandonment appear to have been met, and if that is the case, to desist from further inquiry. It is incumbent upon her or him to consider whether that appearance accords with reality by assessing the basis upon which the action was taken, considering the evidence that is

Je ne suis pas prêt à retenir cet argument. À mon avis, les arrêts *Jacmain* et *Penner* devraient tous les deux être considérés comme se rapportant au renvoi d'un stagiaire en vertu de l'article 28, faits sur lesquels portait chaque arrêt. À mon avis, bien qu'il soit à première vue semblable au problème qui se pose en l'espèce, le renvoi, en vertu de l'article 28, d'un stagiaire pour un motif déterminé, soit son inaptitude en général, soulève des questions d'une nature différente de celles que suscite la déclaration, fondée sur l'article 27, qu'une fonctionnaire de longue date a abandonné son poste, et met implicitement en cause un pouvoir discrétionnaire plus étendu de la part de l'employeur. Je remarque qu'en l'espèce, il n'existe aucune preuve et aucune mention du fait que l'employeur n'était pas satisfait du travail de l'intimée et, de fait, on a dit qu'il avait encouragé l'intimée à entreprendre ses études et que cette dernière avait obtenu à cet égard un congé entièrement payé qui devait initialement durer un an, mais qui a été prolongé pour une seconde année. Il n'existe aucune preuve d'absences passées qui auraient suscité de l'inquiétude. On ne pourrait de toute évidence pas s'attendre à ce que pareille fonctionnaire abandonne son poste.

En outre, un fonctionnaire de longue date, dont les services ont été retenus bien après le stage, a le droit de présenter un grief et de demander le renvoi à l'arbitrage en vertu du paragraphe 92(1) de la LRTFP si la cessation d'emploi constitue une «mesure disciplinaire», c'est-à-dire une mesure prise pour des raisons disciplinaires. Le congédiement disciplinaire est possible, mais la mesure prise par l'employeur pour des raisons disciplinaires est assujettie aux procédures de règlement des griefs et de renvoi à l'arbitrage en vertu de l'alinéa 92(1)b). Lorsque l'arbitre est saisi d'un grief dans lequel il est allégué que la cessation d'emploi constitue en réalité un congédiement disciplinaire, il doit déterminer si cette allégation correspond à la réalité ou si la cessation d'emploi, qui résulte en l'espèce de la déclaration que la fonctionnaire a abandonné son poste, est fondée sur d'autres motifs que ceux qui sont prescrits par la loi. Dans un cas comme celui-ci, il ne suffit pas que l'arbitre se demande si les conditions légales d'une déclaration d'abandon semblent avoir été remplies et, si c'est le cas, s'abstienne de mener toute autre enquête. Il doit se demander si cette apparence correspond à la réalité

adduced. (See *Richard v. Public Service Staff Relations Board*, *supra*.)

The basis for the action by the employer is surely dependent upon the purposes for which the action was taken and those purposes may reflect upon the *bona fides* of the belief of the employer. The belief of the employer under section 27 of the PSEA, in my view, concerns two elements, an opinion that the employee's absence is for reasons within her control and, just as important, though implicit in light of the evident purpose of that section, that the employee has abandoned the position. That implicit opinion is, in my view, essential in light of the purpose of the section, which I believe is self evident, to provide authority to deal with the situation where the permanent employee abandons a position, and the requirements set out in the section concern the circumstances, the evidence, that supports that opinion. If, on a balance of probabilities, the adjudicator finds that the purposes of the employer are related to the employee's absence from his employment without authorization in circumstances which the employer can reasonably believe are within the employee's control, so that the opinion that the employee has abandoned the position is reasonable in the circumstances known to the employer, then the adjudicator must recognize the declaration of abandonment and that it is beyond her or his jurisdiction under subsection 92(1) of the PSSRA. On the other hand, if the purposes are found to relate to discipline of the employee then the adjudicator is bound to proceed to consider the grievance on its merits, as was done in this case.

I find implicit support for this view of the matter in *Canada (Attorney General) v. Michaud*, not reported, Court file A-31-87, June 8, 1987 (F.C.A.), where Hugessen J.A. for the Court said:

We are all of the opinion that the adjudicator assumed a jurisdiction which she did not have. As the respondent was the subject of a declaration pursuant to section 27 of the *Public Service Employment Act* . . . that he had abandoned his position the Adjudicator, who was acting pursuant to subsection 91(1) [now subsection 92(1)] of the *Public Service Staff Relations Act* . . . had no jurisdiction to review this declaration unless it

en évaluant ce sur quoi la mesure est fondée, compte tenu de la preuve présentée. (Voir *Richard c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, précité.)

^a Le fondement de la mesure prise par l'employeur dépend de toute évidence du but dans lequel la mesure a été prise et ce but peut influencer sur la bonne foi de l'employeur. À mon avis, la conclusion tirée par l'employeur, en vertu de l'article 27 de la LEFP, comporte deux éléments, à savoir l'opinion selon laquelle l'absence de la fonctionnaire ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté et, ce qui est tout aussi important, bien que cela soit implicite compte tenu du but évident de cette disposition, que la fonctionnaire a abandonné son poste. À mon avis, cette opinion implicite est essentielle, compte tenu du but de la disposition, lequel est selon moi évident en soi, à savoir conférer à l'employeur le pouvoir de remédier à la situation lorsqu'un fonctionnaire permanent abandonne son poste, et les exigences énoncées dans la disposition concernent les circonstances, la preuve qui justifie cette opinion. Si, selon la prépondérance des probabilités, l'arbitre conclut que le but de l'employeur est lié au fait que le fonctionnaire s'est absenté de son travail sans autorisation dans des circonstances que l'employeur peut raisonnablement considérer comme n'étant pas indépendantes de sa volonté, de sorte qu'il est raisonnable de croire que le fonctionnaire a abandonné son poste compte tenu des circonstances dont l'employeur a connaissance, l'arbitre doit reconnaître la déclaration d'abandon et conclure qu'il n'a pas compétence en vertu du paragraphe 92(1) de la LRTFP. D'autre part, s'il est conclu que le but visé est de discipliner le fonctionnaire, l'arbitre est tenu d'examiner le grief au fond, comme il l'a fait en l'espèce.

^b Cette opinion est implicitement étayée par l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Michaud*, inédit, dossier du greffe A-31-87, 8 juin 1987 (C.A.F.), dans lequel le juge Hugessen, J.C.A. a dit ceci au nom de la Cour:

Nous sommes d'avis que l'arbitre s'est arrogé une compétence qu'elle n'avait pas. L'intimé ayant fait l'objet d'une déclaration d'abandon de poste en vertu de l'article 27 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* . . . l'arbitre, qui agissait en vertu du paragraphe 91(1) [maintenant par. 92(1)] de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* . . . n'avait juridiction pour réviser cette déclaration que s'il

was in fact a disguised disciplinary action. There is no evidence in the record to support such a conclusion: quite the contrary. It was common ground that the respondent had a clean disciplinary record at the time he was absent from his work without notice for a period of several months. To justify her conclusion that this was a disciplinary action the adjudicator relied on a single act by the employee, namely his unauthorized absence from work, the same act as was relied on by the employer to justify the declaration made pursuant to section 27. In our view, once the adjudicator found that the basis of the declaration that the position had been abandoned was the employee's absence, she could not go beyond the declaration and find that that very absence was by itself the source of an alleged disguised disciplinary action.

In this case the Adjudicator found that the basis of the employer's action was not related to her absence but to her actions in support of the Mohawk negotiating team. Moreover, there was no evidence of intention on the part of the respondent to abandon her position; indeed the evidence contradicts any opinion that she so intended.

Two other cases are referred to by the applicant. In *Morin v. R.*, [1981] 1 F.C. 3 (C.A.) the Court of Appeal reversed the Motions Judge [[1979] 2 F.C. 642] who had allowed an action for a declaration that a Deputy Minister's declaration of abandonment under section 27 of the PSEA was invalid because the Deputy did not exercise his discretion fairly where at the time of his decision he did not know all of the reasons for the employee's absence. Accepting that the employer need not know all of the reasons for the employee's absence, I would distinguish *Morin* on its facts for the employee there concerned was absent from work on a number of occasions following a transfer to Ottawa. He was written to no less than three times asking for an explanation, directing his return to work and ultimately warning of possible action to declare he had abandoned his position, to which correspondence the employee made no response whatever, ultimately continuing his absence. In the case at bar no such communications were addressed to Ms. Horn.

In *Attorney General of Canada v. Cantin*, not reported, Court file T-1070-82, March 12, 1982 (T.D.), Addy J. granted prohibition to restrain an

s'agissait réellement d'une mesure disciplinaire déguisée. Or le dossier ne révèle aucun élément de preuve permettant une telle conclusion. Bien au contraire. Il est constant que l'intimé avait un dossier disciplinaire vierge au moment où il s'est absenté de son travail sans avis pour une période de plusieurs mois. Pour justifier sa conclusion qu'il s'agissait d'une mesure disciplinaire, l'arbitre s'est fondée sur un seul geste de l'employé, soit l'absence non autorisée de ce dernier de son travail, le même geste que celui invoqué par l'employeur pour justifier la déclaration faite en vertu de l'article 27. À notre avis, dès que l'arbitre a constaté que la déclaration d'abandon de poste était fondée sur l'absence de l'employé, elle ne pouvait pas aller au-delà de la déclaration et trouver que cette même absence était à elle seule la source d'une prétendue mesure disciplinaire déguisée.

En l'espèce, l'arbitre a conclu que la mesure prise par l'employeur n'était pas fondée sur l'absence de la fonctionnaire, mais sur les actions de celle-ci lorsqu'il s'était agi d'appuyer l'équipe de négociation des Mohawks. En outre, rien ne permettait de conclure que l'intimée avait l'intention d'abandonner son poste; de fait, la preuve contredit pareille conclusion.

Deux autres arrêts sont cités par le requérant. Dans *Morin c. R.*, [1981] 1 C.F. 3 (C.A.), la Cour d'appel a infirmé la décision par laquelle le juge des requêtes [[1979] 2 C.F. 642] avait accueilli l'action visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel la déclaration d'abandon faite par un sous-ministre en vertu de l'article 27 de la LEFP était invalide parce que celui-ci n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire d'une façon équitable puisque, au moment où il avait pris sa décision, il ne connaissait pas tous les motifs de l'absence du fonctionnaire. Étant donné qu'à mon avis, l'employeur n'a pas à connaître tous les motifs de l'absence du fonctionnaire, je ferais une distinction eu égard aux faits de l'arrêt *Morin*, car dans cette affaire-là le fonctionnaire s'était absenté de son travail à plusieurs reprises à la suite d'une mutation à Ottawa. On avait communiqué par écrit avec le fonctionnaire au moins trois fois pour lui demander des explications et lui ordonner de retourner travailler et on l'avait en fin de compte averti qu'une déclaration d'abandon de poste serait peut-être faite, mais le fonctionnaire n'avait jamais répondu et avait en fin de compte continué à s'absenter. En l'espèce, aucune communication de ce genre n'a été faite à M^{me} Horn.

Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Cantin*, inédit, dossier du greffe T-1070-82, 12 mars 1982 (1^{re} inst.), le juge Addy a accordé un bref de prohibi-

adjudicator from proceeding to consider a grievance under now subsection 92(1) of the PSSRA in a case where the employer had declared abandonment of a position under section 27 of the PSEA, where the employee had been “absent for eleven days without permission and without giving any sign of life”, apparently the latest and last in a series of absences, the previous ones arising from alcoholism. In that case, the Adjudicator, who had considered the question of his jurisdiction as a preliminary matter, was found to have erred by basing his conclusion that the declaration of abandonment was invalid on the ground that the reason for absence was not sufficiently clear. Moreover, Addy J. found on the evidence there was no basis for questioning the employer’s opinion that the absence was for reasons within the employee’s control. Again, that case is distinguishable from the one at bar, in my view. Here, Ms. Horn communicated with the employer on a number of occasions, both herself by telephone and fax machine and through agents and counsel, requesting leave, without any response from the employer and she indicated, and her employer knew from her communications and from her lawyer through the period September 5 to 11, that she considered herself trapped and not free to leave in safety the razor wire enclosure at Kanesatake.

In my view the circumstances in *Cantin*, as in *Morin*, are so different from the facts of this case that those cases cannot be considered as determinative of the issue here. In both those cases the basis of the employer’s action was accepted as the unauthorized absence of the employee.

Thus, I am not persuaded that the cases relied upon by the applicant establish the necessity for the Adjudicator to find that the opinion of Mr. Van Iterson, that the respondent’s absence was for reasons within her control, was either based on frivolous reasons or reasons other than good faith. In dealing with a grievance that a declaration that a long-standing employee

visant à empêcher l’arbitre d’examiner un grief fondé sur ce qui est maintenant le paragraphe 92(1) de la LRTFP dans une affaire où l’employeur avait déclaré qu’un poste avait été abandonné en vertu de l’article 27 de la LEFP, le fonctionnaire ayant été «absent pour onze jours sans permission et sans donner signe de vie», ce qui constituait apparemment la dernière et la plus récente d’une série d’absences, les absences antérieures étant attribuables à la consommation excessive d’alcool. Dans cette affaire-là, il a été conclu que l’arbitre, qui avait examiné la question de sa compétence à titre préliminaire, avait commis une erreur en fondant sa conclusion que la déclaration d’abandon était invalide sur le motif que la raison de l’absence n’était pas suffisamment claire. En outre, le juge Addy a conclu, en se fondant sur la preuve, que rien ne permettait de remettre en question l’opinion de l’employeur, à savoir que l’absence ne tenait pas à des raisons indépendantes de la volonté du fonctionnaire. Ici encore, il est, à mon avis, possible de faire une distinction entre cette affaire et la présente espèce. Dans ce cas-ci, M^{me} Horn a communiqué avec l’employeur à plusieurs reprises, tant personnellement, par téléphone et par télécopieur, que par l’entremise de mandataires et de son avocat, et elle avait demandé un congé, sans que l’employeur ne lui réponde; de plus, elle avait fait savoir qu’elle s’estimait prise et incapable de quitter en toute sécurité la zone encerclée par le barbelé, à Kanesatake, ce que l’employeur savait, compte tenu des communications que la fonctionnaire lui avait faites personnellement ou par l’entremise de son avocat pendant la période allant du 5 au 11 septembre.

À mon avis, les circonstances de l’affaire *Cantin* ainsi que celles de l’affaire *Morin* sont si différentes des faits de l’espèce que ces arrêts ne peuvent pas être considérés comme déterminants en l’espèce. Dans ces deux arrêts, il a été reconnu que la mesure prise par l’employeur était fondée sur l’absence non autorisée du fonctionnaire.

Par conséquent, je ne suis pas convaincu que les arrêts cités par le requérant établissent que l’arbitre était tenu de conclure que l’opinion de M. Van Iterson, à savoir que l’absence de l’intimée ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, était fondée sur des motifs futiles ou que ce dernier n’avait pas agi de bonne foi. En examinant un grief dans

has abandoned her position is in reality a discharge taken as a disciplinary action, in my view the Adjudicator is entitled to consider the evidence and to assess the opinion of the decision-maker, essential to action under section 27 of the PSEA, that the employee has abandoned her position, and to assess the basis or purpose of the employer. If the employer can be said to have been concerned with the unauthorized absence and to have acted for that reason in the opinion that the absence is for reasons within her control and thus she may reasonably be considered to have abandoned the position, a declaration of abandonment is supported and an adjudicator dealing with a grievance under subsection 92(1) is without jurisdiction to review that action. If the employer's action is directed against the activities of the employee other than her unauthorized absence in circumstances where it is not reasonable for the employer to have the opinion that the employee has abandoned her position, the Adjudicator may find that the declaration of abandonment is in fact disciplinary action and a discharge in disguise. In my view, there are not specific requirements established by law for the finding of particular facts by the Adjudicator if his decision, made in an area of recognized expertise, is to warrant deference. I am not persuaded that the Adjudicator was wrong in his application of subsection 92(1) of the PSSRA or in his assessment that the declaration of abandonment, in the circumstances of this case, was a disciplinary action within his jurisdiction to consider.

If I am wrong in finding there are not specific requirements established by law for facts to be determined by the Adjudicator and it was necessary for him to find that the opinion of the employer was "for reasons based on anything other than good faith", in the words of de Grandpré J. in *Jacmain*, *supra*, at page 36, then in my opinion the Adjudicator did so find in this case. I do not agree that by quoting the departmental memorandum the Adjudicator thereby adopted as fact all of the matters as described in that memorandum. In particular, the *bona fides* of the recorded opinions that Ms. Horn's absence was within her control and that she had abandoned her

lequel il est allégué que la déclaration selon laquelle une fonctionnaire de longue date a abandonné son poste constitue en réalité un congédiement disciplinaire, l'arbitre a le droit, à mon avis, de tenir compte de la preuve et d'évaluer l'opinion du décideur, qui est essentielle à la mesure prise en vertu de l'article 27 de la LEFP, à savoir que la fonctionnaire a abandonné son poste, ainsi que d'évaluer le fondement de la mesure ou le but de l'employeur. Si l'on peut dire que l'employeur se préoccupait de l'absence non autorisée et qu'il a agi pour ce motif, croyant que l'absence de la fonctionnaire ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, et que la fonctionnaire pouvait donc raisonnablement être considérée comme ayant abandonné son poste, la déclaration d'abandon est étayée et l'arbitre qui examine un grief fondé sur le paragraphe 92(1) n'a pas compétence pour examiner cette mesure. Si la mesure prise par l'employeur vise des activités autres que l'absence non autorisée de la fonctionnaire, dans des circonstances où l'employeur ne peut pas raisonnablement croire que cette dernière a abandonné son poste, l'arbitre peut conclure que la déclaration d'abandon constitue de fait une mesure disciplinaire et un congédiement déguisé. À mon avis, il n'existe aucune exigence expresse établie en droit, lorsqu'il s'agit pour l'arbitre de conclure à l'existence de faits particuliers s'il faut faire preuve de retenue à l'égard de la décision que celui-ci a rendue dans un domaine relevant de son expertise reconnue. Je ne suis pas convaincu que l'arbitre ait commis une erreur dans l'application du paragraphe 92(1) de la LRFP ou en concluant que la déclaration d'abandon, dans les circonstances, constituait une mesure disciplinaire relevant de sa compétence.

Si je me trompe en concluant qu'il n'existe aucune exigence expresse établie en droit à l'égard des faits devant être déterminés par l'arbitre et que ce dernier devait conclure que l'employeur était arrivé à son opinion «pour des motifs fondés sur autre chose que la bonne foi», comme l'a dit le juge de Grandpré dans l'arrêt *Jacmain*, précité, à la page 36, j'estime que l'arbitre a tiré pareille conclusion en l'espèce. Je ne souscris pas à l'avis qu'en citant la note ministérielle, l'arbitre a considéré comme étant établis tous les faits décrits dans cette note. En particulier, en concluant que la mesure prise par l'employeur visait à discipliner l'intimée, l'arbitre a remis en question la bonne

position are put in question by the Adjudicator's finding that the basis of the employer's action was discipline of the respondent.

Admittedly there is no express finding that the employer acted for reasons other than good faith, or that the opinion of Mr. Van Iterson that the absence of the respondent was for reasons within her control was formed for reasons other than good faith. Yet the conclusion of the Adjudicator here makes that just as clear as if he had expressly said so. He found that the action of the employer was not based upon concern for the unauthorized absence but rather was based upon reasons relating to Ms. Horn's perceived activities at Kanesatake. He found as well that the employer was considering possible disciplinary action in relation to those activities from August 28, while she was still on leave, up until the time action was taken to declare her position abandoned. To so find is surely to find that the action in declaring the position abandoned was for reasons other than the good faith of the employer. To be acting in good faith, in light of the underlying purpose of section 27 of the PSEA, the employer's concern is to be with unauthorized absence of the employee in circumstances which support his opinion that the employee has abandoned her position. In my view, there was ample evidence in the record to support the Adjudicator's finding and I am not persuaded that he erred in law in finding in the circumstances of this case that termination of employment by declaring the respondent's position to be abandoned was in reality disciplinary action resulting in discharge, and thus within his jurisdiction to consider under subsection 92(1) of the PSSRA.

Finally, if I have been wrong in my approach in relation to the jurisdictional decision of the Adjudicator and if it is necessary that this Court consider the "correctness" of this decision, I conclude that the Adjudicator was correct in the circumstances of this

foi de l'auteur de la note, à savoir que l'absence de M^{me} Horn ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, et que la fonctionnaire avait abandonné son poste.

a Il est vrai que l'arbitre n'a pas expressément conclu que l'employeur avait agi pour des motifs fondés sur autre chose que la bonne foi, ou que l'opinion de M. Van Iterson, que l'absence de l'intimée ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, découlait de motifs fondés sur autre chose que la bonne foi. *b* Pourtant, la conclusion tirée par l'arbitre en l'espèce montre que c'est ce qu'il a fait tout aussi clairement que s'il l'avait expressément dit. *c* L'arbitre a conclu que la mesure prise par l'employeur n'était pas fondée sur le fait que celui-ci se préoccupait de l'absence non autorisée de M^{me} Horn, mais qu'elle était plutôt fondée sur des motifs liés aux activités constatées de M^{me} Horn à Kanesatake. *d* Il a également conclu que l'employeur avait envisagé l'imposition possible d'une mesure disciplinaire relativement à ces activités à compter du 28 août, date à laquelle la fonctionnaire était encore en congé, et ce, jusqu'au moment où il a déclaré que cette dernière avait abandonné son poste. *e* Tirer pareille conclusion est de toute évidence conclure qu'en déclarant que l'intimée avait abandonné son poste, l'employeur avait agi pour des motifs fondés sur autre chose que la bonne foi. *f* Compte tenu du but intrinsèque de l'article 27 de la LEFP, l'employeur qui agit de bonne foi doit s'inquiéter de ce que la fonctionnaire s'est absentée sans autorisation dans des circonstances lui permettant de croire que cette dernière a abandonné son poste. *g* À mon avis, il existait dans le dossier de nombreux éléments de preuve justifiant la conclusion de l'arbitre et je ne suis pas convaincu que celui-ci ait commis une erreur de droit en concluant, compte tenu des circonstances de l'affaire, que la cessation d'emploi à laquelle avait donné lieu la déclaration selon laquelle l'intimée avait abandonné son poste constituait en réalité une mesure disciplinaire entraînant le congédiement de celle-ci et qu'il avait donc compétence en vertu du paragraphe 92(1) de la LRFP. *h* *i*

Enfin, si j'ai commis une erreur en abordant ainsi la question de la compétence et s'il faut que cette Cour examine le «bien-fondé» de la décision de l'arbitre, ce dernier avait raison, à mon avis, compte tenu des circonstances de l'affaire. Je tire cette conclusion

case. I do so with some reluctance but only because in my view this step tends to place the ultimate burden on the respondent when the issue of jurisdiction is raised, and it fails to accord appropriate deference to the decision of the Adjudicator for which there is, in my view, ample support in the evidence adduced. Nevertheless, despite reluctance to review the decision for "correctness", I find that the Adjudicator was correct. I do so on the following evidence.

In his affidavit in support of the applicant's originating motion for judicial review, Robert E. Smart, Senior Labour Relations Consultant in the Department avers as follows:

11. Mr. W. Van Iterson gave the following evidence at the adjudication hearing. On September 13, 1990, he considered the circumstances surrounding the Respondent's absence from work. He determined she had been absent from duty for a period of more than one week. He considered the information that was available to him at that time and formed the opinion that the Respondent's absence was not authorized or provided by or under the authority of an Act of Parliament, and that the Respondent was not absent for reasons which were beyond her control. He believed that the Respondent voluntarily remained behind the barricades at Oka after her leave expired to assist the Warriors, and not because she was prevented from leaving in safety; and furthermore, even if she had been "trapped", she knew or ought to have known that by going behind the barricades when she did she was taking a risk that she might be prevented from reporting for work as scheduled. Mr. Van Iterson based his belief that the Respondent was voluntarily absent on a number of factors, including his personal knowledge of her history of activism in support of Mohawk causes, and information from senior departmental officials who had been in direct contact with the Canadian Army who confirmed that the Respondent had been given an assurance that she could leave Oka in safety. He also considered that she had been in regular communication with the Department but had never requested assistance to leave. He also believed that her desire to remain behind the barricades was such that it would not have served any useful purpose to inform her that she would not be granted leave as requested. He also believed that the Respondent was committing acts of misconduct during her unauthorized absence. However, after seeking and receiving advice, he believed he was entitled either to take disciplinary action or declare her to have abandoned her position. He decided to exercise his statutory authority to declare her to have abandoned her position. His evidence on these points was uncontroverted.

avec réticence, mais uniquement parce que, à mon avis, cela tend à imposer la charge ultime à l'intimée en ce qui concerne la question de la compétence, et que cela ne fait pas entrer en ligne de compte la retenue dont il convient de faire preuve à l'égard de la décision de l'arbitre, cette dernière étant, à mon avis, amplement étayée par la preuve présentée. Néanmoins, malgré la réticence que j'éprouve à examiner la décision au point de vue de son «bien-fondé», je conclus que l'arbitre avait raison, et ce, en me fondant sur les éléments de preuve suivants.

Dans l'affidavit qu'il a déposé à l'appui de la requête introductive d'instance en contrôle judiciaire présentée par le requérant, Robert E. Smart, conseiller principal en relations du travail au Ministère, déclare ceci:

[TRADUCTION] 11. À l'audience d'arbitrage, M. W. Van Iterson a fait la déposition suivante. Le 13 septembre 1990, il a examiné les circonstances dans lesquelles l'intimée s'était absentée de son travail. Il a constaté que celle-ci s'était absentée pendant plus d'une semaine. Il a examiné les renseignements dont il disposait à ce moment-là et il a conclu que l'absence de l'intimée n'était pas autorisée ou prévue par une loi fédérale, et qu'elle ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté. Il croyait que l'intimée était volontairement demeurée derrière les barricades, à Oka, une fois son congé expiré, pour aider les Warriors, et non parce qu'elle ne pouvait pas partir en toute sécurité; en outre, même si elle était «prise», elle savait ou aurait dû savoir qu'en allant derrière les barricades au moment où elle l'a fait, elle risquait de ne pas pouvoir se présenter au travail comme elle devait le faire. M. Van Iterson a fondé sa conclusion, à savoir que l'intimée s'était volontairement absentée, sur un certain nombre d'éléments, et notamment sur le fait qu'il savait pertinemment que, par le passé, l'intimée avait activement appuyé les causes mohawks, ainsi que sur des renseignements obtenus de hauts fonctionnaires du Ministère qui avaient directement communiqué avec l'armée canadienne, celle-ci ayant confirmé qu'on avait assuré à l'intimée qu'elle pouvait quitter Oka en toute sécurité. Il a également tenu compte du fait que l'intimée avait régulièrement communiqué avec le Ministère, mais qu'elle n'avait jamais demandé qu'on l'aide à partir. Il croyait également que l'intimée désirait tellement demeurer derrière les barricades qu'il aurait été inutile de l'informer que le congé demandé ne lui serait pas accordé. Il croyait en outre que l'intimée avait commis des actes d'inconduite pendant son absence non autorisée. Toutefois, après avoir demandé et reçu des conseils, M. Van Iterson a cru qu'il avait le droit d'imposer des mesures disciplinaires à l'intimée ou de déclarer que celle-ci avait abandonné son poste. Il a décidé d'exercer le pouvoir que lui conférait la loi de déclarer que l'intimée avait abandonné son poste. Sa déposition sur ces points n'a pas été contestée.

That evidence is qualified in part by the affidavit of Jacques Dupont, who represented the respondent at the hearing before the Adjudicator, who avers certain qualifications of the evidence said to have been given by Mr. Van Iterson, in light of other evidence adduced at the hearing.

In my view, in light of the purpose of section 27 of the PSEA as I have found it, Mr. Van Iterson's action required a belief that the respondent had abandoned her position, based on a reasonable assessment of all the evidence available to him. That belief could hardly be reasonably formed without consideration of the following facts, which he appears not to have considered:

- 1) the respondent denied she was abandoning her position in one communication to the Department and she requested on several occasions that her pay continue to be deposited in her bank account;
- 2) the respondent's requests for leave were not responded to at all, either her request for special leave or her request that her absence from September 4 be attributed to her accumulated vacation leave;
- 3) there was no advice to the respondent from those concerned in the Department about her conduct or her absence, or that they were concerned, or that she should return to work or that action was contemplated under section 27 if she did not return. Notice of that action, if contemplated, before a declaration of abandonment is made, is provided for in the relevant personnel management manual and no attempt was here made to provide notice. While the manual is not law, it does indicate what is expected of the employer in the normal course, in fairness to the employee;
- 4) Mr. Van Iterson's opinion that Ms. Horn was absent for reasons within her control, in so far as it was based on his personal knowledge of her support in the past for Mohawk causes was concluded without any opportunity provided for the respondent to comment on the current circumstances. In so far as it was based on a belief that she knew or ought to have

Cette preuve est atténuée en partie par l'affidavit de Jacques Dupont, qui représentait l'intimée à l'audience devant l'arbitre, lequel apporte certaines réserves à la déposition qui aurait apparemment été faite par M. Van Iterson, compte tenu d'autres éléments de preuve présentés à l'audience.

À mon avis, étant donné ce qui est, à mon avis, le but de l'article 27 de la LEFP, la mesure prise par M. Van Iterson exigeait que celui-ci croie que l'intimée avait abandonné son poste, en se fondant sur une évaluation raisonnable de tous les éléments de preuve dont il disposait. M. Van Iterson pouvait difficilement en arriver raisonnablement à cette conclusion sans tenir compte des faits suivants, qu'il ne semble pas avoir pris en considération:

- 1) dans l'une de ses communications au Ministère, l'intimée a nié abandonner son poste et a demandé à plusieurs reprises que son chèque de paie continue à être déposé dans son compte bancaire;
- 2) les demandes de congé de l'intimée n'ont donné lieu à aucune réponse, et ce, qu'il s'agisse de sa demande de congé spécial ou de la demande qu'elle avait faite pour que les crédits de congé annuel inutilisés soient appliqués à son absence, à compter du 4 septembre;
- 3) les fonctionnaires concernés du Ministère n'ont pas donné de conseils à l'intimée au sujet de sa conduite ou de son absence, et ne lui ont pas fait savoir qu'ils se préoccupaient, ou qu'elle devait retourner travailler, ou encore qu'on envisageait de prendre des mesures en vertu de l'article 27, si elle ne retournait pas travailler. Pareil avis, si l'imposition de cette mesure est envisagée, doit être donné avant qu'une déclaration d'abandon ne soit faite, selon le manuel de gestion du personnel pertinent; or, en l'espèce, on n'a pas tenté d'aviser l'intimée de la chose. Le manuel n'a pas l'effet d'une loi, mais il montre ce à quoi on s'attend normalement de l'employeur et qui est équitable pour le fonctionnaire;
- 4) M. Van Iterson a tiré sa conclusion, à savoir que l'absence de M^{me} Horn ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, dans la mesure où il se fondait sur le fait qu'il savait pertinemment que, par le passé, celle-ci avait appuyé des causes mohawks, sans donner à l'intimée la possibilité de faire des observations au sujet des circonstances existantes.

known that by going behind the barricades when she did she was taking a risk that she might be prevented from reporting for work as scheduled, the opinion ignores the fact that the respondent could not be expected to have foreseen the installation of the razor wire enclosure just a very few days before her scheduled return, and moreover it implicitly accepts that at the time she was scheduled to return it was not completely within her control to do so;

5) the assurance that the respondent could leave the enclosure at Kanesatake in safety, and this be conveyed to her, by the Armed Forces was only requested by a senior officer of the Department on September 12, the day that senior officers met with Treasury Board officials to determine what to do, and the day before the declaration of abandonment was made;

6) the employer had not settled on any but temporary responsibilities for the respondent in advance of her return to work and as late as August 29 a temporary assignment pending further consideration was arranged in light of her scheduled return on September 4, but her performance of particular responsibilities within the Department was not apparently a matter of great concern, either before or after September 4;

7) the employer continued from at least August 28 to September 13 to be very concerned about the respondent's activities at Kanesatake as these were perceived, essentially on the basis of media reports without any attempt to obtain information from the respondent herself, and that concern is evident in the letter declaring her position abandoned.

In my view the only reasonable conclusion on the evidence is that the employer's concern was primarily about the activities of the respondent at Kanesatake. It was not about her absence without authorization. It could not have been reasonably believed that she intended to abandon her position. The belief of Mr. Van Iterson that the absence was for reasons within her control could not be said to have

Dans la mesure où l'opinion de M. Van Iterson était fondée sur le fait qu'il croyait que l'intimée savait ou aurait dû savoir qu'en allant derrière les barricades, au moment où elle l'avait fait, elle risquait de ne pas pouvoir se présenter au travail comme elle devait le faire, cette opinion ne tient pas compte du fait qu'on ne pouvait pas s'attendre à ce que l'intimée prévoie l'installation du barbelé fait d'un fil plat tranchant quelques jours seulement avant son retour prévu au travail; en outre, M. Iterson reconnaît ainsi implicitement qu'au moment où l'intimée devait retourner travailler, elle ne pouvait pas le faire, et ce, pour des raisons indépendantes de sa volonté;

5) un haut fonctionnaire du Ministère a demandé aux Forces armées de garantir que l'intimée pouvait quitter en toute sécurité la zone encerclée à Kanesatake et d'informer celle-ci de la chose le 12 septembre seulement, soit le jour où les hauts fonctionnaires ont rencontré les représentants du Conseil du Trésor pour décider des mesures à prendre, et le jour avant que la déclaration d'abandon ne soit faite;

6) l'employeur avait uniquement attribué des responsabilités temporaires à l'intimée avant son retour au travail et le 29 août seulement, une affectation temporaire, en attendant un autre examen, avait été prévue étant donné que l'intimée devait retourner travailler le 4 septembre, mais l'attribution de responsabilités particulières au sein du Ministère ne constituait apparemment pas une préoccupation majeure, que ce soit avant ou après le 4 septembre;

7) l'employeur a continué, à compter du 28 août du moins, et ce, jusqu'au 13 septembre, à s'inquiéter vivement des activités constatées de l'intimée à Kanesatake, en se fondant essentiellement sur les comptes rendus des médias, sans aucunement tenter d'obtenir des renseignements de l'intimée elle-même, cette inquiétude étant évidente dans la lettre où il était déclaré que l'intimée avait abandonné son poste.

À mon avis, compte tenu de la preuve, la seule conclusion raisonnable est que l'employeur se préoccupait principalement des activités de l'intimée à Kanesatake, et non du fait qu'elle s'était absentée sans autorisation. Il n'était pas raisonnablement possible de croire que l'intimée avait l'intention d'abandonner son poste. On ne pouvait pas dire que M. Van Iterson avait agi de bonne foi en concluant

been formed in good faith in circumstances where he was aware that the respondent considered she was trapped and could not leave with assurance of safety, a factor noted on behalf of the respondent from the second day of her absence, reiterated by her in subsequent communications and again on September 11 by letter from her lawyer. Only after that letter, the following day, did a senior officer of the Department communicate with the Chief of the General Staff of the Canadian Armed Forces for assurance that she could leave in safety and to request that this be communicated to her.

There was ample evidence to support the conclusion of the Adjudicator that action taken by the employer was “disciplinary action resulting in discharge” within subsection 92(1) of the PSSRA. In my view, if it be necessary to state a conclusion in this regard, I conclude that the Adjudicator was correct.

Conclusion

Since I am not persuaded that the Adjudicator erred in law in finding the grievance was within his jurisdiction to consider on its merits, this application for judicial review is dismissed.

que l’absence de l’intimée ne tenait pas à des raisons indépendantes de sa volonté, étant donné qu’il savait que celle-ci s’estimait prise et croyait ne pas pouvoir partir en toute sécurité, élément noté pour le compte de l’intimée le deuxième jour de son absence, qu’elle avait de nouveau signalé dans des communications subséquentes et, encore une fois, le 11 septembre par une lettre de son avocat. Ce n’est qu’après l’envoi de cette lettre, le lendemain, qu’un haut fonctionnaire du Ministère a communiqué avec le chef d’état-major général des Forces armées canadiennes pour s’assurer que M^{me} Horn pouvait partir en toute sécurité et pour demander qu’on informe celle-ci de la chose.

De nombreux éléments de preuve justifiaient la conclusion tirée par l’arbitre, à savoir que la mesure prise par l’employeur était une «mesure disciplinaire entraînant le congédiement» au sens du paragraphe 92(1) de la LRTFP. À mon avis, s’il faut énoncer une conclusion à cet égard, je conclus que l’arbitre avait raison.

Conclusion

Étant donné que je ne suis pas convaincu que l’arbitre ait commis une erreur de droit en concluant qu’il avait compétence pour examiner le grief au fond, cette demande de contrôle judiciaire est rejetée.

T-2001-91

T-2001-91

Her Majesty the Queen (Plaintiff)**Sa Majesté la Reine (demanderesse)**

v.

c.

Joseph Leung (Defendant)^a **Joseph Leung (défendeur)***INDEXED AS: M.N.R. v. LEUNG (T.D.)**RÉPERTORIÉ: M.R.N. c. LEUNG (1^{re} INST.)*

Trial Division, Joyal J.—Toronto, February 25; b
Ottawa, September 20, 1993.

Section de première instance, juge Joyal—Toronto,
25 février; Ottawa, 20 septembre 1993.

Income tax — Practice — Determination of 3 questions of law in appeal from Tax Court judgment holding Income Tax Act, s. 227(10) assessment invalid as incomplete — S. 227.1 making directors jointly and severally liable with corporation for unpaid remittances — Defendant, director of corporation failing to remit amounts deducted and withheld for employees' income tax (federal and provincial), U.I. premiums, C.P.P. contributions — Corporation assessed, certificates registered, execution of amounts owing unsatisfied — Defendant assessed under ss. 227(10) and 227.1 — Notice of assessment setting out aggregate liability, referring to four statutes, relevant provisions thereunder, but not separately identifying amounts owing under each statute — S. 152(3) stating tax liability not affected by incorrect, incomplete assessment — S. 152(8) declaring assessment valid notwithstanding defect, error or omission — (1) In absence of statutory condition as to form or content of notice of assessment, and in light of s. 152(3) and (8), notice of assessment valid — (2) Minister not required to provide copies of corporate assessments in notice issued to defendant — (3) Assessment issued by proper authority.

Impôt sur le revenu — Pratique — Règlement de trois questions de droit en appel d'un jugement de la Cour de l'impôt décidant qu'une cotisation fondée sur l'art. 227(10) de la Loi de l'impôt sur le revenu est invalide car incomplète — L'art. 227.1 rend les administrateurs solidairement responsables, avec la corporation, du paiement des retenues salariales — Le défendeur est administrateur d'une corporation ayant manqué de verser les sommes déduites et retenues au titre de l'impôt sur le revenu des employés (fédéral et provincial), des primes d'assurance-chômage et des cotisations au R.P.C. — La cotisation a été établie à l'égard de la corporation, des certificats ont été enregistrés, la saisie-exécution s'est avérée futile — Le défendeur est cotisé en vertu des art. 227(10) et 227.1 — L'avis de cotisation porte sur la dette fiscale globale, citant quatre textes de loi et les dispositions pertinentes de chacun, mais ne précisant pas les sommes dues au titre de chacune de ces lois — L'art. 152(3) fixant l'obligation fiscale n'est en rien affecté par une cotisation incorrecte ou incomplète — L'art. 152(8) prévoit qu'une cotisation est réputée valide malgré les vices de forme, les erreurs ou les omissions — (1) En l'absence d'une exigence d'un texte de loi quant à la forme ou à la teneur de l'avis de cotisation, et compte tenu de l'art. 152(3) et (8), l'avis de cotisation est valide — (2) Le ministre n'est pas tenu de fournir, dans l'avis de cotisation délivré au défendeur, une copie des cotisations établies au nom de la corporation — (3) La cotisation a été émise par les autorités compétentes.

Income tax — Corporations — Corporation failing to remit amounts deducted re: employees' income tax, U.I. premiums, C.P.P. contributions — Corporation placed into receivership — Defendant was Treasurer of corporation — Assessment notices issued to corporation — Certificates registered against corporation at Federal Court — Defendant assessed under I.T.A., s. 227(10), C.P.P., s. 221, U.I. Act, s. 68.1 — Assessment of defendant setting out aggregate liability valid although not indicating amounts owing under each statute — M.N.R. not required to provide particulars of corporate assessment when notice of assessment sent to defendant.

Impôt sur le revenu — Corporations — La corporation a omis de verser les sommes retenues au titre de l'impôt sur le revenu des employés, des primes d'assurance-chômage et des cotisations au R.P.C. — La corporation est mise sous séquestre — Le défendeur était trésorier de la corporation — Les avis de cotisation ont été délivrés à la corporation — Des certificats ont été enregistrés, auprès de la Cour fédérale, à l'encontre de la corporation — Le défendeur a été imposé en vertu de l'art. 227(10) de la L.I.R., 221 du R.P.C. et 68.1 de la L.A.-C — La cotisation du défendeur correspondant au total de la dette fiscale est valide bien qu'elle ne précise pas les montants dus au titre de chacun des textes de loi — Le M.R.N. n'est pas tenu de fournir les détails de la cotisation de la corporation dans l'avis de cotisation délivré au défendeur.

This was an appeal from the Tax Court judgment holding that a subsection 227(10) assessment was invalid. The parties jointly applied for the determination of three questions of law. The defendant was a director of an Ontario corporation which failed to remit the amounts deducted and withheld on account

Il s'agissait de l'appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt invalidant une cotisation fondée sur le paragraphe 227(10). Les parties avaient conjointement demandé que soient tranchées trois questions de droit. Le défendeur était un des administrateurs d'une corporation ontarienne qui avait omis de

of employees' federal and provincial income tax, unemployment insurance premiums and *Canada Pension Plan* contributions. The Corporation neither objected to nor appealed from notices of assessment relating to those amounts. After certificates of the amounts deducted and unremitted were registered against the corporation in the Federal Court and the Supreme Court of Ontario, and execution therefor was returned unsatisfied, the defendant was assessed pursuant to subsection 227(10). The notice of assessment set out the aggregate liability under the federal and provincial Income Tax Acts, the *Unemployment Insurance Act*, and the *Canada Pension Plan*, but did not separately identify the amounts owing under each statute. Approximately one year after receiving the notice, the defendant applied for and was granted an extension of time to object. The Minister confirmed the assessment and the defendant appealed. The Tax Court held that the assessment was incomplete because it did not inform the taxpayer fully as to his alleged liability—a taxpayer should be informed of the amount assessed under each statute. The Court further held that the Minister must provide the taxpayer with the documentation referred to in the notice of assessment, such as notices previously sent to the Corporation, and the times the alleged failures occurred. The Tax Court considered such defects to be substantive and therefore held that the validity of the assessment could not be protected by the curative provisions of the Act, such as subsection 152(3), which states that a tax liability is not affected by an incorrect or incomplete assessment, and subsection 152(8), which declares that an assessment is deemed to be valid notwithstanding any error, defect or omission therein.

The questions of law for determination were: (1) was the defendant assessed under *Income Tax Act*, subsections 227.1(1) and 227(10) when he received such a notice of assessment; (2) was the Minister required to provide the defendant with the notices of assessment issued to the corporation and other particulars in writing of the assessment at the time the notice of assessment was sent to the defendant; (3) did the Minister or an authorized officer assess the defendant pursuant to section 227.1 and subsection 227(10)?

Held, questions (1) and (3) should be answered in the affirmative; question (2) in the negative.

The amounts in the section 227 assessment were trust funds which the corporation withheld and which were not remitted to the Crown, involving at best a serious breach of trust and at worst a misappropriation of funds. Recourse to a section 227 assessment is only available when the Crown has no hope of recovery. Liability under subsections 227.1(3) and (4) does not attach to a director *juris et de jure*. A director may establish that he was not a director or that he exercised due diligence or that the two-year limitation applied. Any individual director might not have been aware of section 227 and of the liability that might attach to him by reason of the corporation's default. The answer to the question as to whether a taxpayer can adopt

remettre les montants déduits et retenus à la source au titre des impôts fédéraux et provinciaux des employés, des primes d'assurance-chômage et des cotisations au *Régime de pensions du Canada*. La corporation n'a ni contesté, ni fait appel des avis de cotisation portant sur ces montants. Après enregistrement en Cour fédérale et en Cour suprême de l'Ontario, à l'encontre de la corporation, de certificats correspondant aux sommes déduites et non remises, et après l'échec de la saisie-exécution autorisée pour ces mêmes montants, le défendeur a été cotisé conformément au paragraphe 227(10). L'avis de cotisation donnait sur le total de la dette fiscale au titre des lois fédérale et provinciale de l'impôt, de la *Loi sur l'assurance-chômage*, et de la *Loi sur le Régime de pensions du Canada*, sans préciser les sommes dues au titre de chacun de ces textes. Environ une année après réception de l'avis, le défendeur a demandé et obtenu un prolongement du délai d'opposition. Le ministre confirma la cotisation et le défendeur interjeta appel. La Cour de l'impôt décida que la cotisation était incomplète étant donné qu'elle n'informait pas suffisamment à fond le contribuable quand à l'impôt qu'on lui réclamait — Le contribuable doit être informé du montant qu'on lui réclame au titre de chacun des textes de loi. La Cour a également décidé que le ministre est tenu de fournir au contribuable la documentation dont il est fait état dans l'avis de cotisation, tels les avis antérieurement transmis à la corporation ainsi que la date des omissions reprochées à celle-ci. La Cour de l'impôt a estimé qu'il ne s'agit pas là seulement de vices de forme, décidant que la validité de la cotisation ne pouvait pas être protégée par les dispositions correctives de la Loi, tel le paragraphe 152(3), qui prévoyait que la dette fiscale n'est pas affectée par les erreurs ou les lacunes de la cotisation, et le paragraphe 152(8), selon lequel la cotisation est réputée valide malgré l'inexactitude, le vice de forme ou l'omission qu'on pourrait y trouver.

Les questions de droit à trancher étaient les suivantes: (1) le défendeur a-t-il été cotisé conformément aux paragraphes 227.1(1) et 227(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par la délivrance d'un tel avis de cotisation; (2) le ministre était-il tenu de fournir au défendeur les avis de cotisation délivrés à la corporation ainsi que, par écrit, d'autres détails de la cotisation; lorsque l'avis de cotisation a été transmis au défendeur; (3) le ministre, ou un agent autorisé, a-t-il établi la cotisation du défendeur, conformément à l'article 227.1 et au paragraphe 227(10)?

Jugement: il y a lieu de répondre par l'affirmative aux questions (1) et (3); et par la négative à la question (2).

Les sommes réclamées au titre de l'article 227 avaient été retenues, par la corporation, à titre de fiduciaire et n'avaient pas été remises à la Couronne; il s'agit au mieux d'un grand abus de confiance, au pire d'un détournement de fonds. La Couronne ne peut recourir à une cotisation fondée sur l'article 227 que dans les cas où elle n'a absolument aucun autre espoir de recouvrement. La responsabilité d'un administrateur, au titre des paragraphes 227.1(3) et (4), n'est pas *juris et de jure*. Un administrateur pourra démontrer soit qu'il n'était pas administrateur, soit qu'il a fait preuve de toute la diligence voulue, soit encore que le délai de prescription de deux ans doit jouer. Un administrateur n'est pas nécessairement au courant de l'ar-

a passive attitude on receipt of a notice of assessment and then argue that the notice, wanting in particulars, should be declared null and void must depend on the facts surrounding the assessment. On the facts herein, the notice of assessment did not cause any prejudice to the defendant.

Generally, one should eschew an overly formalistic approach to a notice of assessment. The *Income Tax Act* is not a penal statute, and a notice of assessment is neither similar nor analogous to a charge or count on a criminal indictment. The hardened and inflexible rules which apply to criminal proceedings should not apply to a notice of assessment or to the proceedings which flow from it. The purpose in enacting subsections 152(3) and (8) was to ensure that in the process of issuing millions of assessments yearly, many of which involve complex statutory provisions and equally complex calculations, technical accuracy or a peremptory level of disclosure, reference and source would not be imposed on the assessor. The notice of assessment is an administrative procedure and reliance on technical rules applicable to other processes to defeat it *ab initio* is not necessarily warranted. The whole scheme of taxation presumes that a taxpayer will react reasonably to an assessment, not do nothing for years and then pounce on the seeming illegality or invalidity of the assessment because he has not been sufficiently informed and has thereby suffered prejudice. Furthermore, the taxpayer has administrative and more formal processes open to him i.e. objections and appeals. The defendant was given notice of an intention to assess, was later assessed and was given every opportunity to have the assessment particularized to his liking. He never asked for a determination of the amounts under each of the several statutes mentioned in the assessment.

The notice of assessment contained the essential ingredients which the statute contemplates. It claimed the total amount due in unremitted funds, cited the statutory provision under which the vicarious responsibility of a director was attached, the statutory sources under which the sums were deducted and not paid out, and the particular notices of assessment sent to the Corporation as well as the dates thereof. This was sufficient to put the taxpayer on notice that a particular amount was claimed. The relief for a taxpayer who receives an incomplete assessment or one where the grounds are not sufficiently particularized is to impose on the assessor a burden of proof which he would not otherwise have to bear.

The burden of proof in challenging an assessment rests upon the taxpayer. The Crown must base its assessment on some assumptions and it is up to the taxpayer, who has knowledge of the underlying facts, to rebut these assumptions. That onus

title 227 de la Loi et du fait que sa responsabilité peut être mise en cause si la corporation manque à certaines de ses obligations. La question de savoir si le contribuable peut, en réponse à un avis de cotisation, se cantonner dans une attitude de passivité pour faire valoir que l'avis dont on énumère les lacunes doit être considéré comme nul et non avenue dépendra des faits et circonstances entourant la délivrance de la cotisation. En l'espèce, les faits ne permettent pas de conclure que l'avis de cotisation a causé un préjudice au défendeur.

D'une manière générale, il convient d'éviter, en matière de cotisation, une approche trop formaliste. La *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas un texte pénal, et un avis de cotisation n'a rien d'un acte ou d'un chef d'accusation. Les règles très strictes et inflexibles applicables aux procédures pénales ne s'appliquent pas aux avis de cotisation ou aux procédures qui en découlent. Lors de l'adoption des paragraphes 152(3) et (8), l'objet était d'assurer que, dans le cadre des millions de cotisations émises chaque année, dont beaucoup mettent en jeu des dispositions législatives complexes et des calculs, eux aussi, complexes, il ne serait pas imposé à celui qui établit la cotisation une parfaite exactitude technique ou des exigences péremptoires de divulgation, de citation et d'indication de source. L'avis de cotisation constitue une procédure administrative et il n'y a pas nécessairement lieu de lui appliquer sous peine de nullité absolue les exigences techniques applicables aux autres procédures. Notre système fiscal est fondé sur l'idée que, face à une cotisation, le contribuable va réagir en personne raisonnable. Il n'est pas prévu que, pendant des années, il ne fera rien, puis tentera de se prévaloir de la prétendue illégalité ou invalidité de la cotisation au motif qu'elle ne renfermait pas suffisamment de renseignements et lui causait, de ce simple fait, préjudice. D'ailleurs, le contribuable dispose de recours administratifs ainsi que de voies de recours encore plus formelles telles les procédures d'opposition et d'appel. Le défendeur a été informé des sommes qu'on entendait lui réclamer, il a fait l'objet d'une cotisation et a eu toutes les occasions de faire modifier la cotisation en fonction de ses observations. Il n'a jamais demandé le détail des sommes qu'on lui réclamait au titre des diverses lois citées dans la cotisation.

L'avis de cotisation contenait tous les éléments essentiels envisagés par la Loi. Il comprenait le total des sommes dues au titre des versements non effectués, citant la dispositions législative au titre de laquelle étaient mise en cause, du fait d'autrui, la responsabilité de l'administrateur, les divers textes de loi au titre desquels avaient été effectuées les retenues à la source qui n'ont pas été remises et les divers avis de cotisation envoyés à la corporation, avec la date de ces envois. Cela suffisait à faire savoir au contribuable que telle ou telle somme précise lui était réclamée. Pour le contribuable qui reçoit une cotisation incomplète, une cotisation dont les motifs ne sont pas exposés de manière suffisamment précise, la solution découle du fait que cela impose à celui qui a établi la cotisation une charge de la preuve qui ne lui incomberait pas normalement.

Lors de la contestation d'une cotisation, la preuve incombe au contribuable. La Couronne fonde nécessairement sa cotisation sur un certain nombre d'hypothèses et c'est au contribuable qui connaît les tenants et aboutissants de la situation de les

may sometimes shift to the Crown i.e. where the Crown's pleadings do not contain specific allegations setting forth the essential assumptions that the Minister has relied upon in his reassessments. Circumstances surrounding the making of an assessment may well impose on the Crown the burden of proving that its assessment is correct, especially when an assessment is pursuant to section 227. The Crown should bear the burden of proving matters within its knowledge. While the Crown may assume that the taxpayer was the Corporation's director at all material times and is otherwise liable under the statute, the taxpayer may rebut that assumption by establishing that he was not a director, or that he exercised due diligence, or that the right to assess was prescribed. The Crown would have the burden of proving that the conditions imposed under subsection 227.1(2) (under which vicarious liability might be imposed) have been met. The taxpayer herein was neither prejudiced nor estopped from challenging the notice of assessment.

(1) In the absence of any statutory condition as to the form or content of a notice of assessment, and in light of subsections 152(3) and (8), the notice of assessment issued to the defendant was valid. If the amounts claimed under statutes other than the *Income Tax Act* cannot properly be the subject of a section 227 assessment, a Court may reduce them and vary the assessment. In certain circumstances, as in a section 227.1 assessment, the issue is not so much one of the validity of the assessment, but of evidence with the burden resting upon the Crown to prove its case. The extent of that burden would depend upon the facts and the pleadings.

(2) Provision of copies of the corporate assessments with the notice issued to defendant was not a condition to its validity but only a matter of evidence.

(3) The authority under a section 227 assessment is the same as under any other kind of assessment. The assessment was therefore issued by the proper authority.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5, s. 22.1 (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 119).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 474 (as am. by SOR/79-57, s. 14).
Income Tax Act, R.S.O. 1980, c. 213, s. 36a (as enacted by S.O. 1984, c. 50, s. 9).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 152, 166, 220, 221, 227(10) (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 117); 227.1 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124; as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 100), 244(13).

réfuter. Parfois, le fardeau de la preuve est transféré à la Couronne, comme dans le cas où les plaidoiries de la Couronne ne contiennent pas d'allégations précises détaillant les hypothèses essentielles sur lesquelles le ministre a fondé ses nouvelles cotisations. Les circonstances entourant l'établissement d'une cotisation peuvent très bien imposer à la Couronne de prouver que sa cotisation est exacte et il en est particulièrement ainsi lorsque la cotisation est établie en vertu de l'article 227. Il incombe à la Couronne de rapporter la preuve des questions dont elle a connaissance. La Couronne peut partir de l'hypothèse que le contribuable visé était administrateur de la corporation à l'époque des faits et que sa responsabilité peut être engagée aux termes de la Loi, mais le contribuable a la possibilité de réfuter cette hypothèse en démontrant qu'il n'était pas administrateur ou qu'il a fait preuve de la diligence nécessaire, ou que le droit de l'imposer est atteint par la prescription. C'est à la Couronne qu'il incomberait de démontrer que les conditions prévues au paragraphe 227.1(2) de la Loi (pour la mise en cause de la responsabilité du fait d'autrui) ont été respectées. En l'espèce, le contribuable n'a subi aucun préjudice du fait de la cotisation alors qu'il conserve la possibilité d'y faire opposition.

(1) En l'absence de conditions établies dans des textes de loi quant à la forme ou au contenu des avis de cotisation, et à la lumière des paragraphes 152(3) et (8), de la Loi, l'avis de cotisation envoyé au défendeur est valide. Si les sommes réclamées au titre de lois autres que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne peuvent pas faire l'objet d'une cotisation fondée sur l'article 227, il sera loisible à la Cour de diminuer les sommes fixées et de modifier la cotisation en conséquence. Dans certaines circonstances, et c'est le cas des cotisations établies en fonction du paragraphe 227.1, ce qui est en cause ce n'est pas tellement la validité de la cotisation, car il s'agit, plutôt, d'une question touchant à la preuve, qui, d'ailleurs, incombe à la Couronne. L'étendue de la preuve incombant à la Couronne dépendra des faits de la cause et des plaidoiries produites devant la Cour.

(2) Le fait que l'avis délivré au défendeur n'ait pas été accompagné de copies des cotisations de la corporation n'affecte en rien la validité. Il s'agit uniquement d'une question qui touche à la preuve.

(3) Le pouvoir d'établir une cotisation en vertu de l'article 227 est le même que celui d'établir toute autre cotisation prévue par la Loi. La cotisation a donc été délivrée par les autorités compétentes.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 152, 166, 220, 221, 227(10) (mod. par L.C. 1985, ch. 45, art. 117); 227.1 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124; mod. par 1984, ch. 1, art. 100), 244(13).
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 68.1 (édicte par S.C. 1984, ch. 1, art. 123).
Income Tax Act, L.R.O. 1980, ch. 213, art. 36a (édicte par S.O. 1984, ch. 50, art. 9).

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 900 (as am. by SOR/82-711, s. 1; 83-797, s. 1; 87-470, s. 1; 89-346, s. 1; 92-137, s. 1).
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 68.1 (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 123).

Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-5, art. 22.1 (édicte par S.C. 1984, ch. 1, art. 119).
Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 900 (mod. par DORS/82-711, art. 1; 83-797, art. 1; 87-470, art. 1; 89-346, art. 1; 92-137, art. 1).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Roll (R.) v. M.N.R., [1992] 2 C.T.C. 2060; (1992), 92 DTC 1250 (T.C.C.); *Canada v. B. M. Enterprises*, [1992] 3 F.C. 409; [1992] 2 C.T.C. 115; (1992), 92 DTC 6463; 55 F.T.R. 204 (T.D.); *Doyle v. M.N.R.*, [1990] 1 F.C. 94; [1989] 2 C.T.C. 270; (1989), 89 DTC 5483; 30 F.T.R. 1 (T.D.); *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309; [1990] 2 C.T.C. 524; (1990), 90 DTC 6647; 116 N.R. 200 (C.A.); revg [1987] 1 F.C. 339; [1986] 2 C.T.C. 325; (1986), 86 DTC 6465; 6 F.T.R. 294 (T.D.); *Riendeau (L.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 64; (1991), 91 DTC 5416; 132 N.R. 157 (F.C.A.); affg *sub nom Canada v. Riendeau*, [1990] 1 C.T.C. 141; (1989), 90 DTC 6076; 31 F.T.R. 123 (F.C.T.D.); *Stephens (W.R.) Estate v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 88; (1986), 86 DTC 5024 (F.C.A.); affg *Stephens (WR) Estate v. The Queen*, [1984] CTC 111; (1984), 84 DTC 6114 (F.C.T.D.); *Hillsdale Shopping Centre Ltd v. The Queen*, [1981] CTC 322; (1981), 81 DTC 5261; 38 N.R. 103 (F.C.A.); *Belle-Isle v. M.N.R.* (1963), 63 DTC 347; 31 Tax A.B.C. 420 (T.A.B.); *Re Norris* (1989), 69 O.R. (2d) 285; 75 C.B.R. (N.S.) 97; [1989] 2 C.T.C. 185; 89 DTC 5493; 34 O.A.C. 304 (C.A.); *Canadian Marconi Co. v. Canada*, [1992] 1 F.C. 655 (C.A.); revg [1990] 1 F.C. 141; [1989] 2 C.T.C. 128; (1989), 89 DTC 5370 (T.D.); *Laurin, Georges v. Minister of National Revenue*, [1960] Ex. C.R. 480 (Fr.); [1960] C.T.C. 194; (1960), 60 DTC 1143 (Eng.); *Greenwood (S.) Estate v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 47; (1990), 90 DTC 6690; 39 E.T.R. 276; 39 F.T.R. 234 (F.C.T.D.).

OVERRULED:

Premachuk (E.) v. M.N.R., [1991] 2 C.T.C. 2630; (1991), 91 DTC 1436 (T.C.C.); *Wallace (M.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2341; (1991), 91 DTC 1134 (T.C.C.); *Kirby (R.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2639; (1991), 91 DTC 1453 (T.C.C.); *Corazza (F.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2023; (1992), 92 DTC 1554 (T.C.C.); *ISC International Systems Consultants Ltd. v. Canada (M.N.R.)*, [1993] T.C.J. No. 40 (T.C.C.) (QL); *Fitzgerald (G.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2595; (1992), 92 DTC 1019 (T.C.C.).

CONSIDERED:

Kit-Win Holdings (1973) Ltd v. The Queen, [1981] CTC 43; (1981), 81 DTC 5030 (F.C.T.D.); *Larocque v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2151; (1991), 91 DTC 899 (T.C.C.); *Guaranty Properties Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 292; [1987] 1 C.T.C. 242; (1987), 87 DTC 5124; 9 F.T.R. 17 (T.D.); *McConnachie (N.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Roll (R.) c. M.N.R., [1992] 2 C.T.C. 2060; (1992), 92 DTC 1250 (C.C.I.); *Canada c. B. M. Enterprises*, [1992] 3 C.F. 409; [1992] 2 C.T.C. 115; (1992), 92 DTC 6463; 55 F.T.R. 204 (1^{re} inst.); *Doyle c. M.N.R.*, [1990] 1 C.F. 94; [1989] 2 C.T.C. 270; (1989), 89 DTC 5483; 30 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309; [1990] 2 C.T.C. 524; (1990), 90 DTC 6647; 116 N.R. 200 (C.A.); infirmant [1987] 1 C.F. 339; [1986] 2 C.T.C. 325; (1986), 86 DTC 6465; 6 F.T.R. 294 (1^{re} inst.); *Riendeau (L.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 64; (1991), 91 DTC 5416; 132 N.R. 157 (C.A.F.); conf. *sub nom Canada c. Riendeau*, [1990] 1 C.T.C. 141; (1989), 90 DTC 6076; 31 F.T.R. 123 (1^{re} inst.); *Succession Stephens (W.R.) c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 88; (1986), 86 DTC 5024 (C.A.F.); conf. *Succession Stephens (WR) c. La Reine*, [1984] CTC 111; (1984), 84 DTC 6114 (C.F. 1^{re} inst.); *Hillsdale Shopping Centre Ltd. c. La Reine*, [1981] CTC 322; (1981), 81 DTC 5261; 38 N.R. 103 (C.A.F.); *Belle-Isle v. M.N.R.* (1963), 63 DTC 347; 31 Tax A.B.C. 420 (C.A.I.); *Re Norris* (1989), 69 O.R. (2d) 285; 75 C.B.R. (N.S.) 97; [1989] 2 C.T.C. 185; 89 DTC 5493; 34 O.A.C. 304 (C.A.); *Canadian Marconi Co. c. Canada*, [1992] 1 C.F. 655 (C.A.); infirmant [1990] 1 C.F. 141; [1989] 2 C.T.C. 128; (1989), 89 DTC 5370 (1^{re} inst.); *Laurin, Georges c. Ministre du Revenu national*, [1960] R.C.É. 480 (fr.); [1960] C.T.C. 194; (1960), 60 DTC 1143 (ang.); *Succession Greenwood (S.) c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 47; (1990), 90 DTC 6690; 39 E.T.R. 276; 39 F.T.R. 234 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS ÉCARTÉES:

Premachuk (E.) c. M.N.R., [1991] 2 C.T.C. 2630; (1991), 91 DTC 1436 (C.C.I.); *Wallace (M.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2341; (1991), 91 DTC 1134 (C.C.I.); *Kirby (R.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2639; (1991), 91 DTC 1453 (C.C.I.); *Corazza (F.) c. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2023; (1992), 92 DTC 1554 (C.C.I.); *ISC International Systems Consultants Ltd. c. Canada (M.N.R.)*, [1993] T.C.J. n° 40 (C.C.I.) (QL); *Fitzgerald (G.) c. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2595; (1992), 92 DTC 1019 (C.C.I.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Kit-Win Holdings (1973) Ltd c. La Reine, [1981] CTC 43; (1981), 81 DTC 5030 (C.F. 1^{re} inst.); *Larocque c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2151; (1991), 91 DTC 899 (C.C.I.); *Guaranty Properties Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 292; [1987] 1 C.T.C. 242; (1987), 87 DTC 5124; 9 F.T.R. 17 (1^{re} inst.); *McConnachie (N.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C.

2072; (1991), 91 DTC 873 (T.C.C.); *Crossley (R.W.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2082; (1991), 91 DTC 827 (T.C.C.); *McCullough (H.) v. M.N.R.*, [1989] 2 C.T.C. 2236; (1989), 89 DTC 446 (T.C.C.); *Vogt v. Minister of National Revenue* (1991), 3 B.L.R. (2d) 310; [1991] 2 C.T.C. 2760; 91 DTC 1326 (T.C.C.); *Curylo (R.M.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2389; (1992), 92 DTC 1250 (T.C.C.); *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 Ex. C.R. 676; [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184; *Interprovincial Co-operative Ltd. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 222; (1987), 87 DTC 5115; 8 F.T.R. 293 (F.C.T.D.); *Baggs (F.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2391; (1990), 90 DTC 1296 (T.C.C.); *Maroist (J.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2521; (1990), 90 DTC 1524 (Eng.); 90 DTC 1518 (Fr.) (T.C.C.); *Brewster, NC v The Queen*, [1976] CTC 107; (1976), 76 DTC 6046 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Scott, Lawrence B. v. Minister of National Revenue, [1961] Ex. C.R. 120; [1960] C.T.C. 402; 60 DTC 1273; *R. v. Swyryda* (1981), 11 Sask. R. 188; 81 DTC 5109 (Q.B.).

AUTHORS CITED

Moskowitz, Evelyn P. "Director's Liability: An Update", in *Report of Proceedings of the Forty-Third Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1991.

APPLICATION for determination of three questions of law in an appeal from the Tax Court judgment that the notice of assessment was incomplete (*Leung (J.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2268; (1991), 91 DTC 1020 (T.C.C.)): (1) was the defendant assessed under *Income Tax Act*, subsections 227.1(1) and 227(10) when he received a notice of assessment setting out the aggregate liability under four statutes, but not identifying the amounts arising under each; (2) was the Minister required to provide to the defendant with the notice of assessment copies of the notices of assessment issued to the Corporation and other particulars in writing of the assessment; (3) was the assessment issued by the proper authority? Questions (1) and (3) were answered in the affirmative; question (2) in the negative.

COUNSEL:

Bonnie F. Moon for plaintiff.
Stephen S. Ruby and *David Hausman* for defendant.

2072; (1991), 91 DTC 873 (C.C.I.); *Crossley (R.W.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2082; (1991), 91 DTC 827 (C.C.I.); *McCullough (H.) c. M.R.N.*, [1989] 2 C.T.C. 2236; (1989), 89 DTC 446 (C.C.I.); *Vogt c. Ministre du Revenu national* (1991), 3 B.L.R. (2d) 310; [1991] 2 C.T.C. 2760; 91 DTC 1326 (C.C.I.); *Curylo (R.M.) c. M.R.N.*, [1992] 1 C.T.C. 2389; (1992), 92 DTC 1250 (C.C.I.); *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 R.C.É. 676; [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184; *Interprovincial Co-operative Ltd. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 222; (1987), 87 DTC 5115; 8 F.T.R. 293 (C.F. 1^{re} inst.); *Baggs (F.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 2391; (1990), 90 DTC 1296 (C.C.I.); *Maroist (J.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 2521; (1990), 90 DTC 1524 (Eng.); 90 DTC 1518 (Fr.) (C.C.I.); *Brewster, NC c La Reine*, [1976] CTC 107; (1976), 76 DTC 6046 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Scott, Lawrence B. v. Minister of National Revenue, [1961] R.C.É. 120; [1960] C.T.C. 402; 60 DTC 1273; *R. v. Swyryda* (1981), 11 Sask. R. 188; 81 DTC 5109 (B.R.).

DOCTRINE

Moskowitz, Evelyn P. «Director's Liability: An Update», in *Report of Proceedings of the Forty-Third Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1991.

DEMANDE en vue de voir trancher trois questions de droit en appel d'un jugement de la Cour de l'impôt estimant incomplet un avis de cotisation (*Leung (J.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2268; (1991), 91 DTC 1020 (C.C.I.)): (1) le défendeur a-t-il été imposé conformément aux paragraphes 227.1(1) et 227(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans la mesure où lui a été transmis un avis de cotisation faisant état du montant global dû au titre de quatre lois, sans préciser les montants dus au titre de chacun de ces textes; (2) le ministre était-il tenu de fournir au défendeur, avec l'avis de cotisation, copie des avis de cotisation délivrés à la corporation ainsi que, par écrit, d'autres détails touchant la cotisation de la corporation; (3) la cotisation a-t-elle été délivrée par les autorités compétentes? Il a été répondu par l'affirmative aux questions (1) et (3) et par la négative à la question (2).

AVOCATS:

Bonnie F. Moon pour la demanderesse.
Stephen S. Ruby et *David Hausman* pour le défendeur.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff.

Warren W. Biback, Toronto, for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

JOYAL J.: This is an appeal by Her Majesty the Queen from a judgment of the Tax Court of Canada dated July 4, 1991 [[1991] 2 C.T.C. 2268], by which the appeal of the defendant from an assessment of tax issued pursuant to subsection 227(10) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 117) (the "Act")] was allowed on the basis that the notice of assessment was incomplete. Accordingly, the assessment was held invalid.

BACKGROUND

The defendant is an individual now residing in the Crown Colony of Hong Kong. Prior to returning to Hong Kong and during the time material to this case, the defendant resided in the city of Scarborough in the province of Ontario.

While residing in Scarborough, the defendant was a shareholder and officer of 482262 Ontario Limited, now an inactive corporation, but during the relevant period, carrying on business as "The Business Centre". The Business Centre was a shareholder of Eastern Scale Manufacturing Inc. (the "Corporation"), a corporation incorporated under the laws of Ontario.

Pursuant to a shareholders' agreement (the "agreement") dated May 11, 1984, entered into among: Eastern Scale Manufacturing Inc., Conestoga Bridge Capital Corporation (Conestoga), David Kenneth Penn, Wai-Leung Yuen, 482262 Ontario, and Tom Sloss, Eastern Scale was required to have a board of five directors: two directors to be appointed by each of Sloss and Conestoga, and one director to be appointed by 482262 Ontario. The defendant was appointed by 482262 Ontario on February 28, 1984 to be a director of the Corporation.

Pursuant to the terms of the agreement, the defendant was appointed as Treasurer of the Corporation,

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse.

Warren W. Biback, Toronto, pour le défendeur.

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

LE JUGE JOYAL: Il s'agit d'un appel introduit par Sa Majesté la Reine à l'encontre d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt en date du 4 juillet 1991 [[1991] 2 C.T.C. 2268] accueillant l'appel interjeté par le défendeur à l'encontre d'un avis de cotisation d'impôt établi en vertu du paragraphe 227(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par L.C. 1985, ch. 45, art. 117) (la «Loi»), la Cour ayant jugé l'avis de cotisation incomplet. Par voie de conséquence, la cotisation a été déclarée invalide.

EXPOSÉ DE LA SITUATION

Le défendeur est une personne physique actuellement domiciliée dans la colonie britannique de Hong Kong. Avant de rentrer à Hong Kong, et à l'époque des faits, le défendeur habitait la ville de Scarborough en Ontario.

Alors qu'il vivait à Scarborough, le défendeur était un des actionnaires et des cadres de la corporation 482262 Ontario Limited, qui a depuis cessé ses activités, mais qui, à l'époque des faits, faisait affaire sous la raison sociale «The Business Centre». The Business Centre était actionnaire de la Eastern Scale Manufacturing Inc. (la «corporation»), constituée en vertu des lois de l'Ontario.

L'accord intervenu entre les actionnaires (l'«accord») en date du 11 mai 1984: Eastern Scale Manufacturing Inc., Conestoga Bridge Capital Corporation (Conestoga), David Kenneth Penn, Wai-Leung Yuen, 482262 Ontario et Tom Sloss, prévoyait que Eastern Scale aurait un conseil d'administration de cinq membres, dont deux nommés par Sloss, deux par Conestoga et un par 482262 Ontario. Le défendeur a été nommé administrateur de la corporation par 482262 Ontario, le 28 février 1984.

Conformément aux dispositions de l'accord, le défendeur a été nommé trésorier de la corporation,

Sloss was appointed President, Penn was appointed Vice-President in charge of marketing, and Yuen was appointed Vice-President in charge of marketing in the Pacific Rim. The office of Secretary was left vacant. The defendant was appointed as Treasurer on May 11, 1984 and remained as such at all material times.

On October 11, 1985, the Corporation was placed into receivership. It failed to either remit or remit in a timely fashion the amounts deducted and withheld on account of employees' federal income tax under the *Income Tax Act*, provincial income tax pursuant to the *Income Tax Act* [R.S.O. 1980, c. 213] (Ontario), unemployment insurance premiums under the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48] and contributions under the *Canada Pension Plan* [R.S.C. 1970, c. C-5], in respect of the period from April 1, 1985 to October 11, 1985.

The Minister of National Revenue (the "Minister") issued and sent to the Corporation notices of assessment dated June 17, 1985; July 8, 1985; September 11, 1985; September 19, 1985 and November 22, 1985, in relation to the late or unpaid remittances. The Corporation did not object to or appeal the said assessments.

By letter dated January 29, 1986, Mr. L. Frank of the Collections Section of the Department of National Revenue advised the defendant that the Department was considering assessing him in respect of the unpaid remittances, penalty and interest of the Corporation. The letter invited the defendant to make submissions if he felt he was not liable, and invited him to contact Mr. Frank if he had any questions or wished to discuss the matter. The defendant did not reply to the letter.

On May 13, 1986, certificates of the amounts deducted and unremitted were registered against the Corporation in the Federal Court of Canada and the Supreme Court of Ontario, and execution for the amounts was returned unsatisfied in whole.

Sloss étant nommé président, Penn vice-président chargé de la vente, et Yuen vice-président chargé des ventes dans la région du Pacifique. Le poste de secrétaire ne fut pas pourvu. Le défendeur a été nommé trésorier le 11 mai 1984 et conservera ce titre pendant toute l'époque en cause.

Le 11 octobre 1985, la corporation a été mise sous séquestre. Elle n'avait soit pas versé, soit pas versé en temps utile, les sommes déduites et retenues, au titre de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour ce qui est des impôts fédéraux dus par les employés et au titre de la *Income Tax Act* de l'Ontario [L.R.O. 1980, ch. 213] pour ce qui est de l'impôt sur le revenu provincial, les primes d'assurance-chômage déduites conformément à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48] ainsi que des cotisations au *Régime de pensions du Canada* [S.R.C. 1970, c. C-5] pour la période allant du 1^{er} avril 1985 au 11 octobre 1985.

Le ministre du Revenu national (le «ministre») a établi et envoyé à la corporation des avis de cotisation en date des 17 juin 1985, 8 juillet 1985, 11 septembre 1985, 19 septembre 1985 et 22 novembre 1985, touchant les versements tardifs ou défaillants. La corporation ne s'est pas opposée à ces cotisations et n'en a pas fait appel.

Par lettre en date du 29 janvier 1986, M. L. Frank, de la Section des recouvrements du ministère du Revenu national, a fait savoir au défendeur que le Ministère envisageait de l'imposer au titre des sommes dues par la corporation et des pénalités et intérêts y afférents. Cette lettre demandait au défendeur de faire valoir les arguments lui permettant éventuellement de dégager sa responsabilité et l'invitait à prendre contact avec M. Frank s'il avait des questions ou s'il voulait s'entretenir avec lui de cette affaire. Le défendeur n'a pas répondu à cette lettre.

Le 13 mai 1986, les certificats correspondant aux sommes déduites et non remises furent enregistrés, à l'encontre de la corporation, en Cour fédérale du Canada et en Cour suprême de l'Ontario, mais la saisie-exécution autorisée pour ces mêmes montants ne permit pas d'en recouvrer la moindre partie.

After receiving an affirmative opinion from the Department of Justice and approval from Head Office, the defendant was assessed pursuant to subsection 227(10) of the *Income Tax Act*. Ms. G. Samji, a collections officer with the Department of National Revenue, performed the calculations and obtained the appropriate notice of assessment forms.

By notice of assessment numbered as 572470 and dated September 9, 1986, the Minister purported to assess the defendant in the amount of \$65,775.16 on account of alleged liabilities pursuant to section 227.1 [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124; as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 100] of the Act, section 36a [as enacted by S.O. 1984, c. 50, s. 9] of the *Income Tax Act* (Ontario), section 22.1 [as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 119] of the *Canada Pension Plan* and section 68.1 [as enacted *idem*, s. 123] of the *Unemployment Insurance Act, 1971* in respect of unpaid source deductions, penalties and interest payable by the Corporation in respect of notices of assessment dated June 17, July 8, September 11, September 19 and November 22, 1985.

Several months after the notice of assessment was issued, the defendant attended upon the collections officer, Ms. Samji. A representative of the defendant later attended at a second meeting.

On September 9, 1987, roughly a year after receiving his notice of assessment, the defendant applied for an extension of time for objecting to the assessment. The reason given for the delay in filing a notice of objection was that the defendant had understood that the matter was being attended to by a solicitor. On June 7, 1988, the Tax Court of Canada granted the application for an order extending the time within which the notice of objection could be served. The defendant filed the said notice of objection on June 27, 1988.

By notification of confirmation dated February 20, 1989, the Minister confirmed the assessment in respect of the defendant's liability under section 227.1 of the Act.

By notice of appeal dated May 8, 1989, the defendant appealed to the Tax Court of Canada. By a decision dated July 4, 1991, the Tax Court of Canada

Sur avis conforme du ministère de la Justice, et avec l'autorisation de l'administration centrale, le défendeur se vit imposer, conformément au paragraphe 227(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. M^{me} G. Samji, agent de recouvrement au ministère du Revenu national, effectua les calculs et obtint les formulaires prévus pour les avis de cotisation.

Par avis de cotisation portant le numéro 572470 et la date du 9 septembre 1986, le ministre entreprit de réclamer au défendeur le versement de 65 775,16 \$ au titre des obligations incombant à celui-ci en vertu de l'article 227.1 [édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124; mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 100] de la Loi, de l'article 36a [édicte par S.O. 1984, ch. 50, art. 9] de la *Income Tax Act* de l'Ontario, de l'article 22.1 [édicte par S.C. 1984, ch. 1, art. 119] de la Loi sur le *Régime de pensions du Canada* ainsi que de l'article 68.1 [édicte, *idem*, art. 123] de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* pour les déductions à la source non versées, plus les pénalités et intérêts dus, par la corporation, dans le cadre des avis de cotisation en date des 17 juin, 8 juillet, 11 septembre, 19 septembre et 22 novembre 1985.

Plusieurs mois après la délivrance de l'avis de cotisation, le défendeur rencontra M^{me} Samji, l'agent de recouvrement. Plus tard, un représentant du défendeur participa à une seconde réunion.

Le 9 septembre 1987, soit un an environ après avoir reçu l'avis de cotisation, le demandeur sollicita une prolongation du délai d'opposition à la cotisation. Justifiant son retard à déposer un avis d'opposition, le défendeur expliqua qu'il croyait qu'un avocat en avait été chargé. Le 7 juin 1988, la Cour canadienne de l'impôt fit droit à sa demande de prolongation du délai de dépôt d'un avis d'opposition. Le défendeur déposa l'avis d'opposition le 27 juin 1988.

Par avis de confirmation en date du 20 février 1989, le ministre confirma la cotisation fondée sur les obligations fiscales du défendeur en vertu de l'article 227.1 de la Loi.

Par avis d'appel en date du 8 mai 1989, le défendeur interjeta appel devant la Cour canadienne de l'impôt. Par décision en date du 4 juillet 1991, la

allowed the appeal on the grounds that the assessment issued to the defendant was incomplete as it did not inform the taxpayer fully as to his alleged liability for the amount owing. The Tax Court held that a taxpayer assessed under four different statutes should be informed of the amount assessed under each statute. A notice of assessment, said the Court, must make a taxpayer aware of the assessment, and until such notice is effectively given, the assessment contemplated by the Act is not complete. The Court also held that the Minister must provide the taxpayer with the documentation referred to in the notice of assessment, such as notices previously sent to the Corporation, and the times the alleged failures occurred. The Tax Court considered such defects to be substantive ones, and therefore, held that the validity of the assessment could not be protected by the curative provisions of the Act. The Minister of National Revenue appealed from the above decision to this Court.

Cour canadienne de l'impôt fit droit à son appel, estimant que la cotisation qui avait été délivrée au défendeur était incomplète puisqu'elle n'informait pas pleinement le contribuable des obligations qu'on lui imputait pour les sommes demeurant impayées. La Cour de l'impôt estima qu'un contribuable imposé en vertu de quatre lois différentes devrait être informé du montant qu'on lui réclame dans le cadre de chacune de ces lois. D'après la Cour, le contribuable doit être mis au courant de la cotisation qui lui est imposée par un avis de cotisation et, aux fins de la Loi, la cotisation ne sera pas considérée comme complète avant qu'un tel avis soit effectivement transmis. La Cour a également estimé que le ministre est tenu de fournir au contribuable la documentation dont il est fait état dans l'avis de cotisation, et notamment les avis antérieurement transmis à la corporation, ainsi que la date des omissions reprochées à celle-ci. Pour la Cour de l'impôt, il s'agit là de vices qui ne sont pas de pure forme et, par conséquent, la Cour a décidé que la validité de la cotisation ne pouvait pas être étayée par les dispositions correctives de la Loi. Le ministre du Revenu national a porté cette décision en appel devant la Cour.

ISSUES

The parties, pursuant to Rule 474 of the Rules of this Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/79-57, s. 14)], have jointly applied to this Honourable Court for the determination of the following three questions of law:

1. Has the defendant been assessed under subsections 227.1(1) and 227(10) of the *Income Tax Act* in circumstances where he has received a notice of assessment which sets out an amount to be owing on account of liability under the *Income Tax Act*, the *Income Tax Act* (Ontario), the *Unemployment Insurance Act, 1971* and the *Canada Pension Plan*, and such notice of assessment refers to each statute and the pertinent provisions thereunder and sets out the aggregate liability thereunder, but does not separately identify the amounts arising under each statute?

2. To assess the defendant pursuant to subsections 227.1(1) and 227(10) of the *Income Tax Act*, was it necessary that the Minister of National Revenue or

LES QUESTIONS EN LITIGE

Les parties ont, en vertu de la Règle 474 des Règles de la Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/79-57, art. 14)], déposé une demande conjointe afin de voir trancher, par la Cour, les trois questions de droit suivantes:

1. Le défendeur a-t-il été imposé conformément aux paragraphes 227.1(1) et 227(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans la mesure où lui a été transmis un avis de cotisation faisant état du montant dû en raison d'une obligation découlant de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de la *Income Tax Act* de l'Ontario, de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et de la *Loi sur le Régime de pensions du Canada*, et où cet avis de cotisation se réfère à chacune de ces lois et à leurs dispositions applicables et fait état du montant global de l'obligation fiscale découlant de ces textes, sans toutefois préciser les montants dus au titre de chacun d'entre eux?

2. Pour établir la cotisation du défendeur conformément aux paragraphes 227.1(1) et 227(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre du Revenu natio-

his officials, at the time the notice of assessment was sent to the defendant, provide to the defendant the notices of assessment issued to the Corporation and other particulars in writing of the assessment of the Corporation and of the defendant?

3. Did the Minister of National Revenue, the Deputy Minister of National Revenue for Taxation, the Assistant Deputy Minister of National Revenue for Taxation, or an authorized officer of the Minister of National Revenue, assess the defendant pursuant to section 227.1 and subsection 227(10) of the *Income Tax Act*?

PLAINTIFF'S SUBMISSIONS

The Crown respectfully submits that the above questions ought to be answered as follows: question one, yes; question two, no; and question three, yes.

The Crown argues that the form of a notice of assessment is not prescribed in the Act and, accordingly, a notice of assessment is valid, if it is expressed in terms that clearly make the taxpayer aware of the assessment made by the Minister. (See *Scott, Lawrence B. v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 120, at pages 131-134, and *Stephens (W.R.) Estate v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 88 (F.C.A.); affirming [1984] CTC 111 (F.C.T.D.).)

The Minister submits that the resolution of the first and second questions does not turn on whether or not it was preferable or possible for the Minister to include more detail in, or documents with, the notice of assessment dated September 9, 1986, but solely whether or not he was legally obliged to do so. The Minister argues that no such obligation was required in law. (See *Laurin, Georges v. Minister of National Revenue*, [1960] Ex. C.R. 480 (Fr.), at pages 482-483; (1960), 60 DTC 1143 (Eng.), at page 1145).

It is further submitted that the first and second questions must be resolved bearing in mind the purpose of a notice of assessment, that is, to put the taxpayer on notice that he has been assessed, so that the

nal, ou les agents de son ministère, étaient-ils tenus, à l'époque où l'avis de cotisation a été transmis au défendeur, de fournir à celui-ci les avis de cotisation délivrés à la corporation ainsi que, par écrit, d'autres détails de la cotisation de la corporation et du défendeur?

3. Le ministre du Revenu national, le sous-ministre du Revenu national—Impôt, le sous-ministre adjoint du Revenu national—Impôt, ou un agent autorisé du ministère du Revenu national, ont-ils établi la cotisation du défendeur conformément à l'article 227.1 et au paragraphe 227(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

LA THÈSE DE LA DEMANDERESSE

La Couronne fait respectueusement valoir qu'il y a lieu de répondre à ces questions de la manière suivante: oui à la première question, non à la deuxième et oui à la troisième.

La Couronne estime que la forme de l'avis d'appel n'est pas prescrite par la Loi et que, par conséquent, l'avis d'appel en question est valide dans la mesure où il est rédigé de manière à faire connaître explicitement au contribuable le contenu de la cotisation établie par le ministre (voir *Scott, Lawrence B. v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 120, aux pages 131 à 134 et *Succession Stephens (W.R.) c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 88 (C.A.F.); confirmant [1984] CTC 111 (C.F. 1^{re} inst.)).

Le ministre soutient que la réponse apportée aux première et deuxième questions ne doit pas dépendre de la question de savoir s'il aurait été préférable, ou possible, que le ministre rédige de manière plus détaillée l'avis de cotisation en date du 9 septembre 1986, ou l'accompagne d'une documentation plus fournie, mais simplement de la question de savoir s'il y était légalement tenu. Le ministre soutient que, juridiquement, il n'y était pas tenu (voir *Laurin, Georges c. Ministre du Revenu national*, [1960] R.C.É. 480 (fr.), aux pages 482 et 483; (1960), 60 DTC 1143 (ang.), à la page 1145).

Il fait valoir, en outre, que pour répondre aux première et deuxième questions, il convient de garder à l'esprit l'objet de l'avis d'appel, qui est de faire connaître au contribuable la cotisation dont il a fait l'ob-

taxpayer may take the steps he considers appropriate. The taxpayer may decide to pay the amount assessed, dispute the assessment by filing an objection, or he may request additional information from the Minister in order to make a decision whether to object or not.

The Minister alleges that the notice of assessment has served its purpose in the present case. The defendant was put on notice that he had been assessed by the Minister under four statutes for the amount of unpaid deductions, penalties and interest payable by the Corporation arising from specified notices of assessment issued to the Corporation, and he was advised that the amount of the assessment was \$65,775.16. No additional information was requested by the defendant for several months. No additional documents were ever requested. After obtaining an order extending the time to file an objection, the defendant objected to the assessment, and appealed the confirmation of the assessment to the Tax Court of Canada.

Further, says the Crown, neither the defendant nor his representative ever asked for a breakdown of the amounts assessed under the federal *Income Tax Act*, the *Income Tax Act* (Ontario), the *Unemployment Insurance Act, 1971* and the *Canada Pension Plan*, nor for copies of the notices of assessment issued to the Corporation, nor for certificates filed with the Federal Court of Canada or the Supreme Court of Ontario. The Minister claims that any information requested by the defendant or his representative was supplied by the Minister.

It is clear, adds the Crown, that as stated in the application for an extension of time to object, the delay in filing an objection arose from the lack of action by the defendant's solicitor. There is no allegation in the application nor elsewhere that the defendant was confused or misled by the notice of assessment dated September 9, 1986, nor is there any evidence of prejudice to the defendant's rights. (See

jet afin que ce contribuable puisse prendre les mesures qu'il estime opportunes. Le contribuable peut décider d'acquitter la somme qui lui est réclamée, contester la cotisation par le dépôt d'un avis d'opposition, ou bien demander au ministre des renseignements supplémentaires avant de décider s'il y a lieu de faire opposition.

Le ministre estime qu'en l'espèce l'avis de cotisation correspondait bien à l'objet visé. Le défendeur s'est en effet vu informer du fait qu'il avait fait, de la part du ministre, l'objet d'une cotisation au titre de quatre lois différentes et qu'on lui réclamait le versement des déductions non remises, ainsi que le paiement des pénalités et des intérêts dus par la corporation dans le cadre de certains avis de cotisation transmis à celle-ci. Le contribuable a été informé du fait que la cotisation portait sur la somme de 65 775,16 \$. Pendant plusieurs mois, le défendeur n'a demandé aucune information complémentaire. Il n'a jamais demandé qu'on lui communique des documents supplémentaires. Après avoir obtenu une ordonnance prolongeant le délai d'opposition, le défendeur a fait opposition à la cotisation et a fait appel devant la Cour canadienne de l'impôt d'une décision confirmant cette cotisation.

D'ailleurs, selon la Couronne, ni le défendeur ni son représentant n'ont jamais demandé qu'on leur précise comment se répartissait, entre la *Loi de l'impôt sur le revenu* fédérale, la *Income Tax Act* de l'Ontario, la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et la *Loi sur le Régime de pensions du Canada*, la somme fixée dans la cotisation, pas plus qu'ils n'ont demandé qu'on leur transmette copie des avis de cotisation envoyés à la corporation, ou des certificats déposés auprès de la Cour fédérale du Canada ou de la Cour suprême de l'Ontario. Le ministre prétend avoir fourni tous les renseignements demandés par le défendeur ou son représentant.

Pour la Couronne, il est d'ailleurs évident que, ainsi qu'il apparaît de la demande de prolongation du délai d'opposition, le retard à déposer un avis d'opposition est né du manque de diligence dont a fait preuve l'avocat du défendeur. Ni dans la demande, ni autre part, est-il dit que le défendeur a eu du mal à comprendre, ou a été induit en erreur par l'avis de cotisation en date du 9 septembre 1986, pas plus

Roll (R.) v. M.N.R., [1992] 2 C.T.C. 2060 (T.C.C.); *Curylo (R.M.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2389 (T.C.C.); *Wallace (M.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2341 (T.C.C.); and *Corazza (F.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2023 (T.C.C.).

The Crown further claims that in the reply to the notice of appeal filed in the Tax Court of Canada on October 4, 1989, the defendant was provided with a breakdown of the amounts under each of the four statutes set out in the notice of assessment.

Finally, the Crown alleges that subsection 227(10) of the Act provides that the Minister may assess any person for any amount payable by that person under section 227.1 of the Act and, where the Minister sends a notice of assessment to that person, Divisions I and J of Part I of the Act (sections 152 and 166) are applicable with such modifications as the circumstances require. And furthermore, if the notice of assessment is erroneous, it is not in the present case such a fundamental or substantial error that the notice is rendered void. (See *Riendeau (L.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 64 (F.C.A.); affg [1990] 1 C.T.C. 141 (F.C.T.D.); *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309 (C.A.); revg [1987] 1 F.C. 339 (T.D.), Crown's motion to add evidence at (1987), 87 DTC 5248 (F.C.A.); *Greenwood (S.) Estate v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 47 (F.C.T.D.)) Question one should therefore be answered in the affirmative and question two in the negative.

As to the authority to issue an assessment pursuant to subsection 227(10), the Minister states that the name in writing of the Deputy Minister of National Revenue for Taxation is on the notice of assessment. Pursuant to subsection 244(13) of the Act, the notice is deemed to be issued by the Deputy Minister. In addition, the issuance of the notice of assessment dated September 9, 1986, was done by officers of the Department of National Revenue under the control of the Deputy Minister in accordance with established procedures. Accordingly, the issuance of the notice was the act of the Deputy Minister (sections 220 and

qu'on ne trouve d'éléments tendant à démontrer qu'il y a eu atteinte aux droits du défendeur (voir *Roll (R.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2060 (C.C.I.); *Curylo (R.M.) c. M.R.N.*, [1992] 1 C.T.C. 2389 (C.C.I.); *Wallace (M.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2341 (C.C.I.); et *Corazza (F.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2023 (C.C.I.)).

La Couronne fait également valoir que dans la réponse à l'avis d'appel, déposée auprès de la Cour canadienne de l'impôt le 4 octobre 1989, le défendeur a pu trouver une répartition des sommes qui lui étaient réclamées, dans l'avis de cotisation, au titre des quatre lois distinctes.

Et enfin, la Couronne fait valoir que le paragraphe 227(10) de la Loi permet au ministre d'imposer à un contribuable le paiement des sommes dues au titre de l'article 227.1 de la Loi et que, lorsque le ministre envoie à ce contribuable un avis, les sections I et J de la Partie I de la Loi (les articles 152 et 166) s'appliquent *mutatis mutandis*. D'ailleurs, selon la Couronne, quand bien même l'avis de cotisation serait entaché d'erreur, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une erreur d'une importance telle qu'elle doive entraîner la nullité de l'avis (voir *Riendeau (L.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 64 (C.A.F.); confirmant [1990] 1 C.T.C. 141 (C.F. 1^{re} inst.); *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309 (C.A.); infirmant [1987] 1 C.F. 339 (1^{re} inst.), requête de la Couronne en vue d'adjoindre des preuves supplémentaires (1987), 87 DTC 5248 (C.A.F.); *Succession Greenwood (S.) Estate c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 47 (C.F. 1^{re} inst.)). Il y aurait ainsi lieu d'apporter une réponse affirmative à la première question et de répondre à la deuxième par la négative.

En ce qui concerne le pouvoir d'émettre une cotisation en vertu du paragraphe 227(10), le ministre a déclaré que l'avis de cotisation est revêtu du nom du sous-ministre du Revenu national, Impôt. D'après le paragraphe 244(13) de la Loi, l'avis de cotisation est donc réputé avoir été émis par le sous-ministre. D'ailleurs, l'avis de cotisation en date du 9 septembre 1986 a été émis par les agents du ministère du Revenu national, opérant sous le contrôle du sous-ministre, conformément aux procédures en vigueur. Par conséquent, l'avis de cotisation a été effectivement émis par le sous-ministre (voir les articles 220

221 of the Act). (See *Canada v. B. M. Enterprises*, [1992] 3 F.C. 409 (T.D.)) In any event, the Minister submits that there is implied authority to subdelegate the issuance of the assessment. (See *Doyle v. M.N.R.*, [1990] 1 F.C. 94 (T.D.); and *R. v. Swyryda* (1981), 11 Sask. R. 188 (Q.B.)) Thus, the answer to the third question is in the affirmative.

DEFENDANT'S SUBMISSIONS

In turn, the defendant submits that the questions submitted to this Court by the parties ought to be answered as follows: no to question one, yes to question two, and no to question three.

The defendant alleges that the purported notice of assessment did not particularize the defendant's liability under any of the statutes, nor did it advise him of the amounts for which he was being assessed for interest and penalties of the Corporation. As well, copies of the notices issued to the Corporation, and to which reference is made in the purported notice, were not provided to the defendant.

The defendant submits that given the requirement that an assessment made under the *Income Tax Act* must clearly inform the taxpayer of the amount of tax ascertained and assessed by the Minister, *a fortiori* does the requirement apply where a notice of assessment purports to be a notice of assessment under each of the *Income Tax Act*, the *Income Tax Act* (Ontario), the *Unemployment Insurance Act, 1971* and the *Canada Pension Plan*. If the notice only provides one consolidated or omnibus amount, being the sum of all of the amounts in respect of which the taxpayer may be liable under each of the four statutes, without identifying the particular ascertained liability of the taxpayer under any of the statutes, it is submitted that such notice is incomplete and therefore invalid. Accordingly, the assessment is a nullity. (See *Stephens (W.R.) Estate v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 88 (F.C.A.), at page 89; *Corazza (F.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2023 (T.C.C.), at pages 2033-2034; *Wallace (M.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2341 (T.C.C.), at page 2344; *Kirby (R.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2639 (T.C.C.), at pages 2642-2643; *McConnachie (N.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2072 (T.C.C.), at pages 2073-2074; *Fitzgerald (G.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2595 (T.C.C.), at page 2599; and

et 221 de la Loi). (Voir *Canada c. B. M. Enterprises*, [1992] 3 F.C. 409 (1^{re} inst.)) Quoi qu'il en soit, le ministre soutient qu'il est implicitement autorisé à déléguer à son tour le pouvoir d'émettre des cotisations (voir *Doyle c. M.N.R.*, [1990] 1 C.F. 94 (1^{er} inst.); et *R. v. Swyryda* (1981), 11 Sask. R. 188 (B.R.)). Il y aurait ainsi lieu de répondre à la troisième question par l'affirmative.

b LA THÈSE DU DÉFENDEUR

Le défendeur fait pour sa part valoir que la Cour devrait statuer de la manière suivante sur les questions qui lui sont soumises: non à la première question, oui à la deuxième et non à la troisième.

Pour le défendeur, le prétendu avis d'appel ne détaillait pas les obligations lui incombant en vertu de l'une ou l'autre des lois citées, pas plus qu'il ne lui indiquait les sommes au regard desquelles on lui demandait d'acquitter les intérêts et les pénalités dont était redevable la corporation. Il ajoute qu'on ne lui a pas fourni copie des avis transmis à la corporation et auxquels se référait le prétendu avis de cotisation.

Le défendeur estime que, dans la mesure où une cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doit indiquer clairement au contribuable le montant de l'impôt fixé par le ministre, cette obligation s'impose *a fortiori* lorsque l'avis de cotisation se présente comme un avis de cotisation fondé à la fois sur la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Income Tax Act* de l'Ontario, la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et la *Loi sur le Régime de pensions du Canada*. Si l'avis ne fait état que d'un chiffre global qui correspond à la somme des divers montants que le contribuable était tenu de payer en vertu des quatre lois en cause, donc d'un chiffre qui ne précise pas l'obligation fiscale incombant au contribuable en vertu de chacune de ces lois, l'avis serait, selon le défendeur, incomplet et, partant, invalide. La cotisation serait, par conséquent, frappée de nullité. (Voir *Succession Stephens (W.R.) c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 88 (C.A.F.), à la page 89; *Corazza (F.) c. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2023 (C.C.T.), aux pages 2033 et 2034; *Wallace (M.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2341 (C.C.I.), à la page 2344; *Kirby (R.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2639 (C.C.I.), aux pages 2642 et 2643; *McConnachie (N.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2072 (C.C.I.), aux pages 2073 et 2074; *Fitzgerald (G.) c.*

finally, *Leung (J.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2268 (T.C.C.), at page 2277, which is the specific case under appeal herein.)

Furthermore, the defendant claims that knowledge of the quantum of the tax, penalties and interest in respect of which he was assessed, *inter alia*, under the *Income Tax Act*, the *Income Tax Act (Ontario)*, the *Unemployment Insurance Act 1971* and the *Canada Pension Plan* was essential to permit him to reasonably set out the facts and reasons for his objection in a notice of objection or in other prescribed forms. An assessment which fails to do so is incomplete and therefore a nullity under each of these statutes.

On the second ground of this appeal, the defendant submits that a director is entitled to receive copies of the notices of assessment sent to the Corporation for its failure to remit taxes, and to be provided with the times of such failures. The director assessed may not be the controlling shareholder or even a shareholder of the Corporation, and consequently, he may not be vested with the knowledge of any failure to withhold tax. Therefore, the failure to serve such notices renders the director's notice incomplete and a nullity. (See *Corazza (F.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2023 (T.C.C.), at pages 2033-2034; *Crossley (R.W.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2082 (T.C.C.), at pages 2083-2084; *Leung (J.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2268 (T.C.C.), at page 2277; and *Kirby (R.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2639 (T.C.C.), at pages 2644-2645.)

The defendant further claims that such information is necessary for the taxpayer to be able to determine whether or not he has a defence from liability under subsection 227.1(1) of the Act because he was not a director at the time of the failure to withhold or remit by the Corporation, or under subsection 227.1(4) because he had ceased to be a director of the Corpo-

M.R.N., [1992] 2 C.T.C. 2595 (C.C.I.), à la page 2599; et enfin, *Leung (J.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2268 (C.C.I.), à la page 2277, décision qui fait l'objet du présent appel.)

Le défendeur prétend, par ailleurs, qu'une connaissance précise du montant de l'impôt, des pénalités et des intérêts fixés dans la cotisation au titre de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de la *Income Tax Act* de l'Ontario, de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et de la *Loi sur le Régime de pensions du Canada*, lui était nécessaire pour pouvoir convenablement exposer les faits et les motifs sur lesquels il fondait son opposition, soit dans l'avis d'opposition, soit dans d'autres documents qu'il était tenu de fournir. Une cotisation qui ne répond pas à ces conditions-là est incomplète et, par conséquent, nulle au regard de ces divers textes de loi.

Se fondant sur un second motif d'appel, le défendeur fait valoir qu'un administrateur est en droit de recevoir copie des avis de cotisation envoyés à une corporation suite au non-paiement des impôts auxquels elle est tenue, et de se voir signaler les dates des manquements qui lui sont reprochés. L'administrateur visé par une cotisation peut ne pas être actionnaire majoritaire de la corporation, peut même ne détenir aucune action dans celle-ci et, par conséquent, il n'a pas nécessairement connaissance d'un manquement à l'obligation d'effectuer des retenues à la source. Ainsi, le fait de ne pas lui avoir communiqué de tels avis confère à l'avis qui lui a été transmis un caractère incomplet qui l'entache de nullité. (Voir *Corazza (F.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2023 (C.C.I.), aux pages 2033 et 2034; *Crossley (R.W.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2082 (C.C.I.), aux pages 2083 et 2084; *Leung (J.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2268 (C.C.I.), à la page 2277; et *Kirby (R.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2639 (C.C.I.), aux pages 2644 et 2645.)

Le défendeur soutient également que de tels renseignements sont nécessaires pour que le contribuable puisse savoir quels seraient ses moyens de défense contre la mise en cause de sa responsabilité en vertu du paragraphe 227.1(1) de la Loi, soit qu'il n'était pas administrateur de la corporation à l'époque où celle-ci a omis d'effectuer la retenue à la source ou le

ration more than two years after the occurrence of such failure or failures.

It is further submitted by the defendant that a failure by the Minister to set out the specific amounts owing by the director under the said four statutes and to forward to such director the notices of assessment of the Corporation incorporated by reference in the notice sent to the director, constitutes such a fundamental and substantive error that subsections 152(3) and (8) and section 166 of the Act, being the curative provisions of the Act, cannot serve to save the assessment in issue as a valid assessment. Therefore, question one should be answered in the negative and question two in the affirmative.

Finally, the defendant submits that the discretion to issue an assessment under subsection 227(10) of the Act should only be exercised by the Minister of National Revenue, the Deputy Minister of National Revenue or the Assistant Deputy Minister of National Revenue. The restriction of the ability of these individuals to delegate the exercise of this discretion is evidenced by the fact that the delegation of this discretion is not delegated elsewhere in section 900 of the Regulations [*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 (as am. by SOR/82-711, s. 1; 83-797, s. 1; 87-470, s. 1; 89-346, s. 1; 92-137, s. 1)] of the Act. The conditions precedent to the vicarious liability imposed by subsection 227.1 on a director, are evidence of Parliament's concern that such liability will not attach to a director except in strict circumstances. Accordingly, it is submitted that the principle of *delegatus non potest delegare* should apply in the circumstances of subsection 227.1(1) liability and that this Court should not apply the decision of this Court in the case of *Canada v. B. M. Enterprises*, [1992] 3 F.C. 409. Thus, question three should be answered in the negative.

versement ou, conformément au paragraphe 227.1(4), soit qu'il avait cessé d'être administrateur de la corporation depuis plus de deux ans après que se soient produits les manquements dont il est ici question.

a

Le défendeur soutient également que le fait que le ministre n'ait pas précisé les sommes dues par l'administrateur aux termes des quatre textes de loi cités plus haut, et qu'il n'ait pas, non plus, transmis à l'administrateur les avis de cotisation de la corporation, repris par référence dans l'avis transmis à l'administrateur, est constitutif d'une fondamentale erreur de fond et que les paragraphes 152(3) et (8) ainsi que l'article 166 de la Loi, c'est-à-dire les dispositions correctives de la Loi, ne permettent pas de conférer à la cotisation en cause la validité qui lui fait défaut. Il convient donc de répondre à la première question par la négative, et par l'affirmative à la question numéro deux.

d

Et enfin, le défendeur soutient que le pouvoir discrétionnaire d'émettre une cotisation en vertu du paragraphe 227(10) de la Loi ne peut être exercé que par le ministre du Revenu national, le sous-ministre du Revenu national ou le sous-ministre adjoint du Revenu national. La restriction apportée à la possibilité, pour ces personnages, de déléguer l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, découle du fait que la délégation de ce pouvoir discrétionnaire ne fait elle-même l'objet d'aucune délégation aux termes de l'article 900 du Règlement de l'impôt [*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 (mod. par DORS/82-711, art. 1; 83-797, art. 1; 87-470, art. 1; 89-346, art. 1; 92-137, art. 1)]. Les conditions mises à la responsabilité du fait d'autrui que l'article 227.1 impose aux administrateurs, témoignent de la volonté du législateur de ne voir cette responsabilité des administrateurs engagée que dans des circonstances précisément délimitées. Le défendeur fait donc valoir qu'il y a, en l'espèce, lieu d'appliquer, à la mise en cause de la responsabilité prévue au paragraphe 227.1(1), le principe *delegatus non potest delegare* et que la Cour ne devrait donc pas reprendre ici la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Canada c. B. M. Enterprises*, [1992] 3 C.F. 409. Pour le défendeur, il y a lieu de répondre par la négative à la question numéro trois.

j

CASE LAW

In the case of *Canada v. Riendeau*, [1990] 1 C.T.C. 141 (F.C.T.D.), the Minister confirmed a reassessment that was initially based upon a repealed section of the Act. The defendant contested the validity of the reassessment, relying on Cattanaach J.'s statement in *Kit-Win Holdings (1973) Ltd v The Queen*, [1981] CTC 43 (F.C.T.D.), at page 55, where he stated:

Mr. Justice Rand also made it clear at page 490 that there is a duty to have fully disclosed to the taxpayer the precise findings of fact and rulings of law which have given rise to the controversy. That is one of the few remaining rights accorded to the taxpayer in the legislation the preponderance of which imposes obligations.

Cullen J. of this Court rejected that submission. In his decision, he referred at page 145 to *Belle-Isle v. M.N.R.* (1963), 63 DTC 347 (T.A.B.), at page 349 where it was stated:

"it matters little under what section of the Act an assessment is made. What does matter is whether tax is due."

At pages 146-147, Cullen J. held that the validity of the reassessment was not affected by the Minister's error and stated:

The Act and the cases make it clear that liability for tax is not affected by an incorrect or incomplete assessment. Subject to being varied or vacated on an objection or appeal, or voluntarily reassessed by the Minister, an assessment is deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission therein.

Error will be a matter of degree. Subsections 152(3), 152(8) and section 166 combined clearly indicate that this error by the Minister of National Revenue is far from fatal. The cases only limit these sections where there is substantial and fundamental error; in such cases, the court will not allow the Minister to hide behind the provisions.

In the case before me, the Minister has not committed an error of sufficient seriousness to put it into the same category as cases like *Optical Recording*. . . .

In the case of *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 339 (T.D.), the Minister had issued an assessment but had also advised the taxpayer that the taxes assessed were not yet owing. Later, without

LA JURISPRUDENCE

Dans l'affaire *Canada c. Riendeau*, [1990] 1 C.T.C. 141 (C.F. 1^{re} inst.), le ministre avait confirmé une nouvelle cotisation qui, au départ, était fondée sur une disposition législative, abrogée à l'époque. Le défendeur contesta la validité de la nouvelle cotisation, se fondant sur ce que le juge Cattanaach avait déclaré dans l'affaire *Kit-Win Holdings (1973) Ltd c La Reine*, [1981] CTC 43 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 55:

Le juge Rand dit également de façon claire à la page 490 qu'il existe l'obligation de divulguer pleinement au contribuable les constatations de fait et les décisions de droit qui ont donné lieu au litige. C'est là un des rares droits conférés au contribuable dans la loi qui, en grande partie, lui impose des obligations.

Notre collègue le juge Cullen a rejeté cet argument. Dans sa décision, il renvoie (à la page 145) à l'affaire *Belle-Isle v. M.N.R.* (1963), 63 DTC 347 (C.A.I.), à la page 349 où l'on trouve que:

[TRADUCTION] «Il importe peu en vertu de quel article de la Loi une cotisation est établie. Ce qui importe, c'est de savoir si un impôt est exigible».

Aux pages 146 et 147, le juge Cullen estime que la validité de la nouvelle cotisation n'est en rien affectée par l'erreur du ministre et déclare que:

Il ressort à l'évidence de la Loi et de la jurisprudence que le fait qu'une cotisation est incorrecte ou incomplète n'a pas d'incidence sur l'assujettissement à l'impôt. Sous réserve de sa modification ou de son annulation à la suite d'une opposition ou d'un appel, ou de l'établissement volontaire d'une nouvelle cotisation par le ministre, une cotisation est réputée valide et exécutoire nonobstant toute erreur, vice de forme ou omission qu'elle contient.

L'erreur est une question de degré. Il résulte du rapprochement des paragraphes 152(3) et 152(8) et de l'article 166 que cette erreur du ministre du Revenu national est loin d'être fatale. La jurisprudence ne restreint la portée de ces dispositions que lorsque l'erreur est substantielle et fondamentale; en pareil cas, la cour ne permettra pas au ministre de se réfugier derrière les dispositions.

En l'espèce, l'erreur qu'a commise le ministre n'est pas suffisamment grave pour qu'on la classe dans la même catégorie que celles dont il était question dans les affaires comme l'affaire *Optical Recording*. . . .

Dans l'affaire *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 339 (1^{re} inst.), le ministre avait établi une cotisation, mais avait également fait savoir au contribuable que l'impôt ainsi fixé n'était pas encore

warning, the Minister took action which effectively froze the taxpayer's funds because of their non-payment. Cullen J. cited the observations of the Court holding that (at page 146):

... the actions of the Minister and his officials was so infected with "error of law, illegal conduct, excess jurisdiction and unfair pouncing without reasonable notice" that the assessment was declared a nullity.

Cullen J. [at page 146] then referred to the case of *Stephens (WR) Estate v The Queen*, [1984] CTC 111 (F.C.T.D.); affirmed [1987] 1 C.T.C. 88 (F.C.A.):

Another case in point is that of *Stephens v. The Queen*, [1984] C.T.C. 111; 84 D.T.C. 6114 (F.C.T.D.), affirmed [1987] 1 C.T.C. 88; 87 D.T.C. 5024 (F.C.A.). In this case five notices of reassessment were argued as void because they bore the incorrect department name and incorrect Deputy Minister's name. The court held that the reassessments were valid, for the alleged defects here were not confusing or prejudicial to the taxpayer; they were mere irregularities that could be cured. The Court determined that these were not defects, but, even if they were, relying on subsection 152(8), they could be cured by this provision of the Act. And, in *The Queen v. Simard-Beaudry Inc.*, 71 D.T.C. 5511 (F.C.T.D.), at page 5515, Noël, A.C.J. states:

... the general scheme of the *Income Tax Act* indicates that the taxpayer's debt is created by his table [*sic*] income, not by an assessment or re-assessment. In fact, the taxpayer's liability results from the Act and not from the assessment. In principle, the debt comes into existence the moment the income is earned, and even if the assessment is made one or more years after the table [*sic*] income is earned the debt is supposed to originate at that point.

The Federal Court of Appeal confirmed the decision of Cullen J. in the *Riendeau* case by stating at [1991] 2 C.T.C. 64, at page 65:

As the cases and the statutory provisions which were cited by Cullen, J. well show, liability for tax is created by the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (am. S.C. 1970-71-72, c. 63) (the "Act"), not by a notice of assessment. A taxpayer's liability to pay tax is just the same whether a notice of assessment is mistaken or is never sent at all.

It is also noted that despite the mordant language of the decision at the Trial level in *Optical Recording* (op. cit.), the Federal Court of Appeal found reason

dû. Plus tard, sans le moindre avertissement, le ministre obtint le gel des fonds du contribuable pour cause de non-paiement de ses impôts. Le juge Cullen a cité les observations de la Cour qui estimait que (à la page 146):

... les actes du ministre et de ses fonctionnaires dénotaient «des erreurs de droit, un comportement illégal, un excès de compétence et un revirement subit d'attitude sans avis raisonnable» à tel point que la cotisation devait être annulée.

Le juge Cullen a ensuite cité [à la page 146] la décision rendue dans l'affaire *Succession Stephens (WR) c La Reine*, [1984] CTC 111 (C.F. 1^{er} inst.); confirmée par la décision dont il est fait état à [1987] 1 C.T.C. 88 (C.A.F.):

Un autre jugement pertinent est le jugement *Stephens c. La Reine*, [1984] C.T.C. 111; 84 D.T.C. 6114 (C.F. 1^{re} inst.), confirmé à [1987] 1 C.T.C. 88; 87 D.T.C. 5024 (C.A.F.). Dans cette affaire, on prétendait que cinq avis de nouvelles cotisations étaient nuls parce que le nom du ministère et du sous-ministre qui y figurait était incorrect. La cour a statué que les nouvelles cotisations étaient valides, car les vices de forme présumés ne créaient pas de confusion et ne causaient pas de préjudice au contribuable; il s'agissait de simples irrégularités auxquelles on pouvait remédier. La cour a estimé qu'il ne s'agissait pas de vices de forme et que, même s'ils en étaient, on pouvait y remédier en vertu du paragraphe 152(8) de la Loi. Et, dans le jugement *La Reine c. Simard-Beaudry Inc.*, 71 D.T.C. 5511 (C.F. 1^{re} inst.), le juge en chef adjoint Noël déclare à la page 5515:

[TRADUCTION] ... l'économie générale de la *Loi de l'impôt sur le revenu* indique que la dette du contribuable est créée par son revenu imposable, non pas par une cotisation ou une nouvelle cotisation. En fait, l'obligation fiscale du contribuable résulte de la Loi et non de la cotisation. En principe, la dette est créée dès que le revenu est gagné, et même si la cotisation est établie une ou plusieurs années après que le revenu imposable est gagné, la dette est censée être née à ce moment-là.

La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision rendue par le juge Cullen dans l'affaire *Riendeau* en déclarant [1991] 2 C.T.C. 64, à la page 65:

Comme les décisions et les dispositions législatives qui ont été citées par le juge Cullen le montrent bien, c'est la *Loi de l'impôt sur le revenu* S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63) (la Loi) qui crée l'assujettissement à l'impôt, pas un avis de cotisation. L'assujettissement d'un contribuable au paiement de l'impôt est le même, peu importe que l'avis de cotisation soit erroné ou ne soit jamais expédié.

Notons également que, malgré les termes tranchants de la décision rendue, en première instance, dans l'affaire *Optical Recording* (op. cit.), la Cour

to reverse it and rule that the taxpayer could not hide behind any alleged shortcomings in the Minister's notices of assessments.

In the case of *Larocque v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2151 (T.C.C.), Brulé T.C.J., referred at page 2155 to the case of *Re Norris* (1989), 69 O.R. (2d) 285 (C.A.), which case confirms the presumption of the validity of an assessment:

In the case of *Re Norris*, [1989] 2 C.T.C. 185; 89 D.T.C. 5493 the Ontario Court of Appeal supported Revenue Canada's view that a notice of assessment under section 227.1 of the Act is *prima facie* valid under subsection 152(8) of the Act until varied or vacated on objection or appeal. The assessment while not a legal proceeding is an administrative one aimed to ultimately recover an amount of money.

In the case of *Canadian Marconi Co. v. Canada*, [1990] 1 F.C. 141 (T.D.), I made the following comments on the presumed validity of an assessment at page 156:

The plaintiff also finds support with respect to the presumed validity of any tax assessment in the case of *Morch, Jacob John v. Minister of National Revenue*, [1949] Ex. C.R. 327; 49 DTC 649 where the President of the Exchequer Court at pages 333-334 Ex. C.R.; 652 DTC is quoted as saying that, until a taxpayer can discharge the onus that an assessment is erroneous in fact or in law, it remains a valid assessment, a statement substantially repeated by the Trial Division of the Federal Court in *R. v. Taylor*, [1985] 1 F.C. 331, at page 336; 84 DTC 6459 (T.D.), at page 6461.

And at page 163, I added:

Subsection 152(8) of the Act bears a close analysis. That subsection states that an assessment, which is always subject to a reassessment, is deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission therein or in any proceeding under this Act relating thereto. This particular provision, in my view, expresses the intention of Parliament to confer a *prima facie* validity on any assessment action taken by the Minister, subject only to its enforceability *vis-à-vis* the taxpayer. This presumption of validity may only be defeated by a successful objection or appeal or by the taxpayer raising the shield of protection given him by subsection 152(4). This leads me to conclude that any assessment of the Minister is voidable, but would not be void *ab initio*.

d'appel fédérale a jugé qu'il y avait lieu d'annuler la décision, estimant que le contribuable ne pouvait pas s'abriter derrière les prétendues imperfections qu'on pouvait relever dans les avis de cotisation émis par le ministre.

Dans l'affaire *Larocque c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2151 (C.C.I.), le juge Brulé, de la Cour de l'impôt, s'est référé, à la page 2155 du recueil, à l'affaire *Re Norris* (1989), 69 O.R. (2d) 285 (C.A.), dans laquelle la décision de la Cour confirme la présomption de validité dont bénéficient les cotisations:

Dans l'affaire *Re Norris*, [1989] 2 C.T.C. 185; 89 D.T.C. 5493, la Cour d'appel de l'Ontario avait souscrit à la thèse de Revenu Canada, selon laquelle un avis de cotisation établi aux termes de l'article 227.1 de la Loi est valide à première vue, en vertu du paragraphe 152(8) de la Loi, jusqu'à ce qu'il soit modifié ou annulé à la suite d'une opposition ou d'un appel. La cotisation, si elle ne constitue pas une procédure judiciaire, est une procédure administrative visant, en fin de compte, le recouvrement d'une somme d'argent.

Dans l'affaire *Canadian Marconi Co. c. Canada*, [1990] 1 C.F. 141 (1^{re} inst.), voici, reproduit à la page 156, ce que j'ai dit de la présomption de validité dont bénéficie une cotisation:

La demanderesse s'appuie également, à l'égard de la validité présumée de toute cotisation d'impôt, sur la décision *Morch, Jacob John v. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.É. 327; 49 DTC 649, dans laquelle le président de la Cour de l'Échiquier, aux pages 333 et 334 R.C.É.; 652 DTC, a déclaré que tant qu'un contribuable ne peut s'acquitter du fardeau de prouver que la cotisation est erronée en fait ou en droit, celle-ci demeure une cotisation valide, déclaration qui a été reprise en substance par la Division de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire *R. c. Taylor*, [1985] 1 C.F. 331, à la page 336; 84 DTC 6459 (1^{re} inst.), à la page 6461.

J'ajoute, à la page 163:

Il y a lieu d'analyser à fond le paragraphe 152(8). Ce paragraphe prévoit qu'une cotisation, qui peut toujours faire l'objet d'une nouvelle cotisation, est réputée être valide et exécutoire nonobstant toute erreur, vice de forme ou omission dans cette cotisation ou dans toute procédure s'y rattachant en vertu de la présente Loi. À mon avis, cette disposition exprime l'intention du législateur d'accorder une présomption de validité à toute mesure prise par le ministre pour établir une cotisation, sous réserve des recours du contribuable. Cette présomption de validité ne peut être réfutée qu'au moyen d'une opposition ou d'un appel auquel il est fait droit ou de la renonciation par le contribuable à la protection que lui accorde le paragraphe 152(4). Je conclus donc de ce qui précède que toute cotisation du ministre est annulable sans toutefois être intrinsèquement nulle.

I should note that my decision in the above-noted case was reversed by the Federal Court of Appeal at [1992] 1 F.C. 655, but on grounds which are not material to the issue before me.

In the case of *Laurin, Georges v. Minister of National Revenue*, [1960] Ex. C.R. 480, the taxpayer objected to the validity of the notices of reassessment on the grounds that they did not bear the handwritten signature of the Minister nor that of a duly authorized official, and they did not explain in sufficient detail the reasons for the increase in the tax demanded. Dumoulin J. concluded [at page 1145 DTC]:

[TRANSLATION] It may be convenient, I repeat, to summarize the main reasons for the increase in the notice of reassessment. However, I find no provision in the *Income Tax Act* which would compel the Minister to set out in detail the revision of the tax in the notice itself nor a provision which, should that procedure not be followed, would render the reassessment void.

And referring to the curative provisions of the Act, Dumoulin J. said [at page 1145 DTC]:

[TRANSLATION] Such language proves rather clearly that the intention of the legislator is to advise against a rigid interpretation of the procedure and application of his Act.

In the case of *Stephens (W R) Estate v The Queen*, [1984] CTC 111 (F.C.T.D.), five notices of reassessment were argued as void because they bore the incorrect department name and incorrect Deputy Minister's name. Reed J. held that an error or defect in the form of the notice of assessment did not affect the validity of the assessment. Reed J. did not consider the error or defect in the assessment to be so substantial that the assessment ought to be vacated. At page 114, she stated:

I cannot believe that the taxpayer was in any way misled into thinking that these forms did not emanate from the Department of National Revenue. I cannot believe that the taxpayer was either confused or prejudiced by the usage of this appellation. And, it seems to me that the principle which emerges out of the *Corsini* and *Richardson* cases cited above is that documents such as those in dispute will not be considered invalid when there is no prejudice or confusion created thereby.

At most the usage of the appellation Revenue Canada, Taxation and the usage of printed forms carrying the name of the previous rather than the incumbent Deputy Minister would be

Je souligne que la décision que j'avais rendue dans cette affaire a été infirmée par la Cour d'appel fédérale [1992] 1 C.F. 655, mais pour des raisons qui ne sont pas en cause ici.

Dans l'affaire *Laurin, Georges c. Ministre du Revenu national*, [1960] R.C.É. 480, le contribuable contestait la validité des avis de nouvelle cotisation, relevant que ceux-ci n'étaient pas revêtus de la signature autographe du ministre ou d'un de ses représentants autorisés et, aussi, que ces avis de nouvelle cotisation n'expliquaient pas de manière suffisamment détaillée les motifs du surcroît d'impôt réclamé. À la page 484, le juge Dumoulin a conclu:

Même s'il est convenable, je le répète, de résumer dans l'avis de surtaxe, les motifs essentiels de cette majoration, je ne trouve, par contre, aucune disposition de la loi de l'impôt sur le revenu qui astreindrait le ministre à expliciter la révision de la taxe dans la notification individuelle, sous peine de nullité de la nouvelle cotisation.

En ce qui concerne les dispositions correctives de la Loi, le juge Dumoulin a déclaré [à la page 483]:

Pareil langage atteste assez clairement l'intention du législateur de déconseiller l'interprétation rigoriste de la procédure et des formalités d'application de sa loi.

Dans l'affaire *Succession Stephens (W R) c La Reine*, [1984] CTC 111 (C.F. 1^{re} inst.), on plaidait la nullité de cinq avis de nouvelle cotisation, en se fondant sur une erreur dans le nom du Ministère ainsi que dans le nom du sous-ministre. Le juge Reed a estimé qu'une erreur ou un vice de forme dans l'avis de cotisation n'affectait en rien la validité de la cotisation. Le juge Reed a estimé que l'erreur ou le vice de forme décelé dans la cotisation n'était pas suffisamment important pour entraîner son annulation. Elle déclare, à la page 114:

Il m'est impossible de croire que la contribuable a, de quelque manière que ce soit, été induit en erreur de manière à penser que ces formules ne provenaient pas du ministère du Revenu national. Je ne saurais estimer que l'emploi de cette appellation a créé de la confusion ou du préjudice pour la contribuable. Et, à mon avis, il ressort des affaires *Corsini* et *Richardson* citées ci-dessus que les documents tels que ceux en litige ne doivent pas être considérés comme nuls lorsqu'ils n'entraînent aucun préjudice ni aucune confusion.

Tout au plus, l'emploi de l'appellation Revenu Canada, Impôt et l'usage des imprimés portant le nom du sous-ministre précédent plutôt que celui du titulaire seraient des irrégularités

irregularities cured by subsection 152(8) of the Act and not defects such as to render the documents void.

The Federal Court of Appeal dismissed the appeal at [1987] 1 C.T.C. 88 and Pratte J.A. stated for the Court, at page 89:

Subsection 152(2) requires the Minister to "send a notice of assessment" to the taxpayer. Nowhere in the Act do we find prescriptions relating to the form of that notice. It follows, in our view, that the form of the notice does not matter and that the subsection merely requires that the notice be expressed in terms that will clearly make the taxpayer aware of the assessment made by the Minister.

In the case of *Greenwood (S.) Estate v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 47 (F.C.T.D.), Reed J. held that the fact that the notice of assessment in issue bore the wrong name was a defect cured by the curative provisions of the Act as it did not have the effect of confusing the taxpayer as to its liability. Reed J. did not consider such an error as being a fundamental one which renders an assessment null. The assessment was therefore valid.

I should now refer to another line of cases where defects in the notices of assessment were successfully challenged.

In *Guaranty Properties Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 292 (T.D.), the defendant attempted to rely on the curative provisions of the Act. However, Rouleau J. concluded that in this particular case, the error was of such fundamental nature that it could not be cured by the said provisions. At page 302, he stated:

The defendant submits that these provisions in the *Income Tax Act* indicate a direction on the part of Parliament that a notice of reassessment is not to be defeated by reason of a defect in the notice or in the assessment process. Rather that liability for tax is to be determined on its substantive merits. Since there is no error of a substantive nature, the reassessment is valid. The purpose of the above provisions of the *Income Tax Act*, according to the defendant, is to prevent a defect in an assessment from rendering it invalid, unless the defect is such that it misleads or causes prejudice to the taxpayer.

couvertes par le paragraphe 152(8) de la Loi et ne constituent pas des vices de forme rendant nuls les documents.

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel par une décision rapportée au [1987] 1 C.T.C. 88, le juge d'appel Pratte déclarant au nom de la Cour, à la page 89:

En vertu du paragraphe 152(2), le ministre «envoie un avis de cotisation» au contribuable. Nulle part dans la Loi trouvons-nous des prescriptions relatives à la forme de cet avis. Selon nous, il s'ensuit que la forme de l'avis est sans importance, et que le paragraphe exige simplement que l'avis soit rédigé en des termes qui mettent clairement le contribuable au courant de la cotisation établie par le ministre.

Dans l'affaire *Succession Greenwood (S.) c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 47 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Reed a décidé que le fait que l'avis de cotisation en cause était revêtu d'un nom qui n'était pas le bon, constituait un vice de forme susceptible d'être rectifié par les dispositions correctives de la Loi, étant donné que l'erreur n'avait pas pour effet d'entraîner, dans l'esprit du contribuable, une confusion quant à l'étendue de son obligation fiscale. Le juge Reed a estimé qu'il ne s'agissait pas d'une erreur suffisamment importante pour entraîner la nullité de la cotisation. La cotisation a, par conséquent, été jugée valide.

Je devrais maintenant me référer à une autre série de décisions accueillant l'opposition à des avis de cotisation.

Dans l'affaire *Guaranty Properties Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 292 (1^{re} inst.), la défenderesse a entendu se fonder uniquement sur les dispositions correctives de la Loi. Le juge Rouleau a cependant conclu que, dans l'affaire en cause, il s'agissait d'une erreur sur un point tellement essentiel qu'elle n'était pas susceptible d'être corrigée par lesdites dispositions. Il a ainsi déclaré, à la page 302:

Selon la défenderesse, il ressort de ces dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* que le législateur veut empêcher qu'un avis de nouvelle cotisation soit rejeté en raison d'un vice qui entache cet avis ou le processus de cotisation. Il faut plutôt déterminer le bien-fondé de l'assujettissement à l'impôt. Puisqu'il n'existe aucune erreur quant au fond, la nouvelle cotisation est valide. Les dispositions susmentionnées de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visent, soutient la défenderesse, à empêcher un vice dans une cotisation de la rendre nulle, à moins que le vice ne soit de nature à induire un contribuable en erreur ou à lui causer un préjudice.

Nevertheless, at page 308, Rouleau J. concluded:

The curative provisions of the *Income Tax Act* will not assist the defendant in this case. It is clear from the facts that a number of errors have plagued the defendant throughout this matter. The auditor who should have been made aware of the amalgamation was not advised and, by the time this was discovered and matters rectified, the time limit prescribed by statute for reassessing Dixie's 1976 taxation year had expired. Equity alone would prevent the use of curative provisions such as those contained within the *Income Tax Act* to correct a substantive error of this nature. I am of the opinion that the legislation does not contemplate the amendment of a reassessment after the expiry of a limitation period.

In the case of *McConnachie (N.) v. M.N.R.*, *supra*, which was decided before the Tax Court ruled on the *Leung* case now before me on appeal, the format of the notices sent to the taxpayers was essentially the same as in the *Leung* case. The appellants did not challenge the validity of the assessments but instead argued that the assessments issued to them were proceedings commenced beyond the two-year limit imposed by section 227.1. Bonner T.C.J. commented, in *obiter*, on the validity of the assessment process at pages 2073 and 2074:

No submissions were made on behalf of the appellants to the effect that the assessment process was never completed because the respondent had failed to provide proper notice. However, there are a few observations on this point which ought to be made. A piece of paper is not a notice of assessment simply because it bears that heading. The supposed notices of assessment sent to the appellants in this case are not just uninformative. They are also misleading. They do not indicate whether the alleged liability is founded on a failure to withhold or on a failure to remit. They do not indicate the number of failures or the dates on which such failures are said to have occurred. The deficiencies in the notices were not rectified by the reference to notices of assessments dated July 30, 1984 and September 3, 1984, because the 1984 notices were sent to the Company, not to the appellants. The notices which were sent to the appellants are misleading as to the composition of the amount shown thereon. The \$158,657.56 figure in the box entitled "Tax" includes amounts withheld not only for federal tax but also for provincial tax and for unemployment insurance. The amount shown for interest is computed on the total withholdings under three statutes and not just on amounts for which directors may be liable under section 227.1. The statutory and factual basis for the assessment of penalty has not been identified.

À la page 308, le juge Rouleau conclut néanmoins que:

Les dispositions correctives de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne sont d'aucune assistance à la défenderesse en l'espèce. Il ressort des faits que certaines erreurs ont ennuyé cette dernière dans toute cette affaire. Le vérificateur qu'on aurait dû mettre au courant de la fusion n'en a pas été avisé et, au moment de la découverte de cette erreur et de la rectification de celle-ci, le délai imparti par la Loi pour l'établissement d'une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1976 de Dixie avait expiré. L'équité à elle seule empêche qu'on recoure à des dispositions correctives comme celles qui figurent dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour corriger une erreur de fond de cette nature. J'estime que la Loi n'envisage pas la modification d'une nouvelle cotisation après l'expiration d'un délai.

Dans l'affaire *McConnachie (N.) c. M.R.N.*, (précitée) tranchée par la Cour de l'impôt avant l'affaire *Leung* portée devant moi en appel, la forme des avis transmis aux contribuables était essentiellement la même que dans l'affaire *Leung*. Les appelants ne contestaient pas la validité des cotisations, faisant plutôt valoir que les cotisations qui leur avaient été émises constituaient des procédures engagées après le délai de deux ans imposé par l'article 227.1. Le juge Bonner, de la Cour de l'impôt, a relevé, dans ses remarques incidentes, au sujet de la validité de la procédure de cotisation, aux pages 2073 et 2074, que:

Aucune observation n'a été faite, pour le compte des appelants, selon laquelle le processus de cotisation n'avait jamais été mené à terme parce que l'intimé avait omis de donner un avis en bonne et due forme. Cependant, cette question mérite quelques observations. Un morceau de papier n'est pas un avis de cotisation du simple fait qu'il porte ce titre. Les prétendus avis de cotisation envoyés aux appelants en l'espèce ne sont pas seulement dépourvus de valeur informative. Ils sont également trompeurs. Ils n'indiquent pas si la prétendue responsabilité des appelants est fondée sur le défaut de retenir les sommes requises ou sur le défaut de les verser. Ils n'indiquent pas le nombre de manquements, ni les dates auxquelles ces derniers se seraient produits. Les lacunes des avis n'ont pas été corrigées par la mention des avis de cotisation en date du 30 juillet 1984 et du 3 septembre 1984 parce que les avis de 1984 avaient été expédiés à la compagnie, et non aux appelants. Les avis adressés aux appelants sont trompeurs quant à la composition de la somme qui y figure. Le chiffre de 158 657,56 \$ inscrit à la case «Impôt» comprend des sommes retenues au titre non seulement de l'impôt fédéral, mais aussi de l'impôt provincial et de l'assurance-chômage. Le montant d'intérêt indiqué est calculé sur l'ensemble des retenues, en vertu de trois lois, au lieu de l'être uniquement sur les sommes dont les administrateurs peuvent être tenus responsables aux termes de l'article 227.1. Les dispositions légales et les éléments de fait sur lesquels repose l'imposition de la pénalité ne sont pas indiqués.

Because the validity of the assessments was not challenged on the basis of failure to give proper notice I need not express a conclusion on the point. I will note, however, that the only statute to which reference is made in the notices of assessment is the federal *Income Tax Act*.

In *Crossley (R.W.) v. M.N.R.*, *supra* (presently under appeal), which was also decided before *Leung*, *supra*, the issue rested on whether the appellant was a director at the time of the failures by the Corporation to remit tax. Although the validity of the assessment was not in issue, Bonner T.C.J. at pages 2083 and 2084 said in *obiter*:

While on the subject of failures I will observe that a failure by the respondent to disclose the precise timing of each of the failures in respect of which he seeks to impose vicarious liability can seriously affect the fairness of the appeal process in cases arising under section 227.1 in which an appellant seeks to rely on subsection 227.1(3). Obviously the exercise by a director of care, diligence and skill to prevent a failure must occur before the failure has taken place. A director must be able to identify the period of time during which due diligence will entitle him to relief under subsection (3). Accordingly it is appropriate to remind the respondent that it is his duty to fully disclose "... to the taxpayer the precise findings of fact and rulings of law which have given rise to the controversy". (Per Rand, J. in *Johnston v. M.N.R.*, [1948] C.T.C. 195; 3 D.T.C. 1182 (S.C.C.) at 203 (D.T.C. 1183).)

In this case the notice of assessment does not supply the missing particulars.

The notices of assessment to which reference was made were assessments made against Smallwood, not against the appellant. I assume that copies of the notices of assessment against Smallwood were not sent to the appellant. Certainly they were not transmitted to this Court under subsection 170(2). Where, as here, a notice of assessment incorporates by reference another document which is essential to complete notice, a copy of that document should be attached to the notice of assessment. I might add too that it is the duty of the respondent to include in the material transmitted to this Court copies of any document so incorporated.

However, Bonner T.C.J., in the case of *McCullough (H.) v. M.N.R.*, [1989] 2 C.T.C. 2236 (T.C.C.),

La validité des cotisations n'ayant pas été contestée pour le motif que des avis en bonne et due forme n'avaient pas été donnés, je n'ai pas à me prononcer sur ce point. Je relèverai cependant que la seule loi dont il est fait état dans les avis de cotisation est la *Loi de l'impôt sur le revenu fédérale*.

Dans l'affaire *Crossley (R.W.) c. M.R.N.*, (précitée) (actuellement en appel), affaire qui fut, elle aussi, tranchée longtemps avant l'affaire *Leung* (précitée), le litige portait sur la question de savoir si l'appellant était un administrateur de la corporation, à l'époque où celle-ci avait manqué de régler ses impôts. Bien que la validité de la cotisation n'ait pas été en cause, le juge Bonner, de la Cour de l'impôt, a déclaré, dans ses remarques incidentes rapportées aux pages 2083 et 2084, que:

Pendant que nous sommes sur la question des manquements, je ferai remarquer que l'omission par l'intimé de divulguer le moment précis de chacun des manquements à l'égard desquels il tente d'imposer une responsabilité du fait d'autrui peut avoir un effet important sur le caractère équitable du processus d'appel dans les affaires qui prennent naissance en vertu de l'article 227.1 et dans lesquelles un appellant cherche à s'appuyer sur le paragraphe 227.1(3). C'est évidemment avant qu'un manquement ne se produise que l'administrateur doit agir avec soin, diligence et habileté pour prévenir ledit manquement. L'administrateur doit pouvoir déterminer la période durant laquelle la diligence raisonnable lui permettra de bénéficier d'une mesure de redressement en vertu du paragraphe (3). Il est donc opportun de rappeler à l'intimé qu'il lui incombe de divulguer complètement [TRADUCTION] «... au contribuable les conclusions de faits et les règles de droit précises qui ont donné naissance au litige» (Le juge Rand dans l'arrêt *Johnston v. M.N.R.*, [1948] C.T.C. 195; 3 D.T.C. 1182 (C.S.C.) à la p. 203 (D.T.C. 1183).)

En l'espèce, l'avis de cotisation ne fournit pas les détails manquants.

Les avis de cotisation auxquels il était fait référence avaient trait à des cotisations établies à l'égard de Smallwood et non pas à l'égard de l'appellant. Je présume que l'on n'a pas expédié à l'appellant les copies des avis de cotisation à l'égard de Smallwood. Il est certain qu'elles n'ont pas été adressées à notre Cour conformément au paragraphe 170(2). Lorsque, comme en l'espèce, l'avis de cotisation incorpore par référence un autre document qui est essentiel pour que l'avis soit complet, il faut annexer une copie de ce document à l'avis de cotisation. Je pourrais également ajouter qu'il incombe à l'intimé d'inclure dans les documents adressés à notre Cour des copies de tout document ainsi incorporé.

Mais, dans l'affaire *McCullough (H.) c. M.R.N.*, [1989] 2 C.T.C. 2236 (C.C.I.), le juge Bonner de la

rejected the taxpayer's submission alleging that the respondent must furnish him with copies of the notices of assessment issued to the company. At page 2238, judge Bonner concluded:

I categorically reject any suggestion that production of copies of the notices of the assessments against the principal debtor is a condition precedent to the imposition of liability on a director under section 227.1. Nothing in the legislation suggests the existence of such a condition precedent. No doubt full details of the circumstances giving rise to the liability of the company which liability the Minister seeks to enforce against the director must be provided to the director. However, the director's liability does not depend on the ability of the Minister to produce either the piece of paper that was the notice of the assessment or a photostatic or other copy of it. The original notice of assessment must, after all, have been sent by the Minister to the company.

In the *Leung* case as decided by the Tax Court Rip T.C.J. said as follows [at pages 2277-2278]:

The notice of assessment sent to Leung also refers to notices of assessment previously sent to Eastern. Once a person ceases to be a director of a corporation it may be very difficult, if not impossible, for the person to obtain from the corporation any particulars relating to assessments issued against the Corporation which have led to him or her being assessed. Thus the respondent on his own initiative must provide the taxpayer with the documentation referred to in the notice of assessment even if the documentation relates to assessments of other taxpayers. (See *M.N.R. v. Huron Steel Fabricators (London) Ltd. and Fratschko*, [1973] C.T.C. 422; 73 D.T.C. 5347.)

An assessment must state clearly the amount assessed so as to make the taxpayer aware of it. If supplementary information is required to clarify an assessment, the assessment is not complete. This is the situation in the appeal at bar.

That decision was followed in *Premachuck (E.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2630 (T.C.C.), where the notice of assessment failed to delineate separately the tax liability under different taxing statutes. Kempo T.C.J. adopted the views of Rip T.C.J. and ruled accordingly. At page 2639, he said:

As the facts in *Leung* and the analysis, reasoning, and conclusion herein of Judge Rip are essentially non-distinguishable from the situation at bar, there is no reason why the outcome for this taxpayer should be any different.

Cour de l'impôt a rejeté la thèse du contribuable qui soutenait que l'intimé était tenu de lui fournir copie des avis de cotisation envoyés à la compagnie. Le juge Bonner conclut, à la page 2238:

^a Je rejette catégoriquement toute allégation voulant que la production de copies des avis de cotisation destinés au débiteur principal soit une condition préalable à l'imposition d'un assujettissement à un administrateur en vertu de l'article 227.1. Rien dans la loi ne laisse supposer qu'il existe une telle condition préalable. Il ne fait aucun doute qu'il faut fournir à l'administrateur tous les détails entourant les circonstances qui donnent lieu à l'assujettissement de la compagnie, assujettissement que le ministre tente d'imposer à l'administrateur. Cependant, l'assujettissement de ce dernier ne dépend pas de la capacité du ministre de produire soit la feuille de papier qu'était l'avis de cotisation, soit une photocopie ou autre double de ce document. Après tout, le ministre doit avoir envoyé à la société l'avis de cotisation original.

^a Dans l'affaire *Leung*, jugée par la Cour de l'impôt, le juge Rip a déclaré [aux pages 2277 et 2278]:

^e L'avis de cotisation envoyé à M. Leung fait également état d'avis de cotisation envoyés antérieurement à Eastern. Une fois qu'une personne a cessé d'être administrateur d'une corporation, il peut lui être extrêmement difficile, sinon impossible, d'obtenir de cette corporation des renseignements précis sur les cotisations établies à l'égard de la corporation qui ont amené cette personne à être cotisée. Par conséquent, l'intimé doit, de son propre chef, fournir au contribuable la documentation mentionnée dans l'avis de cotisation, même si cette documentation porte sur des cotisations applicables à d'autres contribuables. (Voir *M.N.R. c. Huron Steel Fabricators (London) Ltd. et Fratschko*, [1973] C.T.C. 422; 73 D.T.C. 5347.)

^g Une cotisation doit indiquer clairement le montant d'impôt établi de manière à en informer le contribuable. Si des renseignements supplémentaires sont nécessaires pour préciser une cotisation, cette dernière n'est pas complète. Or, c'est la situation que nous constatons en l'espèce.

ⁱ Cette décision a été reprise dans l'affaire *Premachuck (E.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2630 (C.C.I.), affaire dans laquelle l'avis de cotisation ne distinguait pas le montant des obligations fiscales incombant au contribuable au titre des dispositions fiscales de divers textes de loi. Le juge Kempo, de la Cour de l'impôt, se rangea aux raisons de son collègue le juge Rip et rendit une décision dans le même sens. Il déclare ainsi, à la page 2639 du recueil, que:

Étant donné que les faits de l'affaire *Leung*, ainsi que l'examen, le raisonnement et la conclusion du juge Rip sont essentiellement identiques à ceux de l'espèce, je ne vois pas pourquoi le résultat devrait être différent dans ce cas-ci.

A similar issue came up again before Rip T.C.J. in *Wallace (M.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2341. At page 2344, he referred to his previous decision in *Leung, supra*, and added the following comments:

I do not think I should leave this motion without referring the parties, in particular Mr. Wallace, to the recent decision of *Joseph Leung v. M.N.R.* [1991] 2 C.T.C. 2268; 91 D.T.C. 1020, in which I held that an assessment, the form of notice of which was substantially identical to the notice of assessment sent [*sic*] to Mr. Wallace, is not a proper assessment and should be vacated. The respondent's motion has served to illustrate the difficulty and confusion a taxpayer may experience on receipt of a notice of assessment for a single sum of money which, the respondent informs the taxpayer, is a liability under several statutes. When Mr. Wallace filed his appeals it was through no fault of his that he did not know what he was being assessed. As I indicated in *Leung*, in communicating with taxpayers the respondent has an obligation to ensure that such communication is unambiguous and capable of being understood by the average taxpayer.

In *Kirby (R.) v. M.N.R.*, *supra*, Teskey T.C.J. was faced with a similar worded notice of assessment as in *Leung, supra*. Teskey T.C.J. followed the decision of Rip T.C.J. in *Leung* and held the assessment to be invalid as it failed to provide sufficient information to the taxpayer. At pages 2643-2645, Teskey T.C.J. made the following comments:

I accept and adopt the decision of Rip, T.C.J. in *Leung, supra*, and find that herein there was supplementary information required to clarify the assessment, the information being not only the breakdown of the liability being assessed but included the periods over which the liability applies and the amounts. Thus, the assessment at the time the notice of confirmation was sent to the appellant as a result of his objection was not complete.

This leaves the Court to determine the third and final issue; namely, can the required supplementary information be supplied in the reply to the notice of appeal and if the information in the reply is in error, can it be rectified by evidence at the trial in these circumstances to complete the assessment. I think not. I am satisfied that once a notice of confirmation is delivered to a taxpayer in response to a 227(10) assessment, it is too late to complete the assessment.

Le juge Rip, de la Cour de l'impôt, eut à connaître d'une question analogue dans l'affaire *Wallace (M.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2341. À la page 2344, il se réfère à la décision qu'il a rendue précédemment dans l'affaire *Leung* (précitée) et ajoute que:

Je ne pense pas qu'il convienne de laisser la présente requête sans renvoyer les parties, en particulier M. Wallace, à la récente affaire *Joseph Leung c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2268; 91 D.T.C. 1020, dans laquelle j'ai statué qu'une cotisation dont la forme de l'avis était essentiellement identique à celle de l'avis de cotisation envoyé à M. Wallace n'est pas une cotisation appropriée et devrait être annulée. La requête de l'intimé a servi à illustrer la difficulté et la confusion qu'un contribuable peut connaître sur réception d'un avis de cotisation portant sur une seule somme d'argent qui, l'intimé en informe le contribuable, est une obligation sous le régime de plusieurs lois. Lorsque M. Wallace a déposé ses appels, ce n'était pas sa faute s'il ne savait pas ce qui faisait l'objet de sa cotisation. Ainsi que je l'ai fait savoir dans l'affaire *Leung*, en communiquant avec les contribuables, l'intimé est tenu de s'assurer qu'une telle communication est claire et peut être comprise par le contribuable moyen.

Dans l'affaire *Kirby (R.) c. M.R.N.* (précitée) le juge Teskey, de la Cour de l'impôt, a eu à se pencher sur un avis de cotisation rédigé sous une forme comparable à celui mis en cause dans l'affaire *Leung* (précitée). Le juge Teskey a repris à son compte la décision rendue par le juge Rip, de la Cour de l'impôt, dans l'affaire *Leung*, concluant à l'invalidité de la cotisation dans la mesure où elle ne donnait pas au contribuable suffisamment de renseignements. Voici les observations du juge Teskey, de la Cour de l'impôt, reproduites aux pages 2643 à 2645 du recueil:

Je fais mienne la décision rendue par le juge Rip de la C.C.I. dans l'affaire *Leung, supra*, et je conclus qu'en l'espèce il fallait des renseignements supplémentaires pour clarifier la cotisation. Ces renseignements devaient être non seulement une ventilation du montant faisant l'objet de la cotisation mais également les périodes visées par la cotisation et les montants. Par conséquent, la cotisation au moment où l'avis de ratification a été envoyé à l'appellant par suite de son opposition n'était pas complète.

Il reste à trancher le troisième point litigieux et qui est le dernier, à savoir si les renseignements supplémentaires requis peuvent être fournis dans la réponse à l'avis d'appel et si, les renseignements dans la réponse étant erronés, on peut les corriger au moyen des éléments de preuve produits au procès dans ces circonstances pour compléter la cotisation. Je ne le pense pas. Je suis persuadé qu'une fois qu'un avis de ratification a été délivré à un contribuable par suite d'une cotisation fondée sur le paragraphe 227(10), il est trop tard pour compléter la cotisation.

The remedy available to the Minister after confirmation if the 227(10) assessment is incomplete, is to reassess provided the applicable limitation periods have not expired.

It is believed that the missing required information was prejudicial to the appellant and would lead to confusion. These deficiencies are so substantial that the assessment could not be cured in this manner. Without knowing [in] what months the defaults occurred, it is impossible for a solicitor to properly advise an assessed director client. This also applies to the amounts involved pursuant to the various statutes. What the Minister did in his reply and produced by sworn testimony, is give evidence of what he did, but it does not complete the assessment. It must be remembered that this is not the usual type of tax case where the facts are usually within the full knowledge of the taxpayer. Herein the Minister when making his assessment against Reliance did so after a full audit of Reliance was completed. Thus, he had full knowledge of all the relevant facts, whereas the directors may or may not have [had] full knowledge of the necessary facts to allow a solicitor to properly advise.

In the case of *Corazza (F.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2023, Bowman T.C.J. adopted the same principle. He found the assessment issued to the taxpayer to be confusing as it mentioned a single amount of tax assessed while referring to the taxpayer's liability under four statutes. The learned Judge made the following comments at pages 2033-2034:

In *Leung (J.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2268, 91 D.T.C. 1020, which was decided after *Deerhurst Resorts Ltd. v. M.N.R.*, [1989] 2 C.T.C. 2082, 89 D.T.C. 352, Judge Rip of this Court held that an omnibus notice of assessment which was virtually identical to the document issued in this case was invalid on the basis that it was so inadequate that it did not fulfil the statutory requirement that notice be sent. I am, respectfully, in complete agreement with his conclusion. A piece of paper emanating from the Department of National Revenue listing sections from four different statutes, two sections of which are misdescribed, and setting out one global amount is not a notice of assessment under any one of those statutes. A document is not a notice of assessment under a particular statute unless, at a bare minimum, it informs the taxpayer of the quantum of his liability under that statute.

This is a matter of substance, not of form. The Minister must inform the taxpayer that the operation of assessment has taken place. He has not done so here.

Le recours possible du ministre après la ratification si la cotisation fondée sur le paragraphe 227(10) est incomplète consiste à établir une nouvelle cotisation, pourvu que les délais applicables ne soient pas écoulés.

a

On croit que l'absence des renseignements requis a porté préjudice à l'appelant et a créé de la confusion. Ces vices sont si substantiels que la cotisation ne saurait être corrigée de cette manière. Sans connaître les mois pour lesquels les défauts de versement ont eu lieu, il est impossible pour un procureur de conseiller correctement un client administrateur. Ce raisonnement s'applique également aux montants en cause en vertu des différentes lois. Dans sa réponse et son témoignage sous serment, le ministre a témoigné sur ce qu'il a fait, mais cela ne complète pas pour autant la cotisation. On doit se rappeler qu'il ne s'agit pas en l'espèce du type habituel d'affaire fiscale où le contribuable a en règle général pleinement connaissance des faits. En l'espèce, le ministre a établi sa cotisation à l'égard de Reliance après avoir effectué une vérification complète de cette dernière. Ainsi, il avait pleinement connaissance de tous les faits pertinents, alors que les administrateurs peuvent avoir ou ne pas avoir une pleine connaissance des faits nécessaires pour permettre à un procureur de les conseiller correctement.

Dans l'affaire *Corazza (F.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2023, le juge Bowman, de la Cour de l'impôt, a suivi la même démarche. Il a estimé que la cotisation émise au contribuable prêtait à confusion étant donné qu'elle faisait état, au titre de l'impôt, d'une somme unique, tout en invoquant les obligations fiscales du contribuable au titre de quatre lois distinctes. Voici reproduites, aux pages 2033 et 2034 du recueil, les observations du savant juge:

Dans l'arrêt *Leung (J.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2268, 91 D.T.C. 1020, qui a été rendu après l'arrêt *Deerhurst Resorts Ltd. c. M.R.N.*, [1989] 2 C.T.C. 2082, 89 D.T.C. 352, le juge Rip, de la présente Cour, a statué que l'avis de cotisation général qui était presque identique au document émis en l'espèce n'était pas valide en tenant compte du fait qu'il était tellement insatisfaisant qu'il ne remplissait pas l'exigence prévue par la loi relativement à l'envoi d'un avis. Respectueusement, je partage entièrement l'avis du juge. Un morceau de papier provenant du ministère du Revenu national et sur lequel sont indiqués des articles de quatre différentes lois, dont deux ont été mal cités, et faisant état d'un montant global n'est pas un avis de cotisation en vertu de l'une ou l'autre de ces lois. Un document n'est pas considéré comme un avis de cotisation en vertu d'une loi particulière sauf si, à tout le moins, il informe le contribuable du montant de son obligation en vertu de cette loi.

Il s'agit d'une question de fond et non de forme. Le ministre doit informer le contribuable que l'opération de cotisation a eu lieu. Il ne l'a pas fait en l'espèce.

In *Wallace (M.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2341, 91 D.T.C. 1134, Judge Rip was faced with the same type of cryptic purported notice of assessment as I am in this case. It listed four statutes under which the Minister of National Revenue alleged that he had assessed. The taxpayer appealed to this Court. The Minister brought a motion to quash the appeal on the basis that, notwithstanding the statement in the purported notice of assessment that tax had been assessed under section 227.1 of the federal *Income Tax Act*, in fact nothing had been assessed under the federal *Income Tax Act*. There is nothing in the material before me to indicate that the Minister has not done the same thing here as he appears to have done in a number of other directors' liability cases; he has, evidently without making any independent separate ascertainment of liability under the statutes which he purports to apply, automatically and mechanically issued a document bearing a fixed wording identical to that which we have here.

To refer to section numbers that have, on consolidation, been renumbered, to give no breakdown of the amounts, if any, purportedly assessed under the four statutes, and then to argue that the taxpayer should be denied a right to contest his liability under three of the four statutes, exemplifies bureaucratic arrogance and indifference to the rights of taxpayers. The applicant was not even given copies of the underlying corporate assessments upon which the purported assessments were based.

In *ISC International Systems Consultants Ltd. v. Canada (M.N.R.)*, [1993] T.C.J. No. 40 (QL), 92-5(CPP) and 92-19(UI), unreported, Teskey T.C.J. again followed Rip T.C.J.'s decision in *Leung, supra*, and found the assessments sent to the appellant to be null and void.

In *Vogt v. Minister of National Revenue* (1991), 3 B.L.R. (2d) 310 (T.C.C.), Mogan T.C.J. found that the taxpayer had exercised due diligence as required under subsection 227.1(3). Therefore, Mogan T.C.J. did not consider whether the decision in *Leung, supra*, applied to the issue before him. At pages 311-312, he stated:

The appellant attacks the assessment in two different ways. He relies on the recent decision of this court in *Leung v. Minister of National Revenue*, 91 D.T.C. 1020, [1991] 2 C.T.C. 2268 (T.C.C.) to argue that the assessment is incomplete because it fails to specify the amounts assessed under the four different statutes: the federal *Income Tax Act*, the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C. 1985, c. U-1, the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 and the *Income Tax Act* of Nova Scotia,

Dans l'arrêt *Wallace (M.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2341, 91 D.T.C. 1134, le juge Rip a, tout comme moi, été saisi du même genre de situation, soit un prétendu avis de cotisation ambigu. Cet avis énumérait les quatre lois en vertu desquelles le ministre du Revenu national avait présumément établi la cotisation. Le contribuable a interjeté appel devant la présente Cour. Le ministre a demandé que soit rejeté l'appel en tenant compte du fait que, nonobstant la déclaration dans la prétendu avis de cotisation que l'impôt avait été établi en vertu de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* fédérale, aucune cotisation, dans les faits, n'avait été établie en vertu de cette loi. Rien dans les documents dont j'ai été saisi n'indique que le ministre n'a pas, dans l'affaire qui nous occupe, procédé comme il semble l'avoir fait à l'égard des obligations de nombreux autres administrateurs. Il a, de toute évidence sans avoir au préalable établi des obligations distinctes en vertu des lois qu'il prétend appliquer, automatiquement et mécaniquement émis un document comportant un libellé type identique à celui qui est devant nous.

Le fait de renvoyer à des numéros d'articles qui ont, après consolidation, été changés, de ne pas donner de ventilation des montants, si montant il y a, présumément établis en vertu des quatre lois et ensuite de prétendre que le contribuable devrait se voir refuser le droit de s'opposer à son obligation en vertu de trois des quatre lois est un exemple typique de l'arrogance et de l'indifférence d'une bureaucratie à l'égard des droits des contribuables. L'appellant n'a même pas reçu de copie des cotisations de la personne morale sur lesquelles les prétendues cotisations ont été fondées.

Dans l'affaire *ISC International Systems Consultants Ltd. c. Canada (M.N.R.)*, [1993] A.C.I. n° 40 (QL), 92-5(RPC) et 92-19(AC), jugement non publié, le juge Teskey, de la Cour de l'impôt, reprend lui aussi à son compte la décision rendue par son collègue le juge Rip dans l'affaire *Leung* (précitée), estimant que les cotisations transmises à l'appelante étaient nulles et non avenues.

Dans l'affaire *Vogt c. Ministre du revenu national* (1991), 3 B.L.R. (2d) 310 (C.C.I.), le juge Mogan, de la Cour de l'impôt, a décidé que le contribuable avait fait preuve de la diligence que lui impose le paragraphe 227.1(3) et n'a donc pas eu à décider si la décision rendue dans l'affaire *Leung* (précitée), s'appliquait à l'affaire qui lui était soumise. Il est ainsi cité, aux pages 311 et 312, comme déclarant que:

[TRADUCTION] L'appellant conteste la cotisation pour un double motif. Il invoque la décision récemment rendue par cette Cour dans l'affaire *Leung c. Ministre du revenu national*, 91 D.T.C. 1020, [1991] 2 C.T.C. 2268 (C.C.I.) faisant valoir que la cotisation est incomplète dans la mesure où elle ne précise pas les montants qui lui sont réclamés au titre de quatre lois différentes: la *Loi de l'impôt sur le revenu* fédérale, la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, la *Loi sur le*

R.S.N.S. 1989, c. 217. He also argues that he exercised the required degree of care, diligence and skill under subs. 227.1(3). Counsel for the appellant stated that he relied on both arguments but the decision in *Leung* as a question of law could possibly be reversed in a higher court. I will therefore, consider first the due diligence argument under subs. 227.1(3).

And at page 316, Mogan T.C.J. concluded in the following way:

Having decided that the appellant exercised the required degree of care and diligence under subs. 227.1(3) of the *Income Tax Act*, it is not necessary for me to determine whether the recent decision of this court in *Leung v. Minister of National Revenue*, 91 D.T.C. 1020, [1991] 2 C.T.C. 2268 (T.C.C.) applies to the Notice of Assessment dated March 21, 1989 which is under appeal herein. I would simply observe, however, from the details in para. 4(i) of the respondent's reply to the Notice of Appeal and from the words appearing in the notice of assessment that the decision in *Leung* appears to apply.

Mogan T.C.J. later applied Rip T.C.J.'s judgment in *Fitzgerald (G.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2595, where he held that the assessments in issue were deficient in as much as they contained no information as to the particular payroll periods to which the unremitted source deductions in issue related, and as they did not isolate the particular amount owing by the taxpayer under the *Income Tax Act*.

In *Curylo (R.M.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2389, however, Beaubier T.C.J. held that the notice of assessment issued to the appellant had sufficient information to enable him to dispute the assessment, even though the said assessment bore the amended corporation's name while the certificate filed by the Minister bore the corporation's previous name. Beaubier T.C.J. found the assessment to be adequate as it referred the taxpayer to the pertinent sections of the Act and further held that the decision in *Leung, supra*, did not apply to the facts of the case at bar. At pages 2392-2393, Beaubier T.C.J. stated:

Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8 et la *Loi de l'impôt sur le revenu* de la Nouvelle-Écosse, L.R.N.-E. 1989, ch. 217. Il fait également voir qu'il a exercé le degré de soin, de diligence et d'habileté prévu au paragraphe 227.1(3). L'avocat de l'appellant a déclaré se fonder sur ces deux arguments, mais la solution apportée, sur un point de droit, par le jugement rendu dans l'affaire *Leung* est susceptible d'être infirmée par un tribunal supérieur. Je vais donc examiner, en premier lieu, l'argument fondé sur l'exercice du degré de diligence prévu au paragraphe 227.1(3).

À la page 316, le juge Mogan, de la Cour de l'impôt, conclut en ces termes:

Ayant décidé que l'appellant avait exercé le degré de soin et de diligence que lui impose le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il n'y a pas lieu pour moi de décider si la décision récemment rendue par la Cour dans l'affaire *Leung c. Ministre du revenu national*, 91 D.T.C. 1020, [1991] 2 C.T.C. 2268 (C.C.I.) s'applique à l'avis de cotisation en date du 21 mars 1989 sur lequel porte le présent appel. Je tiens simplement à relever, cependant, que, d'après les détails fournis à l'alinéa 4(i) de la réponse à l'avis d'appel de l'intimé, et d'après le libellé de l'avis de cotisation, il semblerait que la décision rendue dans l'affaire *Leung* s'applique effectivement en l'espèce.

Plus tard, dans l'affaire *Fitzgerald (G.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2595, le juge Mogan de la Cour de l'impôt reprend encore à son compte le raisonnement de son collègue le juge Rip, estimant que les cotisations en cause étaient défectueuses car elles ne précisaient pas les périodes de paye concernées par le non-versement des retenues effectuées à la source et n'indiquaient pas séparément le montant dû par le contribuable au titre de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dans l'affaire *Curylo (R.M.) c. M.R.N.*, [1992] 1 C.T.C. 2389, le juge Beaubier, de la Cour de l'impôt, a cependant estimé que l'avis de cotisation transmis à l'appellant contenait suffisamment de renseignements pour permettre à celui-ci de contester la cotisation, bien que celle-ci ait porté la raison sociale modifiée de la corporation, alors que le certificat déposé par le ministre portait la raison sociale antérieure. Le juge Beaubier a trouvé la cotisation adéquate dans la mesure où elle indiquait, à l'intention du contribuable, les dispositions pertinentes de la Loi, estimant également que la décision rendue dans l'affaire *Leung* (précitée), ne s'appliquait pas en l'espèce. Voici, sur ce point, les propos du juge Beaubier, de la Cour de l'impôt, rapportés aux pages 2392 et 2393 du recueil:

The appellants' third issue argued is that the notice of assessment to each appellant fails to provide sufficient information as required by the principles set out in *Leung, supra*.

Here the notice of assessment of the appellants only related to subsection 227.1(1) of the *Income Tax Act*.

Thus the appellants are each assessed for tax under the *Income Tax Act* of \$2,701,921.88. They can dispute that amount. They were directors at the time that amount came into question and they may have full knowledge respecting that amount. They may have had a duty as directors to have full knowledge respecting that amount. In any event, they can subpoena witnesses and documents in this Court for the purposes of any dispute they may have respecting that amount of tax and the Court has jurisdiction to issue those subpoenas and hear that dispute.

In *Leung, supra*, Judge Rip stated at page 2277 (DTC 1027):

The Act provides for the Minister to assess a person for an amount payable under a provision of the Act. I ask myself if the appellant, reading the notice with respect to the assessment in issue, can reasonably determine the amount he was assessed under the Act and the reason for the assessment.

In the case of the appellants, the Court finds that they can. Nothing more is necessary to be contained in the notice of assessment.

The *Leung* decision was also distinguished by Rip T.C.J. in the case of *Roll (R.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2060. The learned Judge held in that case that the assessment issued to the taxpayer was not confusing in the circumstances, and therefore, the principles he established in *Leung* did not apply to the case at bar. At pages 2064-2065, Judge Rip stated:

I wish to discuss the appellant's first submission, that since the amount of income tax assessed also includes unemployment insurance premiums not remitted he was confused as to his liability under the *Income Tax Act*. This is not the fact situation which would find support in *Leung*. The notice of assessment states the appellant has been assessed under the *Income Tax Act*. The appellant knew, from reading the notice, the statute under which he has been assessed. If the amount assessed included a liability under another statute, the amount assessed is in error and the court would allow the appeal and vary the assessment reducing the quantum to the extent of the amount included under the other statute. It is under the provisions of the *Income Tax Act* only that the appellant is to challenge the assessment; he is not prejudiced in preparing his case that a

La troisième question soulevée par les appelants porte sur le fait que l'avis de cotisation envoyé à chaque appellant ne donne pas suffisamment de renseignements comme l'exigent les principes énoncés dans l'affaire *Leung, supra*.

En l'espèce, l'avis de cotisation des appelants a seulement trait au paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Ainsi donc, on a fixé, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'impôt à payer par chacun des appelants, soit la somme de 2 701 921,88 \$. Ils peuvent contester cette somme. Ils étaient administrateurs à l'époque où ce montant a été mentionné et ils peuvent en savoir beaucoup à propos de cette somme. Ils peuvent avoir eu l'obligation, en tant qu'administrateurs, d'en savoir beaucoup concernant cette somme. En tout état de cause, ils peuvent citer à comparaître des témoins et faire produire des documents devant cette Cour aux fins de contester, le cas échéant, ce montant d'impôt, et la Cour a compétence pour délivrer ces subpoenas et être saisie de ce litige.

Dans la décision *Leung, précitée*, le juge Rip a déclaré à la page 2277 (DTC 1027):

Selon la loi, le ministre impose à une personne un montant payable en vertu des dispositions de la Loi. Je me demande si l'appellant, en lisant l'avis de cotisation en cause, peut raisonnablement déterminer le montant qui lui a été imposé aux termes de la Loi ainsi que le motif de la cotisation.

En ce qui concerne les appelants, la Cour constate qu'ils le peuvent. Rien de plus ne doit figurer dans l'avis de cotisation.

Dans l'affaire *Roll (R.) c. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2060, le juge Rip, de la Cour de l'impôt, a également opéré une distinction d'avec la décision rendue dans l'affaire *Leung*. Le savant juge a en effet estimé que la cotisation émise au contribuable ne prêtait pas à confusion en l'espèce et que, par conséquent, les principes qu'il avait posés dans l'affaire *Leung* ne s'appliquaient pas. Voici, sur ce point, les déclarations du juge Rip, rapportées aux pages 2064 et 2065:

J'aimerais me pencher sur la première observation de l'appellant, selon laquelle il n'était pas certain de ses obligations en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, du fait que le montant de la cotisation comprenait également des cotisations d'assurance-chômage non remises. Les faits en l'espèce sont différents de ceux qui ont été établis dans l'arrêt *Leung*. Dans l'avis de cotisation, on signale que la cotisation à l'égard de l'appellant a été établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En prenant connaissance de l'avis, l'appellant savait en vertu de quelle loi sa cotisation avait été établie. Si le montant fixé comprenait une somme à payer en vertu d'une autre loi, le montant fixé serait erroné et la Cour admettrait l'appel et modifierait la cotisation en la réduisant jusqu'à concurrence du montant visé par l'autre loi. L'appellant ne peut contester la cotisation qu'en

quantum of the assessment is wrong. Just about all objections and appeals are from assessments for tax the taxpayer views as excessive. The assessment against Roll is not incomplete; the appellant knew he was assessed under one statute only, the *Income Tax Act*. I do not accept his claim he, a chartered accountant, was confused by the notice.

The appellant's counsel also submitted that the assessment is not a good assessment because it is not complete; the dates of failure of Perspectra to remit are not specified and the period Roll was a director is not specified.

The question then, is what particulars of the assessment must the respondent inform the individual ("taxpayer") assessed under subsection 227.1(1) of the Act when he assesses at a time the taxpayer is no longer a director of the particular corporation? The taxpayer, of course, must be in a position when he reads the notice of assessment to know—or to be capable of knowing—the date or dates the corporation failed to remit so that he may consider whether he was a director at the time of the failure by the corporation. He may then determine whether he exercised the degree of care, diligence and skill at the time of the failure so as not to be jointly and severally liable with the corporation: subsection 227.1(3). The appellant is in fact arguing that the information in the notice of assessment sent to him referring to the dates of the notices of assessment against Perspectra "for period while you were a director of the company" is not sufficient. The notice of assessment must inform the taxpayer the precise dates of the failures of the corporation to remit, it was argued.

Whether or not a taxpayer is prejudiced by lack of information contained in a notice of assessment will depend on the facts surrounding the issuance of the assessment. In the appeal at bar the appellant was not only a director of Perspectra until May 1, 1985 but was the person at Perspectra who was responsible for remitting source deductions to the Receiver General. He knew of the failures to remit prior to that date. He also knew, when he received the notice of assessment in appeal, the date he resigned as director. If the respondent disagreed with him as to the effective date of his resignation as director, such dispute would have been raised in the pleadings of the parties and there would have been no prejudice to the appellant in prosecuting his appeal. This is not the situation contemplated by Bonner, T.C.J. in *Crossley*, *supra* and with which I agreed in *Leung*, *supra*.

In short, Roll has been assessed for a specific amount under the provisions of the Act. Upon receipt of the notice of assessment he knew that if he did not agree with the assessment, he

vertu des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; le fait que le montant de la cotisation soit incorrect ne lui porte pas préjudice dans la préparation de sa cause. Presque tous les appels et oppositions portent sur des cotisations d'impôt que le contribuable juge excessives. La cotisation établie à l'égard de M. Roll n'est pas incomplète; l'appelant savait que sa cotisation était établie en vertu d'une seule loi, la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Étant donné qu'il est comptable agréé, je n'accepte pas ses prétentions selon lesquelles il n'était pas certain de ses obligations, d'après l'avis reçu.

L'avocat de l'appelant a également déclaré que la cotisation n'était pas valide puisqu'elle était incomplète; les dates auxquelles la Perspectra a omis de remettre les retenues et la période pendant laquelle M. Roll a été administrateur ne sont pas précisées.

Il faut donc déterminer quels renseignements précis concernant la cotisation l'intimé doit communiquer au particulier («de contribuable») à l'égard duquel une cotisation a été établie en vertu du paragraphe 227.1(1) de la Loi, lorsque la cotisation est établie à un moment où le contribuable n'est plus administrateur de la corporation. De toute évidence, le contribuable doit être en mesure, lorsqu'il prend connaissance de l'avis de cotisation, de savoir à quelles dates la corporation a omis de verser de l'impôt, afin qu'il puisse déterminer s'il était administrateur à ce moment-là. Il peut alors déterminer s'il a agi, au moment de l'omission, avec le degré de soin, de diligence et d'habileté requis pour ne pas être tenu solidairement responsable avec la corporation (paragraphe 227.1(3)). En réalité, l'appelant juge insuffisante l'information—contenue dans l'avis de cotisation qui lui a été envoyé—relative aux dates des avis de cotisation établis à l'égard de la Perspectra [TRADUCTION] «pour la période pendant laquelle vous étiez un administrateur de la corporation». Il soutient que l'avis de cotisation doit informer le contribuable des dates précises des omissions commises par la corporation.

Ce n'est qu'en examinant les faits entourant l'établissement de la cotisation que l'on peut déterminer si l'absence d'information dans un avis de cotisation porte ou non préjudice au contribuable. En l'espèce, l'appelant était non seulement administrateur de la Perspectra jusqu'au 1^{er} mai 1985, mais il était responsable du versement des retenues à la source au receveur général. Il savait avant cette date que des sommes n'avaient pas été remises. Il connaissait également, lorsqu'il a reçu l'avis de cotisation faisant l'objet du présent appel, la date de sa démission en tant qu'administrateur. Si l'intimé n'avait pas été d'accord avec l'appelant au sujet de la date d'entrée en vigueur de la démission de ce dernier à titre d'administrateur, ce différend aurait été soulevé dans les actes de procédure des parties et l'appelant n'aurait subi aucun préjudice à poursuivre son appel. Ce n'est pas la situation qui avait été envisagée par le juge Bonner, C.C.I., dans l'affaire *Crossley* (précitée) et à propos de laquelle je me suis déclaré d'accord dans l'arrêt *Leung* (précité).

En résumé, la cotisation établie à l'égard de M. Roll portait sur un montant précis en vertu des dispositions de la Loi. Sur réception de l'avis de cotisation, il savait que, s'il n'était pas

must object and appeal under the provisions of the Act—and he did so.

In her article, “Director’s Liability: An Update”, 1991 Conference Report (*Report of Proceedings of the 43rd Tax Conference*), Evelyn P. Moskowitz notes that in a number of recent cases, assessments issued against directors under section 227.1 have been set aside on the basis that the notices of assessment did not clearly inform the directors of their liability under the Act. At pages 47:5 and 47:6, she summarizes the reasons set out by the Tax Court of Canada for holding an assessment invalid in such cases:

To summarize, a section 227.1 assessment is invalid if it does not contain all of the following information:

1) the specific amount owing under section 227.1, as distinct from other amounts for which the director may be liable under other statutes;

2) the interest and penalty, if any, applicable to the specific amount referred to in point (1) above, as distinct from any interest or penalty for which the director may be liable under other statutes;

3) the reason for the assessment—that is, a failure to remit, a failure to withhold, or a failure to pay (this latter failure applies where the corporation has failed to pay part VII or part VIII tax owing by it); and

4) the date(s) on which the failure(s) in question occurred—that is, the relevant date(s). This information is crucial to the taxpayer because, as stated above, he will be liable only if he was a director on such date(s).

Arguably, the notice of assessment should also contain a reference to those provisions of subsection 227.1(2) on which Revenue Canada is relying in pursuing its claim against the director. Such information will enable the director to determine whether Revenue Canada has complied with the requirements of that subsection regarding any assessment against the director.

It should be noted that it is not a defence to an otherwise invalid assessment that the taxpayer could have obtained the necessary information from Revenue Canada had he made the effort to do so or that the information was already contained in the notice of assessment issued to the corporation.

d’accord, il devait s’opposer à la cotisation et interjeter appel en vertu des dispositions de la Loi, ce qu’il a fait.

Dans son article intitulé «Director’s Liability: An Update», 1991 Conference Report (*Report of Proceedings of the 43rd Tax Conference*), Evelyn P. Moskowitz relève que, dans plusieurs affaires récentes, les tribunaux ont annulé les cotisations émises à l’encontre d’administrateurs de corporations en vertu de l’article 227.1, au motif que les avis de cotisation ne précisaient pas suffisamment la responsabilité incombant aux administrateurs aux termes de la Loi. Aux pages 47:5 et 47:6, elle résume les motifs exposés par la Cour canadienne de l’impôt pour conclure à l’invalidité, en de pareilles affaires, de la cotisation:

[TRADUCTION] Pour résumer, toute cotisation fondée sur l’article 227.1 sera invalide si elle ne contient pas l’ensemble des renseignements suivants:

1) la somme précise due aux termes de l’article 227.1, somme qu’il convient de distinguer des autres sommes que l’administrateur pourrait être tenu de verser aux termes d’autres lois;

2) les intérêts et pénalités pouvant se rattacher à la somme dont il est question au premier paragraphe, et qu’il convient de distinguer des intérêts ou des pénalités auxquels l’administrateur peut être tenu en vertu d’autres lois;

3) les motifs de la cotisation—c’est-à-dire le non-versement, ou le fait de ne pas avoir effectué une retenue à la source, ou de ne pas avoir payé (ce dernier manquement s’entend des cas où la corporation a omis de verser les impôts qu’elle devait en vertu de la Partie VII ou de la Partie VIII); et

4) la ou les date(s) des manquements en question—c’est-à-dire la ou les date(s) pertinente(s). Ce renseignement revêt, pour le contribuable, une importance capitale étant donné que, ainsi que nous l’avons noté plus haut, sa responsabilité ne peut être engagée que s’il était effectivement administrateur aux dates en question.

On pourrait également soutenir que l’avis de cotisation devra aussi faire état des dispositions du paragraphe 227.1(2) sur lesquelles se fonde Revenue Canada pour réclamer à l’administrateur les sommes que le fisc estime dues. Ces renseignements permettront à l’administrateur de vérifier si Revenue Canada a respecté les conditions prévues dans ce paragraphe en matière de cotisation émise à l’encontre d’un administrateur.

Notons que Revenu Canada ne peut pas, à l’appui d’une cotisation par ailleurs invalide, faire valoir que le contribuable aurait pu obtenir, auprès du Ministère, les renseignements nécessaires s’il en avait fait l’effort, ou que les renseignements en cause figuraient déjà dans l’avis de cotisation transmis à la corporation.

FINDINGS ON VALIDITY OF THE ASSESSMENT

I should first observe that in dealing with a section 227 process, the amounts claimed in an assessment are not the usual kind of debt owed by one taxpayer for which another taxpayer might be held vicariously liable. The amounts in the assessment before me are trust funds which the Corporation withheld and which were not remitted to the Crown. Such conduct might be regarded at best as a serious breach of trust and at worst misappropriation of funds belonging to someone else. There is no evidence before me as to what is the mental state of corporation directors or managers when these things happen, but if one considers the frequency of cases where section 227 is used, one might conclude that such trust funds are often treated with reprehensible banality. Deductions at the source can never be used to ease cash flow problems.

The second observation is that recourse to a section 227 assessment is only available when the Crown has absolutely no hope of recovery. This is made clear by the provisions of subsection 227.1(2) where directors' liability only applies when the conditions set out therein are met.

The third observation is that liability under subsections 227.1(3) and 227.1(4) does not attach to a director *juris et de jure*. A director may establish that he was not a director, or that he exercised due diligence, or that the two-year limitation applies.

The fourth observation is that the imposition of that kind of liability on a third person, keeping in mind that a corporation is a distinct entity from its directors, is not unique under the *Income Tax Act*, but it is nevertheless exceptional. It opens the door to some speculation as to whether in any particular case, the requirements of a notice of assessment may be

CONCLUSIONS TOUCHANT LA VALIDITÉ DE LA COTISATION

Il y a d'abord lieu de noter que, en ce qui concerne les procédures se rattachant à l'article 227, les sommes dont il est fait état dans les cotisations ne correspondent pas au genre habituel de dette à laquelle un contribuable peut être tenu par substitution à l'obligation fiscale incombant à un autre contribuable. Les montants dont il est fait état dans la cotisation sont, en l'espèce, des sommes que la corporation avait retenues à titre de fiduciaire, sommes qu'elle n'avait pas ensuite reversées à la Couronne. Il s'agit soit d'un grave abus de confiance, soit d'un détournement de sommes d'argent appartenant à autrui. Le dossier ne contient aucun élément touchant les intentions des administrateurs ou des gestionnaires de la corporation à l'époque de ces agissements mais, compte tenu de la fréquence des affaires fondées sur l'article 227, on pourrait conclure que de tels fonds en fiducie sont souvent traités avec une désinvolture condamnable. Les retenues à la source ne devraient jamais alimenter, ne serait-ce que provisoirement, la trésorerie d'une entreprise.

Il convient, en second lieu, de noter que la Couronne ne peut recourir à une cotisation fondée sur l'article 227 que dans les cas où elle n'a absolument aucun autre espoir de recouvrement. Cela découle clairement des dispositions du paragraphe 227.1(2) qui prévoient que la responsabilité des administrateurs ne pourra être engagée que dans certaines conditions qui y sont précisées.

Troisièmement, l'engagement de la responsabilité d'un administrateur au titre des paragraphes 227.1(3) et 227.1(4) n'est pas *juris et de jure*. Ainsi, un administrateur pourra démontrer soit qu'il n'était pas administrateur à l'époque des faits, soit qu'il a fait preuve de toute la diligence voulue, soit encore que le délai de prescription de deux ans doit jouer.

Notons, en quatrième lieu, que l'engagement, de la sorte, de la responsabilité d'un tiers—puisque, rappelons-le, une corporation a une personnalité distincte de celle de ses administrateurs—si elle n'est pas prévue par la seule *Loi de l'impôt sur le revenu*, n'en demeure pas moins une chose exceptionnelle. Elle ouvre la voie à un effort de réflexion sur la question

more stringent or whether it might only be a matter of additional burden of proof on the Crown.

With these observations in mind, it is evident that a section 227 assessment issued to a director cannot be treated lightly. Any individual director might not have been aware of section 227 of the Act and of the liability that might attach to him by reason of the corporation's default. This is not surprising. Even sophisticated individuals who have sat for years on boards of public and private companies have often been taken by surprise. Recent developments in directors' personal liability for certain corporate debts have raised hackles among them and indeed, a new industry has been created dealing with "bullet-proof" protection for them.

As in the case before me, is it open to a taxpayer on receiving a notice of assessment to adopt a passive attitude and then argue that the notice, wanting in particulars, should be declared null and void and of no effect? Perhaps the answer to this cannot be provided in black and white terms. As the Honourable Judge Rip of the Tax Court of Canada suggested in *Roll (R.) v. M.N.R.* (*supra*, at pages 2064-2065), the presence or absence of prejudice to a taxpayer will depend on the facts surrounding the issuance of the assessment.

A careful reading of the admitted facts discloses a prior notice of intention by the Crown, dated January 29, 1986, to assess the defendant under section 227.1 of the Act. The defendant did not respond to it by way of a reply or other inquiries. A notice of assessment was issued several months later, namely September 9, 1986. This was followed on November 7, 1986, by a notification for payment. Again the defendant remained silent for a long period of time. It was on June 5, 1987, that he attended upon Revenue Canada and undertook to provide a statement of his due diligence by July 15, 1987. On August 10, 1987, counsel for the defendant also met with Revenue

de savoir si, dans certains cas, il n'y aurait pas lieu de se montrer plus sévère à l'égard de l'avis de cotisation ou s'il ne s'agirait pas, plutôt, de renforcer le fardeau de la preuve incombant à la Couronne.

^a Compte tenu de cela, il est clair qu'une cotisation envoyée à un administrateur de société en vertu de l'article 227 ne doit pas être traitée à la légère. Un administrateur ne connaît pas nécessairement l'article ^b 227 de la Loi et le fait que sa responsabilité peut être mise en cause si la corporation manque à certaines de ses obligations. Cela n'a rien de surprenant. Il est fréquent que des personnes, mêmes avisées, qui siègent depuis des années au sein des conseils d'administra- ^c tion de compagnies publiques ou privées, soient prises complètement au dépourvu. L'évolution récente de la responsabilité personnelle des administrateurs pour certaines dettes contractées par la corporation a ^d suscité un tollé chez les administrateurs, et a d'ailleurs entraîné la naissance d'une nouvelle industrie censée leur procurer, en ce domaine, une «protection tous azimuts».

^e Ainsi qu'il en a été en l'espèce, le contribuable peut-il simplement, en réponse à un avis de cotisation, se cantonner dans une attitude de passivité, puis faire valoir que l'avis, dont on énumère les lacunes, doit être considéré comme nul et non avenue? Il n'est ^f peut-être pas possible de répondre à cette question de manière tranchée. Ainsi que l'a relevé, dans l'affaire *Roll (R.) c. M.R.N.* (précitée, aux pages 2064 et 2065), le juge Rip de la Cour canadienne de l'impôt, ^g le préjudice dont peut éventuellement avoir souffert un contribuable dépendra des faits et circonstances entourant la délivrance de la cotisation.

^h Un examen attentif des faits admis révèle l'envoi, par la Couronne, d'un avis précédent d'intention, en date du 29 janvier 1986, par lequel la demanderesse signalait son intention d'imposer le défendeur en vertu de l'article 227.1 de la Loi. Le défendeur n'y a pas répondu, ni en formulant une réponse, ni en formulant une interrogation. Un avis de cotisation fut ⁱ émis plusieurs mois plus tard, plus précisément le 9 septembre 1986. Cela fut suivi, le 7 novembre 1986, par une demande de versement. Encore une fois, le demandeur entretint longtemps le silence. C'est le 5 ^j juin 1987 qu'il se rendit dans les services de Revenu Canada et s'engagea à fournir, avant le 15 juillet

Canada. He was given all of the information he requested, except information relating to Mr. Sloss, the President of the defunct corporation, which the Crown quite properly refused to divulge.

On September 9, 1987, one year after the assessment date, counsel for the defendant applied to the Tax Court of Canada for an extension of time to file a notice of objection, which should otherwise have been filed by December 6, 1986. The application came before Rip T.C.J. who, on May 30, 1988, granted leave for late filing.

The notice of objection was subsequently filed, the defendant later confirmed the assessment and on May 8, 1989, the plaintiff filed his notice of appeal with the Tax Court of Canada. This notice of appeal was later amended, the plaintiff's reply was likewise amended and the issue finally came for trial before the Tax Court on March 21, 1991.

On the foregoing facts, I cannot conclude, whatever shortcomings might be alleged with respect to the notice of assessment, that they caused any prejudice to the defendant.

Generally speaking, one should eschew an overly formalistic approach to a notice of assessment. The *Income Tax Act* is not a penal statute (although it was so characterized many years ago) and a notice of assessment is neither similar nor analogous to a charge or count on a criminal indictment. The hardened and extremely inflexible rules which apply to criminal proceedings do not and should not apply to a notice of assessment or to the proceedings which flow from it.

It may be assumed that Parliament had a purpose in enacting subsections 152(3) and 152(8). That purpose, in my view, was to ensure that in the process of issuing millions of assessments yearly, many of these involving complex statutory provisions and equally complex calculations, technical accuracy or a peremptory level of disclosure, reference and source

1987, un exposé des mesures témoignant de sa diligence. Le 10 août 1987, l'avocat du défendeur a lui aussi rencontré les représentants de Revenu Canada. On lui fournit tous les renseignements qu'il demandait, à l'exception, parfaitement justifiée, des renseignements concernant M. Sloss, président de la corporation, déjà éteinte à l'époque.

Le 9 septembre 1987, soit un an après la date de la cotisation, l'avocat du défendeur demanda à la Cour canadienne de l'impôt une prolongation du délai prévu pour le dépôt d'un avis d'opposition, qui aurait normalement dû être déposé, au plus tard, le 6 décembre 1986. Cette demande fut portée devant le juge Rip, de la Cour de l'impôt, qui, le 30 mai 1988, accorda au défendeur une prolongation du délai prévu pour le dépôt de l'avis d'opposition.

L'avis d'opposition fut ensuite déposé. Plus tard, le défendeur confirma la cotisation et, le 8 mai 1989, le demandeur déposa un avis d'appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt. Cet avis d'appel fut par la suite modifié, comme fut également modifiée la réponse de la demanderesse, l'affaire finissant par être portée en jugement devant la Cour de l'impôt le 21 mars 1991.

Les faits qui viennent d'être exposés ne me permettent pas de conclure que les défauts qu'on prétend relever dans l'avis de cotisation ont entraîné pour le défendeur un préjudice.

D'une manière générale, il convient d'éviter, en matière d'avis de cotisation, une approche trop formaliste. La *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas un texte pénal (bien qu'on le considérait ainsi naguère) et un avis de cotisation n'a rien d'un acte ou d'un chef d'accusation. Les règles très strictes et inflexibles applicables aux procédures pénales ne s'appliquent pas, heureusement, aux avis de cotisation ou aux procédures qui en découlent.

On peut tenir pour acquis que le législateur visait un objectif précis en adoptant les paragraphes 152(3) et 152(8). Selon moi, cet objectif était d'assurer que, dans le cadre des millions de cotisations émises chaque année, dont beaucoup mettant en jeu des dispositions législatives complexes et des calculs, eux aussi, complexes, il ne convenait pas d'imposer à

would not be imposed on the assessor. The notice of assessment is an administrative procedure and reliance on technical rules applicable to other processes to defeat it *ab initio* is not necessarily warranted.

In my opinion, the whole scheme of taxation presumes that a taxpayer will react to an assessment as would any reasonable person. He is not expected to sit back grinning like a Cheshire cat and, three years later, pounce on the seeming illegality or invalidity of the assessment because he has not been sufficiently informed and he has thereby suffered prejudice.

Furthermore, the taxpayer has administrative and more formal processes open to him. In the case before me, the defendant was given notice of an intention to assess, was later assessed and was given every opportunity to have the assessment particularized to his liking. It is noted in that connection that the defendant conceded in the agreed statement of facts that any information he requested of the plaintiff was provided, that he never asked for a determination of the amounts under each of the several statutes mentioned in the assessment and he did not ask for nor was he provided with copies of the corporate assessments or of the certificates filed in Court. Perhaps his situation was not so much that he wanted to know all about the assessment and was afraid to ask, but that he wanted to ask about the assessment and was afraid to know.

Subsection 152(3) of the Act specifically states that a tax liability is not affected by an incorrect or incomplete assessment. Subsection 152(8) further declares that an assessment is deemed to be valid notwithstanding any error, defect or omission therein. It seems to be that such clear provisions in a statute must be given some weight and they cannot be disregarded many months or years following an assessment, simply on a bare allegation by the taxpayer that he was misled, or surprised, or unable to instruct counsel.

celui qui établit la cotisation une parfaite exactitude technique ou des exigences péremptoires de divulgation, de citation et d'indication de source. L'avis de cotisation constitue une procédure administrative et il n'y a pas nécessairement lieu de lui appliquer les exigences techniques applicables aux autres procédures sous peine de nullité absolue.

Je considère que notre système fiscal est fondé sur l'idée que, face à une cotisation, le contribuable va réagir en personne raisonnable. Il n'est pas prévu qu'il se contentera de sourire narquoisement pour, trois ans plus tard, tenter de se prévaloir de la prétendue illégalité ou invalidité de la cotisation au motif qu'elle ne renfermait pas suffisamment de renseignements et lui causait, de ce simple fait, préjudice.

D'ailleurs, le contribuable dispose de recours administratifs ainsi que de voies de recours encore plus formelles. En l'espèce, le défendeur a été informé des sommes qu'on entendait lui réclamer, il a fait l'objet d'une cotisation et a eu toutes les occasions de faire modifier la cotisation en fonction des objections qu'il aurait pu soulever. Notons, à cet égard, que le défendeur a reconnu, dans l'exposé conjoint des faits, que la demanderesse lui a fourni tous les renseignements qu'il lui a demandés, qu'il n'a jamais demandé le détail des sommes qu'on lui réclamait au titre des diverses lois citées dans la cotisation et qu'il n'a ni demandé, ni obtenu, copie des cotisations émises à la corporation ou des certificats déposés en Cour. Peut-être n'est-ce pas tellement qu'il aurait voulu davantage de précisions au sujet de la cotisation, tout en hésitant à les demander, mais, plutôt, qu'il aurait bien voulu poser des questions au sujet de cette cotisation mais qu'il craignait les réponses qu'il pourrait recevoir.

Le paragraphe 152(3) de la Loi précise que le caractère inexact ou incomplet d'une cotisation n'affecte en rien l'obligation fiscale du contribuable. Le paragraphe 152(8) stipule qu'une cotisation est réputée valide malgré l'inexactitude, le vice de forme ou l'omission qu'on pourrait y trouver. J'estime qu'il y a lieu d'accorder de l'importance à une disposition législative aussi nette et qu'on ne peut pas en faire fi des mois ou des années après l'établissement de la cotisation, le contribuable se contentant de prétendre qu'il a été induit en erreur, qu'il a été surpris ou qu'il

In my view, the notice of assessment has the essential ingredients which the statute obviously contemplates. It claims the total amount due in unremitted funds, including interest and taxes, it cites the statutory provision under which the vicarious responsibility of a director is attached, the various statutory sources under which the sums were deducted and not paid out, and the particular notices of assessment sent to the Corporation as well as the dates thereof. This is sufficient to put a taxpayer on notice that a particular amount is claimed. The piece of paper is not called a notice of assessment for nothing.

To those, however, who might harbour a more confrontational attitude and allege that the Crown's clout in issuing an assessment has been exercised irresponsibly and gratuitously, thereby causing prejudice to a taxpayer, it could be suggested that the normal rules of the game in contesting such an assessment do not necessarily apply. A taxpayer, on receiving an incomplete assessment or one where the grounds are not sufficiently particularized, does not face heavy artillery leaving him with only small arms fire with which to respond. The relief, in my respectful view, is not so much by way of inflicting a mortal wound on an impoverished notice of assessment, but rather of imposing on the assessor a burden of proof which he would not otherwise have to bear.

COMMENTS ON THE BURDEN OF PROOF

The scheme of the *Income Tax Act* is consonant with the taxpayer taking the initiative whenever, in accordance with the taxes imposed under the statute, an amount is claimed from a taxpayer. Admittedly, this initiative is mostly in response to a taxpayer's return of income for the year when, after examining it, the Crown will issue a notice of assessment. If there are errors, omissions, or if the assessment is incorrect or incomplete, the taxpayer may respond at the administrative level or he may file a notice of

n'a pas eu la possibilité de donner ses instructions à son avocat en connaissance de cause.

Je considère qu'en l'espèce l'avis de cotisation contient tous les éléments essentiels que, de toute évidence, la Loi envisageait. Il comprend le total des sommes dues au titre des versements non effectués, y compris les intérêts et les pénalités, il cite la disposition législative au titre de laquelle est mise en cause, du fait d'autrui, la responsabilité de l'administrateur, les divers textes de loi au titre desquels avaient été effectuées les retenues à la source qui n'ont pas été réglées et les divers avis de cotisation envoyés à la corporation, avec les dates de ces envois. Cela suffit à faire savoir au contribuable que telle ou telle somme précise lui est réclamée. Si ce document est appelé avis de cotisation, c'est bien pour quelque chose.

Pour ceux, cependant, qui entendraient faire preuve d'une attitude plus batailleuse en faisant valoir que, dans l'établissement de la cotisation, la Couronne a exercé ses pouvoirs de manière irresponsable et arbitraire et causé au contribuable un préjudice, l'on pourrait faire valoir que les règles du jeu normalement applicables ne s'appliquent pas nécessairement à la contestation d'une cotisation en de telles circonstances. En recevant une cotisation incomplète, ou une cotisation dont les motifs ne sont pas exposés de manière suffisamment précise, le contribuable ne se voit pas face à un barrage d'artillerie lourde auquel il ne peut riposter qu'avec des armes de poing. Qu'il me soit permis de dire que la solution ne consiste pas tellement à assener un coup mortel à un avis de cotisation défectueux mais, plutôt, d'imposer à celui qui a établi la cotisation une charge de la preuve qui ne lui incomberait pas normalement.

OBSERVATIONS CONCERNANT LE FARDEAU DE LA PREUVE

Le dispositif mis en place par la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet parfaitement au contribuable de saisir l'initiative lorsque, conformément aux impôts fixés en vertu de la Loi, on lui réclame de l'argent. Reconnaissons que cette initiative jouera surtout en réponse à la déclaration d'impôt du contribuable pour une année donnée, déclaration qui, après examen, fera l'objet d'un avis de cotisation émis par la Couronne. En cas d'erreur ou d'omission, ou si la cotisation est inexacte ou incomplète, le contribuable

objection or he may appeal to the Tax Court of Canada. It is a given that at any of these levels, the assessment may be confirmed, vacated or varied.

As the assessment is based pretty exclusively on a voluntary and not an inquisitorial or audited system of disclosure, with the facts being the knowledge of the taxpayer, it is well-settled that the burden of proof in challenging an assessment rests upon the taxpayer. The Crown must perforce base its assessment on some assumptions and it is up to the taxpayer, who has knowledge of the underlying facts, to rebut these assumptions.

That procedure, however, does not always apply. It was stated in *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 Ex. C.R. 676, and *Kit-Win Holdings (1973) Ltd v The Queen*, [1981] CTC 43 (F.C.T.D.), that where the Crown's pleadings do not contain specific allegations setting forth the essential assumptions that the Minister has relied upon in his reassessments, the onus of proof in a tax case shifts to the Crown.

In *Interprovincial Co-operative Ltd. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 222, Martin J. of this Court, in dealing with the burden of proof, said at page 229:

Counsel's argument is applicable where there exists some doubt or uncertainty of the basis upon which the taxpayer is sought to be taxed or, in this case, upon which a claimed deduction is disallowed by way of reassessment.

In *Baggs (F.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2391 (T.C.C.), Christie A.C.J.T.C., at page 2393 stated:

It is settled that if on an appeal to this Court by a taxpayer the Minister of National Revenue seeks to establish the correctness of his assessment or reassessment on a ground or grounds different from that on which it was based, the burden of proof shifts from the appellant to him. . . .

The same point was repeated by Garon T.C.J. in *Maroist (J.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2521 (T.C.C.). And again in *Brewster, N C v The Queen*,

pourra effectuer une démarche administrative, ou déposer un avis d'opposition, ou interjeter appel devant la Cour canadienne de l'impôt. Il est admis qu'à chacun de ces niveaux, la cotisation peut être confirmée, annulée ou modifiée.

Étant donné que la cotisation est fondée presque uniquement sur un système de divulgation volontaire et non sur un système d'enquête ou de vérification, les faits en cause sont connus du contribuable et il est reconnu que, lors de la contestation d'une cotisation, c'est à lui que la preuve incombe. La Couronne fonde nécessairement sa cotisation sur un certain nombre d'hypothèses et c'est au contribuable qui connaît les tenants et aboutissants de la situation de les réfuter.

Mais cette procédure n'est pas toujours applicable. Ainsi que l'ont déclaré les jugements rendus dans les affaires *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 R.C.É. 676 et *Kit-Win Holdings (1973) Ltd c La Reine*, [1981] CTC 43 (C.F. 1^{re} inst.), lorsque les plaidoiries de la Couronne ne contiennent pas d'allégations précises détaillant les hypothèses essentielles sur lesquelles le ministre a fondé ses nouvelles cotisations, le fardeau de la preuve, en matière fiscale, est transféré à la Couronne.

Dans l'affaire *Interprovincial Co-operative Ltd. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 222, le juge Martin, de cette Cour, a déclaré, à la page 229, au sujet du fardeau de la preuve:

L'argument de l'avocat s'applique lorsqu'il existe un doute quant au fondement sur lequel on cherche à imposer le revenu du contribuable ou, dans le cas présent, quant aux motifs justifiant le rejet d'une demande de déduction par voie de nouvelles cotisations.

Dans l'affaire *Baggs (F.) c. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2391 (C.C.I.), le juge Christie, juge en chef adjoint de la Cour canadienne de l'impôt, a déclaré, à la page 2393:

Il est bien établi que si, dans le cadre d'un appel interjeté par un contribuable devant cette Cour, le ministre du Revenu national désire justifier sa cotisation ou sa nouvelle cotisation pour un motif différent de celui qu'il avait utilisé à l'origine, le fardeau de la preuve passe alors de l'appellant à l'intimé. . . .

Ce principe est repris, dans l'affaire *Maroist (J.) c. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2521 (C.C.I.), par le juge Garon, de la Cour de l'impôt. Dans l'affaire *Brews-*

[1976] CTC 107 (F.C.T.D.), at page 111, Gibson J. of this Court expressed the doctrine as follows:

Pleading assumptions in the alternate is novel in view of the state of the law. In law the onus is on the taxpayer to destroy some or all of the assumptions. But it is open to the defendant to plead other facts not relied in making the assessments or reassessments, but in that event, the onus is on the Minister of National Revenue to prove such other facts.

Again, in *Hillsdale Shopping Centre Ltd v The Queen*, [1981] CTC 322, at page 328, the Federal Court of Appeal stated:

If a taxpayer, after considering a reassessment made by the Minister, the Minister's reply to the taxpayer's objections, and the Minister's pleadings in the appeal, has not been made aware of the basis upon which he is sought to be taxed, the onus of proving the taxpayer's liability in a proceeding similar to this one would lie upon the Minister.

In my view, the foregoing are instances where no matter the peremptory character of a notice of assessment, no matter what difficult issues it might raise in the eyes of the taxpayer, no matter the onus which as a general rule is imposed on him, courts have nonetheless recognized the need to maintain an even playing field. Courts have done so in recognition of the adversarial mode within which assessor and taxpayer must resolve an issue, on the basis of the normal rules of evidence respecting facts to the knowledge of one party or to the knowledge of the other, and generally on the basis of respect for equity and common sense.

This leads me to observe that while an assessment is deemed to be valid or declared to be so, this does not mean that it cannot be successfully challenged. As I noted when dealing with the shifting burden of proof, circumstances surrounding the making of an assessment may well impose on the Crown the burden of proving that its assessment is correct. This is especially so when an assessment is pursuant to section 227 of the statute.

Depending on the surrounding circumstances, certain facts might evidently be within the knowledge of

ter, N C c La Reine, [1976] CTC 107 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 111, notre collègue le juge Gibson expose la même idée de la façon suivante:

Dans l'état actuel du droit, il n'est pas possible d'alléguer diverses présomptions parmi lesquelles on peut choisir. Il incombe de droit au contribuable de renverser toutes les présomptions ou une partie de ces dernières. Mais la défenderesse peut alléguer d'autres faits nouveaux pour établir ses cotisations ou de nouvelles cotisations et alors il incombe au ministre du Revenu national de prouver ces nouveaux faits.

Encore, dans l'affaire *Hillsdale Shopping Centre Ltd c La Reine*, [1981] CTC 322, à la page 328, la Cour d'appel fédérale a déclaré:

Si un contribuable, après avoir examiné une nouvelle cotisation établie par le ministre, la réponse du ministre à son opposition et les moyens invoqués par le ministre au cours de l'appel, n'a pas été informé de la base sur laquelle on cherche à l'imposer, le fardeau de prouver la responsabilité du contribuable dans une procédure semblable à celle de l'espèce incomberait au ministre.

J'estime que, dans toutes ces affaires, quel que soit par ailleurs le caractère péremptoire de l'avis de cotisation, quelles que soient les difficultés que cet avis pouvait soulever aux yeux du contribuable, quel que soit, aussi, le fardeau incombant à celui-ci en règle générale, les tribunaux ont cependant admis la nécessité d'assurer l'égalité des parties dans l'exercice de leurs droits respectifs. Les tribunaux ont agi ainsi car ils reconnaissent le caractère contradictoire des procédures dans le cadre desquelles le contribuable et celui qui établit la cotisation sont tenus de résoudre les problèmes qui surgissent, en suivant les règles de preuve normalement applicables aux faits dont l'une ou l'autre partie a connaissance et en respectant, de façon générale, les exigences de l'équité et du bon sens.

Cela me porte à noter que le fait qu'une cotisation soit réputée valide, ou qu'on déclare qu'elle l'est, ne veut pas dire qu'on ne puisse pas obtenir gain de cause en s'y opposant. Ainsi que je l'ai relevé en évoquant le renversement du fardeau de la preuve, les circonstances entourant l'établissement d'une cotisation peuvent très bien imposer à la Couronne la charge de prouver que sa cotisation est exacte. Il en est particulièrement ainsi lorsque la cotisation est établie en vertu de l'article 227 de la Loi.

Selon les circonstances entourant l'établissement de la cotisation, certains faits peuvent, il est clair, être

the Crown. A director might not be aware of his corporation's default or any or all of the facts under which vicarious liability might be imposed upon him. Furthermore, subsection 227.1(2) imposes certain conditions under which vicarious liability may attach. The Crown must comply with these conditions and in my view, it is incumbent on the Crown to prove compliance. These are all matters within the Crown's knowledge and the accepted doctrine is that it should bear the burden of proving them.

Firstly, it is obviously open to the Crown to assume that the targeted taxpayer was the Corporation's director at all material times and is otherwise liable under the statute. This leaves it open to the taxpayer to rebut that assumption by establishing that he was not a director, or that he exercised due diligence, or that in any event the right to assess is prescribed.

Secondly, I suggest that the Crown would have the burden of proving that the conditions imposed under subsection 227.1(2) of the Act have been met. In actual terms, the burden on the Crown would necessarily depend on the nature of the case before the Court. I would therefore hesitate to provide more *obiter* on that subject, except to mention that it might be open to a court to allow a section 227.1 assessment appeal on the grounds that on one or more of these statutory conditions, the Crown has not discharged its burden of proof. As an example, I note in the considered reasons for judgment in the Tax Court when the issue first came up for determination, Rip T.C.J. agreed with an *obiter* by Bonner T.C.J. in the *Crossley* case *supra* that when a notice of assessment refers to another document, that other document should be attached to the notice and that it is the Crown's duty to transmit this material to the Court. Rip T.C.J. noted, however, that [at page 2278]:

connus de la Couronne. Un administrateur peut ne pas être au courant du défaut de paiement de la part de sa corporation, ou de certains des faits permettant, du fait d'autrui, d'engager sa propre responsabilité. D'ailleurs, le paragraphe 227.1(2) impose un certain nombre de conditions à l'engagement de sa responsabilité du fait d'autrui. La Couronne est tenue au respect de ces conditions et, à mon avis, c'est à elle qu'il incombe de démontrer qu'elle s'y est effectivement tenue. Autant de questions dont la Couronne va avoir connaissance et, selon les principes établis, c'est à elle qu'il incombe d'en rapporter la preuve.

En premier lieu, il est clair que la Couronne peut partir de l'hypothèse que le contribuable visé était administrateur de la corporation à l'époque des faits et que sa responsabilité peut être engagée aux termes de la Loi. Le contribuable a la possibilité de réfuter cette hypothèse en démontrant qu'il n'était pas administrateur, ou qu'il a fait preuve de la diligence nécessaire, ou que, en tout état de cause, le droit de l'imposer est atteint par la prescription.

En deuxième lieu, je considère que c'est à la Couronne qu'il incomberait de démontrer que les conditions prévues au paragraphe 227.1(2) de la Loi ont été respectées. En fait, la preuve qui incombe à la Couronne va nécessairement dépendre de la nature de l'affaire portée devant la Cour. C'est pourquoi j'hésiterais à me livrer davantage à des réflexions incidentes sur ce point, si ce n'est pour dire qu'un tribunal pourrait décider d'accueillir un appel visant une cotisation fondée sur l'article 227.1, au motif qu'à l'égard d'une ou plusieurs des conditions prévues dans la Loi, la Couronne ne s'est pas acquittée du fardeau de la preuve. Je tire un exemple des motifs réfléchis d'un jugement de la Cour de l'impôt rendu dans une affaire où la question a dû être tranchée pour la première fois. Le juge Rip, de la Cour de l'impôt, reprenant à son compte une réflexion incidente de son collègue le juge Bonner, dans l'affaire *Crossley* (précitée), conclut que, lorsqu'un avis de cotisation se réfère à un autre document, cet autre document devrait être joint à l'avis et qu'il appartient à la Couronne de transmettre de tels documents à la Cour. Le juge Rip a cependant noté que [à la page 2278]:

In the appeal at bar . . . no notice of assessment against Eastern was adduced in evidence or transmitted to this Court. [Underline mine.]

Such a failure might well be considered as fatal to the Crown's case and the taxpayer's appeal allowed. Such would be a matter of evidence which a trier of facts would be called upon to determine, depending on the circumstances in any particular case.

I should simply conclude that in the presence of an incomplete or erroneous or defective notice of assessment, a taxpayer in the case before me is neither prejudiced nor estopped from challenging it.

CONCLUSION

I have gone to some length in referring to any number of judgments in which the validity of an assessment has been challenged. Many of them deal specifically with a section 227.1 assessment, witness the number of cases in the Tax Court of Canada which have substantially followed the reasoning of Rip T.C.J. in the *Leung* case *supra*. It is with great respect, therefore, that I find myself in disagreement with that line of cases.

First of all, I find more persuasive, and more in keeping with the nature of a notice of assessment, the reasoning of the Federal Court of Appeal in the *Optical Recording; Riendeau; Stephens and Hillsdale Shopping Centre* cases to which I have already referred. This leads me to conclude that in the absence of any statutory condition as to the form or content of a notice of assessment, and in the light of subsections 152(3) and 152(8) of the statute, the notice of assessment issued to the defendant is valid.

Secondly, I find the clear and succinct comments of Rip T.C.J. in the *Roll* case *supra* particularly appropriate to a more realistic view of a notice of assessment. They bear repeating here [at page 2064]:

The notice of assessment states the appellant has been assessed under the *Income Tax Act*. The appellant knew, from reading the notice, the statute under which he has been assessed. If the amount assessed included a liability under another statute, the

Dans l'appel qui nous occupe, aucun avis de cotisation établi à l'encontre d'Eastern n'a été non plus présenté en preuve ni adressé à la Cour. [Non souligné dans l'original.]

Tout manquement à ce principe pourrait très bien faire échec à la thèse présentée par la Couronne et porter la Cour à faire droit à l'appel du contribuable. Tout cela dépendra de la preuve sur laquelle le juge des faits sera appelé à se prononcer en fonction des circonstances de l'affaire.

Il y a seulement lieu de conclure que, si tant est que l'avis d'appel soit, en l'espèce, incomplet, inexact ou défectueux, le contribuable en cause n'a subi aucun préjudice de ce fait alors qu'il conserve la possibilité d'y faire opposition.

CONCLUSION

Je me suis livré à un examen assez poussé de décisions rendues dans des affaires où était mise en cause la validité d'une cotisation. Beaucoup d'entre elles portent précisément sur une cotisation établie en vertu de l'article 227.1, et bon nombre de ces décisions de la Cour canadienne de l'impôt ont repris pour l'essentiel le raisonnement suivi par le juge Rip, de cette même Cour, dans l'affaire *Leung* (précitée). C'est donc en toute déférence que je me retrouve en désaccord avec cette série de jugements.

En premier lieu, je trouve plus convaincant, et plus conforme aussi à la nature même d'un avis de cotisation, le raisonnement suivi par la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Optical Recording; Riendeau; Stephens et Hillsdale Shopping Centre* que j'ai déjà citées. Cela me porte à conclure, en l'absence de conditions légales relatives à la forme ou au contenu des avis de cotisation, et à la lumière des paragraphes 152(3) et 152(8) de la Loi, à la validité de l'avis de cotisation envoyé au défendeur.

En deuxième lieu, je trouve que les commentaires explicites et concis du juge Rip, de la Cour de l'impôt, dans l'affaire *Roll* (précitée) conviennent particulièrement à une manière plus réaliste d'envisager l'avis d'appel. Ces commentaires méritent d'être repris ici [à la page 2064]:

Dans l'avis de cotisation, on signale que la cotisation à l'égard de l'appellant a été établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En prenant connaissance de l'avis, l'appelant savait en vertu de quelle loi sa cotisation avait été établie. Si le montant

amount assessed is in error and the court would allow the appeal and vary the assessment reducing the quantum to the extent of the amount included under the other statute. It is under the provisions of the *Income Tax Act* only that the appellant is to challenge the assessment; he is not prejudiced in preparing his case that a quantum of the assessment is wrong.

Such is the case before me. If it should be found that the amounts claimed under other statutes than the *Income Tax Act* cannot properly be the subject of a section 227 assessment, an opinion which Rip T.C.J. seems to have adopted in the above comments and with which I do not necessarily agree, it is open to a court to reduce them and vary the assessment accordingly.

In this respect, some argument was advanced by the parties before me as to whether or not there was clear enabling legislation to delegate the collection and assessment of such amounts to the plaintiff Crown. This is an issue which goes beyond my terms of reference under a Rule 474 procedure, and I should hesitate to express a definitive opinion on it. It could be said that a delegated authority to oblige a taxpayer to deduct and remit provides a concomitant authority to assess and collect, but I will say no more on that point.

Thirdly, I am of the opinion that in certain circumstances, as in a section 227.1 assessment, the issue is not so much one of the validity of the assessment, but one of evidence before a court where, as I have already indicated, the burden would rest upon the Crown to prove its case. The extent of that burden would of course depend on the facts and on the pleadings before the court, and one would be loath to define it in scenario form.

This disposes of question one.

With respect to question two, which is an adjunct to the issue raised in question one, I would respectfully disagree with the *obiter* expressed in the *Crossley* case and which Rip T.C.J. seemingly

fixé comprenait une somme à payer en vertu d'une autre loi, le montant fixé serait erroné et la Cour admettrait l'appel et modifierait la cotisation en la réduisant jusqu'à concurrence du montant visé par l'autre loi. L'appelant ne peut contester la cotisation qu'en vertu des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; le fait que le montant de la cotisation soit incorrect ne lui porte pas préjudice dans la préparation de sa cause.

C'est bien de cela qu'il s'agit en l'espèce. S'il s'avérait que les sommes réclamées au titre de lois autre que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne pouvaient pas faire l'objet d'une cotisation fondée sur l'article 227, conclusion à laquelle, dans le passage reproduit ci-dessus, semble se ranger le juge Rip de la Cour de l'impôt, mais avec laquelle je ne suis pas nécessairement d'accord, il sera loisible à la Cour de diminuer les sommes fixées et de modifier la cotisation en conséquence.

Sur ce point, les parties ont débattu la question de savoir s'il existait un texte d'habilitation non ambigu permettant de déléguer le recouvrement et la cotisation de ces sommes à la Couronne demanderesse. Il s'agit là d'une question qui déborde la tâche qui m'incombe dans le cadre d'une procédure fondée sur la Règle 474 et j'ai scrupule à exprimer, sur ce point, une opinion tranchée. L'on pourrait dire qu'une délégation de pouvoir qui permet d'obliger un contribuable à effectuer des retenues à la source, et à en reverser le produit, entraîne par là même le pouvoir d'établir des cotisations et d'effectuer le recouvrement, mais je n'en dirai pas plus sur ce point.

En troisième lieu, j'estime que dans certaines circonstances, et c'est le cas des cotisations établies en fonction du paragraphe 227.1, ce qui est en cause ce n'est pas tellement la validité de la cotisation, car il s'agit, plutôt, d'une question touchant à la preuve, qui, comme je l'ai déjà relevé, incombe à la Couronne. L'étendue de la preuve incombant à la Couronne va, bien sûr, dépendre des faits de la cause et des plaidoiries produites devant la Cour, et on ne voudrait pas définir à l'avance la manière dont ce genre d'affaire se déroulera.

Cela règle donc la première question.

En ce qui concerne la deuxième question, complètement du problème soulevé par la première question, je dois, en toute déférence, aller à l'encontre des remarques incidentes formulées dans le cadre de l'affaire.

endorsed in *Leung*. In my opinion, the provision of copies of the corporate assessments in the notice issued to the defendant is not a condition to its validity. It is, as I have mentioned earlier, a matter of evidence. I should therefore give a negative answer to question two. ^a

Finally, with respect to question three, I should conclude that the cases of *Canada v. B. M. Enterprises* and *Doyle v. M.N.R.* are pretty determinative. Furthermore, I see no reason to distinguish the authority under a section 227 assessment from any other kind of assessment under the Act. Question three should therefore be answered in the affirmative. ^b

As will be evident on reading these reasons, the case before me raises issues which cannot easily be determined under the terms of reference submitted to me and does not dispose of the entire action. The ultimate liability of the defendant remains at issue. Subject to an appeal and subject to any other disposition by the parties themselves, the action should proceed to trial. ^c

As agreed by the parties, costs are awarded to the defendant. ^d

faire *Crossley*, où le juge Rip, de la Cour de l'impôt, semble souscrire au raisonnement suivi dans l'affaire *Leung*. J'estime, pour ma part, que le fait que l'avis délivré au défendeur n'ait pas été accompagné de copies des cotisations de la corporation, n'affecte en rien sa validité. Il s'agit, je le répète, d'une question qui touche à la preuve. Je dois donc répondre négativement à la deuxième question.

Enfin, en ce qui concerne la troisième question, j'estime qu'il y a lieu de conclure que les décisions rendues dans les affaires *Canada c. B. M. Enterprises* et *Doyle c. M.R.N.* sont assez concluantes. Je ne vois d'ailleurs aucune raison d'opérer une distinction entre le pouvoir d'établir une cotisation en vertu de l'article 227 et celui d'établir toute autre cotisation prévue dans la Loi. Il y a donc lieu de répondre affirmativement à la troisième question. ^e

On constatera, à la lecture de ces motifs, que cette affaire soulève des interrogations auxquelles il n'est pas facile de répondre dans le cadre des questions qu'il m'est demandé de trancher et où il ne m'est pas demandé de statuer sur l'ensemble de la cause. Reste ainsi en suspens la question, en dernière analyse, de la responsabilité du défendeur. Sous réserve d'un appel éventuel ou d'un règlement qui pourrait être décidé par les parties, il y aura lieu d'aller en procès. ^f

Ainsi qu'il en a été convenu par les parties, le défendeur aura droit aux dépens.

T-1709-90

T-1709-90

Seaspan International Ltd. (Plaintiff)**Seaspan International Ltd. (demanderesse)**

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)**a Sa Majesté la Reine (défenderesse)***INDEXED AS: SEASPAN INTERNATIONAL LTD. v. CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: SEASPAN INTERNATIONAL LTD. c. CANADA (1^{re} INST.)*

b

Trial Division, Joyal J.—Vancouver, May 10; Ottawa, September 2, 1993.

Section de première instance, juge Joyal—Vancouver, 10 mai; Ottawa, 2 septembre 1993.

Customs and Excise — Excise Tax Act — Act, s. 3, Part VI, Sch. III and s. 23(8)(c) exempting from sales and excise taxes diesel fuel and fuel oil respectively used in generation of electricity, unless used primarily in operation of vehicle — Determination of question of law: whether “vehicle” including tugboats, train ships — Principles of statutory interpretation applicable to taxing statutes — Reference to Parliamentary debates, departmental interpretation, dictionary definitions, case law — “Vehicle” including tugboats, train ships.

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Les art. 3, Partie VI, annexe III, et 23(8)c) de la Loi exemptent respectivement des taxes de vente et d'accise le mazout et le carburant diesel servant à la production d'électricité, sauf le cas où l'électricité produite est principalement utilisée pour faire fonctionner un véhicule — Décision sur un point de droit, savoir si «véhicule» s'entend également des remorqueurs et des transbordeurs — Principes d'interprétation des lois applicables aux lois fiscales — Citation des débats parlementaires, de l'interprétation faite par le Ministère, des définitions des dictionnaires, de la jurisprudence — «Véhicule» s'entend également des remorqueurs et des transbordeurs.

Construction of statutes — Excise Tax Act, s. 3, Part VI, Sch. III and s. 23(8)(c) — Plain meaning rule now applied to taxing statutes replacing strict interpretation whereunder ambiguities in charging provision resolved in taxpayer's favour — Parliament's intention determined by examining Act in total context — Object of Act to raise revenue by imposing tax on all diesel fuel except such fuel used to generate electricity — Exemption not applicable if electricity used to operate vehicle — Meaning of “vehicle” — Word not defined in Act — More purposive or functional inquiry allowing reference to Parliamentary debates, departmental interpretation, case law, dictionary definitions — “Vehicle” reasonably interpreted as including tugboats, train ships — Interpretation in keeping with tenor of Act, intention of Parliament.

Interprétation des lois — Art. 3, Partie VI, annexe III, et art. 23(8)c) de la Loi — La règle du sens ordinaire s'applique maintenant à l'interprétation des lois fiscales, en remplacement de la doctrine de l'interprétation stricte qui voulait que toute ambiguïté fût tranchée en faveur du contribuable — La Loi doit être envisagée dans son ensemble pour dégager la volonté du législateur — Elle a pour objet de réaliser des recettes par l'application d'une taxe au carburant diesel quelle qu'en soit la destination, à l'exception du carburant diesel qui sert à la production de l'électricité — L'exemption n'est pas applicable si l'électricité produite sert au fonctionnement d'un véhicule — Sens du mot «véhicule» — Ce terme n'est pas défini dans la Loi — Une analyse plus téléologique ou fonctionnelle permet de s'appuyer sur les débats parlementaires, l'interprétation donnée par le Ministère, la jurisprudence et les définitions des dictionnaires — «Véhicule» peut s'interpréter raisonnablement comme s'entendant aussi des remorqueurs et des transbordeurs — Interprétation conforme à la teneur de la Loi et à la volonté du législateur.

The parties agreed to have the issue in this action resolved by determination of a question of law. From April to June 1988 the plaintiff paid tax under the *Excise Tax Act* on diesel fuel purchased for the generation of electricity used in the operation of its tugboats and self-propelled train ships. The former are used to tow barges carrying goods to destinations along the B.C. coast, assist in ship-berthing, ship-towage and log-towing. The latter carry rail cars from the Vancouver lower mainland area to Vancouver Island. *Excise Tax Act*, paragraph 23(8)(c), exempts from excise tax diesel fuel for use in the generation of electricity, except where the electricity so generated is used primarily in the operation of a vehicle, and subsec-

Les deux parties sont convenues du jugement du litige par décision sur un point de droit. Durant la période allant d'avril à juin 1988, la demanderesse a payé, conformément à la *Loi sur la taxe d'accise*, la taxe sur le mazout qu'elle achetait pour la production de l'électricité destinée au fonctionnement de ses remorqueurs et transbordeurs. Les premiers servent au remorquage des chalands qui transportent des marchandises vers des destinations le long des côtes de la Colombie-Britannique, aux manœuvres d'accostage et au remorquage des navires et des trains de bois. Les transbordeurs transportent des wagons des terres basses de Vancouver à l'île de Vancouver. L'alinéa 23(8)c) de la *Loi sur la taxe d'accise* exonère de la taxe d'ac-

tion 51(1) of the Act together with section 3 of Part VI of Schedule III exempts from sales tax fuel oil for use in the generation of electricity, except where the electricity is used primarily in the operation of a vehicle. The plaintiff's application for a refund of the excise and sales taxes paid on the diesel fuel was denied on the basis that ships (marine vessels), including tugs and train ships were vehicles. The *Excise Tax Act* does not define "vehicle". The issue was whether tugboats and train ships are vehicles for the purpose of the *Excise Tax Act*.

Held, the point of law should be determined in favour of the defendant.

The doctrine of strict interpretation of taxing statutes, whereby ambiguities in the charging provision were resolved in favour of the taxpayer, no longer applies. Courts today apply the plain meaning rule, but in the substantive sense so that if a taxpayer is within the spirit of the charge, he may be held liable. The Act should be examined in its total context to determine Parliament's intent, the object and scheme of the Act. The object of the Act was to raise revenue. A tax was imposed on all diesel fuel, except when it was for use in the generation of electricity. If the electricity was used primarily in the operation of a vehicle, the exemption did not apply and the diesel fuel so used was taxable. Therefore the general rule was that fuel for vehicles was taxable and any exception invited a narrow interpretative approach, whereas the word "vehicle" invites a more generic or wider approach. It could be said that the narrower the approach to "use in the generation of electricity", the wider the interpretation of the wording used in taxing an item generally including diesel fuel, no matter for what general purpose it might be used. In this regard one had not to become preoccupied with the double exception in the structure of the statute: diesel fuel is taxable when used in vehicles; the exemption applied only to the generation of electricity. As to Parliament's intent with special regard to a vehicle which used fuel-oil-generated electricity, such a propulsive force is not the exclusive habitat of motor vehicles or other conveyances running on land. It is probably found more often in marine installations than otherwise.

Some weight should be given to the Parliamentary debates which recorded the Minister's statement that the intention was to eliminate the exemption in connection with diesel fuel used for transportation, and that "vehicle" included a ship and an aircraft. Also, Revenue Canada has interpreted "vehicle" as referring to carriages or conveyances of all kinds which are used to carry or transport persons or goods, i.e. ships, trucks, tractor-trailers, locomotives and railway rolling stock. While the Department's interpretation of a statutory provision is not

cise le carburant diesel devant servir à la production d'électricité, sauf le cas où l'électricité produite est principalement utilisée pour faire fonctionner un véhicule, et le paragraphe 51(1), avec l'article 3 de la partie VI de l'annexe III de la même Loi, exonère expressément de la taxe de vente le mazout servant à la production de l'électricité, sauf le cas où l'électricité produite sert principalement au fonctionnement d'un véhicule. La demande de remboursement de la demanderesse a été rejetée par ce motif que les navires, y compris les remorqueurs et transbordeurs, sont des véhicules. Le terme «véhicule» n'est pas défini dans la *Loi sur la taxe d'accise*. Il échet d'examiner si les remorqueurs et les transbordeurs sont des véhicules au regard de la *Loi sur la taxe d'accise*.

Jugement: le point de droit soulevé doit être tranché en faveur de la défenderesse.

La doctrine de l'interprétation stricte des lois fiscales, voulant que toute ambiguïté des dispositions d'imposition fût tranchée en faveur du contribuable, n'a plus cours. Aujourd'hui, les tribunaux appliquent la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond, de sorte que si l'activité du contribuable relève de l'esprit de la disposition fiscale, il sera assujéti à l'impôt. La Loi doit être envisagée dans son ensemble pour dégager la volonté du législateur, son objectif et son économie. Elle a pour objet de réaliser des recettes en prévoyant une taxe sur le carburant diesel quelle qu'en soit la destination, à l'exception du carburant diesel qui sert à la production de l'électricité. Si l'électricité produite sert principalement au fonctionnement d'un véhicule, l'exemption ne s'applique pas et le carburant diesel utilisé à cette fin est soumis à la taxe. La règle générale est donc que le carburant diesel pour véhicules est soumis à la taxe et que toute exemption appelle une interprétation plus restrictive, alors que «véhicule» appelle une interprétation plus générique ou plus large. On pourrait dire que plus les mots «utilisé dans la production de l'électricité» doivent être interprétés de façon restrictive, plus large doit être l'interprétation à appliquer au libellé de la disposition portant taxation d'un produit générique, y compris le carburant diesel, peu importe le but dans lequel il pourrait être utilisé. À ce propos, il ne faut pas se préoccuper outre mesure de la double exception dans la structure de la Loi: le carburant diesel est soumis à la taxe quand il est utilisé pour les véhicules; l'exemption s'applique seulement à la production de l'électricité. Pour ce qui est de la volonté du législateur, vis-à-vis en particulier des véhicules dont le fonctionnement nécessite l'électricité produite avec du carburant diesel, pareille force propulsive ou motrice n'est pas l'attribut seul des véhicules à moteur ou autres moyens de transport terrestres. On la trouve probablement davantage dans les navires.

Il faut tenir compte des Débats de la Chambre des communes où a été consignée la déclaration du ministre qui exprimait la volonté d'éliminer l'exemption du fuel oil pour moteur diesel utilisé pour les transports, et que «véhicule» s'entendait également des navires et des aéronefs. Par ailleurs, Revenu Canada a interprété «véhicule» comme s'entendant des voitures et moyens de transport de tout genre servant à transporter ou déplacer des personnes ou des marchandises, par exemple navires, camions, remorques, locomotives et matériel roulant

binding on the Court, it was at least consistent with the interpretation originally expressed in Parliament. Case law was also referred to wherein "vehicle" was held to include vessels and ferryboats. The dictionary definitions were somewhat ambiguous. Some included any conveyance by land, sea or air. Others gave the word a more restricted meaning. None explicitly excluded conveyance by way of ships or vessels, and some specifically included them. While indicative of the issue, such sources were not determinative. That the definition of "vehicle" in the *Immigration Act* included conveyances used for transportation by water was not material. "Vehicle" can reasonably bear an interpretation whereby it includes conveyances of the kind in issue here, and such an interpretation was in keeping with the general tenor of the statute and Parliament's intention in adopting it.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, s. 2(1).
Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 21(3.1)(c) (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 11).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 2, 23(8)(c) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 10), 50(7) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 190; c. 7, s. 16; (4th Supp.), c. 12, s. 16), 51(1), Sch. III, Part VI, s. 3.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 474 (as am. by SOR/79-57, s. 14).
Highway Travel Act (The), R.S.O. 1914, c. 206.
Immigration Act (The), S.C. 1952, c. 42.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 11(7).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Motor Vehicles Act (The), R.S.C. 1914, c. 207.
Ontario Temperance Act (The), S.O. 1916, c. 50, s. 70(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *McLean, S.G. v. Minister of National Revenue* (1956), 56 DTC 119 (T.A.B.); *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489; (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 1; 63 C.C.C. (3d) 97; 3 C.R. (4th) 277; 112 N.R. 166; *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029; (1988), 44 C.C.C. (3d) 193; 67 C.R. (3d) 75; 89 N.R. 222; 30 O.A.C. 358; *International Forest Products Ltd. v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 246; (1991), 46 F.T.R. 237 (F.C.T.D.); *Calgary School District No. 19 v. R.* (1990), 43 C.L.R. 194; 38 F.T.R. 222 (F.C.T.D.);

ferroviaire. Certes l'interprétation faite par ce Ministère d'un texte de loi n'engage pas la Cour, mais elle est au moins conforme à l'interprétation donnée à l'origine au Parlement. Des précédents sont également cités qui interprétaient «véhicule» comme s'entendant également des navires et des transbordeurs. Les définitions proposées par les dictionnaires sont quelque peu ambiguës. Certaines embrassent tous les moyens de transport terrestres, maritimes ou aériens. D'autres donnent à ce mot un sens plus restrictif. Aucune d'elles n'exclut explicitement les navires ou bateaux, alors que certaines autres les embrassent expressément. Ces diverses sources pourraient servir à titre indicatif, mais elles ne sont nullement déterminantes. La définition contenue dans la *Loi sur l'immigration*, selon laquelle «véhicule» s'entend également de tout moyen de voyage par mer, n'a aucun rapport avec l'affaire en instance. L'inclusion dans la définition du mot «véhicule» des moyens de transport comme ceux qui nous intéressent en l'espèce, constitue une interprétation à laquelle ce mot se prête raisonnablement et qui est plus conforme à la teneur générale de la Loi et à la volonté du législateur.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Highway Travel Act (The)*, R.S.O. 1914, ch. 206.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 11(7).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 21(3.1)(c) (mod. par S.C. 1986, ch. 9, art. 11).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 2, 23(8)(c) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 10), 50(7) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 190; ch. 7, art. 16; (4^e suppl.), ch. 12, art. 16), 51(1), annexe III, Partie VI, art. 3.
Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, ch. C-40, art. 2(1).
Loi sur les véhicules automobiles, S.R.C. 1914, ch. 207.
Loi sur l'immigration, S.C. 1952, ch. 42.
Ontario Temperance Act (The), S.O. 1916, ch. 50, art. 70(2).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *McLean, S.G. v. Minister of National Revenue* (1956), 56 DTC 119 (C.A.I.); *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489; (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 1; 63 C.C.C. (3d) 97; 3 C.R. (4th) 277; 112 N.R. 166; *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029; (1988), 44 C.C.C. (3d) 193; 67 C.R. (3d) 75; 89 N.R. 222; 30 O.A.C. 358; *International Forest Products Ltd. c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 246; (1991), 46 F.T.R. 237 (C.F. 1^{re} inst.); *Calgary School District No. 19 c. R.* (1990), 43 C.L.R. 194; 38 F.T.R. 222 (C.F. 1^{re} inst.);

Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg, [1983] 2 S.C.R. 493; (1983), 3 D.L.R. (4th) 1; [1984] 2 W.W.R. 97; 25 Man. R. 302; 6 Admin. L.R. 206; 24 M.P.L.R. 219; 50 N.R. 264.

DISTINGUISHED:

Fleming v. Spracklin (1921), 50 O.L.R. 289; 64 D.L.R. 382; 38 C.C.C. 99 (App. Div.).

CONSIDERED:

In re Sault Ste Marie Provincial Election, 1903, Galvin and Coyne Cases (1905), 10 O.L.R. 356 (H.C.); *General Supply Co. of Canada Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue et al.*, [1954] Ex.C.R. 340; *Westar Mining Ltd. v. Minister of National Revenue* (1990), 38 F.T.R. 137; 3 TCT 5325 (F.C.T.D.); affd *Westar Mining Ltd. v. The Queen* (1991), 4 TCT 6197 (F.C.A.); *Magnatrim Equipment Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise)* (1988), 18 C.E.R. 13 (T.B.); *The Gas Float Whitton No. 2*, [1896] P. 42 (C.A.).

REFERRED TO:

The Queen v. Nova, An Alberta Corporation, [1988] 2 C.T.C. 167; (1988), 88 DTC 6386; 87 N.R. 101 (F.C.A.); *British Columbia Telephone Company Ltd. v. The Queen* (1992), 92 DTC 6129 (F.C.A.); *Conder v. Griffith*, 111 N.E. 816 (Ind. App. 1916); *Partington v. The Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100; *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (Eng.); (1991), 91 DTC 5352 (Fr.) (C.A.).

AUTHORS CITED

Ballentine's Law Dictionary, 3rd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Pub. Co., 1969.
Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.
Bouvier's Law Dictionary and Concise Encyclopedia, 3rd revision. Buffalo: William S. Hein Co., 1984.
 Canada. *House of Commons Debates*, vol. VII, 1st Sess., 27th Parl., June 23, 1966.
Dictionary of Canadian Law. Toronto: Carswell, 1991.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Drieger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, Toronto: Butterworths, 1974.
Funk & Wagnalls Canadian College Dictionary, Toronto: Fitzhenry & Whiteside Limited, 1986.
Grand Larousse de la langue française, tome 7 Paris: Librairie Larousse, 1978.
Le Petit Robert I, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris: Le Robert, 1990.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.
Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1978.

Morguard Properties Ltd. et autres c. Ville de Winnipeg, [1983] 2 R.C.S. 493; (1983), 3 D.L.R. (4th) 1; [1984] 2 W.W.R. 97; 25 Man. R. 302; 6 Admin. L.R. 206; 24 M.P.L.R. 219; 50 N.R. 264.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Fleming v. Spracklin (1921), 50 O.L.R. 289; 64 D.L.R. 382; 38 C.C.C. 99 (Div. App.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

In re Sault Ste Marie Provincial Election, 1903, Galvin and Coyne Cases (1905), 10 O.L.R. 356 (H.C.); *General Supply Co. of Canada Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue et al.*, [1954] R.C.É. 340; *Westar Mining Ltd. c. Ministre du Revenu national* (1990), 38 F.T.R. 137; 3 TCT 5325 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par *Westar Mining Ltd. c. La Reine* (1991), 4 TCT 6197 (C.A.F.); *Magnatrim Equipment Ltd. et Sous-ministre M.R.N. (Douanes et Accise)* (1988), 18 C.E.R. 13 (Comm. Imp.); *The Gas Float Whitton No. 2*, [1896] P. 42 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

La Reine c. Nova, An Alberta Corporation, [1988] 2 C.T.C. 167; (1988), 88 DTC 6386; 87 N.R. 101 (C.A.F.); *British Columbia Telephone Company Ltd. c. La Reine* (1992), 92 DTC 6129 (C.A.F.); *Conder v. Griffith*, 111 N.E. 816 (Ind. App. 1916); *Partington v. The Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100; *Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N.*, [1991] 3 C.F. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (angl.); (1991), 91 DTC 5352 (fr.) (C.A.).

f DOCTRINE

Ballentine's Law Dictionary, 3rd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Pub. Co., 1969.
Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.
Bouvier's Law Dictionary and Concise Encyclopedia, 3rd revision. Buffalo: William S. Hein Co., 1984.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 1^{re} sess., 27^e législature, 23 juin 1966.
Dictionary of Canadian Law. Toronto: Carswell, 1991.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Drieger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, Toronto: Butterworths, 1974.
Funk & Wagnalls Canadian College Dictionary, Toronto: Fitzhenry & Whiteside Limited, 1986.
Grand Larousse de la langue française, tome 7 Paris: Librairie Larousse, 1978.
Le Petit Robert I, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris: Le Robert, 1990.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.
Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1978.

Webster's New World Dictionary of the American Language, Second College Edition. New York: Simon and Schuster, 1980.

Webster's New World Dictionary of the American Language, Second College Edition. New York: Simon and Schuster, 1980.

DETERMINATION of question of law: tugboats and train ships are vehicles for the purpose of the *Excise Tax Act*.^a

DÉCISION sur une question de droit: remorqueurs et transbordeurs sont des véhicules au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*.

COUNSEL:

A. N. Robertson for plaintiff.
Max Weder for defendant.

AVOCATS:

b A. N. Robertson pour la demanderesse.
Max Weder pour la défenderesse.

SOLICITORS:

c Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

PROCUREURS:

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by^d

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

JOYAL J.: The sole issue for determination in this matter is whether or not tugboats and train ships are vehicles for the purpose of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15.^e

LE JUGE JOYAL: Il échet uniquement d'examiner en l'espèce si les remorqueurs et les transbordeurs sont des véhicules au regard de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15.

BACKGROUND

LES FAITS DE LA CAUSE

The plaintiff is a company incorporated under the laws of the province of British Columbia, having an office in North Vancouver, B.C., and carrying on the business of operating a tug and barge service in Canadian and international waters on and around the coast of British Columbia.^f

La demanderesse, société constituée sous le régime des lois de la province de la Colombie-Britannique avec siège social à North Vancouver (C.-B.), est une entreprise de remorquage et de transbordement dans les eaux canadiennes et internationales, le long des côtes de la province.^g

The plaintiff owns and operates 42 tugboats and two self-propelled train ships as well as numerous dump barges which are towed by the tugs. The tugs range from 39 to 142 ft. in length, from 440 to 5,570 in horsepower and carry from two to nine crew members.^h

Elle possède et exploite 42 remorqueurs et deux transbordeurs, ainsi que de nombreuses maries-salopes remorquées. Les remorqueurs ont une longueur variant de 39 à 142 pieds, une puissance de 440 à 5 570 horse-power et un équipage de deux à neuf membres.

Some of the uses of the tugs include towing the barges in the plaintiff's fleet which carry all manner of goods to destinations up and down the B.C. coast. As well, the tugs are used to assist in ship-berthing, ship-towage and log-towing. The train ships carry rail cars from the Vancouver lower mainland area to Vancouver Island.ⁱ

Ils servent entre autres à remorquer les chalands de la flottille de la demanderesse qui transportent toutes sortes de marchandises vers des destinations le long des côtes de la Colombie-Britannique. Ils servent encore aux manœuvres d'accostage et au remorquage des navires et des trains de bois. Les transbordeurs transportent des wagons des terres basses de Vancouver à l'île de Vancouver.^j

The defendant is Her Majesty the Queen in right of Canada.

During the period of April 1988 through June 1988, the plaintiff paid tax, under the *Excise Tax Act*, on diesel fuel purchased for the generation of electricity used in certain aspects of the operation of those of its vessels which are tugboats and train ships. On September 27, 1989, the plaintiff applied for a refund of excise tax in the amount of \$20,924.40 and sales tax in the amount of \$13,862.43 paid on the diesel fuel at the time of purchase, on the basis that the diesel fuel was tax exempt under paragraph 23(8)(c) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 10], which provides a specific exemption for excise tax payable in the case of diesel fuel for use in the generation of electricity (except where the electricity so generated is used primarily in the operation of a vehicle), and subsection 51(1) of the Act, together with section 3 of Part VI of Schedule III to the Act, which provides a specific exemption for sales tax on fuel oil for use in the generation of electricity (except where the electricity is used primarily in the operation of a vehicle).

The Minister of National Revenue, on behalf of the defendant, notified the plaintiff that its application for a refund was denied on the basis that ships (marine vessels), including tugs and train ships, were vehicles.

By notice of objection dated December 20, 1989, the plaintiff objected to the determination made by the Minister of National Revenue.

By notice of confirmation dated March 16, 1990, the defendant confirmed the determination on the basis that tugboats are vehicles for purposes of section 3 of Part VI of Schedule III and paragraph 23(8)(c), as ships engaged in the conveyance of goods from one point to another. The plaintiff now appeals to this Court for a more favourable determination. In the process of bringing this action to trial, both the plaintiff and defendant agreed to have the issue possibly resolved pursuant to Rule 474 [Federal Court Rules, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/79-57, s. 14)] by determination of a point of law founded on an agreed statement of facts.

La défenderesse est Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Durant la période allant d'avril à juin 1988 inclusivement, la demanderesse a payé, conformément à la *Loi sur la taxe d'accise*, la taxe sur le mazout qu'elle achetait pour la production de l'électricité destinée au fonctionnement de ses navires, c'est-à-dire de ses remorqueurs et transbordeurs. Le 27 septembre 1989, elle demande un remboursement de 20 924,40 \$ au titre de la taxe d'accise, et de 13 862,43 \$ au titre de la taxe de vente, payées à l'achat du mazout, par ce motif que ce carburant est exempté par l'alinéa 23(8)c) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 10], qui exonère expressément de la taxe d'accise le carburant diesel devant servir à la production d'électricité (sauf le cas où l'électricité produite est principalement utilisée pour faire fonctionner un véhicule), et par le paragraphe 51(1) de la Loi, qui, avec l'article 3 de la partie VI de l'annexe III de cette dernière, exonère expressément de la taxe de vente le mazout servant à la production de l'électricité (sauf le cas où l'électricité produite sert principalement au fonctionnement d'un véhicule).

Le ministre du Revenu national, agissant pour le compte de la défenderesse, informe la demanderesse que sa demande de remboursement est rejetée du fait que les navires, y compris les remorqueurs et transbordeurs, sont des véhicules.

La demanderesse conteste la décision du ministre du Revenu national par voie d'avis d'opposition en date du 20 décembre 1989.

Par avis de ratification en date du 16 mars 1990, la défenderesse confirme cette décision par ce motif que les remorqueurs sont des véhicules au regard de l'article 3 de la partie VI de l'annexe III et de l'alinéa 23(8)c), à titre de navires servant au transport de marchandises d'un point à un autre. La demanderesse interjette maintenant appel devant la Cour en vue d'une décision plus favorable. Dans cette procédure, les deux parties sont convenues de la possibilité d'un jugement du litige selon la procédure prévue à la Règle 474 [Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/79-57, art. 14)], par décision sur un point de droit à la lumière de l'exposé conjoint des faits.

PLAINTIFF'S SUBMISSIONS

The plaintiff submits that, read in its grammatical and ordinary sense in light of the intention of Parliament embodied in the Act as a whole, the object of the Act and the scheme of the Act, the term "vehicle", as used in the provisions of the Act pertinent here, does not embrace a ship or any other type of marine vessel. (See section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *The Queen v. Nova, An Alberta Corporation*, [1988] 2 C.T.C. 167 (F.C.A.); *British Columbia Telephone Company Ltd. v. The Queen* (1992), 92 DTC 6129 (F.C.A.); E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (Toronto: Butterworths, 1974), at pages 6, 7 and 81.)

The plaintiff places great reliance on the decision of *Fleming v. Spracklin* (1921), 50 O.L.R. 289. The plaintiff argues that in that case, the majority of the Ontario Court of Appeal was of the view that in its ordinary sense, the word "vehicle" was rarely applied to watercraft, and therefore, the word "vehicle" did not apply to a ferry-boat. (See also *Conder v. Griffith*, 111 N.E. 816 (Ind. App. 1916).)

As well, the High Court of Ontario has determined that a steamboat is not even a conveyance *In re Sault Ste. Marie Provincial Election, 1903, Galvin and Coyne Cases* (1905), 10 O.L.R. 356.

The plaintiff disputes the decision of the Income Tax Appeal Board in *McLean S.G. v. Minister of National Revenue* (1956), 56 DTC 119, which held that the word "vehicle" includes a ship. The plaintiff argues that the Board's finding was based on a phrase pronounced by a judge last century, where it was referred by the said Judge [at page 120] to "rafts found anchored in a stream . . . they are not vehicles intended for the navigation of the sea" (underline mine). The plaintiff submits that this phrase offers no support for the suggestion that the word "vehicle", as used in its ordinary and popular sense in the provisions of the Act pertinent here, embraces a ship or any other marine vessel.

L'ARGUMENTATION DE LA DEMANDERESSE

La demanderesse soutient que, saisi dans son sens grammatical ordinaire et à la lumière de la volonté du législateur telle qu'elle se dégage de l'ensemble de la Loi, de son objectif et de son économie, le terme «véhicule» figurant dans les dispositions applicables de la Loi n'embrasse ni les navires ni aucun autre type d'embarcation de mer. (Voir l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *La Reine c. Nova, An Alberta Corporation*, [1988] 2 C.T.C. 167 (C.A.F.); *British Columbia Telephone Company Ltd. c. La Reine* (1992), 92 DTC 6129 (C.A.F.); E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (Toronto: Butterworths, 1974), aux pages 6, 7 et 81.)

Elle invoque au premier chef la décision *Fleming v. Spracklin* (1921), 50 O.L.R. 289, par laquelle, dit-elle, la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le mot «véhicule», entendu dans son sens ordinaire, s'appliquait rarement aux embarcations, et qu'il ne s'appliquait donc pas aux transbordeurs. (Voir aussi *Conder v. Griffith*, 111 N.E. 816 (Ind. App. 1916).)

De même, la Haute Cour de l'Ontario a jugé qu'un bateau à vapeur n'était même pas un moyen de transport dans *In re Sault Ste. Marie Provincial Election, 1903, Galvin and Coyne Cases* (1905), 10 O.L.R. 356.

Contestant la décision *McLean S.G. v. Minister of National Revenue* (1956), 56 DTC 119, par laquelle la Commission d'appel de l'impôt a conclu que «véhicule» s'entendait également des navires, la demanderesse souligne que cette conclusion était fondée sur une phrase prononcée par un juge au siècle dernier, selon lequel [à la page 120] [TRADUCTION] «les trains de bois à l'ancre dans un cours d'eau . . . ne sont pas des véhicules destinés à la navigation en mer» (non souligné dans le texte). Elle tient que cette phrase ne justifie nullement de conclure que le mot «véhicule», tel qu'il est employé dans son sens ordinaire et populaire dans la Loi dont s'agit, s'entend également des navires ou de quelque autre type d'embarcation de mer que ce soit.

The plaintiff further relies on definitions of “vehicle” found in dictionaries to argue that these definitions do not embrace a ship or other marine vessels such as the plaintiff’s tugboats and train ships, as they refer to a conveyance with wheels or runners or means of land transportation. (See W. L. Little, H. W. Fowler & J. Coulson, *The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, vol. 2, 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1978), at page 2457; *Funk & Wagnalls Canadian College Dictionary* (Toronto: Fitzhenry & Whiteside, 1986), at page 1484; A. Rey & J. Rey-Debove, *Le Petit Robert I, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris: Le Robert, 1990), at page 2069; *Grand Larousse de la langue française*, tome 7 (Paris: Librairie Larousse, 1978), at page 6394; J. Bouvier, *Bouvier’s Law Dictionary and Concise Encyclopedia*, vol. 3, 3rd revision (Buffalo: Williams S. Hein Company, 1984), at page 3389; and J. A. Ballentine, *Ballentine’s Law Dictionary*, 3rd ed. (Rochester: The Lawyers Co-Operative Publishing Company, 1969, at page 1334.)

The plaintiff submits that when one reads the Act as a whole, one finds in subsection 50(7) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 190; c. 7, s. 16; (4th Supp.), c. 12, s. 16] an explicit reference to “ship or other marine vessels”, indicating an intention of Parliament to exclude such craft from the definition of “vehicle”.

Finally the plaintiff refers to *The Immigration Act* [S.C. 1952, c. 42] passed in 1952 and its subsequent amendments, in which “vehicle” is specifically defined to include any conveyance that may be used for transportation by water. The plaintiff submits that if the word “vehicle” meant what it was defined to mean in *The Immigration Act*, there would have been no need for the definition. The fact that a definition was included illustrates that, in the mind of Parliament, the meaning to be attributed to the word for purposes of the pertinent provisions of *The Immigration Act*, was not the word’s ordinary or popular meaning.

It is submitted that if Parliament, for purposes of the provisions of the Act pertinent here, intended that the word “vehicle” refer to any ship or other marine

La demanderesse cite encore des définitions de «véhicule» données par les dictionnaires pour soutenir que ce mot n’embrasse pas les navires ou autres embarcations de mer comme ses remorqueurs et transbordeurs, puisqu’il ne signifie que les moyens de transport munis de roues ou de patins, ou les moyens de transport sur terre. (Voir W. L. Little, H. W. Fowler & J. Coulson, *The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, vol. 2, 3^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1978), à la page 2457; *Funk & Wagnalls Canadian College Dictionary* (Toronto: Fitzhenry & Whiteside, 1986), à la page 1484; A. Rey & J. Rey-Debove, *Le Petit Robert I, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris: Le Robert, 1990), à la page 2069; *Grand Larousse de la langue française*, tome 7 (Paris: Librairie Larousse, 1978), page 6394; J. Bouvier, *Bouvier’s Law Dictionary and Concise Encyclopedia*, vol. 3, 3^e révision (Buffalo: William S. Hein Company, 1984), page 3389; et J. A. Ballentine, *Ballentine’s Law Dictionary*, 3^e éd. (Rochester: The Lawyers Co-Operative Publishing Company, 1969, à la page 1334.)

La demanderesse soutient que si on considère la Loi dans son ensemble, la mention expresse de «navire ou autre vaisseau» au paragraphe 50(7) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 190; ch. 7, art. 16; (4^e suppl.), ch. 12, art. 16] traduit la volonté du législateur d’exclure les navires de la définition de «véhicule».

Elle cite enfin la *Loi sur l’immigration* [S.C. 1952, ch. 42] de 1952 et ses modifications subséquentes, où «véhicule» est expressément défini comme s’entendant également de tout moyen de voyage par mer: si le mot «véhicule» avait le sens que lui prêtait cette Loi, il n’aurait pas été nécessaire d’y inclure cette définition. Le fait que cette dernière y a été incluse signifie que dans l’esprit du législateur, le sens à attribuer à ce mot en vue de l’application des dispositions pertinentes de la *Loi sur l’immigration* n’était pas son sens ordinaire ou populaire.

La demanderesse soutient que, si pour l’application de la Loi qui nous intéresse en l’espèce, le législateur avait voulu étendre le sens de «véhicule» aux navires

vessel, then Parliament would have inserted in the Act a definition of "vehicle" similar to the definition inserted, and several times amended, in *The Immigration Act*. This indicates that Parliament did not intend that the word "vehicle" in the Act have the expanded meaning of the word set out specifically in *The Immigration Act*, but rather something different, e.g. its ordinary meaning.

The plaintiff concludes by stating that, read in its grammatical and ordinary sense, consonant with Parliament's intent, and on the basis of the authorities referred to, the term "vehicle" does not include the plaintiff's tugboats and train ships.

DEFENDANT'S SUBMISSIONS

The defendant submits that as the word "vehicle" is not defined in the Act, its interpretation must be made in light of the modern principle of statutory interpretation: namely, the words of the Act are to be read in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. (See Driedger, *Construction of Statutes*, (2nd ed., 1983), as cited in *Westar Mining Ltd. v. Minister of National Revenue* (1990), 38 F.T.R. 137 (F.C.T.D.), at page 142; affirmed at (1991), 4 TCT 6197 (F.C.A.).)

The defendant relies on definitions of "vehicle" found in various dictionaries and claims that the ordinary meaning of the word is broad enough to include any conveyance by way of land, sea or air. A vehicle serves to transport passengers or cargo; tugboats and train ships come within this definition. (See A. Rey & Rey-Debove, *Le Petit Robert I, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (*supra*); D. A. Dukelow & B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law* (Toronto: Carswell, 1991), at page 1133; H. C. Black, *Black's Law Dictionary*, 5th ed. (St. Paul Minn.: West Publishing Co., 1979), at page 1393; D. B. Guralnik, *Webster's New World Dictionary of the American Language*, 2nd College ed. (Simon and Schuster), at page 1574; and W. L. Little, H. W. Fowler & J. Coulson, *The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (*supra*).

The definition of "vehicle" in the context of the *Excise Tax Act* [R.S.C. 1970, c. E-13] has been con-

ou autres embarcations de mer, il y aurait prévu une définition de ce mot, semblable à la définition contenue dans la *Loi sur l'immigration* et ses multiples modifications. Il s'ensuit que le législateur ne voulait pas donner au mot «véhicule» employé dans la Loi le sens élargi que lui attribue expressément la *Loi sur l'immigration*, mais quelque chose de différent, c'est-à-dire son sens ordinaire.

La demanderesse conclut que, entendu dans son sens grammatical ordinaire, en conformité avec la volonté du législateur et à la lumière des magistères cités, le terme «véhicule» ne s'étend pas à ses remorqueurs ou transbordeurs.

L'ARGUMENTATION DE LA DÉFENDERESSE

La défenderesse soutient que le mot «véhicule» n'étant pas défini dans la Loi, il doit être interprété conformément au principe moderne d'interprétation des lois, savoir que les termes de la Loi doivent être entendus dans leur sens grammatical ordinaire, compte tenu de l'économie et de l'objectif de la Loi ainsi que de la volonté du législateur. (Voir Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd., 1983), cité dans *Westar Mining Ltd. c. Ministre du Revenu national* (1990), 38 F.T.R. 137 (C.F. 1^{re} inst.) en page 142, confirmé par (1991), 4 TCT 6197 (C.A.F.).)

La défenderesse conclut de la définition de «véhicule» dans divers dictionnaires que le sens ordinaire de ce mot est assez large pour embrasser tout moyen de transport terrestre, maritime ou aérien. Un véhicule sert à transporter des passagers ou des marchandises; pareille définition embrasse les remorqueurs et les transbordeurs (Voir A. Rey & Rey-Debove, *Le Petit Robert I, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (*supra*); D. A. Dukelow & B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law* (Toronto: Carswell, 1991), à la page 1133; H. C. Black, *Black's Law Dictionary*, 5^e éd. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979), à la page 1393; D. B. Guralnik, *Webster's New World Dictionary of the American Language*, 2^e éd. College (Simon et Schuster), à la page 1574; et W. L. Little, H. W. Fowler et J. Coulson, *The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (*supra*).

Le sens du mot «véhicule», entendu dans le contexte de la *Loi sur la taxe d'accise* [S.R.C. 1970, ch.

sidered in *Westar Mining Ltd. v. Minister of National Revenue (supra)*. At the Trial Division, Mr. Justice McNair had to consider whether an ore hauler was a vehicle. In finding that it was, His Lordship approved the Tariff Board's Ruling 7120/28 [at page 144], in which it was held that a vehicle includes a boat or a ship, as it "is used to carry or convey persons or objects". The Federal Court of Appeal affirmed McNair J.'s findings and his approach to statutory interpretation.

The defendant also relies on a decision of the Tax Appeal Board, where Mr. Fordham found that a ship was a vehicle for the purposes of the *Income Tax Act* [R.S.C. 1952, c. 148]. (See *McLean, S.G. v. Minister of National Revenue* (1956), 56 DTC 119, at page 121).

In the decision of *Fleming v. Spracklin* (1921), 50 O.L.R. 289, the Appellate Division of the Ontario Supreme Court considered whether a yacht riding on international waters was a "vehicle on the public highway or elsewhere" within the meaning of section 70 of *The Ontario Temperance Act* [S.O. 1916, c. 50]. A majority of the Court found that a yacht was not a vehicle. In the defendant's view, however, that reasoning by the Court of Appeal was based on the view that *The Ontario Temperance Act* did not apply to transactions in liquor in international waters between citizens of Ontario and those of foreign countries, and that in that context, a yacht could not possibly be a vehicle.

The defendant submits that the intention of Parliament can also be determined through an examination of the Debates of the House of Commons. The relevant statement by the Minister of Finance indicates that marine vessels were contemplated in the definition of vehicle. (See Bill C-198, 1st Session, 27th Parliament, *House of Commons Debates*, June 23, 1966, page 6812; and *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663 (C.A.).)

The administrative position of the Minister of National Revenue has also been consistent in treating marine vessels as vehicles for the purposes of the

E-13], a été examiné dans *Westar Mining Ltd. c. Ministre du Revenu national (supra)*. En première instance, le juge McNair était appelé à décider si les transporteurs de minerai étaient des véhicules. En répondant à cette question par l'affirmative, Sa Seigneurie a approuvé la décision n° 7120/28 [en page 144] de la Commission du tarif, aux termes de laquelle véhicule s'entend également des bateaux ou des navires, du fait que ces derniers servent «à transporter des personnes ou des objets». La Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion du juge McNair ainsi que sa conception de l'interprétation des lois en la matière.

La défenderesse cite aussi une décision de la Commission d'appel de l'impôt, par laquelle M. Fordham a jugé qu'un navire était un véhicule au regard de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.R.C. 1952, ch. 148]. (Voir *McLean, S.G. v. Minister of National Revenue* (1956), 56 DTC 119, à la page 121).

Dans *Fleming v. Spracklin* (1921), 50 O.L.R. 289, la Division d'appel de la Cour suprême de l'Ontario était appelée à décider si un yacht naviguant dans les eaux internationales était [TRADUCTION] «un véhicule sur la voie publique ou ailleurs» au sens de l'article 70 de la loi dite *The Ontario Temperance Act* [S.O. 1916, ch. 50]. La majorité de la Cour a conclu qu'un yacht n'était pas un véhicule. La défenderesse estime cependant que ce raisonnement de la Cour d'appel tenait à sa conclusion que la loi *The Ontario Temperance Act* ne s'appliquait pas au commerce de boissons alcooliques dans les eaux internationales entre des Ontariens et des citoyens de pays étrangers, et que dans ce contexte, un yacht ne saurait être un véhicule.

Elle soutient encore que la volonté du législateur se dégage aussi des Débats de la Chambre des communes. La déclaration faite dans ce contexte par le ministre des Finances indique que les navires étaient compris dans la définition de véhicule. (Voir Projet de loi C-198, 1^{re} session, 27^e législature, *Débats de la Chambre des communes*, 23 juin 1966, à la page 6812; et *Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N.*, [1991] 3 C.F. 663 (C.A.).)

Sur le plan administratif, le ministre du Revenu national a toujours vu dans les navires des véhicules au regard de la *Loi sur la taxe d'accise*. Dans le

Excise Tax Act. In Excise Communiqué 191/TI (December 1989), the Minister's stated position is that the definition of vehicle is broad and includes ships.

The defendant argues that there is no apparent purpose in interpreting the Act to exclude marine vessels from the definition of "vehicle". If the plaintiff's position is correct, then Parliament would be seen to be preferring one mode of conveyance (by sea) over another, without any rationale for so doing. The exemption in the relevant portion of the *Excise Tax Act* is that diesel fuel to produce electricity is exempt from tax, unless it is used in the operation of a vehicle. A functional approach indicates that to exclude "vessels" from the definition would be to create a distinction without a difference.

Finally, it is submitted that when considering the definition of "vehicle" in its ordinary meaning, in keeping with the object of the Act and the intention of Parliament, the plaintiff's tugboats and train ships are vehicles within the meaning of the *Excise Tax Act*.

ANALYSIS

The *Excise Tax Act* provides no definition of the term "vehicle". The meaning of that word "vehicle" in paragraph 23(8)(c) of the Act and in section 3 of Part VI of Schedule III to the Act is the subject-matter of the present application.

Section 3 of Part VI of Schedule III to the *Excise Tax Act* provides an exemption from sales tax for:

3. Fuel oil for use in the generation of electricity except where the electricity so generated is used primarily in the operation of a vehicle.

In addition, paragraph 23(8)(c) of the Act provides an exemption from excise tax for:

23. (8) . . .

(c) diesel fuel for use in the generation of electricity, except where the electricity so generated is used primarily in the operation of a vehicle.

Communiqué de l'accise 191/TI (décembre 1989), il pose pour principe que la définition de véhicule est large et embrasse les navires.

a

La défenderesse soutient qu'il n'y aucune raison d'interpréter la Loi de façon à exclure les navires de la définition de «véhicule». La thèse de la demanderesse signifierait que le législateur préfère un mode de transport (maritime) à un autre, et ce sans justification aucune. L'exemption prévue à la disposition pertinente de la *Loi sur la taxe d'accise* s'applique au mazout servant à la production de l'électricité, sauf le cas où l'électricité produite sert au fonctionnement d'un véhicule. Sous l'angle de l'analyse fonctionnelle, exclure les navires de la définition reviendrait à créer une distinction sans qu'il y ait différence.

b

c

d

e

La défenderesse conclut que si on entend «véhicule» dans son sens ordinaire, compte tenu de l'objectif de la Loi et de la volonté du législateur, les remorqueurs et les transbordeurs de la demanderesse sont des véhicules au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*.

ANALYSE

f

Le terme «véhicule» n'est pas défini dans la *Loi sur la taxe d'accise*. C'est le sens de ce mot, tel qu'il figure à l'alinéa 23(8)(c) de la Loi et à l'article 3 de la partie VI de son annexe III, qui fait l'objet de cette demande.

g

L'article 3 de la partie VI de l'annexe III de la *Loi sur la taxe d'accise* exonère de la taxe de vente le produit suivant:

h

3. Mazout servant à la production de l'électricité, sauf lorsque l'électricité ainsi produite sert principalement au fonctionnement d'un véhicule.

i

En outre, l'alinéa 23(8)(c) de la Loi prévoit que la taxe de vente n'est pas exigible:

23. (8) . . .

c) dans le cas de combustible diesel devant servir à la production d'électricité, sauf lorsque l'électricité ainsi produite est principalement utilisée pour faire fonctionner un véhicule.

j

1. Principles of statutory interpretation

In order to determine the proper meaning of the word “vehicle”, it is useful to examine the principles of statutory interpretation which have been established by our courts.

In *International Forest Products Ltd. v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 246 (F.C.T.D.), Madam Justice Reed summarizes the law on principles of interpretation. The Court was concerned with the question whether jet fuel fell under the definition of diesel fuel in section 2 of the *Excise Tax Act*. In her review of principles of statutory interpretation, Reed J. stated, at pages 247 and 248, footnote 3:

At one point, as a general rule, taxation statutes were said to require strict construction. Any ambiguities or doubts on a literal reading of the words were to be resolved in the taxpayer's favour. . . .

Recently, however, the courts have moved away from strictly construing taxation statutes, and have instead adopted the same rule of interpretation applicable to all statutes. In *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] C.T.C. 294, Estey, J., after examining the developments of interpretative approaches to taxation statutes, stated the modern method as follows:

Courts today apply to this statute [the *Income Tax Act*] the plain meaning rule, but in the substantive sense so that if a taxpayer is within the spirit of the charge, he may be held liable.

. . . .

While not directing his observations exclusively to taxing statutes, the learned author of *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) at page 87, E.A. Driedger, put the modern rule succinctly:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

In *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; (1985) 2 C.T.C. 79; 85 D.T.C. 5310, an income tax case, Mr. Justice MacGuigan followed the approach set out in *Stubart*. He stated the appropriate principle of interpretation as follows:

It seems clear from these cases that older authorities are no longer to be absolutely relied upon. The only principle of interpretation now recognized is a words-in-total-context

1. Les principes d'interprétation des lois

Afin de déterminer le sens exact du mot «véhicule», il y a lieu de revoir les principes d'interprétation des lois que nos tribunaux ont définis.

Dans *International Forest Products Ltd. v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 246 (C.F. 1^{re} inst.), Madame le juge Reed a donné un résumé des règles juridiques d'interprétation. La Cour était appelée à décider si le carburéacteur était assimilable au carburant diesel au sens de l'article 2 de la *Loi sur la taxe d'accise*. En passant en revue les principes d'interprétation des lois, Madame le juge Reed a fait cette observation à la note de bas de page n° 3, en pages 247 et 248:

À un moment donné, on requerrait généralement que les lois fiscales soient interprétées de façon très stricte. On tranchait en faveur du contribuable tout doute ou ambiguïté que pouvait soulever la lecture littérale des mots . . .

Dernièrement, cependant, les tribunaux ont renoncé aux interprétations trop restrictives des lois fiscales pour adopter plutôt les mêmes règles d'interprétation applicables à toutes les lois. Ainsi, dans *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; [1984] C.T.C. 294, après avoir examiné la progression de l'évolution de l'interprétation des lois fiscales, le juge Estey énonce la méthode comme suit:

Aujourd'hui, les tribunaux appliquent à cette loi [la *Loi de l'impôt sur le revenu*] la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond, de sorte que si l'activité du contribuable relève de l'esprit de la disposition fiscale, il sera assujéti à l'impôt.

. . . .

Bien que les remarques de E. A. Driedger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87, ne visent pas uniquement les lois fiscales, il y énonce la règle moderne de façon brève:

Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Dans *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; (1985) 2 C.T.C. 79; 85 D.T.C. 5310, une affaire d'impôt sur le revenu, M. le juge MacGuigan a suivi la façon de procéder établie dans *Stubart*. Il énonce les principes appropriés d'interprétation comme suit:

Il ressort, semble-t-il, clairement de ces arrêts qu'il ne faut dorénavant jamais plus se fier inconditionnellement à ces anciens précédents. Le seul principe d'interprétation

approach with a view to determining the object and spirit of the taxing provisions.

The same approach is applicable when dealing with the *Excise Tax Act* as when dealing with the *Income Tax Act*. The "words-in-total-context" approach of MacGuigan, J.A. was adopted in *Westar Mining Ltd. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 547; 3 T.C.T. 5325 (F.C.T.D.), when dealing with the definition of "vehicles" under the *Excise Tax Act*.

MacGuigan J.A.'s approach in *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen (supra)*, was followed in *Calgary School District No. 19 v. R.* (1990), 43 C.L.R. 194 (F.C.T.D.). At page 202, Jerome A.C.J. stated:

It follows then that the "words-in-total-context" principle of statutory interpretation must be applied in this instance to determine the meaning of the phrase "for use exclusively in the construction of a building for that institution" found in s. 44.27 of the *Excise Tax Act*. As well, I note that s. 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, directs me to give a fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainments of the Act's objectives. Accordingly, I must endeavour to assign to the words chosen by Parliament a meaning consistent with the apparent objectives of the provision in question.

Other opinions on the subject have been expressed. In the Supreme Court of Canada's decision in *Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493, Estey J., on the construction of tax legislation, said at page 509:

In more modern terminology the courts require that, in order to adversely affect a citizen's right, whether as a taxpayer or otherwise, the Legislature must do so expressly. Truncation of such rights may be legislatively unintended or even accidental, but the courts must look for express language in the statute before concluding that these rights have been reduced. This principle of construction becomes even more important and more generally operative in modern times because the Legislature is guided and assisted by a well-staffed and ordinarily very articulate Executive. The resources at hand in the preparation and enactment of legislation are such that a court must be slow to presume oversight or inarticulate intentions when the rights of the citizen are involved. The Legislature has complete control of the process of legislation, and when it has not for any reason clearly expressed itself, it has all the resources available to correct that inadequacy of expression. This is more true today than ever before in our history of parliamentary rule.

reconnu aujourd'hui consiste à examiner les termes dans leur contexte global en vue de découvrir l'objet et l'esprit des dispositions fiscales.

Cette même façon de procéder s'applique aussi bien à l'interprétation de la *Loi sur la taxe d'accise* qu'à l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'approche du juge MacGuigan, soit l'interprétation des termes dans leur contexte global, a été suivie dans l'arrêt *Westar Mining Ltd. c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 547; 3 T.C.T. 5325 (C.F. 1^{re} inst.), lorsqu'il fallut interpréter la définition du mot «véhicules» dans la *Loi sur la taxe d'accise*.

La méthode adoptée par le juge MacGuigan, J.C.A., dans *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine (supra)* a été reprise dans *Calgary School District No. 19 c. R.* (1990), 43 C.L.R. 194 (C.F. 1^{re} inst.) où, en page 202, le juge en chef adjoint Jerome s'est prononcé en ces termes:

Il s'ensuit donc que le principe d'interprétation législative qui consiste à examiner les termes dans leur contexte global doit être appliqué en l'espèce pour interpréter l'expression «destinés exclusivement à la construction d'un bâtiment pour cette institution» qui figure à l'article 44.27 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Je note également que l'article 11 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, m'oblige à interpréter cette disposition de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. En conséquence, je dois tenter d'interpréter les mots choisis par le législateur d'une manière qui soit compatible avec les objectifs apparents de la disposition en question.

On peut citer d'autres vues sur cette question. Dans l'arrêt *Morguard Properties Ltd. et autres c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493, de la Cour suprême du Canada, le juge Estey a fait en page 509 cette observation sur l'interprétation des lois fiscales:

En langage plus moderne, pour porter atteinte aux droits d'un administré, que ce soit à titre de contribuable ou à un autre titre, les tribunaux exigent que le législateur le fasse de façon expresse. La diminution de ces droits peut ne pas avoir été législativement voulue ou même être accidentelle, mais les cours doivent trouver dans la loi des termes exprès pour conclure que ces droits ont été diminués. Ce principe d'interprétation s'impose et s'applique d'autant plus aujourd'hui que les législatures profitent de l'aide et des directives d'un conseil exécutif bien pourvu de personnel et ordinairement très averti. Les moyens disponibles pour rédiger et promulguer les lois sont tels qu'une cour doit être réticente à présumer l'oubli ou des intentions inarticulées lorsque les droits des administrés sont en cause. La législature a la maîtrise complète du processus législatif et si elle ne s'est pas exprimée clairement pour un motif quelconque, elle possède tous les moyens de corriger cette déficience d'expression. Cela est encore plus vrai aujourd'hui qu'à toute autre époque de l'histoire de notre régime parlementaire.

In his book *The Construction of Statutes*, E. A. Driedger, sets out more elaborately his doctrine with respect to interpreting statutes generally. At page 81, he wrote:

The decisions examined thus far indicate that the provisions of an enactment relevant to a particular case are to be read in the following way:

1. The Act as a whole is to be read in its entire context so as to ascertain the intention of Parliament (the law as expressly or impliedly enacted by the words), the object of the Act (the ends sought to be achieved), and the scheme of the Act (the relation between the individual provisions of the Act).
2. The words of the individual provisions to be applied to the particular case under consideration are then to be read in their grammatical and ordinary sense in the light of the intention of Parliament embodied in the Act as a whole, the object of the Act and the scheme of the Act, and if they are clear and unambiguous and in harmony with that intention, object and scheme and with the general body of the law, that is the end.
3. If the words are apparently obscure or ambiguous, then a meaning that best accords with the intention of Parliament, the object of the Act and the scheme of the Act, the one that the words are reasonably capable of bearing is to be given them.
4. If, notwithstanding that the words are clear and unambiguous when read in their grammatical and ordinary sense, there is disharmony within the statute or statutes in *pari materia*, then a less grammatical or less ordinary meaning that will produce harmony is to be given the words, if they are reasonably capable of bearing that meaning.

2. Interpretation of "Vehicle" by the Courts

In *Westar Mining Ltd. v. Minister of National Revenue*, (*supra*), the plaintiff appealed from the Minister of National Revenue's disallowance of its claim for refund of federal sales and excise taxes paid on diesel fuel purchased and used in the generation of electricity required to operate the plaintiff's ore haulers. The issue was whether the plaintiff's ore haulers were "vehicles" within the meaning of the relevant provisions of the *Excise Tax Act*. The Court dismissed the application, and held that the ore haulers were used primarily as "vehicles" within the plain meaning of that word as defined in the case law and in recognized dictionaries. Accordingly, the diesel fuel used to generate electricity in their operation was specifically excluded from the diesel fuel exemption contained in paragraph 21(3.1)(c) [as am. by S.C.

Dans son ouvrage *The Construction of Statutes*, E. A. Driedger donne un exposé plus détaillé de la doctrine régissant l'interprétation des lois en général. Voici ce qu'il écrit en page 81:

[TRADUCTION] Il ressort des décisions *supra* que les dispositions applicables à un cas d'espèce doivent être interprétées de la façon suivante:

1. Le texte tout entier doit être envisagé dans son ensemble pour dégager la volonté du législateur (la loi telle qu'elle s'exprime, expressément ou implicitement, par les mots employés), l'objectif de cette loi (les fins poursuivies) et son économie (les rapports entre ses diverses dispositions).
2. Il faut ensuite entendre les mots employés dans les dispositions applicables au cas d'espèce, dans leur sens grammatical ordinaire à la lumière de la volonté du législateur, telle qu'elle s'incarne dans la loi prise dans son ensemble, ainsi que de l'objectif et de l'économie de cette dernière, et on n'ira pas plus loin s'ils sont clairs, s'ils ne sont pas ambigus et s'harmonisent avec cette volonté, cet objectif et cette économie, de même qu'avec le corps de droit existant.
3. Si ces mots paraissent obscurs ou ambigus, il faut leur attribuer un sens qui s'accorde le mieux avec la volonté du législateur, et avec l'objectif et l'économie de la loi, un sens que ces mots puissent raisonnablement avoir.
4. Si, les mots étant clairs et non ambigus quand on les entend dans leur sens grammatical ordinaire, il y a un manque d'harmonie à l'intérieur de la loi en question ou entre les lois en la matière, il faut attribuer à ces mots un sens moins grammatical ou moins ordinaire mais qui assure l'harmonie, un sens qu'ils puissent raisonnablement avoir.

2. L'interprétation du mot «véhicule» par les tribunaux

Dans *Westar Mining Ltd. c. Ministre du Revenu national* (*supra*), la demanderesse contestait le rejet fait par le ministre du Revenu national de sa demande de remboursement de la taxe de vente fédérale et de la taxe d'accise au titre du carburant diesel acheté et utilisé dans la production de l'électricité nécessaire au fonctionnement de ses transporteurs de minerai. Il s'agissait de savoir si ces derniers étaient des «véhicules» au sens des dispositions applicables de la *Loi sur la taxe d'accise*. La Cour l'a déboutée de sa demande, concluant que les transporteurs de minerai étaient principalement utilisés comme «véhicules» au sens ordinaire de ce mot, tel que le lui reconnaissent la jurisprudence et les dictionnaires reconnus. En conséquence, le carburant diesel servant à produire l'électricité nécessaire à leur fonctionnement était

1986, c. 9, s. 11] of the *Excise Tax Act*. At page 145, McNair J. concluded:

In short, I am of the opinion that the subject ore haulers were used primarily as vehicles within the ordinary meaning of the word in moving overburden or raw ore from one place to another, and that the legislative expression employed in this instance does not permit the restriction of such vehicular activity to movement by road or rail or the carrying of coal as a finished, saleable product. In my view, any other interpretation of the language used in the taxing provisions of the Act would only serve to circumvent their object and spirit and defeat the expressed intention of Parliament. In the result, the plaintiff fails to qualify for the exemption and claim for refund.

Hugessen J.A., for the Federal Court of Appeal stated, at page 6197 (*supra*):

... we can see no basis for disagreeing with McNair, J.'s very thorough reasons for judgment. He found the Appellant's "ore haulers" to be "vehicles" within the intendment of ss. 21(3.1)(c) (now paragraph 23(8)(c)) and Schedule III of the Excise Act when those provisions are read in their entire context and in conformity with the statutory scheme and their ordinary grammatical meaning.

In *McLean S.G. v. Minister of National Revenue*, (*supra*), the sole issue to be determined was whether the word "vehicle" included a ship. The appellant was a marine engineer on a coastal ferry. During the year 1954, the appellant spent a certain sum for board and lodging while away from his home port. In his return for that year, he deducted the amount he had disbursed for board and lodging in accordance with subsection 11(7) of the Act which provided a deduction for such expenses where the employee travels away from his employer's place of business in a "vehicle" of the employer. The Minister disallowed this deduction, claiming that a ship was not a "vehicle" within the meaning of subsection 11(7). The appellant's appeal was allowed. In its reasons, the Tax Appeal Board stated, at pages 120 and 121:

... I came across a case that appears to me to set the question at rest. It is *Polpen Shipping Co. v. Commercial Union Assce. Co.*, (1943) 1 K.B. 161. There, Atkinson, J., held that a flying boat was not a "ship or vessel" within the meaning of a certain insurance policy. In so finding, he had occasion to deal rather exhaustively with the meaning or significance of the word "ship". At page 165, he quotes from the judgment of Lord Esher, M.R., in *The Gas Float Whitton No. 2*, (1896) Probate,

expressément exclu de l'exemption prévue à l'alinéa 21(3.1)c) [mod. par S.C. 1986, ch. 9, art. 11] de la *Loi sur la taxe d'accise*. En page 145, le juge McNair a conclu en ces termes:

En résumé, je suis d'avis que les transporteurs de minerais ont été utilisés principalement comme véhicules au sens ordinaire du terme pour transporter des morts-terrains ou du minerai brut d'un endroit à un autre, et que le libellé de la loi ne permet pas de limiter les déplacements à ceux qui sont effectués sur la route ou sur des rails, ou encore au transport du charbon uniquement comme produit fini et commercialisable. Selon moi, toute autre interprétation du libellé de la Loi ne servirait qu'à contourner l'objet et l'esprit de cette loi et à déjouer l'intention exprimée par le législateur. En conséquence, la partie demanderesse ne peut être admissible à une exemption et donc au remboursement.

L'affaire ayant été portée devant la Cour d'appel fédérale, le juge Hugessen, J.C.A., y a rendu la décision suivante, à la page 6197 (*supra*):

... nous ne trouvons rien à redire aux motifs de jugement très détaillés du juge McNair, qui a conclu que les «transporteurs de minerai» de l'appelante sont des «véhicules» au sens de l'alinéa 21(3.1)c) (devenu depuis l'alinéa 23(8)c)) et de l'annexe III de la Loi sur la taxe d'accise, telles que ces dispositions sont envisagées dans leur contexte et conformément à l'esprit de la loi et à leur sens grammatical.

Dans *McLean S.G. v. Minister of National Revenue* (*supra*), la seule question à trancher était de savoir si «véhicule» s'entendait également des navires. L'appelant, qui était mécanicien à bord d'un transbordeur côtier, avait dépensé en 1954 une certaine somme d'argent en frais de séjour au cours de déplacements loin de son port d'attache. Dans sa déclaration d'impôt pour la même année, il a déduit cette somme en application du paragraphe 11(7) de la Loi qui prévoyait la déduction des frais de ce genre pour l'employé qui voyageait hors du lieu de l'établissement de son employeur, dans un «véhicule» de celui-ci. Le ministre a rejeté la déduction par ce motif qu'un navire n'était pas un «véhicule» au sens du paragraphe 11(7). L'appel a été jugé fondé par la Commission d'appel de l'impôt, qui a conclu en ces termes, en pages 120 et 121:

[TRADUCTION] ... J'ai trouvé un précédent qui, me semble-t-il, apporte la réponse à la question. Il s'agit de *Polpen Shipping Co. v. Commercial Union Assce. Co.*, (1943) 1 K.B. 161. Le juge Atkinson y a conclu qu'un hydravion n'était pas un «navire ou vaisseau» au sens d'un certain contrat d'assurance. Dans ses motifs, il a fait la revue plutôt exhaustive du sens du mot «véhicule», citant en page 165 un jugement de lord Esher, M.R., qui, dans *The Gas Float Whitton No. 2*, (1896) Probate,

42, who said with reference to certain rafts found anchored in a stream:

They are not vehicles intended for the navigation of the sea, or the arms of the sea; they are not recognized as instruments of commerce of navigation by an Act of Congress. They are piles of lumber, and nothing more, fastened together and placed upon the water until suitable vehicles are ready to receive them and transport them to their destined port.

Lord Esher, in turn, was quoting with approval from the judgment in an American case, *Nicholson v. Chapman*, rendered as early as 1793. The passage cited makes it evident, I think, that for many years ships have been viewed judicially as vehicles for the navigation of the seas. In the light of this and other authorities cited by Atkinson, J., it appears to me that to interpret vehicle as being restricted to a conveyance on wheels or runners for carrying persons or goods on land is taking an unduly narrow view of the word's meaning. A ship performs the same functions on water as does a wheeled conveyance on land and I think that to treat a ship as has been done in the assessment appealed from is to create a distinction without the difference where the application of section 11(7) is involved. [Underline mine.]

In *Magnatrim Equipment Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise)* (1988), 18 C.E.R. 13, the Tariff Board concluded that the skateboards in issue fell within the definition of the word "vehicle" as set out in subsection 2(1) of the former *Customs Act* [R.S.C. 1970, c. C-40], which read: "any cart, car, wagon, carriage, barrow, sleigh, aircraft or other conveyance of any kind whatever, whether drawn or propelled by steam, by animals . . . and the fittings, furnishings and appurtenances of the vehicle" (underline mine). In support of its conclusion, the Board relied on the case of *General Supply Co. of Canada Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue et al.*, [1954] Ex.C.R. 340, where Cameron J. stated, at page 352:

In view of the context, I think that "conveyance" as here used is limited to a vehicle which is not only capable as a whole of moving from one location to a different location, but is designed for that purpose and whose function, while so moving, is the carrying or transporting of goods or passengers. "To convey" means more than the capacity to move from place to place; it involves the carrying or transporting of persons or of things other than its own component parts.

42, a évoqué la conclusion suivante au sujet de radeaux à l'ancre dans un cours d'eau:

Il ne sont pas des véhicules destinés à la navigation en mer ou dans les bras de mer; ils ne sont pas reconnus comme moyens de navigation par une loi du Congrès. Ce n'est rien que des tas de billes de bois attachées les unes aux autres et mises à l'eau en attendant que des véhicules idoines soient prêts à les prendre à bord et à les transporter à leur port de destination.

Le passage ci-dessus, que lord Esher citait avec approbation, était tiré d'une décision américaine, *Nicholson v. Chapman*, rendue dès 1793. Il montre, à mon avis, que depuis des années, les tribunaux ont considéré les navires comme des véhicules destinés à la navigation en mer. À la lumière de ce précédent et d'autres magistères cités par le juge Atkinson, je conclus que ce serait restreindre abusivement le sens du mot véhicule que de le limiter aux moyens de transport munis de roues ou de patins, et destinés au transport de personnes ou de marchandises sur terre. Un navire remplit la même fonction sur l'eau qu'un véhicule à roues sur terre, et je pense que réserver aux navires l'interprétation qu'en a donnée l'avis de cotisation attaqué reviendrait à créer une distinction en l'absence de toute différence, dans l'application du paragraphe 11(7). [Non souligné dans le texte.]

Dans *Magnatrim Equipment Ltd. et Sous-ministre M.R.N. (Douanes et Accise)* (1988), 18 C.E.R. 13, la Commission du tarif conclut que les planches à roulettes en cause tombent dans le champ d'application de la définition de «véhicule» qui figure au paragraphe 2(1) de l'ancienne *Loi sur les douanes* [S.R.C. 1970, ch. C-40], comme suit: «toute charrette, char, chariot, voiture, brouette, traîneau, aéronef ou autre moyen de transport de toute nature que ce soit, actionné par la vapeur, tiré ou poussé par des animaux . . . ainsi que les garnitures, équipements et accessoires du véhicule» (non souligné dans le texte). À l'appui de sa conclusion, la Commission cite la décision *General Supply Co. of Canada Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue et al.*, [1954] R.C.É. 340, où le juge Cameron s'est prononcé en ces termes en page 352:

[TRADUCTION] Dans ce contexte, je pense que «moyen de transport» s'entend en l'espèce du véhicule qui non seulement est capable de se déplacer tout entier d'un point à un autre, mais est conçu à cet effet et a pour fonction, pendant ce déplacement, de transporter des marchandises ou des passagers. «Transporter» signifie davantage que la capacité de se déplacer d'un point à un autre; il signifie le transport de personnes ou d'objets autres que les propres éléments du moyen de transport.

The Board was of the opinion that the skateboards met all three requirements as set out in the *General Supply* case (*supra*).

I have already referred to *Fleming v. Spracklin* where the Ontario Court of Appeal held that a yacht riding upon international waters was not a "vehicle on the public highway or elsewhere" within the meaning of subsection 70(2) of *The Ontario Temperance Act*. The usefulness of this case, as was pointed out by the Tax Review Board in the *McLean* case, at page 121 (*supra*) is diminished by the fact that the Court only considered the meaning of "vehicle" in connection with specific words of the Act in issue, being "a vehicle on the public highway". The Court of Appeal also referred to other enactments to reinforce its position, such as *The Highway Travel Act* [R.S.O. 1914, c. 206], *The Motor Vehicles Act* [R.S.O. 1914, c. 207], and *The Snow Roads Act* [R.S.O. 1914, c. 208], which all state that the word "vehicle" is a wheeled or runner conveyance such as is used on the roads. Again, such definitions of the word "vehicle" is limited to those specific Acts and does not offer any assistance to determine the issue before us. Those statutes quite evidently address themselves to a subject different from the one presently in issue.

3. Meaning of "Vehicles" in Dictionaries

Both parties provided ample definitions of the word "vehicle" as taken from various dictionaries. I will enumerate only a few, as I believe that in the present case, the intention of Parliament can be clearly determined by examining the Act in its total context, and by referring to the authorities examined above and to reports such as parliamentary debates and others, as they relate to the Act. The following definitions, among others, have been submitted by the parties:

"vehicle": A means of conveyance provided with wheels or runners and used for the carriage of persons or goods; a carriage, cart, wagon, sledge, etc. (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles (supra)*.)

La Commission conclut que les planches à roulettes réunissent les trois conditions définies dans la décision *General Supply* ci-dessus.

J'ai mentionné l'arrêt *Fleming v. Spracklin* par lequel la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'un yacht naviguant dans les eaux internationales n'était pas un [TRADUCTION] «véhicule sur la voie publique ou ailleurs» au sens du paragraphe 70(2) de la loi dite *The Ontario Temperance Act* de la province. Comme l'a fait remarquer la Commission d'appel de l'impôt, en page 121 de sa décision *McLean (supra)*, l'utilité de cet arrêt est diminuée du fait que la Cour n'y examinait le sens du mot «véhicule» qu'au regard des termes mêmes de la Loi citée, savoir «véhicule sur la voie publique». La Cour d'appel citait encore à l'appui d'autres textes, comme *The Highway Travel Act* [R.S.O. 1914, ch. 206], *The Motor Vehicles Act* [R.S.O. 1914, ch. 207] et *The Snow Roads Act* [R.S.O. 1914, ch. 208], lesquelles précisaient tous que le mot «véhicule» désignait les moyens de transport munis de roues ou de patins, tels qu'on en trouve sur les routes. Cette définition de «véhicule» est limitée à ces Lois et n'est d'aucun secours pour le jugement du point litigieux en l'espèce. Il est évident que ces lois portent sur un autre sujet.

3. La définition de «véhicule» dans les dictionnaires

L'une et l'autre parties produisent une quantité appréciable de définitions du mot «véhicule» («vehicle» en anglais) tirées de divers dictionnaires. Je n'en citerai que quelques-unes, attendu qu'à mon avis, la volonté du législateur se dégage clairement de l'analyse de la Loi dans son ensemble, des magistrères susmentionnés ainsi que des rapports, tels notamment les débats parlementaires, consacrés à cette même Loi. Voici les définitions qui ont été soumises entre autres par les parties:

«véhicule»: [TRADUCTION] Moyen de transport muni de roues ou de patins, pour le transport de personnes ou de marchandises; voiture, charrette, wagon, traîneau, etc. (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, supra*.)

- “vehicle”: An instrumentality for the carrying of goods or people. . . . A broader term than **motor vehicle**. . . . Any carriage or contrivance used or capable of being used as a means of transportation on land. . . .
 The word is commonly understood as something which moves or runs on the land, not something which flies in the air, although etymologically the term might be considered as broad enough to cover a conveyance propelled in the air. (*Ballentine’s Law Dictionary (supra)*.)
 a
- «véhicule»: [TRADUCTION] Moyen de transport de marchandises ou de personnes. Ce terme a un sens plus général que **véhicule à moteur** . . . Toute voiture ou appareil servant ou destiné au transport sur terre . . . Le terme s’entend communément de quelque chose qui se déplace au sol sur roues ou sur patins, mais non de quelque chose qui vole dans les airs, bien que son sens étymologique puisse être considéré comme suffisamment général pour embrasser les moyens de transport aérien. (*Ballentine’s Law Dictionary, supra*.)
 b
 c
- “vehicle”: The word includes every description of carriage or other artificial contrivance used or capable of being used as a means of transportation on land . . . a street sprinkler is a vehicle . . . but not a street car . . . or a ferry boat. (*Bouvier’s Law Dictionary and Concise Encyclopedia (supra)*.)
 d
- «véhicule»: [TRADUCTION] Ce terme s’entend de toute voiture ou autre moyen artificiel servant ou destiné au transport sur terre . . . une arroseuse municipale est un véhicule . . . mais non pas un tramway ou un transbordeur. (*Bouvier’s Law Dictionary and Concise Encyclopedia, supra*.)
 e
- “vehicle”: Any means of carriage, conveyance, or transport . . . vehicles carrying people, whether ships or aircrafts“ (*The Oxford English Dictionary, 2nd ed., 1989*.)
 f
- «véhicule»: [TRADUCTION] Tout moyen de transport . . . véhicules servant au transport de personnes, y compris navires et aéronefs. (*The Oxford English Dictionary, 2nd ed., 1989*.)
- “vehicle”: That in or on which persons, goods, etc. may be carried from one place to another, especially along the ground. . . . Term refers to every device in, upon or by which a person or property is or may be transported upon a highway. (*Black’s Law Dictionary (supra)*.)
 g
- «véhicule»: [TRADUCTION] Moyen servant au transport de personnes, de marchandises, etc., d’un lieu à un autre, en particulier par voie de terre . . . Ce terme s’entend de tout moyen servant au transport de personnes ou de marchandises sur les voies publiques. (*Black’s Law Dictionary, supra*.)
 h
- “vehicle”: [A]ny device or contrivance for carrying or conveying persons or objects, including land conveyances, vessels, aircraft, and spacecraft: sometimes specif. restricted to land conveyances on wheels, runners, treads, etc. (*Webster’s New World Dictionary of the American Language (supra)*.)
 i
- «véhicule»: [TRADUCTION] Tout moyen de transport de personnes ou de marchandises, y compris moyens de transport terrestres, navires, aéronefs et vaisseaux spatiaux: dans certains contextes, ce terme désigne uniquement les moyens de transport terrestres munis de roues, de patins, de chenilles, etc. (*Webster’s New World Dictionary of the American Language, supra*.)
 j

“vehicle”: 1. Any conveyance that may be used for transportation by sea, land or air. 2. Any truck, automobile or other conveyance for use on land but does not include any vehicle running only on rails to which the Railway Act applies. 3. Includes a street car. 4. Any motor vehicle, aircraft or other conveyance designed to be driven or drawn by any means including muscular power, and any part thereof, and includes any equipment necessary for the proper operation of the vehicle and any appurtenances of the vehicle. (*The Dictionary of Canadian Law (supra)*.)

“conveyance”: 3. Includes ships, vessels, aircrafts, trains, and motor and other vehicles. (*The Dictionary of Canadian Law (supra)*.)

“véhicule”: [TRANSLATION] wheeled or powered device used to transport persons or goods. V. Bus . . . boat . . . —Current. Method of road transport. (*Le Petit Robert I, supra*.)

As will be noted, the definitions offered by the various dictionaries are somewhat ambiguous. Some include any conveyance by land, sea or air. Others give it a somewhat more restricted meaning. These various sources might be indicative of the issue but they are by no means determinative. Further, they somehow beg the question as to whether or not within the context of the *Excise Tax Act*, the word “vehicle” includes motorized water craft.

CONCLUSION

Adopting again the Driedger approach to the construction of statutes, it might be wise to start with an examination of the object of the Act. It is clearly the raising of revenue. Among the items on which a tax is imposed is diesel fuel. This tax applies to all diesel fuel except when the diesel fuel is for use in the generation of electricity. Even this exemption, however, is limited. If the electricity generated is used prima-

«véhicule»: [TRADUCTION] 1. Tout moyen de transport maritime, terrestre ou aérien. 2. Tout camion, automobile ou autre véhicule de transport terrestre, à l'exception des véhicules sur rails et soumis à l'application de la *Loi sur les chemins de fer*. 3. S'entend également des tramways. 4. Véhicule automobile, aéronef ou autre moyen de transport destiné à être propulsé ou tiré par une force quelconque, y compris la force musculaire, et tout élément d'icelui; ce terme s'entend également de tout équipement nécessaire au fonctionnement utile du véhicule ainsi que des accessoires de ce dernier. (*The Dictionary of Canadian Law, supra*.)

«moyen de transport»: [TRADUCTION] 3. Ce terme s'entend des navires, vaisseaux, aéronefs, trains, véhicules à moteur et autres. (*The Dictionary of Canadian Law, supra*.)

«véhicule»: Engin, à roue(s) ou à moyen de propulsion, servant à transporter des personnes ou des marchandises. V. Autobus . . . bateau . . . —Cour. Moyen de transport routier. (*Le Petit Robert I, supra*.)

Comme on peut le voir, les définitions proposées par les divers dictionnaires sont quelque peu ambiguës. Certaines embrassent tous les moyens de transport terrestres, maritimes ou aériens. D'autres donnent un sens un peu plus restrictif. Ces diverses sources pourraient servir à titre indicatif, mais elles ne sont nullement déterminantes. Qui plus est, elles soulèvent dans une certaine mesure la question de savoir si, dans le contexte de la *Loi sur la taxe d'accise*, «véhicule» s'entend également des embarcations automobiles.

CONCLUSION

Conformément à la méthode préconisée par Driedger pour l'interprétation des lois, il y a lieu de commencer par l'examen de l'objectif de la Loi, qui est indubitablement la réalisation de recettes. Parmi les articles soumis à une taxe, il y a le carburant diesel quelle qu'en soit la destination, à l'exception seule du carburant diesel qui sert à la production de l'électricité. Même cette dernière exemption est limitée. Si

rily in the operation of a vehicle, the exemption does not apply and the diesel fuel so used is taxable.

Noting that no issue is raised as to the impact of the words “primarily” or “operation”, in respect of the subject vessels, the question is therefore more narrowly restricted to the meaning of “vehicle”.

I also note that though the word “vehicle” has often been associated with conveyances running on land, it is often shorthand for a motor vehicle. “Vehicle” standing alone, may in a legislative context be justifiably restricted to conveyances running on land.

In the statute before me, a proper construction of its charging provision is to impose a tax on diesel fuel, including of course, a tax on diesel fuel used primarily in the operation of a vehicle. The exemption only applies when such fuel is for use in the generation of electricity. The general rule is therefore that fuel for vehicles is taxable and any exception invites a narrow interpretative approach. *A contrario*, therefore, the word “vehicle” invites a more generic or wider approach. It could be said that the narrower the approach to “use in the generation of electricity”, the wider the interpretation of the wording used in taxing an item generally including of course diesel fuel, no matter for what general purpose it might be used.

In this regard, one must avoid becoming preoccupied with the double exception in the structure of the statute. I would repeat, diesel fuel is taxable when used in vehicles. The exemption only applies in the generation of electricity.

One can then look into the intent of Parliament with special regard to a vehicle which uses fuel oil generated electricity for its operation. Such a propulsive or motive force is not the exclusive habitat of motor vehicles or other conveyances running on land. It is found in probably more marine installations than otherwise. To suggest therefore that Parliament, by

l'électricité produite sert principalement au fonctionnement d'un véhicule, l'exemption ne s'applique pas et le carburant diesel utilisé à cette fin est soumis à la taxe.

^a Étant donné que ni l'une ni l'autre partie n'a soulevé la question de l'effet des mots «principalement» et «fonctionnement», le litige est donc circonscrit au sens du mot «véhicule».

^b Je note aussi que si le mot «véhicule» sert généralement à désigner les moyens de transport terrestres, il est souvent employé comme abréviation de véhicule à moteur. «Véhicule», employé sans complètement déterminatif dans une loi, pourrait se limiter aux moyens de transport terrestres.

^c Dans la Loi qui nous intéresse en l'espèce, la disposition portant taxation, selon l'interprétation correcte qu'on doit en donner, prévoit une taxe sur le carburant diesel, y compris, bien entendu, celui qui sert principalement au fonctionnement d'un véhicule. Seul le carburant diesel servant à la production de l'électricité en est exempté. La règle générale est donc que le carburant diesel pour véhicules est soumis à la taxe et que toute exemption appelle une interprétation restrictive. Il s'ensuit *a contrario* que «véhicule» appelle une interprétation plus générique ou plus large. On pourrait dire que plus les mots «utilisé dans la production de l'électricité» doivent être interprétés de façon restrictive, plus large doit être l'interprétation à appliquer au libellé de la disposition portant taxation d'un produit générique, y compris bien entendu le carburant diesel, peu importe le but dans lequel il pourrait être utilisé.

^d À ce propos, il ne faut pas se préoccuper outre mesure de la double exception dans la structure de la Loi. Je le répète, le carburant diesel est soumis à la taxe quand il est utilisé pour les véhicules. L'exemption s'applique seulement à la production de l'électricité.

^e On peut ensuite se demander quelle est la volonté du législateur, en ce qui concerne en particulier les véhicules dont le fonctionnement nécessite l'électricité produite avec du carburant diesel. Pareille force propulsive ou motrice n'est pas l'attribut seul des véhicules à moteur ou autres moyens de transport terrestres. On la trouve probablement davantage dans

the use of the word “vehicle”, intended to restrict the meaning to vehicles running on land and thereby apply the tax with respect to all other means of conveyances used to carry goods and people, raises an anomalous situation. In effect, it would suggest that there were good or substantial economic, policy or political grounds to favour water-borne craft. In this connection, it is in evidence that when the *Excise Tax Act* was being debated in Parliament, the Minister, the Honourable M. Sharp at that time, said, at page 6812 of Hansard for June 23, 1966:

The essential point is that what we are exempting is diesel fuel used in the generating of electricity for commercial and industrial uses and so on. It was our intention to eliminate it in connection with diesel fuel used for transportation. [Underline mine.]

And later, when the Minister was asked whether the term “vehicle” included a ship or boat, the Minister’s reply was a categorical “[y]es, it includes a ship and an aircraft”.

There is further evidence provided in Excise Communique 191/TI of July 1989 issued by Revenue Canada that in its interpretation, the word “vehicle” has a broad meaning, referring to carriages or conveyances of all kinds which are used to carry or transport persons or goods; for example, ships, trucks, tractor-trailers, locomotives and railway rolling stock. Admittedly, the Department’s interpretation of a statutory provision is not binding on this Court, but it is at least consistent with the interpretation originally expressed in Parliament many years earlier.

Referring now to case law, the Supreme Court of Canada in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, went to great length in analyzing the history of judicial interpretation of taxing statutes. Estey J. at pages 575 *et seq.*, recalled that in an earlier period, the doctrine of strict interpretation applied whereby ambiguities in the charging provision of a tax statute were to be resolved in favour of the taxpayer; the taxing statute was classified as a penal statute. Not so today, said Estey J., who, in adopting the comments of Professor John Willis, observed [at page 578] that “[c]ourts today apply to this statute the plain meaning rule, but in the substan-

les navires. Par conséquent, il serait anormal de prétendre que le législateur, par l’emploi du terme «véhicule», entendait en restreindre le sens aux véhicules terrestres et étendre l’exemption à tous les autres moyens de transport de personnes et de biens. En effet, cela signifierait qu’il y avait de bonnes ou solides raisons économiques ou politiques de favoriser les embarcations. À ce propos, la déclaration suivante, faite par le ministre responsable de l’époque, M. Sharp, lors des débats du Parlement sur la *Loi sur la taxe d’accise*, en page 6812 du Hansard du 23 juin 1966, a été versée dans le dossier:

Le point essentiel c’est qu’on exemptait le fuel oil pour moteur diesel servant à la production d’électricité pour des fins commerciales, industrielles et autres. Nous n’avions pas l’intention d’abolir l’impôt sur le fuel oil pour moteur diesel utilisé pour les transports. [Non souligné dans le texte.]

Prié de dire à cette occasion si le terme «véhicule» s’entendait également des navires, le ministre a été catégorique: «Oui, il comprend un navire et un avion».

On peut trouver dans le communiqué de l’Accise 191/TI, rendu public en juillet 1989 par Revenu Canada, une autre preuve qu’aux yeux de ce Ministère, le mot «véhicule» a un sens large et s’entend des voitures et moyens de transport de tout genre servant à transporter ou déplacer des personnes ou des marchandises, par exemple navires, camions, remorques, locomotives et matériel roulant ferroviaire. Certes l’interprétation faite par ce Ministère d’un texte de loi n’engage pas la Cour, mais elle est au moins conforme à l’interprétation donnée à l’origine au Parlement il y a des années.

Sur le plan jurisprudentiel, la Cour suprême du Canada a fait, dans *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, une analyse détaillée de l’évolution de l’interprétation judiciaire des lois fiscales. En pages 575 et suivantes, le juge Estey rappelle que par le passé, la doctrine de l’interprétation stricte voulait que toute ambiguïté des dispositions d’imposition fût tranchée en faveur du contribuable, les lois fiscales étant assimilées à des lois pénales. Il n’en est plus de même de nos jours, fait observer le juge Estey [à la page 578] qui, faisant siens les commentaires du professeur John Willis à ce sujet, conclut qu’«[a]ujourd’hui, les tribunaux appliquent à

tive sense so that if a taxpayer is within the spirit of the charge, he may be held liable”.

In *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346, MacGuigan J.A. said, at page 352:

It seems clear from these cases that older authorities are no longer to be absolutely relied upon. The only principle of interpretation now recognized is a words-in-total-context approach with a view to determining the object and spirit of the taxing provisions.

Another relevant view of the meaning of the word “vehicle” may be found in Ruling 7120/28 of the Tariff Board. In that case, the Tariff Board was dealing with diesel fuel on board drill ships to produce electricity from diesel electric generators. When used for the purpose of heating and lighting and the operation of drilling equipment, said the Board, diesel fuel exemption applied. It did not apply when used for the purpose of moving the ship from one location to another or keeping it in position while drilling. Obviously, the Board had no difficulty in finding that the word vehicle included vessels when it said:

The definition of a vehicle is that it is a device or contrivance for carrying or conveying persons or objects. A boat or a ship is used to carry or convey persons or objects, therefore, it can be considered to be a vehicle for purposes of this section of the Act.

Similarly, in *McLean S.G. v. Minister of National Revenue* (1956), 56 DTC 119, the Income Tax Appeal Board had no difficulty in ruling that the word “vehicle” as found in subsection 11(7) of the *Income Tax Act* relating to deductions with respect to travel costs of an employee in a “vehicle” of the employer, included a ferry-boat. The Board [at page 125] found that for many years “ships have been viewed judicially as vehicles for the navigation of the seas” quoting in that respect *The Gas Float Whitton No. 2*, [1896] P. 42 (C.A.), at page 60, where Lord Esher M.R. said, in reference to certain rafts found anchored in stream:

cette loi la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond, de sorte que si l’activité du contribuable relève de l’esprit de la disposition fiscale, il sera assujéti à l’impôt».

Dans *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346, le juge MacGuigan, J.C.A., a tiré cette conclusion, en page 352:

Il ressort, semble-t-il, clairement de ces arrêts qu’il ne faut dorénavant jamais plus se fier inconditionnellement à ces anciens précédents. Le seul principe d’interprétation reconnu aujourd’hui consiste à examiner les termes dans leur contexte global en vue de découvrir l’objet et l’esprit des dispositions fiscales.

On peut trouver une autre interprétation pertinente du mot «véhicule» dans la décision n° 7120/28 de la Commission du tarif, qui prononçait sur le carburant destiné aux génératrices diesel à bord de navires de forage. La Commission a conclu que l’exemption de taxe s’appliquait au carburant destiné au chauffage, à l’éclairage et au fonctionnement du matériel de forage, mais non à celui servant à la propulsion du navire ou à son maintien en place durant les opérations de forage. La Commission n’avait visiblement aucun mal à conclure que véhicule s’entendait également de navires, en ces termes:

[TRADUCTION] Véhicule signifie moyen de transport de personnes ou d’objets. Un bateau ou un navire sert à transporter des personnes ou des objets, il peut donc être considéré comme un véhicule au regard de cet article de la Loi.

De même, dans *McLean S.G. v. Minister of National Revenue* (1956), 56 DTC 119, la Commission d’appel de l’impôt n’a aucun mal à décider que le mot «véhicule» figurant au paragraphe 11(7) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* relatif à la déductibilité des frais de déplacement d’un employé voyageant à bord d’un «véhicule» de son employeur, s’entend également des transbordeurs. La Commission [à la page 125] constate que [TRADUCTION] «depuis des années, les tribunaux ont considéré les navires comme des véhicules de navigation en mer», citant à ce sujet la décision *The Gas Float Whitton No. 2*, [1896] P. 42 (C.A.), où lord Esher, M.R., a fait cette observation au sujet de certains radeaux à l’ancre dans un cours d’eau [à la page 60]:

They are not vehicles intended for the navigation of the sea. [Underline mine.]

I observe that the Crown's position in the *McLean* case on the interpretation of "vehicle" in one taxing statute was diametrically opposed to the position it has taken before me with respect to another taxing statute. Having lost in one, it now evidently seeks to harmonize both.

There is no doubt that plaintiff's counsel, in his references to dictionary meanings, to case law and to various canons of statute interpretation, raised intelligently arguable points. I should note, however, that dictionary sources do not provide a clear-cut answer. None of them explicitly excludes conveyance by way of ships or vessels, and some of them specifically include them.

Plaintiff's counsel's reference to the definition section in the *Immigration Act* might raise a supercilious eyebrow, but I am not satisfied that it is particularly material in dealing with the *Excise Tax Act*.

I should take a similar stance with respect to the authorities that plaintiff's counsel has cited on the interpretation of taxing statutes. I find myself much more in agreement with the doctrine of more recent vintage expressed in *Stuart* (*supra*) or in *Lor-Wes Contracting* (*supra*) than I am with the views expressed by Lord Cairns in 1869 in *Partington v. The Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100.

With respect to any guidance which case law on similar or analogous issues might provide, I should find more conforming the view of the Tax Appeal Board in the *McLean* case (*supra*) or the view of the Tariff Board in Ruling 7120/28.

With respect to Parliamentary debates, some weight must, in my view, be given to that source of assistance. The constructionist or formalistic approach evident in earlier years has now gradually evolved to permit a more purposive or functional enquiry when dealing with ambiguous provisions in a statute. References to Parliamentary debates are an example of this and I need only refer to the Supreme

Ils ne sont pas des véhicules destinés à la navigation en mer. [Non souligné dans le texte.]

Il y a lieu de noter que l'argument proposé par la Couronne dans l'affaire *McLean* au sujet de l'interprétation du mot «véhicule» figurant dans une loi fiscale est diamétralement opposé à celui qu'elle fait valoir en l'espèce au sujet d'une autre loi fiscale. Ayant perdu dans la première cause, il est évident qu'elle cherche maintenant à harmoniser les deux.

Nul doute que l'avocat de la demanderesse, par les définitions de dictionnaire, par la jurisprudence et par les divers canons d'interprétation des lois qu'il cite, a soulevé des points d'argumentation intelligente. Je dois cependant faire observer que les dictionnaires ne donnent pas de réponses nettes. Aucun d'eux n'exclut explicitement de la définition les navires ou bateaux, alors que certains d'entre eux les y incluent expressément.

Son argument tiré de la définition contenue dans la *Loi sur l'immigration* pourrait faire sourire, mais je ne pense pas que cette définition ait un rapport quelconque avec une affaire portant sur la *Loi sur la taxe d'accise*.

Il en est de même des magistères qu'il cite en matière d'interprétation des lois fiscales. Je souscris plutôt à la doctrine récente, telle qu'elle est exprimée dans *Stuart* (*supra*) ou dans *Lor-Wes Contracting* (*supra*), qu'aux conclusions tirées par lord Cairns en 1869 dans *Partington v. The Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100.

Pour ce qui est des enseignements qu'on peut tirer de la jurisprudence relative aux litiges du même genre, je penche plutôt pour la solution de la Commission d'appel de l'impôt dans l'affaire *McLean* (*supra*) ou de la Commission du tarif dans sa décision n° 7120/28.

En ce qui concerne les débats parlementaires, j'estime que cette source a une certaine valeur. L'approche interprétative ou formaliste d'antan a progressivement évolué pour permettre maintenant une analyse plus téléologique ou fonctionnelle des textes de loi ambigus. Les renvois aux débats parlementaires en sont un exemple, et il me suffit de citer à ce propos les deux arrêts *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S.

Court decisions in *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489, and *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029, where that kind of extraneous evidence has been admitted.

Finally, notwithstanding some authority which suggests that Parliament's intention is more properly determined by what it did say than by what it intended to say, I find that to include in the meaning of the word "vehicle" conveyances of the kind in issue is one that the word itself can very reasonably bear and is more in keeping with the general tenor of the statute and Parliament's intention in adopting it.

I therefore rule that the point of law raised by the parties should be determined in favour of the defendant, the whole without costs.

The parties are to be commended for having proceeded in this expeditious and relatively inexpensive fashion to resolve the substantive issue between them. A formal judgment will issue accordingly.

489, et *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029, par lesquels la Cour suprême du Canada a admis ce genre de preuves extrinsèques.

Enfin, en dépit d'une certaine école de pensée selon laquelle la volonté du législateur se dégage de ce qu'il dit vraiment et non pas de ce qu'il a l'intention de dire, je conclus que l'inclusion dans la définition du mot «véhicule» des moyens de transport comme ceux qui nous intéressent en l'espèce, constitue une interprétation à laquelle ce mot se prête raisonnablement et qui est plus conforme à la teneur générale de la loi et à la volonté du législateur.

Par ces motifs, je conclus que le point de droit soulevé par les parties doit être tranché en faveur de la défenderesse, le tout sans dépens.

Il y a lieu de féliciter les parties d'avoir eu recours à cette procédure expéditive et relativement économique pour résoudre au fond le litige qui les oppose. Le dispositif du jugement sera rendu en conséquence.

T-315-93

T-315-93

Dasonda Khakh (Applicant)**Dasonda Khakh (requérant)**

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration (Respondent)**a Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)***INDEXED AS: KHAKH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: KHAKH c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Nadon J.—Toronto, September 16; Ottawa, November 4, 1993.

Section de première instance, juge Nadon—Toronto, 16 septembre; Ottawa, 4 novembre 1993.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board applicant not having credible basis for Convention refugee claim — Applicant's counsel twice requiring use of interpreter as applicant not sufficiently fluent in English — Adjudicator denying request on both occasions — Request finally granted after Adjudicator stating for record applicant's ability in English having deteriorated since first appearance — Adjudicator's comments raising reasonable apprehension of bias — Authors, case law on waiver reviewed — Reasonable apprehension of bias to be raised at first opportunity — Applicant not waiving right to object as unaware of right, not represented by lawyer.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire contre la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la revendication par le requérant du statut de réfugié n'avait pas un minimum de fondement — Le conseil du requérant a demandé à deux reprises les services d'un interprète puisque le requérant ne savait pas suffisamment l'anglais — L'arbitre a rejeté la demande les deux fois — Demande finalement accueillie après que l'arbitre eut fait consigner au dossier que l'anglais du requérant s'était détérioré depuis sa première comparution — Les propos tenus par l'arbitre justifiaient une crainte raisonnable de préjugé — Revue de la doctrine et de la jurisprudence en matière de renonciation — La crainte raisonnable de préjugé doit être invoquée à la première occasion — Le requérant n'a pas renoncé à son droit d'objection parce qu'il n'en était pas conscient et qu'il n'était pas représenté par avocat.

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration and Refugee Board that the applicant did not have a credible basis for his Convention refugee claim. The applicant, an Indian Sikh claiming refugee status based on a fear of persecution, was called to a credible basis inquiry which began November 20, 1991. During that session, the applicant's counsel (who was not a lawyer) required an interpreter but the Adjudicator decided that the applicant spoke and understood English sufficiently well and that an interpreter was not required. When the hearing resumed on February 25, 1992, the applicant's counsel reiterated his request for an interpreter, which was once again rejected. Shortly after the beginning of the questioning, the Adjudicator stated for the record that the applicant's facility in English had deteriorated since his last appearance, adding that he had no alternative but to request an interpreter. The main issue was whether the Adjudicator's comments that the applicant's English seemed to have deteriorated created a reasonable apprehension of bias.

Recours en contrôle judiciaire contre la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la revendication par le requérant du statut de réfugié n'avait pas un minimum de fondement. Le requérant, un Sikh indien qui revendiquait le statut de réfugié par ce motif qu'il craignait d'être persécuté, a comparu à l'enquête sur le minimum de fondement qui s'est ouverte le 20 novembre 1991. Au cours de l'audience, son conseil (qui n'était pas avocat) a demandé les services d'un interprète, mais l'arbitre a décidé que le requérant parlait et comprenait suffisamment bien l'anglais et que de ce fait, un interprète n'était pas nécessaire. À la reprise de l'audience le 25 février 1992, le conseil du requérant a demandé de nouveau un interprète, demande que l'arbitre a rejetée encore une fois. Peu de temps après le commencement de l'interrogatoire, l'arbitre a fait consigner au dossier que l'anglais du requérant s'était détérioré depuis sa dernière comparution, et qu'il n'avait d'autre choix que de demander les services d'un interprète. Il échet principalement d'examiner si la remarque faite par l'arbitre, savoir que l'anglais du requérant semblait s'être détérioré, justifiait une crainte raisonnable de préjugé.

Held, the application should be allowed.

Jugement: la demande doit être accueillie.

The test for bias is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude". The mere suspicion of bias is

Le critère de la crainte de préjugé consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et

insufficient to ground a claim for judicial review based on bias. The only reason why the Adjudicator stated for the record that the applicant's English had deteriorated since the November 20, 1991 hearing was his conviction that he was not "doing his best" in English. After having been twice denied the services of an interpreter, the applicant was told by the Adjudicator that his English had suddenly deteriorated. An informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, would conclude that there was a reasonable apprehension of bias which should be raised at the first opportunity. Although the applicant had not raised the matter during the hearings before the Panel, he did not thereby waive his right to now raise the issue, as neither he nor his counsel was aware of his right to object on the ground of reasonable apprehension of bias when the Adjudicator made his comments.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 45.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al., [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

CONSIDERED:

de Freitas v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 60 (F.C.A.); *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126; *Regina v. Nailsworth Licensing Justices. Ex parte Bird* (1953), 1 W.L.R. 1046 (Q.B. Div.); *West Region Tribal Council v. Booth et al.* (1992), 55 F.T.R. 28 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Baxter, Lawrence. *Administrative Law*, Cape Town: Juta & Co. Ltd., 1984.
 Craig, Paul P. *Administrative Law*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 1989.
 Dussault, René and Louis Borgeat. *Administrative Law: A treatise*, vol. 4, 2nd ed., Toronto: Carswell, 1990.
Halsbury's Laws of England, vol. 1, 4th ed. London: Butterworths, 1973.
 Mullan, David J. "Administrative Law" 1 *C.E.D. (Ont. 3rd)*, title 3, 1979.
 Supperstone, Michael and James Goudie. *Judicial Review*, London: Butterworths, 1992.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Immigration and Refugee Board that the appli-

pratique». Un simple soupçon de parti pris n'est pas suffisant pour fonder un recours en contrôle judiciaire. La seule raison pour laquelle l'arbitre a fait consigner au dossier que l'anglais du requérant s'était détérioré depuis l'audience du 20 novembre 1991, est qu'il était convaincu que le requérant ne faisait pas «de son mieux» en anglais. Après lui avoir refusé à deux reprises les services d'un interprète, l'arbitre a dit au requérant que son anglais s'était détérioré tout d'un coup. Une personne avisée, qui aurait examiné la question de façon réaliste et pratique, aurait conclu après mûre réflexion qu'il y avait crainte raisonnable de parti pris, laquelle devait être invoquée à la première occasion. Bien que le requérant n'eût pas soulevé la question lors des audiences devant le comité, il n'a pas renoncé à son droit en la matière puisque ni lui ni son conseil ne savait que le premier avait le droit de soulever, pour cause de crainte raisonnable de parti pris, une objection aux propos tenus par l'arbitre.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 45.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

de Freitas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 60 (C.A.F.); *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126; *Regina v. Nailsworth Licensing Justices. Ex parte Bird* (1953), 1 W.L.R. 1046 (Q.B. Div.); *West Region Tribal Council c. Booth et autres* (1992), 55 F.T.R. 28 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Baxter, Lawrence. *Administrative Law*, Cape Town: Juta & Co. Ltd., 1984.
 Craig, Paul P. *Administrative Law*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 1989.
 Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. 3, 2^e éd, Québec: Presses de l'Université Laval, 1989.
Halsbury's Laws of England, vol. 1, 4th ed. London: Butterworths, 1973.
 Mullan, David J. «Administrative Law» 1 *C.E.D. (Ont. 3rd)*, title 3, 1979.
 Supperstone, Michael and James Goudie. *Judicial Review*, London: Butterworths, 1992.

DEMANDE de contrôle judiciaire contre la décision par laquelle la Commission de l'immigration et

cant did not have a credible basis for his Convention refugee claim. Application allowed.

COUNSEL:

Harminder S. (Harry) Mann for applicant.
Leena A. Jaakkimainen for respondent.

SOLICITORS:

Harminder S. (Harry) Mann, Mississauga, Ontario, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

NADON J.: The applicant seeks judicial review of a decision rendered on June 4, 1992 by a credible basis Panel of the Immigration and Refugee Board (the Panel). The Panel decided that the applicant did not have a credible basis for his claim to be a Convention refugee.

The grounds for this application are that the Panel:

1) denied the applicant a "full and proper hearing" by:

i) not translating the applicant's examination under oath before it was used to bring out inconsistencies in the applicant's evidence;

ii) not allowing the applicant to use the services of an interpreter on two separate occasions (November 20, 1991 and February 25, 1992), thereby causing prejudice to the applicant (the first ground);

2) made inferences indicative of bias in its deliberation and, therefore, its finding that the applicant did not have a credible basis to his claim was arrived at in a perverse and capricious manner (the second ground).

The applicant is an Indian Sikh who arrived in Canada on July 12, 1987 and immediately claimed refugee status based on a well-grounded fear of persecution on the grounds of religion, political opinion and membership in a particular social group.

du statut de réfugié a conclu que la revendication par le requérant du statut de réfugié n'avait pas un minimum de fondement. Demande accueillie.

a AVOCATS:

Harminder S. (Harry) Mann pour le requérant.
Leena A. Jaakkimainen pour l'intimé.

b PROCUREURS:

Harminder S. (Harry) Mann, Mississauga Ontario, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE NADON: Il y a en l'espèce recours en contrôle judiciaire, introduit par le requérant contre la décision en date du 4 juin 1992 par laquelle sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention a été jugée dénuée de fondement par un comité, chargé de prononcer en la matière, de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le Comité).

Ce recours est fondé sur les motifs suivants:

1) le Comité n'a pas donné au requérant la possibilité de «se faire pleinement entendre» du fait:

i) qu'il s'est servi des dépositions faites sous serment par le requérant lors de son interrogatoire, sans les avoir fait traduire, pour relever les contradictions dans son témoignage;

ii) qu'il n'a pas permis au requérant de recourir aux services d'un interprète à deux occasions (le 20 novembre 1991 et le 25 février 1992), ce qui a porté préjudice au requérant (le premier motif);

h 2) le Comité a tiré des conclusions qui dénotent un préjugé dans ses délibérations; en conséquence, sa conclusion que la revendication du requérant n'avait pas un minimum de fondement a été tirée de façon abusive et arbitraire (le second motif).

Le requérant est un Sikh indien qui, dès son arrivée au Canada le 12 juillet 1987, a revendiqué le statut de réfugié par ce motif qu'il craignait avec raison d'être persécuté à cause de sa religion, de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social.

On November 18, 1987, the applicant was examined under oath pursuant to section 45 of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. At that hearing, the applicant testified in Punjabi, through a translator.

On November 20, 1991, the applicant's credible basis inquiry began. During that session the applicant was asked whether English was his first language and whether he wished to proceed in English. At lines 10 to 16 of page 3 (at page 52 of the applicant's record) of the transcript, the following exchange between the applicant and the Adjudicator takes place:

ADJUDICATOR: Is English your first language, Mr. Khakh?

PERSON CONCERNED: Yes (incomprehensible) Punjabi.

ADJUDICATOR: But, you wish to proceed in English at this hearing?

PERSON CONCERNED: Yeah.

Then, at lines 24 to 63, the following exchange between the Adjudicator and the applicant's counsel (who was not a lawyer) takes place:

COUNSEL: ... he has indicated ... maybe he didn't understand your question, but he has indicated that at the time of hearing he does need an interpreter.

ADJUDICATOR: You didn't indicate it, counsel.

COUNSEL: Well, he has indicated it to me ...

ADJUDICATOR: Why didn't ...

COUNSEL: ... that's why I'm ...

ADJUDICATOR: ... you indicate that to me?

COUNSEL: ... that's what, what I'm doing right now.

ADJUDICATOR: After I asked Mr. Khakh.

COUNSEL: Because I, I ... I think he does ... didn't understand the ...

ADJUDICATOR: No, no, that's not the point.

COUNSEL: ... question.

ADJUDICATOR: The point is why didn't you advise me of that?

COUNSEL: Well, for today's hearing we ... Mr. Wilson asked and we discussed it's fine for just adjournment, but, but for the hearing purpose he will need an interpreter.

Le 18 novembre 1987, le requérant, interrogé sous serment en application de l'article 45 de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], a témoigné en pendjabi et son témoignage a été traduit au fur et à mesure par un interprète.

Le 20 novembre 1991, lors de l'audience d'enquête sur le minimum de fondement de sa revendication, le Comité lui a demandé si sa première langue était l'anglais et s'il voulait que la séance se poursuivît dans cette langue. On peut lire l'échange suivant entre le requérant et l'arbitre aux lignes 10 à 16 de la page 3 (à la page 52 du dossier du requérant) de la transcription:

[TRADUCTION] L'ARBITRE: Votre première langue est-elle l'anglais, monsieur Khakh?

L'INTÉRESSÉ: Oui (inaudible) pendjabi.

L'ARBITRE: Mais vous voulez que nous poursuivions en anglais?

L'INTÉRESSÉ: Ouais.

Et, aux lignes 24 à 63, cet échange entre l'arbitre et le conseil (qui n'était pas un avocat) du requérant:

[TRADUCTION] LE CONSEIL: ... il a dit ... peut-être ne comprenait-il pas votre question, mais il a fait savoir à la première audience qu'il a certainement besoin d'un interprète.

L'ARBITRE: Vous ne l'avez pas dit, monsieur.

LE CONSEIL: Eh bien, il me l'a dit à moi ...

L'ARBITRE: Pourquoi ...

LE CONSEIL: ... c'est pourquoi je ...

L'ARBITRE: ... ne me l'avez-vous pas dit?

LE CONSEIL: ... c'est ce que je fais en ce moment.

L'ARBITRE: Après que j'eus posé la question à M. Khakh.

LE CONSEIL: Parce que je ... je pense qu'il ne ... il ne comprenait pas la ...

L'ARBITRE: Ce n'est pas ça que je vous demande.

LE CONSEIL: ... question.

L'ARBITRE: Ce que je vous demande, c'est pourquoi vous ne me l'avez pas dit.

LE CONSEIL: Eh bien, pour l'audience d'aujourd'hui nous ... M. Wilson m'a demandé et nous en avons discuté, il n'y a aucun problème si c'est juste pour ajourner, mais s'il y a une audience, il aura besoin d'un interprète.

ADJUDICATOR: Well, what would we have done when we came to February the 25th if there was no interpreter present?

COUNSEL: Well, I have indicated to Mr. Wilson and that's what I'm telling you right now.

ADJUDICATOR: Well, I'm going to . . . I'm going to deal with this issue right now to determine whether an interpreter will be required.

It is clear from the above questions and answers, that counsel for the applicant advised the Adjudicator that the applicant would require an interpreter at the hearing of February 25, 1992. Instead of granting the applicant's counsel's request, the Adjudicator asked the applicant a series of questions, in order to determine whether the applicant required an interpreter. After conversing with the applicant, as well as hearing the applicant's counsel's submission, the Adjudicator decided that the applicant spoke and understood English sufficiently well and that consequently, an interpreter was not required.

The credible basis hearing was adjourned to February 25, 1992. At the resumption of the hearing, the applicant's counsel again requested that an interpreter be provided. The Adjudicator refused to grant the request. At lines 30 through 46, at page 9 of the transcript (at page 58 of the applicant's record), the following exchange between the applicant's counsel and the Adjudicator takes place:

COUNSEL: Mr. Adjudicator, before I proceed with the questions I have a submission that Mr. Khakh is not proficient enough in English whereby he'll be able to explain everything.

I would request if an interpreter is provided because otherwise we'll have a problem in, you know, his giving the testimony (incomprehensible).

ADJUDICATOR: This issue was dealt with at the opening of the hearing on November 20th, Mr. Mangat. I did determine at that sitting not to use an interpreter as I did not think that Mr. Khakh required one at this hearing.

I propose that we proceed without the use of an interpreter. If we do run into difficulties, then certainly I shall entertain any motion you may make to use . . .

COUNSEL: Thank you.

The applicant's counsel then began questioning the applicant and after nine preliminary questions, the

L'ARBITRE: Et qu'aurions-nous fait si nous arrivions au 25 février et qu'il n'y ait pas d'interprète?

LE CONSEIL: Eh bien, je l'ai dit à M. Wilson et c'est ce que je vous dis maintenant.

L'ARBITRE: Bon, je vais . . . je vais régler tout de suite cette question de savoir si un interprète est nécessaire.

Il ressort de l'échange ci-dessus que le conseil du requérant a informé l'arbitre que celui-ci aurait besoin d'un interprète à l'audience du 25 février 1992. Au lieu d'accéder à cette demande, l'arbitre a posé au requérant plusieurs questions afin de savoir s'il avait besoin d'un interprète. Après avoir conversé avec le requérant et entendu les arguments de son conseil, l'arbitre a décidé que le requérant parlait et comprenait l'anglais suffisamment bien et qu'en conséquence, les services d'un interprète n'étaient pas nécessaires.

L'audience d'enquête sur le minimum de fondement fut ajournée au 25 février 1992. À la reprise, le conseil du requérant demanda de nouveau un interprète, demande que rejeta l'arbitre. On peut lire à ce propos l'échange suivant entre le conseil du requérant et l'arbitre, aux lignes 30 à 46 de la page 9 de la transcription (à la page 58 du dossier du requérant):

[TRADUCTION] LE CONSEIL: Monsieur l'arbitre, avant que nous ne passions aux questions, je tiens à vous informer que M. Khakh ne sait pas suffisamment l'anglais pour expliquer tout ce qu'il a à expliquer.

Je vous prie de lui donner un interprète, sans quoi nous aurions un problème parce que son témoignage (inaudible).

L'ARBITRE: Monsieur Mangat, la question a été réglée à l'ouverture de l'audience du 20 novembre. J'ai décidé ce jour-là de ne pas demander les services d'un interprète car je ne pensais pas que M. Khakh allait en avoir besoin pour cette audience.

Je propose que nous poursuivions sans les services d'un interprète. S'il y a vraiment un problème, je considérerai alors toute requête que vous pourrez faire au sujet des services . . .

LE CONSEIL: Je vous remercie.

Le conseil du requérant a commencé alors à questionner celui-ci et après neuf questions préliminaires,

Adjudicator noticed that the applicant was having difficulty responding properly in the English language. The Adjudicator concluded that the applicant's English had deteriorated since November 20, 1991. The following extract from the February 25, 1992 transcript, at page 10 (applicant's record, at page 59), is relevant:

Q: What is your political opinion? Could you explain to the panel.

A: Political is, is problem in (incomprehensible) and there (incomprehensible) you know, it's . . . and the problem in my countries, many peoples against that government is in my . . . no, no . . . no . . . it's a little problem in English now (incomprehensible) please.

ADJUDICATOR: Yes, I think you've said something significant, Mr. Khakh. There's little problem in English now. It does seem that your English is . . . has deteriorated since the last sitting of this hearing.

PERSON CONCERNED: Yes.

ADJUDICATOR: . . . on November the 20th. At that time based on the questions and responses that you gave to me in English I was of the opinion that you could communicate and understand in English.

However, it seems that this morning your, your facility in English seems to have deteriorated. As such, I really have no alternative, but to request that an interpreter be here, although I do state for the record that there does seem to be a deterioration since November the 20th.

We'll recess.

At the resumption of the hearing on June 2, 1992, the applicant testified through an interpreter and five documents were filed as exhibits. The applicant's counsel advised the Adjudicator that he wanted all of the documents translated before any questions were posed, except for the transcript of the examination under oath conducted on November 18, 1987, as a copy thereof had already been provided to the applicant. The Adjudicator then decided to dispense with the translation of the examination under oath.

The applicant was cross-examined with regard to his testimony given under oath at the November 18, 1987 hearing. All specific references from the November 1987 examination were translated to the applicant. Furthermore, the applicant's counsel did not object to the fact that the cross-examination made reference to the examination under oath.

l'arbitre a remarqué que le requérant avait du mal à répondre convenablement en anglais. Il a conclu que son anglais s'était détérioré depuis le 20 novembre 1991. L'extrait suivant de la page 10 de la transcription de l'audience du 25 février 1992 (à la page 59 du dossier du requérant) est significatif:

[TRADUCTION] Q. Quelles sont vos opinions politiques? Pourriez-vous en faire part au comité?

R. Politique est, il y a problème dans (inaudible) et là (inaudible) vous savez, c'est . . . et le problème dans mes pays, un grand nombre de gens contre le gouvernement c'est dans mon . . . non, . . . non . . . non . . . il y a un petit problème avec l'anglais maintenant (inaudible) s'il vous plaît.

L'ARBITRE: Oui, je pense que vous avez dit quelque chose d'important, monsieur Khakh. Il y a un petit problème avec l'anglais maintenant. Il semble que votre anglais est . . . s'est détérioré depuis la dernière audience.

L'INTÉRESSÉ: Oui.

L'ARBITRE: . . . le 20 novembre. Ce jour-là j'ai pu juger d'après les questions et les réponses que vous m'avez données en anglais que vous compreniez l'anglais, que vous pouviez communiquer en anglais.

Cependant, il semble que ce matin votre connaissance de l'anglais s'est détériorée. Puisqu'il en est ainsi, je n'ai pas d'autre choix que de demander qu'un interprète nous soit affecté, mais je dois faire consigner au dossier que votre anglais semble s'être détérioré depuis le 20 novembre.

L'audience est ajournée.

À la reprise de l'audience le 2 juin 1992, le requérant a témoigné par l'intermédiaire d'un interprète, et cinq documents ont été versés au dossier. Le conseil du requérant a informé l'arbitre qu'il voulait que tous ces documents fussent traduits avant qu'aucune question ne fût posée, sauf la transcription de l'interrogatoire sous serment du 18 novembre 1987, dont le requérant avait déjà une copie. L'arbitre a décidé alors que cette transcription ne serait pas traduite.

Le requérant a été contre-interrogé au sujet du témoignage qu'il avait rendu sous serment à l'audience du 18 novembre 1987. Toutes les questions et réponses citées de l'interrogatoire du 18 novembre 1987 ont été traduites à l'intention du requérant. Par ailleurs, son conseil n'a élevé aucune objection contre le fait que le contre-interrogatoire portait sur l'interrogatoire sous serment.

On June 4, 1992, the Panel decided that there was no credible basis for the applicant's claim for refugee status because material aspects of the applicant's testimony were not credible. The Panel cited contradictions between the applicant's testimony and documentary evidence before the Panel as well as the applicant's evasive manner in answering questions. In its reasons for decision, the Panel did not specifically rely on any inconsistencies between the applicant's testimony and his evidence given during his prior examination under oath.

DECISION

In my view, there is no substance to the applicant's first ground. The applicant's examination under oath was not translated because the applicant's counsel indicated to the Adjudicator that there was no necessity of translating it. Following these representations, the Adjudicator decided not to order the translation thereof.

With respect to the fact that the Adjudicator twice denied the use of an interpreter to the applicant, the point is moot as the applicant was provided with an interpreter for the full hearing, except for the 9 preliminary questions at the February 25, 1992 hearing.

I now turn to the second ground.

The applicant submits that the comments made by the Adjudicator at page 10 of the February 25, 1992 transcript give rise to a reasonable apprehension of bias. The respondent answers the applicant's submission by arguing that the applicant has not met the test for bias set out in the case of *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, that an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, would think it more likely than not that the decision-maker would unconsciously or consciously decide the issue unfairly. The respondent further argues that in failing to raise an objection to the jurisdiction of the credible basis Panel on the ground of apprehension of bias, the applicant waived his right to subsequently raise the issue.

Le 4 juin 1992, le Comité conclut que la revendication faite par le requérant du statut de réfugié ne justifie pas d'un minimum de fondement, parce que son témoignage n'est pas, au fond, digne de foi. Le Comité relève des contradictions entre son témoignage et les preuves documentaires produites, ainsi que ses réponses évasives aux questions posées. Dans les motifs de sa décision, le Comité ne se fonde expressément sur aucune contradiction entre le témoignage du requérant et les dépositions qu'il avait faites précédemment sous serment.

DÉCISION

Le premier motif invoqué par le requérant est dénué de fondement. La transcription de son interrogatoire sous serment n'a pas été traduite parce que son conseil a fait savoir à l'arbitre que la traduction n'en était pas nécessaire. Par suite de ces observations, celui-ci a décidé de ne pas la faire traduire.

Pour ce qui est du refus opposé à deux reprises par l'arbitre à la demande des services d'un interprète, il n'a plus aucune importance puisque le requérant s'est vu adjoindre un interprète pour l'audience définitive, à part les neuf questions préliminaires posées à l'audience du 25 février 1992.

J'en viens maintenant au second motif.

Le requérant soutient que les propos tenus par l'arbitre, en page 10 de la transcription de l'audience du 25 février 1992, justifient une crainte raisonnable de préjugé. L'intimé réplique que le requérant n'a pas démontré la présence des éléments du critère du préjugé, tel qu'il est défini à l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, savoir qu'une personne informée, qui examinerait la question de façon réaliste et pratique et après mûre réflexion, conclurait qu'il est probable que l'autorité décisionnelle ait, inconsciemment ou sciemment, rendu une décision injuste. L'intimé ajoute que faute d'avoir contesté la compétence du Comité pour cause de crainte de préjugé, le requérant a renoncé à son droit de soulever cette question par la suite.

The relevant test for bias was formulated by Mr. Justice de Grandpré in the *Committee for Justice and Liberty* case where, at page 394 he writes:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information ... that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude ..."

Thus the mere suspicion of bias on the part of a party is insufficient to ground a claim for judicial review based on bias.

Dussault and Borgeat, in *Administrative Law: A treatise*, 2nd ed., Vol. 4 (Toronto: Carswell, 1990) at page 300, make the point that appearance dominates the test. In *de Freitas v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 60, the Federal Court of Appeal held that there was reasonable apprehension of bias where, at the outset of a refugee redetermination hearing, a Panel member made the following statement to the applicant [at page 61]:

Personally I read your file twice. And in 20 years that I am on the Bench I find this case to be so frivolous that I wonder sometimes how much people do abuse this system. I would just like to comment on this particular point and with reason.

Contrary to the comments made by the Adjudicator in the present case, those made by the Panel member in *de Freitas* were unequivocally hostile. In other words, in *de Freitas*, apprehension of bias was very obvious.

The question to be answered in the present case is whether the Adjudicator's comments that the applicant's English seemed to have deteriorated create a reasonable apprehension of bias—i.e. an appearance of bias—from the perspective of an informed person.

The Adjudicator's comments regarding the deterioration of the applicant's English must be examined in conjunction with the applicant's requests for an interpreter. The respondent has taken the position that the applicant failed to exercise his right to request the services of an interpreter after having been given the opportunity to do so. Thus, the respondent submits, the applicant cannot later assert that his right to an

Le critère du préjugé a été formulé par le juge de Grandpré en page 394 de l'arrêt *Committee for Justice and Liberty* comme suit:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait à elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet ... ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ...».

Il s'ensuit qu'un simple soupçon de parti pris n'est pas suffisant pour fonder un recours en contrôle judiciaire.

Dussault et Borgeat soulignent dans *Traité de droit administratif*, tome 3, 2^e éd. (Québec: Presses de l'Université Laval, 1989) en page 423, que ce critère est essentiellement apparence. Dans *de Freitas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 60, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il y avait crainte raisonnable de parti pris par ce motif qu'à l'ouverture de l'audience de réexamen de la revendication du statut de réfugié, un membre du Comité s'était adressé au demandeur en ces termes [à la page 61]:

Personnellement, j'ai lu votre dossier à deux reprises. Et depuis vingt ans que je siège, je trouve votre cas si futile que je me demande parfois dans quelle mesure les gens abusent du système. Je voudrais faire des commentaires sur ce sujet et pour cause.

Au contraire des observations faites par l'arbitre en l'espèce, les propos tenus par le membre du Comité saisi du dossier *de Freitas* étaient franchement hostiles. Autrement dit, le parti pris invoqué dans cette dernière cause était très évident.

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si la remarque faite par l'arbitre que l'anglais du requérant semblait s'être détérioré justifiait une crainte raisonnable de parti pris—c'est-à-dire s'il y avait apparence de parti pris—aux yeux d'une personne avisée.

La remarque de l'arbitre au sujet de la détérioration de l'anglais du requérant doit être examinée à la lumière de la demande faite par celui-ci des services d'un interprète. Selon l'intimé, le requérant n'ayant pas exercé son droit aux services d'un interprète après que le Comité lui en eut accordé la possibilité, ne pouvait plus prétendre par la suite que ce droit avait été violé. La transcription me paraît fort claire.

interpreter has been infringed. In my view, the transcript is quite clear. The applicant's counsel requested an interpreter during the November 20, 1991 hearing, but the Adjudicator decided that the applicant's English was sufficient and he therefore denied the applicant's counsel's request. At the beginning of the February 25, 1992 hearing, the applicant's counsel again requested that the applicant be provided with an interpreter. The Adjudicator reminded the applicant's counsel that he had already decided this issue on November 20, 1991.

Consequently, it is quite surprising that the respondent would argue both in writing and orally, that the applicant failed to request the services of an interpreter. The respondent's arguments on this issue appear to be made on the premise that the interventions made by the applicant's counsel should not be taken into consideration.

The first question asked by the Adjudicator to the applicant was whether the applicant's first language was English. The applicant answered: "Yes (incomprehensible) Punjabi." The Adjudicator then asked the applicant whether he wished to proceed in English and the applicant answered: "Yeah." The applicant's counsel interjected and requested that an interpreter be provided. Had the Adjudicator granted the applicant's counsel's request for an interpreter, this issue would not have arisen.

When the hearing resumed on February 25, 1992, the applicant's counsel reiterated his request for an interpreter. Again, the Adjudicator refused stating that, in his opinion, the applicant did not require an interpreter. Shortly after the beginning of the questioning, the Adjudicator stated for the record that he had noticed that the applicant's English "has deteriorated since the last sitting of this hearing." The Adjudicator then stated that he had no alternative but to request an interpreter. The Adjudicator's closing words on this issue were as follows:

... although I do state for the record that there does seem to be a deterioration since November the 20th.

Why did the Adjudicator feel that he had to state for the record that the applicant's English had deteriorated since the November 20, 1991 hearing? In my view there can only be one reason and that is that the Adjudicator was convinced that the applicant was not

Le conseil du requérant a demandé un interprète à l'audience du 20 novembre 1991, mais l'arbitre a jugé que l'anglais du requérant était suffisant et a par conséquent rejeté la demande. À l'ouverture de l'audience du 25 février 1992, le conseil du requérant a demandé de nouveau un interprète pour celui-ci, et l'arbitre lui a rappelé que la question avait été réglée le 20 novembre 1991.

Il est donc fort étonnant que l'intimé ait soutenu, de vive voix comme par écrit, que le requérant n'avait pas demandé les services d'un interprète. Il semblerait que cet argument soit fondé sur le postulat qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des interventions du conseil du requérant à ce sujet.

La première question posée par l'arbitre au requérant était de savoir si sa première langue était l'anglais, et celui-ci a répondu: «Oui (inaudible) pendjabi». L'arbitre lui a demandé ensuite s'il voulait poursuivre en anglais, et le requérant a répondu: «Ouais». Le conseil de ce dernier s'est alors interposé pour demander qu'un interprète fût affecté à l'audience. Si l'arbitre avait accédé à cette demande, la question ne se serait pas posée.

À la reprise du 25 février 1992, le conseil du requérant a réitéré sa demande des services d'un interprète. L'arbitre a refusé derechef en faisant observer qu'à son avis, le requérant n'en avait pas besoin. Peu de temps après le commencement de l'audition, l'arbitre a fait consigner au dossier qu'il trouvait que l'anglais du requérant s'était «détérioré depuis la dernière audience». Il a conclu ensuite qu'il n'avait pas d'autre choix que de demander les services d'un interprète. Voici sa dernière remarque à ce sujet:

... mais je dois faire consigner au dossier que votre anglais semble s'être détérioré depuis le 20 novembre.

Pourquoi l'arbitre s'est-il cru obligé de faire consigner au dossier que l'anglais du requérant s'était détérioré depuis l'audience du 20 novembre 1991? Je n'y vois qu'une seule raison: il était convaincu que le requérant ne faisait pas «de son mieux» en anglais.

“doing his best” in English. Perhaps the Adjudicator was right, perhaps he was not, but that is beside the point. This situation arose because the Adjudicator had decided, notwithstanding the requests to the contrary made by the applicant’s counsel, that the applicant’s understanding of English was sufficient so as to dispense with the services of an interpreter.

Thus, after having been twice denied the services of an interpreter, the applicant was told by the Adjudicator that his English had suddenly deteriorated.

In these circumstances, what would an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through conclude? In my view, such a person would conclude that there is a reasonable apprehension of bias.

The respondent submits that, in any event, the applicant, by not raising the matter during the hearings before the Panel, has waived his right to now raise the issue.

Dussault and Borgeat, in *Administrative Law: A treatise*, Vol. 4, 2nd ed., (Toronto: Carswell, 1990) at pages 296 and 297 write as follows:

At common law, it is also a fundamental rule of natural justice that an agency or inferior tribunal manifest neither bias nor interest: *nemo iudex in sua causa*. Contrary to actual bias, which as we have seen affects the tribunal’s capacity to act and therefore may impair its jurisdiction, mere apprehension of bias will remove capacity to act only if it is invoked within the time frame available.

P. P. Craig in *Administrative Law*, 2nd ed., (London: Sweet & Maxwell, 1989), writes as follows at pages 238 and 239:

It is permissible for an individual to waive the interests of an adjudicator, and the courts were quick to infer such a waiver. Later courts have been more reluctant to so infer, particularly where the applicant did not know of his right to object at that stage. This restriction on waiver is to be welcomed; such a surrender of rights should not be inferred lightly. It is in fact open to question whether it should be allowed at all, at least in certain types of cases. The premise behind the ability to waive is that it is only the individual who is concerned, and thus if he “chooses” to ignore the interest then so much the worse for him. However there may well be a wider interest at issue, in that it may be contrary to the public interest for decisions to be

La question n’est pas de savoir s’il avait raison ou non de le penser. Le litige en l’espèce provient de ce que, malgré les demandes faites par le conseil du requérant, l’arbitre a décidé que le requérant comprenait suffisamment l’anglais pour ne pas avoir besoin d’un interprète.

C’est ainsi que, après lui avoir refusé à deux reprises les services d’un interprète, l’arbitre a dit au requérant que son anglais s’était détérioré tout d’un coup.

Dans ces conditions, qu’aurait conclu, après réflexion, une personne avisée qui aurait examiné la question de façon réaliste et pratique? Je pense qu’elle aurait conclu qu’il y avait crainte raisonnable de parti pris.

L’intimé soutient que de toute façon, le requérant, n’ayant pas soulevé cette question lors des audiences du Comité, a renoncé à son droit de l’invoquer.

Dussault et Borgeat, dans *Traité de droit administratif*, t. 3 Presses de l’Université Laval, 1989 aux pages 418 et 419 donnent l’exposé suivant de la règle:

Selon la *common law*, c’est aussi une règle fondamentale de justice naturelle qu’un organisme ou tribunal inférieur soit impartial et disintéressé: *Nemo iudex in sua causa*. Contrairement à l’existence d’une partialité réelle qui, comme nous l’avons vu, a un effet sur la capacité d’agir du tribunal et pourrait pour cette raison atteindre sa compétence, une simple crainte raisonnable de partialité n’est susceptible de lui enlever sa capacité d’agir que si elle est soulevée en temps utile.

De son côté, P. P. Craig écrit dans son *Administrative Law*, 2^e éd. (London: Sweet & Maxwell, 1989), en pages 238 et 239:

[TRADUCTION] Il est loisible à tout individu de renoncer à invoquer l’intérêt du juge administratif, et les tribunaux judiciaires n’hésitaient pas à conclure à pareille renonciation. Plus récemment, les tribunaux ont moins tendance à tirer une telle conclusion, en particulier si le demandeur n’était pas conscient de son droit d’objection en cet état de la cause. Cette restriction en matière de renonciation est bienvenue, car il ne faut pas conclure à la légère à pareille renonciation aux droits. On peut en fait se demander si cette renonciation devrait être permise, au moins dans certains types d’affaires. La justification de la faculté de renoncer est qu’elle est le fait seul de la personne concernée, et que si celle-ci «choisit» d’ignorer ses propres

made where there may be a likelihood of favour to another influencing the determination.

Lawrence Baxter in *Administrative Law*, (Juta & Co. Ltd.), writes as follows at pages 591 and 592:

Natural justice requires that the affected individual be afforded the *opportunity* of a fair and unbiased hearing. Should he not wish to take advantage of this right, then he is at liberty to waive it. Indeed, it seems that the administration depends for its smooth functioning upon the large-scale waiver of this right in practice.

Where the individual does not exploit his opportunity of a hearing, he cannot afterwards have the decision set aside for want of a hearing. And where he suspects the decision-maker of bias but does not request a recusal, or possibly even if a request for recusal is refused and the complainant continues with the hearing, he cannot later attack the decision of bias. All this presupposes, of course, that the *opportunity* to be heard was a fair one and that the individual had a *choice* in the matter. For a layman, taking objection to the fairness of the conduct of an officious and overbearing official or tribunal may not be easy. It is submitted, therefore, that waiver ought to be judged according to the standard of reasonable conduct under the circumstances.

David J. Mullan in *Administrative Law*, being Title 3, Volume 1 of the *Canadian Encyclopedic Digest*, 3rd ed., (Ontario: Carswell, 1979), writes at page 57:

§58 A possible defence to an allegation of bias is waiver. If a party to proceedings, with full knowledge of all the facts, consents nevertheless to the continued presence of an adjudicator in whom there is a reasonable apprehension of bias, that person is precluded from subsequently complaining about the particular adjudicator's presence and participation in the decision-making process. Indeed, a failure to object has at times been held sufficient to constitute a waiver of any future right to complain.

Michael Supperstone and James Goudie in *Judicial Review* (London: Butterworths, 1992) write at pages 245 and 246:

Waiver will be implied if once a party or his representative has come to know of the facts that give rise to the disqualification no objection is taken, at least if the party or his representative is fully cognisant of the right to take objection. See *R v Essex Justices*, *ex p Perkins* [1927] 2 KB 475. For example, in *R v Nailsworth Licensing Justice*, *ex p Bird*, above, the solicitor for an objector to an application for the grant of a licence discovered after the bench had retired that one of the justices had ear-

intérêts, alors tant pis pour elle. Cependant, il y a peut-être un intérêt plus général en jeu, en ce qu'il pourrait être contraire à l'intérêt public de permettre une décision qui pourrait être entachée de partialité.

Sur le même sujet, Lawrence Baxter écrit dans son *Administrative Law*, (Juta & Co. Ltd.), en pages 591 et 592:

[TRADUCTION] Les règles de justice naturelle veulent que le justiciable se voie accorder la *possibilité* de se faire entendre par voie d'audience juste et impartiale. S'il ne tient pas à ce droit, il peut y renoncer. En fait, l'administration compte, pour son fonctionnement sans heurts, sur la renonciation généralisée à ce droit dans les faits.

Si l'individu ne fait pas valoir son droit de se faire entendre, il ne pourra pas chercher à faire infirmer la décision pour défaut d'audition. Et dans le cas où il soupçonne l'autorité décisionnelle de parti pris mais n'en demande pas la récusation, ou si la récusation est rejetée et que le plaignant continue à participer à l'audience, il ne pourra pas attaquer subséquemment la décision pour cause de parti pris. Tout cela présuppose qu'il y ait eu *possibilité* satisfaisante de se faire entendre et que l'intéressé ait eu un *choix* en la matière. Pour le profane, il n'est peut-être pas facile de mettre en doute l'équité de la conduite d'un fonctionnaire ou tribunal administratif officieux et arrogant. Il faudrait donc juger la renonciation à la lumière de la norme de la conduite raisonnable dans les circonstances.

Toujours à propos du parti pris, David J. Mullan écrit ce qui suit sous la rubrique «Administrative Law», titre 3, tome 1 du *Canadian Encyclopedic Digest*, 3^e éd., (Ontario: Carswell, 1979), en page 57:

[TRADUCTION] §58 Un moyen de défense possible contre l'allégation de parti pris est la renonciation. Si la partie à l'instance, qui possède tous les faits, consent néanmoins à la présence continue du juge administratif qu'on peut raisonnablement soupçonner de parti pris, elle est irrecevable par la suite à se plaindre de la présence de ce juge et de sa participation à la décision. En effet, le défaut de protester a été parfois jugé suffisant pour constituer une renonciation à tout droit de se plaindre à l'avenir.

Dans *Judicial Review* (London: Butterworths, 1992), Michael Supperstone et James Goudie écrivent ce qui suit en pages 245 et 246:

[TRADUCTION] Il y a renonciation implicite si, après avoir été mis au courant des faits qui pourraient donner lieu à récusation, la partie ou son représentant ne soulèvent aucune objection, du moins dans le cas où ils savent qu'ils ont le droit d'objecter; *V. R v Essex Justices*, *ex p Perkins* [1927] 2 KB 475. Par exemple, dans *R v Nailsworth Licensing Justice*, *ex p Bird*, *op. cit.*, le procureur représentant une partie opposée à la demande de licence découvrit après la suspension de l'audience que l'un

lier signed a petition in favour of the licence being granted. Lord Goddard CJ said, at p. 1048:

"The solicitor did not take his objection then and it seems clear that he decided to let the matter go on, taking the view that this was a heaven-sent opportunity of getting the order quashed if the committee found in favour of the application. That would be sufficient ground for refusing this application . . ."

In *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103, the Federal Court of Appeal held that Atomic Energy of Canada Ltd. had waived its right to object to the jurisdiction of a Human Rights Panel on the basis of reasonable apprehension of bias in appearing before the Tribunal. At pages 113 and 114 of the judgment, Marceau J.A. writes as follows:

At common law, even an implied waiver of objection to an adjudicator at the initial stages is sufficient to invalidate a later objection: . . . The principle is stated as follows in Halsbury's, *Laws of England* (4th ed.), volume 1, paragraph 71, page 87:

The right to impugn proceedings tainted by the participation of an adjudicator disqualified by interest or likelihood of bias may be lost by express or implied waiver of the right to object. There is no waiver or acquiescence unless the party entitled to object to an adjudicator's participation was made fully aware of the nature of the disqualification and had an adequate opportunity of objecting. Once these conditions are present, a party will be deemed to have acquiesced in the participation of a disqualified adjudicator unless he has objected at the earliest practicable opportunity.

Cartwright J. put the rule as follows, by way of dicta, in delivering the judgment of the Supreme Court in *Ghirardosi v. Minister of Highways for British Columbia*, [1966] S.C.R. 367, at page 372:

There is no doubt that, generally speaking, an award will not be set aside if the circumstances alleged to disqualify an arbitrator were known to both parties before the arbitration commenced and they proceeded without objection.

From the above authorities, one can conclude that a reasonable apprehension of bias should be raised at the first opportunity. The question that flows from this is: "When is the first opportunity?" Halsbury's *Laws of England*, to which reference is made by Marceau J.A. in *In re Human Rights Tribunal*, states that there is no waiver unless the party entitled to make the objection is fully aware of the nature of the

des juges avait signé précédemment une pétition en faveur de l'octroi de la licence. Le juge en chef lord Goddard s'est prononcé en ces termes, page 1048:

«Le procureur n'a pas immédiatement soulevé son objection et il semble clair qu'il a décidé de laisser l'affaire se poursuivre, en considérant qu'il s'agissait là d'une occasion en or pour demander l'annulation de l'ordonnance au cas où le comité se prononcerait en faveur de la demande. Voilà un motif suffisant pour justifier le rejet de cette requête . . .»

Dans *Affaire intéressant le tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103, la Cour d'appel fédérale a jugé que Énergie Atomique du Canada Ltée, en comparissant devant un tribunal des droits de la personne, avait renoncé à son droit de contester la compétence de ce dernier pour cause de crainte raisonnable de parti pris. Le juge Marceau, J.C.A., s'est prononcé en ces termes, aux pages 113 et 114:

En *common law*, même une renonciation implicite à s'opposer à un arbitre au premier stade d'une affaire constitue un motif suffisant pour invalider une opposition ultérieure: . . . Le principe est énoncé de la manière suivante dans Halsbury, *Laws of England* (4th ed.), volume 1, paragraphe 71, page 87:

[TRADUCTION] Le droit de contester des procédures viciées par la participation d'un arbitre qui n'a plus qualité en raison de l'intérêt ou de la vraisemblance de partialité peut être perdu par une renonciation expresse ou implicite au droit de s'opposer. Il n'y a aucune renonciation ou acceptation à moins que la partie qui a le droit de s'opposer à la participation d'un arbitre ne soit entièrement au courant de la nature de la perte de qualité et ait eu une possibilité raisonnable de s'opposer. Lorsque ces conditions sont remplies, une partie est réputée avoir accepté la participation d'un arbitre qui n'a plus qualité à moins qu'elle ne se soit opposée à la première occasion.

Le juge Cartwright a énoncé la règle de la manière suivante, par voie d'opinion incidente, lorsqu'il a rendu l'arrêt de la Cour suprême *Ghirardosi v. Minister of Highways for British Columbia*, [1966] R.C.S. 367, à la page 372:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute qu'en général, une sentence arbitrale ne sera pas rejetée si les circonstances avancées pour prouver l'incapacité d'un arbitre étaient connues des deux parties avant le début de l'arbitrage et que la procédure s'est poursuivie sans qu'il y soit fait objection.

On peut conclure des magistères ci-dessus que la crainte raisonnable de parti pris doit être soulevée à la première occasion. La question qui se pose alors est: «C'est à quel moment, la première occasion?» Selon Halsbury's *Laws of England*, que cite le juge Marceau, J.C.A., dans *Affaire intéressant le tribunal des droits de la personne*, il n'y a pas renonciation à moins que la partie qui a le droit de soulever l'objec-

disqualification and has an adequate opportunity to make the objection.

Mullan states that the Court will imply a waiver where a party or its representative knows of the facts that give rise to an apprehension of bias and, notwithstanding, does not object. However, Mullan qualifies his statement by adding that the party or its representative must be "fully cognisant of the right to take objection".

Craig states that the courts have become more reluctant to infer waiver where a party is not aware of its right to object.

As I have already pointed out, the applicant was not represented by legal counsel at the hearings before the Panel. I am of the view that no waiver can be inferred here as neither the applicant nor his counsel was aware of his right to object on the ground of reasonable apprehension of bias when the Adjudicator made the comments which are now under attack by the applicant.

In *Regina v. Nailsworth Licensing Justice. Ex parte Bird* (1953), 1 W.L.R. 1046 (Q.B. Div.), Lord Goddard C.J. made the following remarks at page 1048:

The solicitor did not take his objection then and it seems clear that he decided to let the matter go on, taking the view that this was a heaven-sent opportunity of getting the order quashed if the committee found in favour of the application. That would be sufficient ground for refusing this application . . .

In *West Region Tribal Council v. Booth et al.* (1992), 55 F.T.R. 28, Muldoon J. of this Court held that a party had waived its right to raise reasonable apprehension of bias as it had not raised the objection at the first opportunity. Muldoon J. wrote as follows [at page 46]:

A nullity *ab initio* can be perceived and declared almost at any later time for it never was of any effect, and demonstrably so. However, when one alleges a denial of natural justice by means of alleged prejudice, one should -nay, must-so allege promptly, for effluxion of time can render such allegation not objectively demonstrable at all. The allegation of prejudice should not be secretly harboured, but made public immediately, thereby hoping to catch the tribunal "red handed", so to

tion ne soit pleinement au courant de la nature de la perte de qualité et n'ait eu la possibilité raisonnable de formuler l'objection.

Pour Mullan, le tribunal judiciaire saisi conclura qu'il y a renonciation implicite si la partie ou son représentant sont au courant des faits qui justifient une crainte de parti pris mais ne soulèvent aucune objection. Cependant, Mullan tempère son énoncé en ajoutant que cette partie ou son représentant doivent «savoir qu'ils ont le droit d'objecter».

Craig fait remarquer que les tribunaux judiciaires ont moins tendance à conclure à renonciation implicite dans le cas où la partie ne sait pas qu'elle a le droit d'objecter.

Comme je l'ai fait remarquer, *supra*, le requérant n'était pas représenté par avocat devant le Comité. J'estime qu'il est impossible de conclure à renonciation implicite en l'espèce puisque ni le requérant ni son conseil ne savait que le premier avait le droit de soulever, pour cause de crainte raisonnable de parti pris, une objection aux propos tenus par l'arbitre et que conteste maintenant le requérant.

Dans *Regina v. Nailsworth Licensing Justices. Ex parte Bird* (1953), 1 W.L.R. 1046 (Q.B. Div.), le juge en chef lord Goddard a fait l'observation suivante en page 1048:

[TRAUCTION] Le procureur n'a pas immédiatement soulevé son objection et il semble clair qu'il a décidé de laisser l'affaire se poursuivre, en considérant qu'il s'agissait là d'une occasion en or pour demander l'annulation de l'ordonnance au cas où le comité se prononcerait en faveur de la demande. Voilà un motif suffisant pour justifier le rejet de cette requête

Dans *West Region Tribal Council c. Booth et autres* (1992), 55 F.T.R. 28, le juge Muldoon de cette Cour a jugé qu'une partie avait renoncé à exercer son droit de faire valoir la crainte raisonnable de parti pris puisqu'elle ne l'avait pas fait à la première occasion. Voici la conclusion qu'il a tirée à ce sujet [à la page 46]:

Une nullité *ab initio* peut être constatée et déclarée à n'importe quel moment par la suite, puisqu'elle n'a jamais eu d'effet, et ce à la lumière des preuves à cet effet. Cependant si une partie allègue le déni de justice naturelle pour cause de préjugé, cette partie devrait, non, elle est tenue d'exprimer immédiatement son allégation, car avec le passage du temps, pareille allégation ne serait peut-être plus démontrable. Il ne faut pas que l'allégation de préjugé soit tenue secrète, il faut qu'elle soit

speak, in its prejudice and misconduct. So it is that the posture of waiting to discover whether one wins the contention before the adjudicator, prepared to make no allegation of prejudice if one does win, and complaining of alleged prejudice as a means of trying to avoid a confirmed loss, is abusive and to be discouraged.

I am of the view that the applicant herein was not waiting to find out whether he had succeeded before the Panel. In other words, the applicant did not view the comments made by the Adjudicator as a "heaven-sent opportunity" as he was not aware that the comments made by the Adjudicator gave him the right to take an objection thereto. Had the applicant been represented by legal counsel at the February 25, 1992 hearing, my conclusion might possibly have been different.

In concluding, I note that in the decision of the Federal Court of Appeal in *de Freitas, supra*, Hugessen J.A., who rendered the decision for the Court, does not allude to the issue of waiver in his reasons. It appears that, following the comments made by Chairman Benedetti, the applicant made no objection thereto, even though the December 10, 1987 hearing, during which the comments were made, was adjourned to December 15, 1987. Apprehension of bias appears to have been raised for the first time when the judicial review proceedings were commenced.

I have therefore concluded that there is a reasonable apprehension of bias in the present matter and that the applicant did not waive his right to object on the ground of reasonable apprehension of bias. As a result, the decision rendered by the credible basis Panel cannot stand. Its decision will therefore be set aside and the matter will be sent back for redetermination by a differently constituted Panel.

immédiatement rendue publique, afin de prendre le tribunal administratif «en flagrant délit», si on peut dire, de préjugé et de faute. Ainsi donc, l'attitude qui consiste à attendre de voir si on a gain de cause devant l'arbitre, auquel cas on ne fera aucune allégation de préjugé, et à faire cette allégation afin de se soustraire à une perte confirmée, est abusive et doit être découragée.

Je constate qu'en l'espèce, le requérant n'a pas attendu de voir si le Comité faisait droit à sa revendication. Autrement dit, il ne voyait pas dans les propos de l'arbitre une «occasion en or» puisqu'il ne savait pas qu'ils lui donnaient le droit de soulever une objection. Le requérant eût-il été représenté par avocat à l'audience du 25 février 1992, il se pourrait que ma conclusion soit différente.

En concluant, je dois noter que dans les motifs du jugement prononcé au nom de la Cour d'appel fédérale dans *de Freitas, op. cit.*, le juge Hugessen, J.C.A., n'a pas abordé la question de la renonciation. Il appert qu'à la suite des propos tenus par le président Benedetti, la requérante n'a soulevé aucune objection, bien que l'audience du 10 décembre 1987, au cours de laquelle ces propos ont été tenus, eût été ajournée au 15 décembre 1987. La requérante a soulevé la question de la crainte raisonnable de parti pris pour la première fois après l'introduction du recours en contrôle judiciaire.

Par ces motifs, je conclus qu'il y a en l'espèce crainte raisonnable de parti pris et que le requérant n'a pas renoncé à son droit de soulever une objection en la matière. En conséquence, la décision rendue par le Comité chargé de prononcer sur le minimum de fondement est invalide. Elle sera infirmée et l'affaire renvoyée devant un comité de composition différente pour nouvelle instruction.

A-721-92

A-721-92

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

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

v.

a c.

Joseph Peeters (Respondent) (Plaintiff)

Joseph Peeters (intimé) (demandeur)

INDEXED AS: PEETERS v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: PEETERS c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Heald, MacGuigan and Linden
J.J.A.—Ottawa, October 26 and November 4, 1993.

Cour d'appel, juges Heald, MacGuigan et Linden,
J.C.A.—Ottawa, 26 octobre et 4 novembre 1993.

Crown — Torts — Appeal from Trial Division decision awarding compensatory, punitive damages re: assault following hostage-taking in penitentiary — Convict assaulted by guards while being taken to hospital by ambulance — Whether Crown vicariously responsible as employer for punitive damages under Crown Liability Act, ss. 3, 10 — Degree of complicity by employer required — Inadequacy of guards' training amounting to complicity.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Appel contre la décision de la Section de première instance qui a accordé des dommages-intérêts proprement dits ainsi que des dommages-intérêts punitifs pour voies de fait faisant suite à une prise d'otage dans un pénitencier — Détenu assailli par des gardiens alors qu'il était conduit à l'hôpital en ambulance — Il échet d'examiner si l'État est, par application des art. 3 et 10 de la Loi sur la responsabilité de l'État, tenu à la responsabilité du fait d'autrui en sa qualité d'employeur — Il faut qu'il y ait un certain degré de complicité — Le manque de formation des gardiens suffit pour établir la complicité.

Penitentiaries — Civilian CSC employee taken hostage, injured by convict — Convict subdued, sent to hospital by ambulance — CSC guards assigned to escort convict, still upset by hostage-taking incident, assaulted convict in ambulance while naked, strapped to stretcher — Crown appealing award of punitive damages — Award justified as inadequacy of training of escort sufficient to establish complicity — Guards not trained such that reasonable restraint second nature as necessary in case of employees expected to use force.

Pénitenciers — Employé civil du SCC pris en otage et blessé par un détenu — Ce détenu a été maîtrisé et emmené en ambulance à l'hôpital — Des gardiens du SCC chargés de l'escorter et qui étaient encore sous le coup de la colère après la prise d'otage, ont battu le détenu qui était couché nu, attaché à une civière — Appel de la Couronne contre la décision la condamnant aux dommages-intérêts — Ceux-ci sont justifiés puisque le manque de formation des gardiens de l'escorte suffit pour établir la complicité — Les gardiens n'ont pas reçu une formation telle que la retenue raisonnable serait devenue une seconde nature, nécessaire chez des employés entraînés à faire usage de la force.

Damages — Non-compensatory — Exemplary — Vicarious responsibility of Crown as employer for punitive damages under Crown Liability Act, ss. 3, 10 — Compensatory, aggravated, punitive damages distinguished — Crown subject to punitive damages as assimilated to private persons under s. 3 — Whether blameless employer subject to punitive damages for employee's fault — Authors reviewed, case law silent — Punitive damages based on deterrent effect — Employer's complicity required for award of punitive damages.

Dommages-intérêts — Non-compensatoires — Exemplaires — Responsabilité du fait d'autrui de l'État employeur, pour dommages-intérêts punitifs dans le cadre des art. 3 et 10 de la Loi sur la responsabilité de l'État — Distinction entre dommages-intérêts proprement dits, dommages-intérêts majorés et dommages-intérêts punitifs — L'État peut être condamné aux dommages-intérêts punitifs puisqu'il est assimilé à une personne physique par l'art. 3 — Il échet d'examiner si l'employeur qui n'a commis aucune faute peut être condamné aux dommages-intérêts punitifs par suite d'une faute de son employé — Revue de la doctrine, silence de la jurisprudence sur ce point — Fondement dissuasif des dommages-intérêts punitifs — Il faut qu'il y ait un degré de complicité de l'employeur pour le condamner aux dommages-intérêts punitifs.

This was an appeal from the decision of Muldoon J. awarding compensatory and punitive damages to the respondent, an inmate at Kingston Penitentiary. After a four-hour hostage-taking incident in which the inmate caused bodily harm to a civilian employee of the Correctional Service of Canada (CSC), the inmate was subdued and, having sustained injuries

Appel contre la décision du juge Muldoon qui a accordé des dommages-intérêts proprement dits ainsi que des dommages punitifs à l'intimé, détenu au pénitencier de Kingston. À la suite d'une prise d'otage qui a duré quatre heures pendant lesquelles le détenu a blessé un employé civil du Service correctionnel du Canada (SCC), ledit détenu a été maîtrisé et ayant

to his face, was taken to hospital by ambulance. In the ambulance, he was savagely beaten by the three CSC officers assigned to escort him from the penitentiary and who were still upset about the hostage-taking incident. The Trial Judge held that unnecessary force was applied by the officers and that their unprofessional lack of self-discipline, brutality and wilful malice constituted valid grounds for an award of punitive or exemplary damages. The main issue in this appeal was whether the Crown, as employer, could be held vicariously responsible for punitive damages under sections 3 and 10 of the *Crown Liability Act*.

Held, the appeal should be dismissed.

In a personal injury case, the plaintiff may be awarded punitive as well as compensatory damages. Punitive damages had to be distinguished from aggravated damages. Compensatory and aggravated damages are designed to compensate the plaintiff whereas punitive damages are designed to express the Court's outrage and to deter such conduct in the future. Aggravated damages are not awarded in addition to general damages but as part of them; the aggravating features are taken into account by the court and the award of general damages is increased accordingly. The Trial Judge was right in holding that the Crown can be subject to punitive damages since such relief is available against private persons to whose position the Crown is assimilated under section 3 of the *Crown Liability Act*. Although it is generally acknowledged that the trial courts presently hold employers vicariously liable for punitive damages without fault on their part, such case law is not persuasive and there are no appellate decisions on that precise point. However, it can be said that in order to award punitive damages against an employer, there must have been at least some form or degree of complicity or blameworthiness on the part of that employer. If punitive damages must ultimately be justified on the basis of deterrence, there can be no possibility of a deterrent effect if there is no complicity by employers against whom punitive awards are sought. Therefore, an employer is subject to punitive damages only if his complicity in a tortious situation has been established by the plaintiff. The indicia of blamelessness on the part of the CSC were insufficient to establish a lack of complicity. On the other hand, the inadequacy of the training of the escort was sufficient to establish complicity. The CSC members had not been trained to the point where reasonable restraint was second nature to them, as they should have been, as employees expected to use force. The quantum of punitive damages awarded—\$16,000—should be sustained although the Trial Judge erred in taking into account an amount awarded against CSC in a 1988 case when the facts in the case at bar took place in 1985.

été blessé au visage, a été emmené en ambulance à l'hôpital. À bord de l'ambulance, il a été sauvagement battu par les trois agents du SCC de l'escorte qui étaient encore en colère au sujet de la prise d'otage. Le juge de première instance a conclu que les agents en cause avaient fait usage de force injustifiée, et que leur manque de professionnalisme, leur absence de discipline personnelle, leur brutalité et leur intention de nuire faisaient que des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires s'imposaient. Cet appel est centré sur la question de la responsabilité du fait d'autrui de l'État fédéral en sa qualité d'employeur, sous l'angle des dommages-intérêts punitifs, dans le cadre des articles 3 et 10 de la *Loi sur la responsabilité de l'État*.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Outre les dommages-intérêts accordés à titre de réparation, le demandeur dont l'action en blessures corporelles est fondée peut se voir accorder des dommages-intérêts punitifs, qu'il faut distinguer des dommages-intérêts majorés. Dommages proprement dits et dommages-intérêts majorés visent à indemniser le demandeur, et dommages-intérêts punitifs, à exprimer l'indignation de la justice et à décourager pareils agissements à l'avenir. Les dommages-intérêts majorés ne s'ajoutent pas aux dommages-intérêts généraux, mais en font partie; les circonstances aggravantes sont prises en considération et les dommages-intérêts généraux sont majorés en conséquence. Le juge de première instance a eu raison de conclure que l'État peut être condamné aux dommages-intérêts punitifs, puisque ceux-ci peuvent frapper une personne physique, à laquelle l'État est assimilé par application de l'article 3 de la *Loi sur la responsabilité de l'État*. La plupart des auteurs notent que de nos jours, les tribunaux de première instance, en cas de verdict de responsabilité du fait d'autrui, condamnent aux dommages-intérêts punitifs l'employeur qui n'a commis lui-même aucune faute, mais ces décisions ne sont pas convaincantes, et aucune juridiction d'appel ne s'est spécifiquement prononcée sur ce point. Cependant, les dommages-intérêts punitifs ne pourront être prononcés contre l'employeur que s'il y a au moins une certaine forme ou un certain degré de complicité ou d'agissements blâmables de sa part. Si la justification ultime des dommages-intérêts punitifs réside dans leur effet dissuasif, cet effet serait sans objet s'il n'y avait pas complicité de la part de l'employeur contre lequel on demande cette punition. Le demandeur doit prouver la complicité de l'employeur dans le délit avant que des dommages-intérêts punitifs ne soient prononcés contre celui-ci. Les indices d'absence de faute de la part du SCC ne suffisent pas pour prouver l'absence de complicité. Par contre, le manque de formation de l'escorte suffit pour établir la complicité. Les agents du SCC n'ont pas reçu une formation telle que la retenue raisonnable serait devenue une seconde nature, comme ils auraient dû la recevoir à titre d'employés entraînés à l'usage de la force. Le quantum des dommages-intérêts punitifs accordés—16 000 \$—est justifié bien que le juge de première instance ait commis une erreur en tenant compte du quantum des dommages-intérêts prononcés contre le SCC dans une affaire de 1988 alors que les faits de la cause en instance eurent lieu en 1985.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 4(2).
Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 3, 10, 16, 17, 18, 19, 20.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

LeBar v. Canada, [1989] 1 F.C. 603; (1988), 33 Admin. L.R. 107; 46 C.C.C. (3d) 103; 90 N.R. 5 (C.A.) (as to an award of punitive damages against the Crown); *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 94 N.R. 321; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; (1992), 92 D.L.R. (4th) 449; [1992] 4 W.W.R. 577; 68 B.C.L.R. (2d) 29; 9 B.C.A.C. 1; 12 C.C.L.T. (2d) 1; 138 N.R. 81; 19 W.A.C. 1; *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186; 124 N.R. 218 (C.A.).

DISTINGUISHED:

LeBar v. Canada, [1989] 1 F.C. 603; (1988), 33 Admin. L.R. 107; 46 C.C.C. (3d) 103; 90 N.R. 5 (C.A.) (as to fault attributed to directing mind of CSC *per se*); *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.); *Evaniuk v. 79846 Manitoba Inc.* (1990), 68 Man. R. (2d) 306 (Q.B.).

AUTHORS CITED

American Law Institute. *Restatement on the Law of Contracts*, 2d. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1986. *f*

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second - Torts* 2d. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1979.

Cherniak, Earl A. and Jerome R. Morse. "Aggravated, Punitive and Exemplary Damages in Canada" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1983: Torts in the 80's*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1983. *g*

Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1981. *h*

Feldthusen, Bruce. "Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages" (1990), 16 *Can. Bus. L.J.* 241.

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

Ontario Law Reform Commission, *Report on Exemplary Damages*. Toronto: The Commission, 1991. *i*

Waddams, S. M. *The Law of Damages*. 2nd ed.. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992.

APPEAL from a Trial Division decision ((1992), 54 F.T.R. 289 (F.C.T.D.)) awarding general and punitive damages for an assault committed against

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 4(2).

Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3, 10, 16, 17, 18, 19, 20. *a*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

LeBar c. Canada, [1989] 1 C.F. 603; (1988), 33 Admin. L.R. 107; 46 C.C.C. (3d) 103; 90 N.R. 5 (C.A.) (quant à la responsabilité de l'État en matière de dommages-intérêts punitifs); *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 94 N.R. 321; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; (1992), 92 D.L.R. (4th) 449; [1992] 4 W.W.R. 577; 68 B.C.L.R. (2d) 29; 9 B.C.A.C. 1; 12 C.C.L.T. (2d) 1; 138 N.R. 81; 19 W.A.C. 1; *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186; 124 N.R. 218 (C.A.). *d*

DISTINCTION FAITE AVEC:

LeBar c. Canada, [1989] 1 C.F. 603; (1988), 33 Admin. L.R. 107; 46 C.C.C. (3d) 103; 90 N.R. 5 (C.A.) (quant à la faute imputable au dirigeant du SCC lui-même); *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.); *Evaniuk v. 79846 Manitoba Inc.* (1990), 68 Man. R. (2d) 306 (B.R.).

DOCTRINE

American Law Institute. *Restatement on the Law of Contracts*, 2d. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1986.

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second - Torts* 2d. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1979.

Cherniak, Earl A. and Jerome R. Morse. «Aggravated, Punitive and Exemplary Damages in Canada» in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1983: Torts in the 80's*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1983.

Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Exemplary Damages*. Toronto: La Commission, 1991.

Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1981. *h*

Feldthusen, Bruce. «Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages» (1990), 16 *Rev. Can. D.C.* 241.

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

Waddams, S. M. *The Law of Damages*. 2nd ed.. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992.

APPEL contre une décision de la Section de première instance ((1992), 54 F.T.R. 289 (C.F. 1^{re} inst.)) accordant des dommages-intérêts proprement dits et

respondent while an inmate at Kingston Penitentiary. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Gilles Villeneuve for appellant (defendant).

Fergus J. O'Connor for respondent (plaintiff).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (defendant).

O'Connor, Bailey & Napier, Kingston, Ontario, for respondent (plaintiff).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: This appeal raises the issue of the vicarious responsibility of the federal government, as employer, for punitive damages.

I

The appeal is taken against a judgment of Muldoon J. dated 1 June 1992, [(1992), 54 F.T.R. 289 (F.C.T.D.)], by which the appellant was ordered to pay the respondent \$3,600 in general damages and \$16,000 in punitive damages for an assault committed against him while an inmate at Kingston Penitentiary.

The respondent was serving a sentence for robbery and assault when, on 28 November 1985, he took as hostage a civilian employee of the Correctional Service of Canada (CSC). The hostage incident lasted nearly four hours, during which time the respondent cut the hostage's ear with a pair of scissors and threatened to kill him. The respondent was subdued by the CSC's Emergency Response Team (ERT), and, having sustained injuries to his face, was taken by ambulance to a general hospital.

The Trial Judge described what happened in the ambulance as follows (at page 295):

The plaintiff testified that three CSC guards and one of the two ambulance attendants boarded the rear compartment of the

des dommages-intérêts punitifs pour voies de fait sur la personne de l'intimé qui était détenu au pénitencier de Kingston. Appel rejeté.

a AVOCATS:

Gilles Villeneuve pour l'appelante (défenderesse).

Fergus J. O'Connor pour l'intimé (demandeur).

b PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante (défenderesse).

O'Connor, Bailey & Napier, Kingston (Ontario) pour l'intimé (demandeur).

c

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

d LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Cet appel est centré sur la question de la responsabilité du fait d'autrui de l'État fédéral en sa qualité d'employeur, sous l'angle des dommages-intérêts punitifs.

e

I

Cet appel est formé contre le jugement en date du 1^{er} juin 1992 [(1992), 54 F.T.R. 289 (C.F. 1^{re} inst.)] par lequel le juge Muldoon a ordonné à l'appelante de payer à l'intimé 3 600 \$ à titre de dommages-intérêts proprement dits, et 16 000 \$ à titre de dommages-intérêts punitifs pour des voies de fait commises sur la personne de l'intimé à l'époque où il était détenu au pénitencier de Kingston.

g

L'intimé y purgeait une peine pour vol qualifié et voies de fait quand, le 28 novembre 1985, il prit en otage un employé civil du Service correctionnel du Canada (SCC). Cette prise d'otage a duré près de quatre heures, durant lesquelles l'intimé a coupé une oreille de l'otage avec une paire de ciseaux et a menacé de le tuer. Il a été ensuite maîtrisé par l'équipe d'intervention tactique (EIT) du SCC et, ayant été blessé au visage, a été emmené en ambulance à l'hôpital général.

Le juge de première instance rapporte comme suit ce qui s'est passé à bord de l'ambulance (à la page 295):

j Dans son témoignage, le demandeur a affirmé que les trois gardiens du SCC et un des deux ambulanciers sont montés

vehicle where he lay naked, save for a covering blanket, strapped to a stretcher or gurney. He testified that, with the ambulance attendant "being so scared and unable to react in any kind of normal fashion" (Tr:24:) despite the plaintiff's silent pleas for help, the three CSC officers assaulted the plaintiff most painfully by twisting and cramping his left leg, by striking a blow with a hard, blunt object to his kidney area, by striking him full force upon his testicles, (Tr:23) and by pressing a baton, bat or club against the plaintiff's larynx (Tr:17).

Before the trial, the appellant admitted liability for the assault, and took disciplinary action against the three CSC officers involved. Penalties of \$3,500 and \$2,500 were assessed respectively against two officers, and the officer principally involved in the assault, who according to the respondent's testimony was also one of the ERT, was discharged from the CSC. However, the penalties imposed were grieved, and were reduced by the Public Service Staff Relations Board to a six-month suspension for the principal malefactor (which amounted to a financial penalty of approximately \$14,000) and to an approximate halving of the other penalties.

The Trial Judge's comment was as follows (at pages 299-300):

Mary Cassidy, who was the warden of Kingston Penitentiary at the material times, testified that she was unaware then or now of any rule, regulation, standing order or policy about whether a guard who has been in an altercation with a prisoner may, within a short time, be that prisoner's escort or a member of an escort team off the penitentiary premises (Tr. 98 & 99). Subject to exigencies of circumstances, of personnel availability and training, it would make good sense to prevent any CSC employee who was still "in a very riled-up, angry state" from performing escort duties in regard to an inmate offender, on or especially off, the penitentiary premises.

Indeed, whether CSC personnel do or do not believe that due processes of law are too inefficient, too slow or too lenient to punish inmate offenders, it is for the employer, the Crown, to insure that custodial staff are not turned loose upon inmates while such staff members are "in a very riled-up, angry state". That, or pay the price. Professionalism is realistically expected of such custodial staff and, while professional behaviour can always evince a dispassionate strictness, it must also evince self-control. Just as inmates who offend, (especially in such a bloody, ear-cutting savagery as did the hostage-taking, hostage-wounding plaintiff herein), must expect lawful restraint and lawful punishment, so also CSC personnel who offend, (especially in a maliciously assaultive manner), must expect to attract punishment to themselves and/or an extraordinary

dans le compartiment arrière du véhicule où il était couché nu, sous une couverture, attaché à une civière. Les trois agents du SCC lui auraient ensuite infligé des sévices en lui tordant la jambe gauche et en l'écrasant, en le frappant aux reins avec un objet contondant, en le frappant de toutes leurs forces dans les testicules (tr. p. 23) et en appuyant un bâton, une batte ou une matraque contre son larynx (tr. p. 17). Pendant tout ce temps, l'ambulancier [TRADUCTION] «avait eu tellement peur qu'il avait été incapable de réagir normalement» (tr. p. 24), malgré les appels au secours silencieux du demandeur.

Avant l'ouverture du procès, l'appelante a reconnu sa responsabilité pour les voies de fait et a pris des mesures disciplinaires contre les trois agents du SCC impliqués dans l'incident. Deux de ces agents se sont vu infliger une amende de 3 500 \$ et de 2 500 \$ respectivement, et celui qui a été le principal auteur des voies de fait et qui, d'après le témoignage de l'intimé, était aussi un membre de l'ERT, a été renvoyé du SCC. Les intéressés ayant fait un grief contre ces sanctions, la Commission des relations de travail dans la fonction publique a ramené le renvoi à une suspension de six mois pour le principal coupable (ce qui équivalait à une amende de 14 000 \$) et réduit de moitié les deux autres sanctions.

Le juge de première instance a fait l'observation suivante à propos de l'incident (aux pages 299 et 300):

Dans son témoignage, Mary Cassidy, la directrice du pénitencier de Kingston aux époques pertinentes, a affirmé qu'elle n'avait connaissance, alors ou maintenant, d'aucune règle, règlement, ordre permanent ou politique qui empêche un gardien d'escorter, seul ou en équipe, hors de l'enceinte du pénitencier, un prisonnier avec lequel il aurait eu un démêlé et ce, peu de temps après l'incident (tr. aux p. 98 et 99). Sous réserve des exigences de la situation, du personnel disponible et de leur formation, le bon sens voudrait que les employés du SCC qui sont encore «très en colère» soient empêchés d'escorter dans le pénitencier un détenu ayant commis une infraction et, surtout, de l'escorter hors des lieux.

En effet, quand bien même que les employés du SCC jugaient l'application régulière de la loi trop inefficace, trop lente ou trop laxiste pour punir les détenus auteurs d'infractions, il appartient à l'employeur, l'État, de veiller à ce que des gardiens «très en colère» ne soient pas lâchés contre les détenus, à défaut de quoi, il devra en payer le prix. Il est raisonnable de s'attendre à ce que les gardiens fassent preuve de professionnalisme. Or, bien que l'on s'attende à ce qu'un professionnel fasse toujours preuve de rigueur impartiale, il doit également manifester du sang-froid. Les détenus fautifs (surtout s'ils ont agi avec la sauvagerie sanglante pratiquée par le demandeur en l'espèce, en coupant l'oreille de son otage) doivent pouvoir s'attendre à être traités avec retenue et punis selon la loi. Pareillement, les employés fautifs du SCC (surtout

award of damages against the Crown, which alas, always means the taxpayers.

Here the court finds direct, advertent malice on the part of the Crown's employees. They wilfully applied painful and abusive force—utterly unnecessarily to the plaintiff's person.

On appeal, the appellant took issue only with the award of punitive damages. On this matter, Muldoon J. wrote (at pages 302-303 and 305):

It is beyond doubt that punitive or exemplary damages are called for. The defendant's servants' unprofessional lack of self-discipline, their brutality and thuggery, and their wilful malice cry out for punitive or exemplary damages. Some officials of a civilized state they were! Barbarity always harms the State and especially if the State's officials be the perpetrators. It is a pity that the taxpayers have to pay for the thuggish misbehaviour of Aitchison, Donahue and Hammond, when they themselves should be made to pay.

Warden Cassidy was absolutely correct in concluding that unnecessary force was applied. Indeed, she stated:

"A. Well, use of force is sometimes a very intricate [sic—'integral', (misspelled)] part of corrections management and the role of a Correctional Officer. Only that amount of force which is deemed necessary to ensure the safety or security of persons is acceptable in the performance of a Correctional Officer's duties.

In my view, when Mr. Peeters was already restrained, there was no amount of force that was acceptable during the escort trip to the hospital. And so, it was on the basis of the inappropriate conduct and the exercise of power, that I took the discipline rather than because injuries had been sustained." (Emphasis not in original text) (Tr:87)

Although the warden's attitude to that affair was wholly correct, she is not the government, the Crown, the Commissioner of Penitentiaries, or the Clerk of the Privy Council. It is apparent that the degree of self-restraint and professionalism needed to avoid, or never even to contemplate such brutal misbehaviour were not sufficiently inculcated upon the three perpetrators of the assault and battery inflicted on the plaintiff. Why do such persons—almost inevitably male persons—pervert their role by evincing such goonsquad machismo, which is always nothing more than cowardly brutality? That is not their

s'ils ont agi avec une violence malveillante), doivent s'attendre à être punis eux-mêmes ou engager la responsabilité délictuelle de l'État, qui pourra être condamné à payer des dommages-intérêts extraordinaires toujours, hélas, aux frais du contribuable.

En l'espèce, la Cour constate que les employés de l'État ont agi sciemment dans l'intention de nuire. Ils ont volontairement employé de la force abusive et injustifiée, contre le demandeur pour lui infliger de la douleur.

Cet appel porte uniquement sur les dommages-intérêts punitifs accordés par le juge Muldoon qui s'est prononcé à ce propos en ces termes (aux pages 302, 303 et 305):

Il est incontestable qu'il y a lieu d'adjudger des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires en l'espèce. Le manque de professionnalisme dont ont fait preuve les préposés de la défenderesse par leur absence de discipline personnelle, leur brutalité, leur sauvagerie et leur intention de nuire font que des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires s'imposent. Quel bel exemple de fonctionnaires d'un État civilisé! La barbarie fait toujours du tort à l'État, surtout si elle est le fait de ses fonctionnaires. Il est dommage que ce soit les contribuables qui doivent payer pour l'inconduite brutale d'Aitchison, de Donahue et de Hammond, lorsque ce sont eux qui devraient être obligés de payer.

La directrice avait tout à fait raison de conclure qu'une force injustifiée avait été employée. En effet, elle a déclaré ce qui suit:

«R. [TRADUCTION] Eh bien, l'emploi de la force est parfois "indissociable" de la gestion d'un établissement de correction et du rôle de l'agent correctionnel. Dans l'exécution de ses fonctions, l'agent correctionnel ne peut employer que la force jugée nécessaire pour assurer la sécurité des personnes.

À mon avis, puisque M. Peeters était déjà attaché, il était inacceptable d'employer la moindre force pendant qu'on l'escortait à l'hôpital. Par conséquent, c'est parce qu'il y avait eu conduite inappropriée et abus de pouvoir que j'ai pris des mesures disciplinaires et non parce que le détenu avait subi des blessures.» [Non souligné dans le texte original.] (tr. p. 87)

Bien que la directrice ait adopté une attitude irréprochable dans cette affaire, elle n'est ni le gouvernement, ni la Couronne, ni le Commissaire des pénitenciers, ni le greffier du Conseil privé. Il est évident que les trois auteurs des voies de fait commises contre le demandeur, n'ont jamais appris ce qu'était la maîtrise de soi et un professionnalisme nécessaires pour éviter qu'ils n'aient une inconduite aussi brutale, ou même envisagent de l'avoir. Pourquoi de tels individus—presque toujours des hommes—dénaturent-ils leur rôle en jouant les durs-à-cuire, ce qui ne traduit, dans tous les cas, que de la

duty. Why do they not just do it right? Because they are not well selected, trained and admonished by their employer, they engage in brutal criminal behaviour and, by their example, make mockery of and push into disrepute the notion of a professional, proficient correctional service.

The appellant argued that, in these circumstances, punitive damages could be assessed only against the individual servants of the Crown and not against the Crown itself.

II

A successful plaintiff in a personal injury case receives compensation in the form of an award of damages. However, in addition to the special and general damages of a compensatory nature payable in ordinary tort cases, a plaintiff may receive an award of punitive damages, a concept which must be carefully distinguished from that of aggravated damages.

In his comprehensive and definitive work, *Canadian Tort Law*, 5th ed., 1993, at pages 55-56, my colleague, Linden J.A. distinguishes aggravated damages from punitive or exemplary damages as follows:

There is authority for awards of "aggravated" damages as contrasted with "punitive" damages, the former being granted to compensate the plaintiff for the loss to dignity resulting from the defendant's malicious conduct, the latter being given to express the Court's outrage and in order to deter such conduct in the future. Mr. Justice La Forest has recently explained [*Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, 263-4] that "[aggravated damages may be awarded if the battery has occurred in humiliating or undignified circumstances". They are not awarded in addition to general damages, but as part of general damages. The "aggravating features" are taken into account by the court and the award of general damages is increased accordingly. Although these types of damages may overlap, they are distinguishable in that "punitive damages are designed to punish whereas aggravated damages are designed to compensate".

The Ontario Law Reform Commission in its *Report on Exemplary Damages*, 1991, at page 3,¹ assigns a broader meaning to "exemplary" damages than to

¹ This report is based on the Project Director's Report by Professor Bruce Feldthusen, which is substantially reproduced in his article, "Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages" (1990), 16 *Can. Bus. L.J.* 241.

lâcheté et de la brutalité? Telle n'est pas leur fonction. Pourquoi ne peuvent-ils pas simplement faire leur travail correctement? Parce qu'ils n'ont pas été bien choisis, formés et réprimandés par leur employeur, ils se comportent comme des brutes criminelles et, par l'exemple qu'ils donnent, ils jettent le discrédit sur le Service correctionnel qui se veut sérieux et compétent.

L'appelante soutient que dans ces circonstances, les dommages-intérêts punitifs ne devraient frapper que les préposés de la Couronne à titre personnel, et non pas la Couronne elle-même.

II

Le demandeur dont l'action en blessures corporelles est jugée fondée reçoit des dommages-intérêts à titre de réparation. Cependant, outre les dommages-intérêts généraux ou spéciaux accordés à titre de réparation pour délit civil ordinaire, le demandeur peut se voir accorder des dommages-intérêts punitifs, qu'il faut veiller à distinguer des dommages-intérêts majorés.

Le traité complet et définitif de mon collègue le juge Linden, J.C.A., *Canadian Tort Law*, 5^e éd., 1993, aux pages 55 et 56, distingue dommages-intérêts majorés et dommages-intérêts punitifs ou exemplaires comme suit:

[TRADUCTION] Un courant jurisprudentiel fait la distinction entre dommages-intérêts «majorés» et dommages-intérêts «punitifs», les premiers visant à indemniser le demandeur de l'atteinte à sa dignité du fait des agissements défectueux du défendeur, et les seconds à exprimer l'indignation de la justice et à décourager pareils agissements à l'avenir. Le juge La Forest a expliqué dans une cause récente [*Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, page 263] que «des dommages-intérêts majorés peuvent être accordés si les voies de fait ont été commises dans des circonstances humiliantes ou portant atteinte à la dignité». Ils ne s'ajoutent pas aux dommages-intérêts généraux, mais en font partie. Les «circonstances aggravantes» sont prises en considération et les dommages-intérêts sont majorés en conséquence. Il pourrait y avoir chevauchement, mais on peut distinguer les deux: «les dommages-intérêts punitifs visent à punir alors que les dommages-intérêts majorés ont pour but d'indemniser».

Pour sa part, la Commission de réforme du droit de l'Ontario, dans son *Report on Exemplary Damages*, 1991, à la page 3¹, assigne à dommages-intérêts

¹ Ce rapport est basé sur celui du professeur Bruce Feldthusen, directeur du projet, qui a été substantiellement reproduit dans son article «Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages» (1990), 16 *Rev. Can. D.C.* 241.

“punitive” damages: the former refers to all damages other than compensatory damages, the latter only to situations in which the retributive rationale dominates. However, in the present context there is no reason to distinguish between them, and I have utilized the word “punitive” since it is, I believe, the more commonly used term.

The appellant’s initial contention was that punitive damages cannot be imposed against the Crown pursuant to sections 3 and 10 of the *Crown Liability Act*, R.S.C., 1985, c. C-50,² the relevant parts of which read as follows:

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

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

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

Punitive damages, so the appellant’s argument ran, are explicitly mentioned only in Part II of the Act (sections 16-20) which deals with the invasion of privacy by the interception of private communications, and therefore sections 3 and 10, which are contained in Part I, ought not to be interpreted to allow them. However, a reading of Part II would suggest that the only reason punitive damages are specifically mentioned in that Part is to limit Crown liability for such damages to “an amount not exceeding five thousand dollars” (section 18). Since there is no such limitation in Part I, to my mind that indicates that punitive damages are available without a specific cap under sections 3 and 10.

The Trial Judge held that the clear wording of the Act establishes the possibility of punitive damages

² At the time the events took place in 1985, the law in effect was the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, but the successor Act was in effect by the time the action was heard and it was the Act referred to by both counsel on the appeal. In substance, the relevant provisions are the same. However, in the 1970 Act what is now s. 10 was then s. 4(2).

«exemplaires» un sens plus large que dommages-intérêts «punitifs»: les premiers s’entendent de toutes catégories de dommages-intérêts qui ne visent pas à indemniser, les seconds ne visent qu’à punir. Il n’y a cependant en l’espèce aucune raison de les distinguer, et j’ai parlé de dommages-intérêts «punitifs» puisqu’il me semble que ce terme est le plus courant.

Le premier argument proposé par l’appelante, c’est que la Couronne est protégée des dommages-intérêts punitifs par application des articles 3 et 10 de la *Loi sur la responsabilité de l’État*, L.R.C. (1985), ch. C-50², dont voici les dispositions applicables:

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

a) les délits civils commis par ses préposés.

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

Selon l’appelante, les dommages-intérêts punitifs ne sont expressément prévus que dans la partie II de cette Loi (articles 16 à 20), relative à l’atteinte à la vie privée par l’interception des communications privées; il s’ensuit qu’il ne faut pas interpréter les articles 3 et 10, qui se trouvent dans la partie I, comme en prévoyant la possibilité. Cependant, on peut conclure d’une lecture de la partie II que la seule raison pour laquelle les dommages-intérêts punitifs y figurent expressément, c’est que la Loi limite la responsabilité de l’État dans les cas prévus à un montant «maximal de cinq mille dollars» (article 18). L’omission de cette limitation dans la partie I signifie à mon avis que les dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés sans plafonnement dans le cadre des articles 3 et 10.

Le juge de première instance conclut que le libellé sans équivoque de la Loi permet de prononcer des

² Au moment où ces incidents eurent lieu en 1985, la loi en vigueur était la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38, mais celle qui était en vigueur au moment du procès, c’était la *Loi sur la responsabilité de l’État* qui l’a remplacée, et c’est elle que les avocats de part et d’autre citent en appel. Cependant, ce qui est maintenant l’art. 10 était l’art. 4(2) de l’ancienne Loi.

against the Crown, since such damages are available against the private persons to whose position the Crown is assimilated (at page 306):

There is no exception in the Act either for punitive and exemplary damages per se, nor in contemplation of the notion of respondeat superior, nor yet again in relation to the departmental nature of emanations of the government in which the three miscreants of the C.S.C. operate at a different level from the warden or the commissioner of the penitentiaries and at a far remove from the Solicitor General, Treasury Board or the Privy Council Office. Section 10 does nothing to dilute the normalcy of the notion of awarding such damages against the Crown.

I agree entirely with these words of the Trial Judge. Moreover, that the Crown can be subject to punitive damages may also be inferred, as the Trial Judge said, from the decision of this Court in *LeBar v. Canada*, [1989] 1 F.C. 603.

The appellant's next argument was that an employer, or at least the Crown as employer, cannot be subject to punitive damages where it is blameless, even if the employees' conduct was blameworthy.

The commentators generally acknowledge that the courts presently hold employers vicariously liable for punitive damages without fault on their part, but question whether that is a desirable rule. Thus Earl A. Cherniak, Q.C. and Jerome R. Morse, "Aggravated, Punitive and Exemplary Damages in Canada" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1983: Torts in the 80's*, p. 151 at page 199, state:

When an employee is guilty of conduct which attracts exemplary or punitive damages, is the employer vicariously liable for such damage? The short answer appears to be "yes" where the employee is acting in the course of his employment, but the rationale for same has not yet been developed in any detail. *Munro v. Toronto Sun et al.* (1982), 21 C.C.L.T. 261 (Ont. H.C.J.), is the most recent reported decision on point. The defendant newspaper was held vicariously liable for its employee's wrongful conduct obligating the employer to respond to an award of punitive damages to the plaintiff in the amount of \$25,000. J. Holland, J. held, at page 306: "It is . . . an appropriate case in which to award punitive damages against Ramsay and Raguly [the employees] and to provide that the corporate defendant [the employer] be vicariously liable therefor".

dommages-intérêts punitifs contre l'État, puisqu'ils peuvent frapper une personne physique, à laquelle l'État est assimilé (à la page 306):

La Loi ne prévoit pas d'exception pour les dommages-intérêts punitifs et exemplaires à proprement parler. Elle ne limite pas l'application du principe *respondeat superior*. Elle ne prévoit pas non plus d'exception du fait que les trois scélérats du SCC ne sont pas au même niveau hiérarchique que la directrice de l'établissement ou le Commissaire des pénitenciers, ou encore moins du solliciteur général, du Conseil du Trésor ou du Bureau du Conseil privé. L'article 10 ne crée aucun régime d'exception au principe voulant que l'État puisse être condamné à de tels dommages-intérêts.

Je partage cette conclusion du juge de première instance. Au surplus, comme il l'a fait remarquer, l'arrêt *LeBar c. Canada*, [1989] 1 C.F. 603, de notre Cour permet de conclure que l'État peut être condamné aux dommages-intérêts punitifs.

Le deuxième argument proposé par l'appelante est que l'employeur, ou du moins l'État employeur, ne peut être condamné aux dommages-intérêts punitifs s'il n'a commis aucune faute, lors même que les agissements de ses employés sont répréhensibles.

La plupart des auteurs notent que de nos jours, la justice, en cas de verdict de responsabilité du fait d'autrui, condamne aux dommages-intérêts l'employeur qui n'a commis lui-même aucune faute, mais ils mettent en doute le bien-fondé d'une telle règle. C'est ainsi que MM. Earl A. Cherniak, c.r., et Jerome R. Morse, écrivent dans «Aggravated, Punitive and Exemplary Damages in Canada», *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1983: Torts in the 80's*, p. 151, en page 199:

[TRADUCTION] Lorsqu'un employé est coupable d'agissements justifiant des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, l'employeur en est-il indirectement responsable? Il semble que la réponse brève soit «oui» si l'employé a commis le délit dans l'exercice de ses fonctions, mais le fondement du principe n'a fait encore l'objet d'aucune élaboration détaillée. La décision publiée la plus récente en la matière est *Munro v. Toronto Sun et al.* (1982), 21 C.C.L.T. 261 (H.C. Ont.). Il a été jugé que le journal défendeur était indirectement responsable des agissements répréhensibles de ses employés et, de ce fait, tenu à payer 25 000 \$ de dommages-intérêts punitifs au demandeur. Le juge Holland a conclu en ces termes, page 306: «Il s'agit bien . . . d'un cas où il y a lieu de prononcer les dommages-intérêts punitifs contre Ramsay et Raguly [les employés] et d'en tenir la compagnie défenderesse [l'employeur] indirectement responsable».

In *Dalsin v. T. Eaton Co.* [(1975), 63 D.L.R. (3d) 565, [1976] W.W.R. 28 (Alta Dist. Ct.)], punitive damages were awarded against the employer for the wrongful acts of its employee.

There has been academic criticism of such an approach. This criticism contends that the purpose of the award to punish is not accomplished when someone other than the wrongdoer must respond to the award.

The Ontario Law Reform Commission, in its *Report on Exemplary Damages*, at page 57, citing the same two cases, says:

In Canada it appears that the courts will hold employers vicariously liable for punitive damages; that is, employers will be held liable, without fault, for punitive damages awarded against an employee acting in the course of employment. The case for and against doing so has not received attention expressly. It is often unclear whether employer liability is truly vicarious, or whether it would satisfy the complicity test, discussed below. Moreover, a principled resolution of this issue depends, to a large extent, on the purpose of the award, since the arguments differ for compensation and deterrence on the one hand, and punishment on the other.

It would appear that the various jurisdictions in the United States are divided on the issue. Some follow the ordinary *respondeat superior* rule, while others follow a variation of the complicity rule, which requires managerial authorization or ratification, or reckless hiring or retention of an unfit employer. Scholars are also divided on the issue. Again, this is complicated by the multiple purposes served by the awards there.

Professors Kenneth D. Cooper-Stephenson and Iwan B. Saunders, *Personal Injury Damages in Canada*, 1981, at pages 705-707, are opposed to employers' vicarious liability for punitive damages without fault:

Where an employer is vicariously liable for losses caused by an employee acting within the scope of employment, is he additionally liable for exemplary damages levied against the employee, or which would have been levied had the employee himself been sued? Most Canadian decisions appear to hold, without discussion, that he is. But why extend the doctrine of vicarious liability to exemplary awards as well as compensatory? The employer is blameless. It is the employee who merits sanction, not his employer. It is no argument that the employer will likely be solvent whereas the employee will likely not. While the entrepreneur theory can justify vicarious liability for compensatory damages, it cannot justify such liability for punitive damages.

Dans *Dalsin v. T. Eaton Co.* [(1975), 63 D.L.R. (3d) 565, [1976] W.W.R. 28 (Alta Dist. Ct.)], des dommages-intérêts punitifs ont été prononcés contre l'employeur en raison des agissements répréhensibles de son employé.

Cette approche a été critiquée par des professeurs de droit, aux yeux desquels le but qui est de punir par des dommages-intérêts n'est pas atteint lorsque quelqu'un d'autre doit verser au lieu du coupable.

Dans son *Report on Exemplary Damages*, à la page 57, la Commission de réforme du droit de l'Ontario, citant les deux décisions susmentionnées, fait remarquer ce qui suit:

[TRADUCTION] Au Canada, les tribunaux tiendront l'employeur pour indirectement responsable en matière de dommages-intérêts punitifs, c'est-à-dire qu'en l'absence de toute faute de sa part, l'employeur est tenu aux dommages-intérêts punitifs prononcés contre un employé pour un acte accompli dans l'exercice de ses fonctions. Les arguments pour et contre cette solution n'ont pas retenu publiquement l'attention. Dans bien des cas on ne sait pas si la responsabilité de l'employeur est vraiment la responsabilité du fait d'autrui, ou si elle doit réunir les éléments constitutifs de la complicité, que nous examinerons plus loin. D'ailleurs, une résolution rationnelle de la question dépend dans une grande mesure du but poursuivi, car les arguments ne sont pas les mêmes pour la réparation et la dissuasion d'une part, et la punition de l'autre.

Les diverses juridictions américaines sont divisées sur cette question. Certaines suivent la règle *respondeat superior*, alors que d'autres appliquent une variante de la règle de la complicité, qui pose pour condition nécessaire l'autorisation ou la ratification du supérieur, ou l'engagement ou le maintien insouciant d'un employé n'ayant pas les qualités requises. Les auteurs sont également divisés sur cette question, qui est encore compliquée par la multitude des buts visés.

Les professeurs Kenneth D. Cooper-Stephenson et Iwan B. Saunders, dans leur ouvrage *Personal Injury Damages in Canada*, 1981, aux pages 705 à 707, s'opposent à la conception de la responsabilité de l'employeur du fait d'autrui et sans faute de sa part:

[TRADUCTION] Lorsqu'un employeur est indirectement responsable du préjudice causé par son employé dans l'exercice de ses fonctions, est-il responsable en sus des dommages-intérêts exemplaires prononcés contre l'employé, ou qui auraient été prononcés si celui-ci avait été poursuivi lui-même? La plupart des décisions canadiennes répondent à cette question par l'affirmative, sans autre discussion. Mais pourquoi étendre la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui aux dommages-intérêts exemplaires comme aux dommages-intérêts proprement dits? L'employeur n'a commis aucune faute. C'est l'employé qui mérite d'être puni, non pas son employeur. Il est indiscutable que l'employeur aura probablement les moyens de payer alors que l'employé n'aura probablement pas l'argent nécessaire. Si la théorie de l'entrepreneur peut justifier la responsabilité du fait d'autrui en matière de dommages-intérêts

Moreover, a punitive sum which is defrayed by the employer can scarcely punish or deter the employee, or others like him. So why make employers pay?

There are a number of possible responses. The stock response is that vicarious liability for exemplary damages will serve to encourage good management, by inducing employers to take greater care in the selection, training and supervision of employees. Furthermore, exemplary awards can punish employers for ordering, participating in, or ratifying the employee's misconduct. But both responses themselves incur rejoinders. In the first place, neither proposition supports the automatic imposition of punitive damages on employers in every case. Punitive damages should not be imposed unless poor management or complicitous behaviour is substantiated in fact. As a matter of basic legal principle, no one should be punished (fined) unless proven guilty.

In summary, arguably an employer ought never to be vicariously liable for exemplary damages assessed on account of his employee's misconduct. Vicarious liability would be unjust in principle (because the employer is blameless) and pointless in practice (because the employee will get off scot-free). The one plausible justification in some cases is to encourage employers to sanction their employees themselves, where they are more favourably placed than the legal system to do so effectively. On the other hand, where evidence establishes that the employer himself merits punishment (for complicity in the employee's wrongdoing) or deterrence (against inferior management techniques), punitive damages may justifiably be assessed against him personally, provided that the plaintiff was a victim of the punishable behaviour and that the proposed quantum is adequate to achieve the intended purpose.

Professor S. M. Waddams, *The Law of Damages*, 2nd ed., 1991, paragraph 11.400, at page 11-23, states squarely that "[a]s the purpose of exemplary damages is to punish and deter conduct of which the court disapproves, there cannot be any justification for making such an award against persons who have acted innocently." However, he reluctantly accepts, paragraph 11.420, at page 11-25, that "in practice, exemplary damages have sometimes been awarded against corporations on the basis of the misconduct of employees whenever the same misconduct justifies holding the corporation liable for compensatory damages."

proprement dits, elle ne la justifie pas à l'égard des dommages-intérêts punitifs.

Qui plus est, la sanction monétaire qui frappe l'employeur ne peut guère punir l'employé ni servir d'avertissement à d'autres. Pourquoi donc faire payer l'employeur?

Diverses réponses sont possibles. La réponse standard est que la responsabilité indirecte en matière de dommages-intérêts exemplaires servira à encourager la bonne gestion, en poussant les employeurs à faire davantage attention dans l'engagement, la formation et la surveillance de leurs employés. En outre, les dommages-intérêts exemplaires peuvent punir les employeurs qui auront ordonné, partagé ou ratifié les actes répréhensibles de leurs employés. Ces deux réponses ne sont pas sans réplique. En premier lieu, ni l'un ni l'autre argument ne préconise l'application systématique de dommages-intérêts punitifs contre l'employeur dans tous les cas. Il ne faut pas les prononcer sauf preuve de mauvaise gestion ou de complicité. Selon les règles de droit fondamentales, personne ne peut être puni (soumis à une amende) sans que la preuve de sa culpabilité ait été faite.

En bref, un employeur ne devrait jamais être tenu indirectement responsable des dommages-intérêts exemplaires en raison de la faute de son employé. La responsabilité du fait d'autrui serait injuste sur le plan des principes (puisque l'employeur n'a commis aucune faute) et inutile dans les faits (puisque l'employé s'en sort indemne). La seule justification plausible dans certains cas est qu'elle encourage l'employeur à sanctionner lui-même l'employé, car il est mieux placé que la justice pour le faire. D'autre part, quand il est prouvé que l'employeur lui-même mérite la punition (pour complicité dans les actes répréhensibles de l'employé) ou la sanction préventive (contre les techniques inférieures de gestion), les dommages-intérêts punitifs peuvent être justifiés contre lui personnellement, à condition que le demandeur soit une victime des actes punissables et que le quantum envisagé soit suffisant pour atteindre le résultat voulu.

Le professeur S. M. Waddams, dans *The Law of Damages*, 2^e éd., 1991, paragraphe 11,400, à la page 11-23, affirme catégoriquement que: [TRADUCTION] «puisque les dommages-intérêts punitifs visent à punir et à décourager les comportements que la justice réproouve, il n'y a aucune justification à les prononcer contre des gens qui ont agi en toute innocence». Il reconnaît cependant, à contre-cœur, au paragraphe 11,420, à la page 11-25, que: [TRADUCTION] «dans les faits, des dommages-intérêts exemplaires ont été dans certains cas prononcés contre des compagnies en raison de la faute des employés, si cette faute justifie de tenir la compagnie responsable des dommages-intérêts proprement dits».

In the light of the present state of the law, this Court has effectively a *tabula rasa* on which to write. Not only are there no appellate decisions directly on point, but such law as there is from trial courts is too sketchily reasoned to be persuasive. The learned Trial Judge in the case at bar relied on this Court's decision in *LeBar*. But *LeBar* is silent on the precise point whether punitive damages can be attributable to a blameless employer, since the whole context of that case, where the Government failed to release a penitentiary inmate on the release date calculated in accordance with a declaratory judgment issued in another case, makes it clear that the decision was made at a managerial level, so that the Government was on the facts not blameless. As the appellant's factum in the case at bar put it, *LeBar* can be distinguished on the basis that it concerned an "institutional decision" of the CSC whereby fault can be attributed to the directing mind of the CSC *per se*.

Some guidance may perhaps be found from the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085. *Vorvis* established that the limited view taken of punitive damages in the United Kingdom in *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.),³ is not the law in Canada since punitive damages apply generally, in contract as well as in tort. McIntyre J. stated for the majority, at pages 1107-1108:

Moreover, punitive damages may only be awarded in respect of conduct which is of such nature as to be deserving of punishment because of its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. I do not suggest that I have exhausted the adjectives which could describe the conduct capable of characterizing a punitive award, but in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment.

³ Liability for punitive damages was fitted within the confines of *Rookes v. Barnard* by this Court in *LeBar*, which was decided the year before *Vorvis*. Nevertheless, *LeBar*'s authority is not affected by the abandonment of *Rookes v. Barnard*'s limitations on punitive damages, but rather rendered *a fortiori*.

Vu l'état actuel du droit en la matière, aucun magistrè ne s'impose aux conclusions de la Cour en l'espèce. Non seulement aucune juridiction d'appel ne s'est spécifiquement prononcée sur ce point, mais encore les raisonnements des tribunaux de première instance sont trop incomplets pour être convaincants. En l'espèce, le juge de première instance a cité l'arrêt *LeBar* de notre Cour, mais cet arrêt est précisément muet sur la question de savoir si des dommages-intérêts punitifs peuvent être prononcés contre un employeur qui n'a commis aucune faute, car il ressort des faits de cette dernière cause, où les autorités gouvernementales n'ont pas libéré un détenu à la date fixée conformément au jugement déclaratoire rendu dans une autre instance, que la décision a été prise au niveau de la direction, ce qui fait que d'après les faits mêmes, ces autorités n'étaient pas sans reproche. Comme l'a souligné l'appelante en l'espèce dans son mémoire, on peut distinguer l'affaire en instance de la cause *LeBar* qui portait sur une décision prise par le SCC lui-même, et dont la faute pouvait être imputée au dirigeant du SCC en tant que tel.

Nous pourrions peut-être nous guider dans une certaine mesure sur l'arrêt rendu récemment par la Cour suprême du Canada, *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, selon lequel la conception limitée des dommages-intérêts punitifs qu'illustre au Royaume-Uni l'arrêt *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.)³ n'est pas la règle de droit en vigueur au Canada, puisque les dommages-intérêts punitifs s'appliquent sans distinction, en matière de contrats ou de délits civils. Prononçant le jugement de la majorité, le juge McIntyre a tiré cette conclusion en pages 1107 et 1108:

De plus, il n'est possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs qu'à l'égard d'un comportement qui justifie une peine parce qu'il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Je ne prétends pas avoir énuméré tous les qualificatifs aptes à décrire un comportement susceptible de justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, mais de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérité, selon toute norme raisonnable, d'être condamné et puni.

³ L'arrêt *LeBar* de cette Cour, rendu l'année qui précédait *Vorvis*, analysait la responsabilité en matière de dommages-intérêts punitifs dans les limites de *Rookes v. Barnard*. Néanmoins, sa valeur jurisprudentielle n'est pas affectée par l'abandon des limites fixées par *Rookes v. Barnard* aux dommages-intérêts punitifs, mais affirmée *a fortiori*.

McIntyre J. also emphasized, at page 1106, that the only basis for the imposition of punitive damages "must be a finding of the commission of an actionable wrong which caused the injury complained of by the plaintiff." He also referred with approval to the American Law Institute's *Restatement of the Law of Contracts*, 2nd ed., as to when punitive damages are recoverable for breach of contract.

It would be useful at this point to turn to the American Law Institute's proposal on punitive damages in *Restatement of the Law, Second—Torts 2d*, 1979⁴:

§ 909. Punitive Damages Against a Principal

Punitive damages can properly be awarded against a master or other principal because of an act by an agent if, but only if,

(a) the principal or a managerial agent authorized the doing and the manner of the act, or

(b) the agent was unfit and the principal or a managerial agent was reckless in employing or retaining him, or

(c) the agent was employed in a managerial capacity and was acting in the scope of employment, or

(d) the principal or a managerial agent of the principal ratified or approved the act.

In this proposal the American Law Institute, like the Canadian authors I have cited, comes down on the side of an award of punitive damages against an employer only where there is some kind of complicity on the part of the employer. This complicity may be direct, as where the doing and the manner of the servant's act was authorized (subsection (a)) or subsequently ratified (subsection (d)), or was at a managerial level such that the act must be taken to have been the act of the employer (subsection (c)). Responsibility may also be indirect, such as where the employer recklessly employed an unfit person (subsection (b)).

In my opinion, the last-mentioned category of indirect responsibility is too narrowly drawn. The employer ought equally to be responsible in punitive

⁴ This section is duplicated by s. 217C of the *Restatement, Second, of Agency*.

Le juge McIntyre a aussi souligné, en page 1106, que l'octroi des dommages-intérêts punitifs «ne peut se justifier [que] par la conclusion qu'il y a eu méfait donnant ouverture à un droit d'action et qui a causé le préjudice allégué par le demandeur». Il a également cité avec approbation le texte *Restatement of the Law of Contracts*, 2^e éd., de l'American Law Institute, sur les cas où il y a des dommages-intérêts punitifs pour rupture de contrat.

Il serait utile, à ce stade de l'analyse, de voir ce que propose l'American Law Institute en matière de dommages-intérêts punitifs, dans son *Restatement of the Law, Second—Torts 2d*, 1979⁴:

[TRANADUCTION] § 909. Dommages-intérêts punitifs contre l'employeur

Les dommages-intérêts punitifs peuvent être prononcés à bon droit contre l'employeur ou autre mandant en raison d'un acte d'un employé, uniquement dans l'un des cas suivants:

a) l'employeur ou son délégué a autorisé l'accomplissement de l'acte ou la manière dont celui-ci a été accompli,

b) l'employé n'avait pas les qualités requises, et l'employeur ou son représentant a fait preuve d'insouciance en l'engageant ou en le gardant à son service,

c) l'employé occupait un poste de direction et agissait dans l'exercice de ses fonctions,

d) l'employeur ou son représentant a ratifié ou approuvé l'acte.

Dans cette proposition, l'American Law Institute, tout comme les auteurs canadiens cités *supra*, préconise l'octroi des dommages-intérêts punitifs contre l'employeur dans le cas où il y a une certaine complicité de sa part. Cette complicité peut être directe, comme dans le cas où il a autorisé l'accomplissement de l'acte délictueux ou la manière dont celui-ci a été accompli (alinéa a)), où il l'a ratifié après coup (alinéa d)), où l'acte a été accompli à un niveau de direction tel qu'il doit être considéré comme le fait de l'employeur (alinéa c)). La complicité peut être indirecte, comme dans le cas où l'employeur a fait preuve d'insouciance en engageant un employé qui n'a pas les qualités requises (alinéa b)).

À mon avis, cette dernière catégorie de complicité indirecte est trop restrictive. Il faut aussi tenir l'employeur responsable de dommages-intérêts punitifs

⁴ Cet article est le même que l'art. 217C du *Restatement, Second, of Agency*.

damages where the employee's training is inadequate for the task assigned and this lack of training is found to be relevant to the tort committed. Such a factor may not, perhaps, be so important in the case of a private employer as in that of a government, which has, for example, employees who are specifically trained to use force as part of their employment.

That being said, and taking the *Restatement's* examples as illustrative rather than definite, I am inclined to the view that, for the awarding of punitive damages against an employer, there must have been at least some form or some degree of complicity or blameworthiness on the part of the employer.

I would not only agree with the Ontario Law Reform Commission, *Report on Exemplary Damages*, at page 85, that "there is no compelling reason to distinguish public authorities from private employers for the purpose of vicarious liability", but I would add that in the light of section 3 of the *Crown Liability Act* such a distinction does not seem possible at the federal level.

Even an employer who is entirely innocent of a servant's tort can be vicariously liable for compensatory damages for that fault, if only because there may be a social interest in allocating the cost of tortious conduct to a party that can bear them. This is true even of aggravated damages, since they are still compensatory. As La Forest J. put it in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at page 264 "[a]lthough aggravated damages will frequently cover conduct which could also be the subject of punitive damages . . . the two types of damages are distinguishable; punitive damages are designed to punish whereas aggravated damages are designed to compensate."

In the case of all compensatory damages, employers are unable to escape liability by attempting to distinguish between the doing of the acts they authorized and the tortious manner in which their servants may have carried them out. The employers' authori-

dans le cas où l'employé n'a pas reçu la formation suffisante pour le travail dont il est chargé et où il est jugé que ce manque de formation a un rapport avec le préjudice causé. Pareil facteur n'est peut-être pas aussi important dans le cas d'un employeur du secteur privé que dans le cas du gouvernement, qui a par exemple des employés spécialement entraînés à faire usage de la force dans leur travail.

Cela dit, et considérant que les cas cités dans le *Restatement* ont valeur d'illustrations et non pas de règles définitives, je suis enclin à penser que les dommages-intérêts punitifs ne pourront être prononcés contre l'employeur que s'il y a au moins une certaine forme ou un certain degré de complicité ou d'agissements blâmables de sa part.

Non seulement je partage la conclusion de la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans son *Report on Exemplary Damages*, à la page 85, que [TRADUCTION] «il n'y a, en matière de responsabilité du fait d'autrui, aucune raison impérieuse de distinguer autorités publiques et employeurs du secteur privé», mais j'ajouterais encore qu'à la lumière de l'article 3 de la *Loi sur la responsabilité de l'État*, pareille distinction doit être écartée au niveau fédéral.

Même l'employeur qui est entièrement innocent du délit de son employé peut être tenu aux dommages-intérêts proprement dits pour cause de responsabilité du fait d'autrui, ne serait-ce que parce qu'il est peut-être conforme à l'intérêt de la société de faire supporter le coût du délit par la partie qui en a les moyens. De même les dommages-intérêts majorés, puisqu'ils visent en fin de compte à indemniser. Comme l'a fait remarquer le juge La Forest dans *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S 226, à la page 264; «[m]ême s'il arrive fréquemment que des dommages-intérêts majorés soient accordés à l'égard d'une conduite qui pourrait également justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, les deux types de dommages-intérêts peuvent être distingués; les dommages-intérêts punitifs visent à punir alors que les dommages-intérêts majorés ont pour but d'indemniser».

Dans tous les cas de dommages-intérêts proprement dits, l'employeur ne peut se soustraire à la responsabilité par un *distinguo* qui sépare l'accomplissement de l'acte qu'il a autorisé, de la manière délictuelle dont l'employé a pu accomplir cet acte. Il

zation of the mere doing of acts is sufficient; they can escape liability only if the acts themselves were unauthorized and were "frolics" on the servants' parts.

But there is something different about punitive damages, which have a criminal-law-like aspect, even if the fines are intended, not for the state's coffers, but for injured plaintiffs. However, such damages could not be socially and legally justifiable if they were merely punishment for punishment's sake. They must be deterrent as well as retributive, if they are not to be wholly assimilated to criminal law. As Madam Justice McLachlin put it in *Norberg v. Wynrib*, *supra*, at pages 299-300:

Punitive damages are awarded, not for the purpose of compensating the victim for her loss, but with a view to punishing the wrongdoer and deterring both him and others from engaging in similar conduct in the future. [Emphasis added.]

Linden J.A. memorably expressed the same thought in this Court in *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408 (C.A.), at page 426, when he said that government officials charged with the duty of maintaining public safety "must learn that negligence, like crime, does not pay."

If, as I am convinced, punitive damages must ultimately be justified on the basis of deterrence, there can be no possibility of a deterrent effect if there is no complicity by employers against whom punitive awards are sought. I am therefore led to the conclusion that an employer's complicity in the tortious situation must be established by a plaintiff before punitive damages can be awarded against that employer.

III

In the case at bar the appellant maintained that the Crown's conduct as employer was blameless for the following six reasons: (a) the three correctional officers were strictly punished; (b) CSC directives on "The Use of Force and Firearms" (issued January 1, 1985), "Criminal Code Authority for the Use of Force" (issued February 29, 1984) were issued and circulated; (c) each correctional officer has an obligation to familiarize him/herself with these directives; (d) each corrections institution must prepare a contin-

suffit que l'employeur ait autorisé l'accomplissement de l'acte; il ne peut échapper à la responsabilité que si cet acte n'a pas été autorisé ou représentait une «gaminerie» de la part de l'employé.

a Cependant, les dommages-intérêts punitifs présentent une certaine différence en ce sens qu'ils ont un côté pénal, bien que l'amende ne soit pas destinée aux coffres de l'État, mais au demandeur qui a subi un préjudice. Néanmoins, ils ne sauraient être socialement ou juridiquement justifiables s'ils ne visaient qu'à punir. Il faut qu'ils aient un effet dissuasif autant que pénal, sous peine de tomber entièrement dans le domaine du droit pénal. Ainsi que l'a fait remarquer c Madame le juge McLachlin dans *Norberg c. Wynrib*, *op. cit.*, à la page 299:

d Les dommages-intérêts punitifs ont pour but non pas d'indemniser la victime, mais de punir l'auteur du préjudice et de dissuader ce dernier, ainsi que tout autre, d'accomplir de tels actes à l'avenir. [Non souligné dans le texte.]

e Le juge Linden, J.C.A. a exprimé de façon mémorable la même réflexion dans *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408 (C.A.), en page 426, en disant que les fonctionnaires chargés du maintien de la sécurité publique «doivent apprendre que la négligence, tout comme le crime, ne paie pas».

f Si, comme je le pense, la justification ultime des dommages-intérêts punitifs réside dans leur effet dissuasif, cet effet serait sans objet s'il n'y avait pas complicité de la part de l'employeur contre lequel on demande cette punition. J'en viens ainsi à la conclusion que le demandeur doit prouver la complicité de l'employeur dans le délit avant que des dommages-intérêts punitifs ne soient prononcés contre celui-ci.

III

h En l'espèce, l'appelante soutient que le comportement de l'État en sa qualité d'employeur était irréprochable pour les six raisons suivantes: a) les trois agents correctionnels ont été rigoureusement punis; b) les directives du SCC «Le recours à la force et aux armes à feu» (émise le 1^{er} janvier 1985) et «L'autorité du Code criminel relativement au recours à la force» (émise le 29 février 1984) ont été distribuées au personnel; c) chaque agent correctionnel doit se pénétrer de ces directives; d) chaque institution de

gency plan in case of emergency situations, such as hostage takings; (e) each corrections institution normally performs a hostage-taking simulation for the benefit of its staff; and (f) the CSC dispenses use-of-force training to its officers on entering the Service and periodically as a refresher course.

These indicia of blamelessness on the part of the CSC are relevant, but in the circumstances insufficient to establish a lack of complicity. The most egregious example of complicity on these facts would be, if it actually occurred, the assignment of an ERT member or members to escort the respondent to the hospital immediately following their freeing of the hostage and while their adrenalin was still running. Whether or not forbidden by CSC directives, this would be an act of folly on which the Trial Judge rightly fastened.

Since the Trial Judge also expressed a slight reservation about the accuracy of this testimony that an ERT member had actually been involved, I should indicate that in my opinion the inadequacy of the training of the escort, which was also a finding of the Trial Judge, was also sufficient to establish complicity. This was not a case like *Evaniuk v. 79846 Manitoba Inc.* (1990), 68 Man. R. (2d) 306 (Q.B.), where the hotel owner could seek to escape an award for punitive damages on the ground that the offending doormen were authorized only to escort, and not to eject, patrons. The CSC members here involved were trained in the use of force and were expected by their superiors to use force. The divisional instruction (800-3-05.1, dated 1983-11-30) to which we were referred, sets out the proper use of force by CSC members (Appeal Book at page 13):

7. A staff member shall use as much force as he believes, in good-faith and on reasonable and probable grounds, is necessary to carry out his legal duties. He shall use force in good judgement, considering the protection of inmate, and refrain from personal abuse, corporal punishment and personal injury. Inmate will be protected from injury, harassment and damage to personal property. If the force used is excessive, he is criminally responsible for

correction doit avoir en place un plan d'urgence prévoyant des mesures à prendre dans les cas d'urgence, comme les prises d'otages; e) chaque institution organise normalement des exercices de prise d'otages pour son personnel; et f) le SCC donne aux nouveaux employés un cours sur l'usage de la force, avec des cours de perfectionnement périodiques.

Ces indices d'absence de faute de la part du SCC ne sont pas sans rapport, mais dans les circonstances, ils ne suffisent pas pour prouver l'absence de complicité. L'exemple le plus flagrant de complicité serait, si tel avait été vraiment le cas, l'affectation d'un ou des membres de l'EIT à l'escorte de l'intimé pour le conduire à l'hôpital immédiatement après la prise d'otage, cependant qu'ils étaient encore chargés d'anédraline. Que pareille mesure soit interdite ou non par les directives du SCC, ce serait là une folie sur laquelle le juge de première instance a eu raison de focaliser son attention.

Puisque le juge de première instance a également exprimé une certaine réserve quant au témoignage selon lequel un membre de l'EIT avait réellement pris part à l'escorte, je dois faire observer qu'à mon avis, le manque de formation de l'escorte, qu'a également constaté le juge de première instance, suffit pour établir la complicité. Nous ne sommes pas en présence d'un cas comme *Evaniuk v. 79846 Manitoba Inc.* (1990), 68 Man. R. (2d) 306 (B.R.), où le propriétaire de l'hôtel pouvait se défendre contre les dommages-intérêts punitifs par ce motif que le portier coupable n'avait été autorisé qu'à escorter les clients dehors, non pas à les expulser *manu militari*. Les agents correctionnels en cause avaient reçu une formation sur l'usage de la force, dont l'éventualité était prévue par leurs supérieurs. L'instruction divisionnaire (800-3-05.1 en date du 30 novembre 1983) explique l'usage légitime de la force par les agents du SCC comme suit (dossier d'appel, à la page 13):

7. Un employé ne doit utiliser que la force qu'il juge nécessaire, en toute bonne foi et en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, pour s'acquitter des devoirs de sa charge. Il doit recourir à la force selon son bon jugement, en protégeant le détenu et en s'abstenant de l'insulter, de lui infliger des punitions corporelles et des blessures. On protégera le détenu contre les blessures, le harcèlement et les dommages pouvant être causés à ses effets per-

such excess, and he may also be liable for civil action where the use of excessive force is claimed.

The theory was excellent, but the CSC members clearly had not been trained to the point where reasonable restraint was second nature to them, as they should have been, as employees expected to use force. Instead, at the first temptation they succumbed to what the Trial Judge rightly called "goon-squad machismo."

IV

The appellant's final argument succeeded in establishing one clear error on the part of the Trial Judge with respect to the apparent basis of his finding as to the quantum of punitive damages. The Trial Judge wrote (at page 307):

Because the lesson promulgated by Mr. Justice MacGuigan in the *LeBar* case seems not to have permeated the C.S.C., the Court is justified, if not virtually obligated to escalate the quantum. The defendant shall pay punitive or exemplary damages to the plaintiff in the amount of \$16,000.

The problem with this reasoning is that the events in the case at bar took place in 1985, whereas *LeBar* was not decided until 1988. Quite apart from that chronological point, in my view it would take a great deal more factual similarity than merely the presence of the same government agency to justify reference to another case in assessing punitive damages. Indeed, it would be only in a highly unusual case where such a procedure would be appropriate.

The quantum of the award cannot therefore be sustained on the narrowest basis on which the Trial Judge appeared explicitly to rest it. However, as the respondent pointed out, a reading of the whole of the Trial Judge's reasons for decision reveals abundant justification for an award of that amount. Indeed, the supervising warden, as I have mentioned, estimated that the principal malefactor's penalty of half a year's employment amounted to about \$14,000 (which was a saving of that amount to the CSC)—and that, be it noted, was a lesser penalty than the discharge from the Service that the warden had herself imposed. On

sonnels. L'employé sera criminellement responsable de tout excès de force et pourra être poursuivi devant un tribunal civil.

La règle est excellente en théorie, mais il est manifeste que les agents du SCC n'ont pas reçu une formation telle que la retenue raisonnable serait devenue une seconde nature, comme ils auraient dû la recevoir à titre d'employés entraînés à l'usage de la force. À la première tentation ils ont succombé à ce que le juge de première instance a qualifié à juste titre de comportement de «durs-à-cuire».

IV

Le dernier argument de l'appelante fait ressortir une erreur manifeste de la part du juge de première instance, en ce qui concerne le fondement invoqué pour fixer le quantum des dommages-intérêts punitifs. Voici la conclusion qu'il a tirée à ce sujet (à la page 307):

Puisque le SCC ne semble pas avoir retenu la leçon donnée par M. le juge MacGuigan dans l'arrêt *LeBar*, la Cour est justifiée, voire obligée, d'accroître le montant des dommages-intérêts. La défenderesse est tenue de payer au demandeur la somme de 16 000 \$ à titre de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires.

Cette conclusion n'est pas valide parce que les faits ayant donné lieu à l'affaire en instance ont eu lieu en 1985, alors que l'arrêt *LeBar* n'a été rendu qu'en 1988. À part ce détail d'ordre chronologique, je pense que la fixation des dommages-intérêts punitifs par référence à un précédent doit être fondée sur bien d'autres faits similaires que la simple présence du même organisme gouvernemental. En effet, ce ne serait que dans un cas très inusité qu'une pareille méthode serait justifiée.

Le quantum des dommages-intérêts accordés ne saurait donc être justifié par le motif très étroit que le juge de première instance a expressément invoqué. Cependant, comme le fait remarquer l'intimé, les motifs de jugement prononcés par le juge de première instance justifient amplement le quantum accordé. De fait, la directrice de l'établissement estimait, comme noté *supra*, que la suspension de six mois imposée au principal auteur valait à peu près 14 000 \$ (une économie pour le SCC), montant qui, il faut le noter, représentait une sanction moins grave que le renvoi du Service que la directrice elle-même avait imposé.

this broader basis, therefore, the Trial Judge's assessed quantum of \$16,000 is supported.

In the result, the appeal must be dismissed with costs. *a*

HEALD J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

Sur cette base plus large donc, le quantum de 16 000 \$ fixé par le juge de première instance est justifié.

En conséquence, je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

b LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

<p style="text-align: right;">T-2319-93</p> <p>The Natural Law Party of Canada, Donald Jackson and Donald Jackson on behalf of the members of The Natural Law Party of Canada (Applicants)</p> <p>v.</p> <p>Canadian Broadcasting Corporation (Respondent)</p> <p><i>INDEXED AS: NATURAL LAW PARTY OF CANADA v. CANADIAN BROADCASTING CORP. (T.D.)</i></p> <p>Trial Division, McKeown J.—Ottawa, September 29 and October 1, 1993.</p> <p><i>Broadcasting — Application for interlocutory injunction requiring CBC to include leader of Natural Law Party in telecasts of leaders' debates during federal election campaign — Participants in debates determined by consensus within Broadcasters' Consortium to include leaders of five major parties — CBC having no power to unilaterally include other participants — Jurisdiction as to relief sought assigned to CRTC under Broadcasting Act, ss. 12(2), 18(1)(d) — Court not assuming role of regulator on matters within CRTC jurisdiction — New Broadcasting Act strengthening broadcasters' rights to freedom of expression — Interlocutory injunction would give applicants remedy without trial — Legal test of serious issue not met.</i></p> <p><i>Elections — Due to large number of political parties contesting federal election, Broadcasters' Consortium establishing criteria for inclusion of leaders in telecast debates — Party not meeting criteria seeking interim order declaring law requires CBC to include its leader — CBC acting as broadcaster, not as government agent when participating in Consortium — Court not to assume role of regulator or to dictate agenda of political debate — Dangers resulting from court interference with journalism to satisfy demands of group seeking increased media attention on freedom of expression grounds.</i></p> <p>STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED</p> <p><i>Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 12, 18, 35, 46, 52.</i></p>	<p style="text-align: right;">T-2319-93</p> <p>Parti de la loi naturelle du Canada, Donald Jackson et Donald Jackson pour le compte des membres du Parti de la loi naturelle du Canada (requérants)</p> <p>c.</p> <p>Société Radio-Canada (intimée)</p> <p><i>RÉPERTORIÉ: PARTI DE LA LOI NATURELLE DU CANADA c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA (1^{re} INST.)</i></p> <p>c Section de première instance, juge McKeown—Ottawa, 29 septembre et 1^{er} octobre 1993.</p> <p><i>Radiodiffusion — Demande d'injonction interlocutoire afin que la SRC (CBC) invite le chef du Parti de la loi naturelle à participer aux débats des chefs diffusés à la télévision pendant la campagne électorale fédérale — Le choix des participants aux débats a fait l'objet d'un consensus au sein du regroupement de radiodiffuseurs et s'est porté sur les chefs des cinq principaux partis — La SRC n'avait aucunement le droit d'inviter, à son gré, d'autres participants — En vertu des art. 12(2) et 18(1)d) de la Loi sur la radiodiffusion, le CRTC a compétence à l'égard du redressement demandé — La Cour ne doit pas se substituer au CRTC pour régler les questions qui relèvent de la compétence de cet organisme — La nouvelle Loi sur la radiodiffusion renforce le droit des radiodiffuseurs à la liberté d'expression — Une injonction interlocutoire aurait pour effet d'accorder aux requérants le redressement demandé sans procéder à l'instruction — Les requérants ne satisfont pas au critère juridique selon lequel une question sérieuse doit être tranchée.</i></p> <p><i>Élections — En raison du grand nombre de partis politiques briguant les suffrages au scrutin fédéral, le regroupement de radiodiffuseurs a établi des critères de participation aux débats des chefs qui devaient être radiodiffusés — Un parti n'ayant pas satisfait aux critères cherche à obtenir une ordonnance provisoire déclarant que la loi exige de la SRC qu'elle invite le chef du parti à participer aux débats — Dans le cadre du regroupement de radiodiffuseurs, la SRC agit à titre de radiodiffuseur, et non comme mandataire de l'État — La Cour ne doit pas se substituer à l'organisme de réglementation ni déterminer le programme de radiodiffusion des débats politiques — L'intervention judiciaire dans le domaine journalistique, visant à donner suite aux demandes de groupes qui cherchent à obtenir une plus grande attention de la part des médias concernant la liberté d'expression, comporte des risques.</i></p> <p>LOIS ET RÈGLEMENTS</p> <p><i>Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B,</i></p>
--	---

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 23.

Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 23.
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 12, 18, 35, 46, 52.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Trieger v. Canadian Broadcasting Corp. (1988), 66 O.R. (2d) 273; 54 D.L.R. (4th) 143; *National Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp. (CBC)*, [1993] A.J. No. 677 (Q.B.) (Q.L.).

DISTINGUISHED:

Green Party Political Assn. of British Columbia v. Canadian Broadcasting Corp. (CBC), [1991] B.C.J. No. 2852 (S.C.) (Q.L.).

APPLICATION for interlocutory injunction requiring CBC to include the leader of the Natural Law Party of Canada in all television broadcasting of CBC-produced Town Hall meetings and leaders' debates among federal political party leaders. Application dismissed.

COUNSEL:

Gerald D. Chipeur for applicants.
Larry Huculak and *Ian Donahoe* for respondent.

SOLICITORS:

Milner Fenerty, Edmonton, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

MCKEOWN J.: The Natural Law Party and Donald Jackson privately and on behalf of the members of the Party brought this application for an interim order. The motion is for an interim order declaring that the law requires the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) to provide equitable treatment to the Natural Law Party of Canada in all television broadcasting of CBC-produced Town Hall meetings and leaders' debates (debates) among federal political party leaders or their representatives, and, in particular, requires CBC to include the leader of the Natural Law Party of Canada, Neil Paterson, or his representative, in debates if CBC continues to participate in

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Trieger v. Canadian Broadcasting Corp. (1988), 66 O.R. (2d) 273; 54 D.L.R. (4th) 143; *National Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp. (CBC)*, [1993] A.J. n° 677 (C.B.R.) (Q.L.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Green Party Political Assn. of British Columbia v. Canadian Broadcasting Corp. (CBC), [1991] B.C.J. n° 2852 (C.S.) (Q.L.).

DEMANDE d'injonction interlocutoire enjoignant à la SRC (CBC) d'inviter le chef du Parti de la loi naturelle du Canada à participer aux débats et assemblées politiques radiodiffusés et produits par la SRC, auxquels prennent part les chefs de partis politiques fédéraux. Demande rejetée.

AVOCATS:

Gerald D. Chipeur pour les requérants.
Larry Huculak et *Ian Donahoe* pour l'intimée.

PROCUREURS:

Milner Fenerty, Edmonton, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

LE JUGE MCKEOWN: Le Parti de la loi naturelle et Donald Jackson, pour son propre compte et celui des membres du parti, sont à l'origine de la présente requête visant à obtenir une ordonnance provisoire déclarant que la loi exige de la Société Radio-Canada (SRC) (Canadian Broadcasting Corporation) (CBC) qu'elle traite le Parti de la loi naturelle du Canada de manière équitable lors des assemblées politiques et des débats des chefs produits par elle et diffusés à la télévision (les débats), auxquels sont invités à participer les chefs de partis politiques fédéraux ou leurs représentants, et, plus particulièrement, qu'elle invite le chef du Parti de la loi naturelle du Canada, Neil

the production or broadcast of debates and a mandatory interlocutory injunction to that effect.

FACTS

On September 4, 1993, several media organizations disseminated the news that a broadcasting consortium composed of the major television services that is, the CBC, Global Television Network and SRC (Société Radio-Canada), had reached a deal to broadcast debates among the leaders of five political parties (the Progressive Conservative Party, the Liberal Party, the New Democratic Party, the Reform Party and the Bloc Québécois). Neil Paterson of the Natural Law Party was not included.

The participants in the debates have been determined by consensus within the Broadcasters' Consortium and the format is still being negotiated with the five political parties. The CBC had no power to unilaterally include other participants in the debates.

Due to the large number of political parties contesting the federal election, the Broadcasters' Consortium considered including in the debates leaders whose parties met all of the following criteria:

- a. having at least one representative sitting as a Member of Parliament;
- b. showing themselves consistently over recent years to have had an impact on the Canadian public inasmuch as each has scored more than 5% popularity in various public opinion polls; and
- c. its leader has been involved in a very publicly visible manner in the constitutional and economic debates in Canada in recent years.

Once all of the details of the leaders' debates have been settled, the CBC intends to be involved in another television program enabling the leaders of the parties not represented in the proposed debates to present their views to the public, and invitations were sent out on the date of this hearing to the nine

Paterson, ou son représentant, à participer aux débats advenant que la SRC (CBC) continue à prendre part à la production ou à la radiodiffusion de débats. Les requérants demandent en outre à la Cour de prononcer une injonction interlocutoire à cet effet.

LES FAITS

Le 4 septembre 1993, certains services d'information ont annoncé qu'un regroupement de radiodiffuseurs composé des principales chaînes de télévision, soit SRC, Global Television Network et CBC (Canadian Broadcasting Corporation), avait convenu de radiodiffuser des débats entre les chefs de cinq partis politiques (le Parti progressiste-conservateur, le Parti libéral, le Nouveau Parti démocratique, le Reform Party et le Bloc québécois). Neil Paterson, du Parti de la loi naturelle, n'a pas été invité.

Le choix des participants aux débats a fait l'objet d'un consensus au sein du regroupement de radiodiffuseurs, et la forme du débat reste à déterminer de concert avec les cinq partis politiques. La SRC (CBC) n'avait aucunement le droit d'inviter, à son gré, d'autres personnes à prendre part aux débats.

En raison du grand nombre de partis briguant les suffrages au scrutin fédéral, le regroupement de radiodiffuseurs a résolu d'inviter à participer aux débats les chefs dont le parti satisfaisait à chacun des critères suivants:

- a. avoir au moins un membre siégeant à la Chambre des communes;
- b. avoir exercé, au cours des dernières années, une influence constante sur l'opinion publique canadienne et avoir obtenu au moins cinq pour cent des intentions de vote dans différents sondages;
- c. avoir à sa tête un chef qui, ces dernières années, a pris position publiquement et de façon remarquée dans les débats constitutionnels et économiques au Canada.

Dès que toutes les modalités des débats des chefs auront été arrêtées, la SRC (CBC) compte participer à la réalisation d'une autre émission de télévision où les chefs des partis non représentés aux débats projetés pourront exposer leurs idées à la population. Des invitations ont d'ailleurs été transmises, en date

remaining parties. The nature of the program has not yet been decided upon.

The debates are considered by CBC to be news events and CBC considers its television coverage of these debates to be part of its overall news coverage of the federal election campaign. The debates will be in front of an audience and will be broadcast as they take place. The parties involved will have no advance knowledge of the questions to be asked of them by the reporters and members of the public that will be present.

The CBC has also conducted two Town Halls and plans to present more. The Town Halls are also considered by CBC to be news events and part of its overall news coverage of the federal election campaign. The Town Halls provide opportunities for voters and political parties to debate various issues and provide important information that could not be conveyed in the formal debates. The Natural Law Party has not been invited to any of the Town Halls. The CBC has not told the representatives of the Natural Law Party why Mr. Paterson or other members of the Party were not asked to participate in the debates or Town Halls. The criteria were disclosed in an affidavit filed by Mr. Bazay of the CBC.

If any organization or political party were to organize another debate or Town Hall, the CBC would consider providing appropriate coverage of it.

JURISDICTION

The Natural Law Party of Canada is applying for relief on an expedited basis but the relief can be provided by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) under paragraph 18(1)(d) and subsection 12(2) of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11. There is no provision in the *Broadcasting Act* for providing relief on an expedited basis, but this does not mean that the Federal Court of Canada can obtain jurisdiction. Section 23 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as amended) limits the jurisdiction of the Federal Court to the extent that jurisdiction had been otherwise specially

de la présente audience, aux neuf autres partis. La formule de l'émission reste à déterminer.

La SRC (CBC) considère les débats comme des événements d'actualité et elle estime que leur radiodiffusion fait partie de sa couverture globale de la campagne électorale fédérale. Les débats auront lieu devant un auditoire et seront radiodiffusés en direct. Les personnes en cause ne connaîtront pas à l'avance les questions que leur poseront les journalistes et les membres de l'auditoire.

La SRC (CBC) a également organisé deux assemblées politiques et elle compte en présenter d'autres. Elle estime que ces assemblées sont aussi des événements d'actualité et qu'elles font partie de sa couverture globale de la campagne électorale fédérale. Les assemblées politiques offrent aux électeurs et aux partis politiques la possibilité de débattre différentes questions et de fournir des éléments d'information importants qui ne pourraient être communiqués pendant les débats formels. Le Parti de la loi naturelle n'a été invité à aucune des assemblées. La SRC (CBC) n'a pas donné aux représentants du Parti de la loi naturelle la raison pour laquelle ni M. Paterson ni d'autres membres du parti n'ont été invités à participer aux débats ou aux assemblées. Les critères appliqués ont été énoncés dans une déclaration sous serment produite par M. Bazay de la SRC (CBC).

Si un organisme ou un parti politique devait organiser un autre débat ou une autre assemblée, la SRC (CBC) envisagerait la possibilité d'en assurer la couverture de façon adéquate.

COMPÉTENCE

Le Parti de la loi naturelle demande qu'un redressement lui soit accordé sans délai. Ce redressement peut être obtenu du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) en application de l'alinéa 18(1)d) et du paragraphe 12(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11. Celle-ci ne renferme aucune disposition permettant d'obtenir un redressement de manière urgente. Il ne s'ensuit cependant pas que la Cour fédérale du Canada a compétence à cet égard. L'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (et ses modifications) prévoit que la Cour fédérale peut

assigned. Since the *Broadcasting Act* has assigned jurisdiction to the CRTC, I do not have jurisdiction.

This Court is a statutory court. I am unable to rely on the inherent jurisdiction of other superior courts as was the case in *Green Party Political Assn. of British Columbia v. Canadian Broadcasting Corp. (CBC)* (October 9, 1991), Vancouver, B.C., Doc. No. C916786 [[1991] B.C.J. No. 2852 (S.C.) (Q.L.)] where Colver J. accepted jurisdiction. Colver J. was a Judge of the Supreme Court of British Columbia, which is not a statutory court. There is no gap in the jurisdiction.

INTERIM INJUNCTION

However, in the event that I am not correct in my views on jurisdiction, I would still refuse to grant an interim injunction for the reasons set out in *Trieger v. Canadian Broadcasting Corp.* (1988), 66 O.R. (2d) 273 (H.C.) and *National Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp. (CBC)* (not yet reported) (September 23, 1993) Doc. No. 9303-18257 (Alta. Q.B.) [[1993] A.J. No. 677 (Q.L.)].

In my view, the CBC is acting as a broadcaster and not as an agent of the government in its participation in the Broadcasters' Consortium. There is no legislation in Canada which prevents broadcasters from participating in such debates. The American jurisprudence is not of assistance in this respect.

In *Trieger, supra*, Campbell J. succinctly dealt with several important points in deciding that the public interest would not be served by depriving the public of the opportunity to hear the debate. He states at pages 276-277:

Counsel have referred to no case in which any of our courts have purported to dictate to the broadcast networks what they should cover and what they should not cover as a matter of newsworthy public political debate during an election campaign. There is no issue raised in this case of the equal free time regulations or the paid time rules which obtain during election campaigns. The issue here is purely a question of the coverage of national leaders' debates which are considered newsworthy by the various networks in question.

connaître d'une demande, sauf attribution spéciale de compétence par ailleurs. Comme la *Loi sur la radio-diffusion* attribue la compétence au CRTC, la présente requête n'est pas du ressort de la Cour.

La Cour est un tribunal créé par une loi. Je ne peux me fonder sur la compétence inhérente des autres cours supérieures comme dans *Green Party Political Assn. of British Columbia v. Canadian Broadcasting Corp. (CBC)*, 9 octobre 1991, Vancouver (C.-B.), n° C916786 [[1991] B.C.J. n° 2852 (C.S.) (Q.L.)], où le juge Colver conclut à la compétence du tribunal. Il s'agissait en l'occurrence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, laquelle n'est pas un tribunal créé par une loi. Sa compétence ne faisait donc aucun doute.

INJUNCTION PROVISOIRE

Cependant, si la Cour devait néanmoins avoir compétence, je refuserais de faire droit à la demande d'injonction provisoire et ce, pour les motifs énoncés dans *Trieger v. Canadian Broadcasting Corp.* (1988), 66 O.R. (2d) 273 (H.C.) et dans *National Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp. (CBC)*, encore inédit, 23 septembre 1993, n° du greffe: 9303-18257 (B.R. Alb.) [[1993] A.J. n° 677 (Q.L.)].

Je suis d'avis que, dans le cadre du regroupement de radiodiffuseurs, la SRC (CBC) agit à titre de radiodiffuseur et non comme mandataire de l'État. Aucune loi au Canada n'empêche un radiodiffuseur de prendre part à l'organisation de tels débats. La jurisprudence américaine n'est d'aucune utilité à cet égard.

Dans *Trieger, supra*, le juge Campbell examine succinctement certains facteurs importants pour conclure que le fait de priver la population de la possibilité de suivre le débat irait à l'encontre de l'intérêt public. Voici ce qu'il dit aux pages 276 et 277:

[TRADUCTION] Les avocats n'ont cité aucune décision où un tribunal aurait eu le dessein de déterminer ce que les radiodiffuseurs devaient ou ne devaient pas couvrir en ce qui a trait aux débats politiques publics qui sont dignes de l'intérêt des médias, pendant une campagne électorale. La présente affaire ne porte pas sur l'application des règles relatives au temps d'antenne gratuit accordé également aux partis politiques ou de celles concernant le temps d'antenne acheté par ceux-ci, pendant une campagne électorale. Il n'est question, en l'espèce,

In this case, the Town Hall meetings as well as the debates are involved, but Campbell J.'s reasoning is applicable to the Town Hall meetings as well. In addition, all the other leaders have been invited to participate in another television program enabling those leaders to present their views to the public in a forum to be determined.

Although the Natural Law Party has not brought a complaint to the CRTC, I must agree with Campbell J. when, at page 277 of the *Trieger* decision, he rejects the idea of the Court assuming the role of a regulator:

Generally speaking it is not for the court to assume the role of the regulator. The C.R.T.C. is still dealing with the complaint of the applicants. I am not satisfied that it is appropriate, for the purpose of disposing of this matter on the merits, for this court to assume the role of a regulator and to second-guess the C.R.T.C. on matters within C.R.T.C. jurisdiction. Neither is it for this court to conjure up out of thin air some new regulatory scheme to govern the broadcast agenda for national political debate in this country. Regulation of the airwaves is a matter for Parliament to decide within any constitutional limits that may obtain. Parliament has chosen the machinery of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11, and the C.R.T.C. for this purpose.

Campbell J. then proceeds to review why the Canadian Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] should not apply to the CBC when it is operating as a broadcaster. He states at page 278:

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to government action. It represents a curb on the power of government, not a fetter on the rights of organizations or individuals independent of government which do not exercise the functions of government.

It is not the function of the government or indeed the courts to dictate to the news media what they should report. The broadcasters are exercising a function that is very central to the democratic process. But it is a function that they perform quite independently of government.

The C.R.T.C. has not delegated any of its regulatory or other functions to the private broadcasters or to the Canadian Broadcasting Corporation (the "C.B.C."). By leaving broadcasters a wide individual discretion and responsibility to ensure fair

que de la couverture des débats entre les chefs de partis nationaux qui sont jugés dignes d'intérêt par les réseaux en cause.

Bien que la présente affaire vise non seulement les débats, mais aussi les assemblées, le raisonnement du juge Campbell s'applique tout autant à ces dernières. En outre, tous les autres chefs ont été invités à participer à une autre émission de télévision leur permettant de faire connaître leur point de vue au public suivant des modalités qui restent à déterminer.

Même si le Parti de la loi naturelle n'a pas présenté de plainte au CRTC, je partage l'avis du juge Campbell, exprimé à la page 277 du jugement *Trieger*, selon lequel la Cour ne doit pas se substituer à un organisme de réglementation:

[TRADUCTION] En règle générale, il n'appartient pas au tribunal de jouer le rôle de l'organisme de réglementation. Le CRTC demeure saisi de la plainte des requérants. Je ne crois pas qu'il soit opportun, aux fins de juger la présente affaire au fond, que la Cour se substitue à l'organisme de réglementation et se prononce sur des questions qui relèvent de la compétence du CRTC. Ce n'est pas non plus le rôle de la Cour d'élaborer un nouveau cadre réglementaire régissant le programme de radiodiffusion des débats politiques nationaux au pays. La réglementation des ondes est du ressort du législateur fédéral, sous réserve des limites constitutionnelles applicables. Le législateur a, à cette fin, opté pour les mécanismes prévus dans la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, ch. B-11, et pour le CRTC.

Le juge Campbell examine ensuite les raisons pour lesquelles la Charte canadienne [*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]] ne devrait pas s'appliquer à la SRC (CBC) en sa qualité de radiodiffuseur. Voici ce qu'il dit à la page 278:

[TRADUCTION] La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique à l'État et à ses actes. Elle limite le pouvoir de l'État, mais non les droits des personnes physiques ou morales qui sont indépendantes de l'État et qui n'exercent pas des fonctions publiques.

Ce n'est pas à l'État ni aux tribunaux de dicter aux médias le contenu de leurs reportages. Les radiodiffuseurs jouent un rôle très déterminant dans le processus démocratique, et ils doivent exercer leur fonction de manière tout à fait indépendante de l'État.

Le CRTC n'a pas délégué ses pouvoirs, notamment au chapitre de la réglementation, à des radiodiffuseurs privés ou à la Société Radio-Canada (la «SRC» (CBC)). En accordant aux radiodiffuseurs une grande marge de manoeuvre en ce qui a

treatment of issues, candidates and parties during elections, the C.R.T.C. is emphasizing the editorial freedom of broadcasters rather than delegating to them any power of regulation.

Campbell J. then deals with the merits of the application before him and, in view of the many parallels in the two applications, I apply the same reasoning to the application before me. He states at pages 279-280:

What the applicants are really asking this court to do is to dictate the content and the agenda of the political debate in the forthcoming federal general election. It is for the leaders of the various political parties to decide of their own free will and accord, without any coercion from this court, whom they want to debate and when and on what terms such debates should take place. It is not for this court to dictate the agenda of political debate. It is not for this court, certainly on an interlocutory application of this nature without full opportunity as at trial to canvas the facts and the legal issues, to interfere with the freedom of speech and expression of the various party leaders by dictating the debate format, content or participants. Neither is it up to this court to dictate in any way to broadcast editors what is news and what is not news, subject of course to non-publication orders in criminal cases and a few other exceptional cases. It is up to broadcasters and editors to decide what they wish to publish. Their decisions to cover a particular event or not to cover it are matters, to use the words of the U.S. Supreme Court in *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic Nat. Committee; Federal Communications Com'n v. Business Executives' Move for Vietnam Peace; Post-Newsweek Stations v. Business Executives' Move for Vietnam Peace; American Broadcasting Companies Inc. v. Democratic Nat. Committee*, 412 U.S. 94 at p. 118 (1973), "within the area of journalistic discretion". Those editorial decisions do not amount to the carrying out of any government function.

There is a significant constitutional value at stake here in the freedom of the press and the other media of communication, particularly the broadcast media. The delicate balancing of their constitutional rights against the constitutional rights asserted by the applicants would involve a very complex factual process of broadcast regulation. It would require a great deal more factual material than this court has before it right now on the eve of the scheduled debate and so close to the actual time of the election itself.

Since 1991, the amendments to the new *Broadcasting Act* have the effect of strengthening the rights of the broadcasters to enjoy freedom of expression; see

trait au traitement équitable des sujets, des candidats et des partis pendant les campagnes électorales, le CRTC privilégie la liberté éditoriale du radiodiffuseur, plutôt que la délégation à ce dernier de quelque pouvoir de réglementation.

Le juge Campbell examine ensuite le bien-fondé de la requête dont il est saisi et, vu la ressemblance avec la présente affaire, j'applique le même raisonnement à la demande qui m'est présentée. Voici un extrait de sa décision, aux pages 279 et 280:

[TRADUCTION] Ce que les requérants demandent en fait c'est que la Cour dicte le contenu et le déroulement du débat politique au cours des prochaines élections fédérales. Il appartient aux chefs des différents partis politiques de déterminer, à leur gré, sans aucune contrainte du tribunal, avec quelles personnes ils souhaitent débattre les questions de l'heure, ainsi que le moment où le débat aura lieu et ses modalités. La Cour n'a pas à imposer les modalités du déroulement d'un débat politique. Il n'appartient pas à la Cour, surtout lorsqu'elle est saisie d'une demande d'injonction interlocutoire comme c'est le cas en l'espèce, où la possibilité d'examiner attentivement les faits et les questions de droit est exclue, de restreindre la liberté d'expression des différents chefs de partis en dictant la forme et le contenu d'un débat et en imposant des participants à celui-ci. Ce n'est pas non plus le rôle de la Cour de déterminer, de quelque manière que ce soit, à l'intention des rédacteurs en chef, ce qui constitue une nouvelle et ce qui ne l'est pas, sauf, bien sûr, lorsqu'il s'agit de prononcer une ordonnance de non-publication en matière pénale et de certains autres cas exceptionnels. Ce sont les radiodiffuseurs et les rédacteurs en chef qui doivent décider de ce qu'ils diffuseront. Leur décision de couvrir ou non un événement en particulier relève, pour reprendre les termes de la Cour suprême des États-Unis dans *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic Nat. Committee; Federal Communications Com'n v. Business Executives' Move for Vietnam Peace; Post-Newsweek Stations v. Business Executives' Move for Vietnam Peace; American Broadcasting Companies Inc. v. Democratic Nat. Committee*, 412 U.S. 94, à la p. 118 (1973), [TRADUCTION] «du pouvoir discrétionnaire du journaliste». La prise d'une telle décision par un rédacteur en chef n'équivaut pas à l'exercice de fonctions dévolues à l'État.

L'enjeu de la présente affaire porte sur une importante garantie constitutionnelle, soit la liberté de la presse et des autres moyens de communication, plus particulièrement, celle des radiodiffuseurs. Le difficile équilibre entre les droits constitutionnels de ceux-ci et ceux que font valoir les requérants fait intervenir un processus très complexe de réglementation de la radiodiffusion fondé sur les faits pertinents. Un tel arbitrage exigerait de la Cour qu'elle prenne en considération beaucoup plus de faits que ceux dont elle dispose actuellement à la veille du débat en cause et à une date aussi rapprochée des élections.

Depuis 1991, les modifications apportées à la nouvelle *Loi sur la radiodiffusion* ont eu pour effet de renforcer la liberté d'expression des radiodiffuseurs;

the *Broadcasting Act*, subsection 2(3), which concerns all broadcasters, and subsections 35(2), 46(5) and 52(1), which specifically concern the CBC. There is nothing on the face of the criteria chosen which is so unreasonable as to require the intervention of the Court. The criteria are not arbitrary, unfair or based on irrational considerations on their face.

Campbell J., at pages 281-282, points out the dangers which could result from a court interfering in journalistic endeavours in order to satisfy the demands of groups seeking more attention from the media on the grounds of freedom of expression:

The applicants say that their rights to freedom of expression are infringed by the broadcast policy and by the non-enforcement of the broadcast policy. It is by no means clear on this record that their freedom of expression requires a court to force the media to carry their views to the public. It is by no means clear on this record that any citizen's right to vote is impaired by the failure of this group to get the media attention which it sincerely and profoundly believes it requires. To make the orders sought would not promote free public discussion in political debate. It would interfere with free public discussion and political debate by forcing on unwilling participants a certain debate format.

. . .

I will say little more about the merits of the constitutional arguments raised by the applicants. The applicants in my view have some very considerable legal hurdles to overcome at trial. As to free speech, the right to speak does not necessarily carry with it the right to make someone else listen or the right to make someone else carry one's own message to the public. That point was made by Thurlow C.J. of the Federal Court in *Re New Brunswick Broadcasting Co. Ltd. v. C.R.T.C.* (1984), 13 D.L.R. (4th) 77 at p. 89, 2 C.P.R. (3d) 433, [1984] 2 F.C. 410 (C.A.).

At page 283, Campbell J. concludes his discussion of the merits of the application before him:

This is not the sort of relief that should be granted on an interlocutory application of this kind. The legal issues involved are complex and I am not satisfied that the applicant has demonstrated there is a serious issue to be tried in the sense of a case with enough legal merit to justify the extraordinary intervention of this court in making the order sought without any trial at all.

se reporter à cet égard au paragraphe 2(3) applicable à tous les radiodiffuseurs et aux paragraphes 35(2), 46(5) et 52(1) qui visent expressément la SRC (CBC). De prime abord, les critères retenus ne semblent pas déraisonnables au point de justifier l'intervention de la Cour. Ils ne sont ni arbitraires ni inéquitablement ni fondés sur des considérations manifestement déraisonnables.

Le juge Campbell, aux pages 281 et 282, fait une mise en garde contre les risques de l'intervention judiciaire dans le domaine journalistique lorsqu'elle donne suite aux demandes de groupes qui cherchent à obtenir une plus grande attention de la part des médias en invoquant la liberté d'expression:

[TRADUCTION] Les requérants soutiennent que la politique du radiodiffuseur de même que la non-application de celle-ci violent leur liberté d'expression. Il ressort nullement des éléments dont je dispose que l'exercice de leur liberté d'expression exige que la Cour force le radiodiffuseur à communiquer leur point de vue au public, ni que le fait de ne pas recevoir de la part du radiodiffuseur l'attention à laquelle ce groupe estime, en toute bonne foi, avoir droit, porterait atteinte au droit de vote de quelque citoyen. Le prononcé des ordonnances demandées ne favoriserait pas le caractère public et libre du débat politique. Il porterait atteinte au débat public et au débat politique en imposant une certaine forme d'échanges à des participants réticents.

. . .

Je me prononcerai plus avant sur le bien-fondé des arguments d'ordre constitutionnel invoqués par les requérants. Je suis d'avis que ceux-ci doivent, au procès, surmonter des obstacles juridiques considérables. En effet, au chapitre de la liberté d'expression, le droit d'une personne de s'exprimer n'emporte pas nécessairement celui d'obliger une autre personne à l'écouter ou à transmettre son message au public. Cette mise au point a été faite par le juge en chef Thurlow, de la Cour fédérale, dans *New Brunswick Broadcasting Co., Ltd. c. CRTC* (1984), 13 D.L.R. (4th) 77 à la p. 89, 2 C.P.R. (3d) 433, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.).

À la page 283, le juge Campbell conclut ce qui suit relativement au bien-fondé de la requête dont il est saisi:

[TRADUCTION] Ce n'est pas le genre de redressement qui devrait être accordé sur présentation d'une telle demande d'injonction interlocutoire. Les questions en litige sont complexes, et la partie requérante ne m'a pas convaincu qu'une question sérieuse devait être tranchée, c'est-à-dire que l'affaire soulève une question juridique suffisamment importante pour que la Cour prenne une mesure exceptionnelle et prononce l'ordonnance demandée avant que l'instruction ait lieu.

“The proper purpose of an interlocutory injunction is to preserve or restore the *status quo*, not to give the plaintiff his remedy, until trial”. I refer to these remarks of Mahoney J. in *Re A.-G. Can. and Gould* (1984), 13 D.L.R. (4th) 485 at p. 490, [1984] 1 F.C. 1133, 42 C.R. (3d) 88 (C.A.), quoted by the Divisional Court in *Re Metropolitan Toronto School Board and Minister of Education* (1985), 53 O.R. (2d) 70 at p. 81, 23 D.L.R. (4th) 303 at p. 313, 6 C.P.C. (2d) 281 at p. 293.

I also seek to preserve the *status quo* until trial, and an interlocutory injunction in this application would have the effect of giving the applicants their remedy without a trial. Most of the foregoing reasoning was reviewed and accepted by Berger J. in the *National Party* case *supra*. Due to the necessity of producing these reasons quickly, I have not reviewed his reasons in detail, but I am in agreement with his judgment.

The foregoing reasoning is also applicable to the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III]. The *Canadian Bill of Rights* encompasses freedom of the press and again the Court should not attempt to balance that right with the right of freedom of speech in an interlocutory motion.

Despite the very able arguments by counsel for the applicants, I am not satisfied that they have met the legal test of a serious issue to be tried and I am not satisfied that they succeeded on the balance of probabilities. The motion will be dismissed.

«Le but d'une injonction interlocutoire est de maintenir ou de rétablir le statu quo, et non d'accorder son redressement au demandeur, jusqu'au moment de l'instruction». Il s'agit d'un extrait de la décision du juge Mahoney dans *Procureur général du Canada c. Gould*, (1984) 13 D.L.R. (4th) 485 à la p. 490, [1984] 1 C.F. 1133, 42 C.R. (3d) 88 (C.A.), citée en cour divisionnaire dans *Re Metropolitan Toronto School Board and Minister of Education* (1985), 53 O.R. (2d) 70, à la p. 81, 23 D.L.R. (4th) 303 à la p. 313, 6 C.P.C. (2d) 281 à la p. 293.

Je souhaite également préserver le statu quo jusqu'au moment de l'instruction. Dans la présente affaire, une injonction interlocutoire aurait pour effet d'accorder aux requérants le redressement demandé sans procéder à l'instruction. Dans *National Party, supra*, le juge Berger souscrit à l'essentiel du raisonnement qui précède. Comme je devais me prononcer rapidement, je n'ai pas eu le loisir d'examiner attentivement ses motifs, mais je suis d'accord avec ses conclusions.

Le raisonnement qui précède vaut aussi à l'égard de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III]. Cette dernière garantit la liberté de la presse et, derechef, la Cour ne doit pas tenter d'établir un équilibre entre ce droit et la liberté d'expression dans le cadre d'une demande d'injonction interlocutoire.

Malgré les arguments forts valables invoqués par l'avocat des requérants, je ne suis pas convaincu que ceux-ci ont satisfait au critère juridique selon lequel une question sérieuse doit être tranchée et je ne crois pas qu'ils ont établi le bien-fondé de leur demande selon la prépondérance des probabilités. La requête est rejetée.

A-81-92

A-81-92

Sathiyathan Thirunavukkarasu (Appellant)**Sathiyathan Thirunavukkarasu (appellant)**

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration (Respondent)

a

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)*INDEXED AS: THIRUNAVUKKARASU v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

b

RÉPERTORIÉ: THIRUNAVUKKARASU c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Heald and Linden J.J.A. and Holland D.J.—Toronto, October 21; Ottawa, November 10, 1993.

Cour d'appel, juges Heald et Linden, J.C.A., et juge suppléant Holland—Toronto, 21 octobre; Ottawa, 10 novembre 1993.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — CRDD holding appellant not Convention refugee because of internal flight alternative (IFA) although faced serious risk to life in north of Sri Lanka — Nature of IFA as set out in Rasaratnam — F.C.A. in Bindra, followed in Sharbdeen (F.C.T.D.), confusing obligation on Minister or Board to warn claimant IFA issue will be raised with obligation to establish facts of Convention refugee claim, which rests with claimant — When IFA must be sought — Objective test — Question whether unduly harsh to expect persecuted person to move to less hostile part of country before seeking refugee status abroad — IFA must be attainable option as accessible to claimant, not theoretical.

c

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — La SSR a conclu que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention, étant donné la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, bien que la vie de l'appelant risque sérieusement d'être en danger dans le nord du Sri Lanka — La nature de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays telle qu'elle est exposée dans l'arrêt Rasaratnam — La C.A.F. dans l'arrêt Bindra, suivi par l'arrêt Sharbdeen (C.F. 1^{re} inst.), a confondu l'obligation pour le ministre ou la Commission d'avertir le demandeur que la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays sera soulevée avec celle qui incombe au demandeur de prouver les faits qui justifient sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention — Quand faut-il recourir à la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays? — Critère objectif — La question est de savoir s'il serait trop sévère de s'attendre à ce que celui qui est persécuté déménage dans une partie moins hostile de son pays avant de revendiquer le statut de réfugié à l'étranger — La possibilité de refuge dans une autre partie du même pays ne peut être seulement théorique, elle doit être une option abordable.

d

e

f

g

This was an appeal from the Convention Refugee Determination Division's (CRDD) decision that the appellant was not a Convention refugee. The appellant is a citizen of Sri Lanka and a Tamil. In the late 1980s he had difficulties with various Tamil factions in the north of Sri Lanka, which culminated with a life-threatening letter from the LTTE accusing him of being a traitor and an informant. The CRDD found that the appellant faced a serious risk to his life in the north of Sri Lanka, where he was born and lived, but held that he was required to make reasonable efforts to relocate within a different part of the country as part of reasonable steps to seek the protection of the state before fleeing the country. It found that the appellant could obtain the protection of the state by moving to Colombo, the capital of Sri Lanka. While the appellant had twice been arrested, detained and beaten by police at Colombo in 1989 and seen by an LTTE member, the CRDD held that these arrests were part of the Sri Lankan government's "perfectly legitimate investigations into criminal and/or terrorist authorities" by Tamil organizations. It found that the appellant had not

h

i

j

Il s'agit d'un appel contre la décision par laquelle la section du statut de réfugié (SSR) a conclu que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention. L'appelant est un Tamoul, citoyen du Sri Lanka. Vers la fin des années 80, le requérant avait eu des problèmes avec diverses factions tamoules dans le nord du Sri Lanka, qui avaient abouti à une lettre dans laquelle les LTTE lui faisaient des menaces de mort, l'accusant d'être un traître et un indicateur. La SSR a conclu que la vie de l'appelant était sérieusement en danger dans le nord du Sri Lanka, dont il était natif et où il habitait, mais elle a conclu qu'il était tenu de faire des efforts raisonnables pour déménager dans une autre partie de son pays, parmi les mesures raisonnables à prendre pour se réclamer de la protection de l'État avant de s'enfuir du pays. Le tribunal a conclu que l'appelant pouvait obtenir la protection de l'État en déménageant à Colombo, capitale du Sri Lanka. Bien que l'appelant ait été arrêté à deux reprises à Colombo par la police, qui l'avait battu et détenu, et qu'il ait été vu par un membre des LTTE, la SSR a conclu que ces arrestations faisaient partie «des enquêtes parfaitement

shown adequate internal safety did not exist at Colombo for the Tamil people simply because they were Tamils. The CRDD concluded that the Country Profile and Overview made it "quite clear" that Tamil populations in the southern regions of Sri Lanka, where Colombo is located, do live in safety from persecution. It found that there was insufficient evidence that the claimant would face more than a minimal possibility of persecution upon return to Sri Lanka.

Held, the appeal should be allowed.

The notion of an internal flight alternative (IFA) is merely a convenient way of describing a fact situation in which a person may be in danger of persecution in one part of a country, but not in another. The idea of an IFA is "inherent" in the definition of a Convention refugee; it is not something separate. The definition of "Convention refugee" requires that claimants have a well-founded fear of persecution which renders them unable or unwilling to return to their home country. If claimants are able to seek safe refuge within their own country, there is no basis for finding that they are unable or unwilling to avail themselves of the protection of that country.

Since the existence or not of an IFA is part of the question of whether the claimant is a Convention refugee, the onus of proof rests on the claimant to show, on a balance of probabilities, that there is a serious possibility of persecution throughout the country, including the area which is alleged to afford an IFA. *Bindra v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114 (F.C.A.) and *Sharbdeen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 92-A-7203, Dubé J., order dated 23/6/93, F.C.T.D., not yet reported, following *Bindra*, confused the obligation that rests on the Minister or the Board to warn a claimant that the IFA issue will be raised, with the obligation to establish the facts of the Convention refugee claim, which always rests with the claimant. IFA must be sought, if it is not unreasonable to do so, in the circumstances of the individual claimant. The question is whether, given the persecution in the claimant's part of the country, it is objectively reasonable to expect him or her to seek safety in a different part of that country before seeking a haven in Canada or elsewhere. This is an objective test and the onus of proof rests on the claimant. An IFA cannot be speculative or theoretical only; it must be a realistic, attainable option. The alternative place of safety must be realistically accessible to the claimant. If it is objectively reasonable to live in these places, without fear of persecution, then IFA exists and the claimant is not a refugee. It is not a matter of claimant's convenience or the attractiveness of the IFA, but whether one should be expected to make do in that location, before travelling halfway around the world to seek a safe haven in another country.

légitimes sur les activités criminelles ou terroristes» d'organisations tamoules. La SSR a conclu que l'appelant n'avait pas prouvé que la partie du même pays qu'est Colombo n'offrait pas un refuge adéquat aux Tamouls, simplement du fait qu'ils étaient des Tamouls. Elle a aussi conclu que le Profil et l'Aperçu du Sri Lanka indiquaient «tout à fait clairement» que les populations tamoules dans le sud du Sri Lanka, où se trouve Colombo, étaient à l'abri de la persécution. Elle a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de preuve que le demandeur courrait plus qu'un risque minimal de persécution s'il retournait au Sri Lanka.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

La possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est simplement une expression commode qui désigne une situation de fait dans laquelle une personne risque d'être persécutée dans une partie d'un pays mais pas dans une autre partie du même pays. Le concept de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est «inhérent» à la définition de réfugié au sens de la Convention; il ne lui est pas distinct. Selon cette définition, les demandeurs de statut doivent craindre avec raison d'être persécutés et, du fait de cette crainte, ils ne peuvent ou ne veulent retourner dans leur pays d'origine. S'il leur est possible de chercher refuge dans leur propre pays, il n'y a aucune raison de conclure qu'ils ne peuvent ou ne veulent pas se réclamer de la protection de ce pays.

Puisque l'existence ou non de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays fait partie intégrante de la décision portant sur le statut de réfugié au sens de la Convention du demandeur, il appartient à ce dernier de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il risque sérieusement d'être persécuté dans tout le pays, y compris la partie qui offrirait prétendument une possibilité de refuge. Les décisions *Bindra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114 (C.A.F.) et *Sharbdeen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 92-A-7203, juge Dubé, ordonnance en date du 23-6-93, C.F. 1^{re} inst., encore inédite, qui suit l'arrêt *Bindra*, ont confondu l'obligation pour le ministre ou la Commission d'avertir le demandeur que la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays sera soulevée avec celle qui incombe toujours au demandeur de prouver les faits qui justifient sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Le demandeur de statut est tenu, compte tenu des circonstances individuelles, de chercher refuge dans une autre partie du même pays, pour autant que ce ne soit pas déraisonnable de le faire. La question consiste à savoir si, compte tenu de la persécution qui existe dans sa partie du pays, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il cherche refuge dans une autre partie plus sûre de son pays avant de chercher refuge au Canada ou ailleurs. C'est un critère objectif, et le fardeau de la preuve appartient au demandeur. La possibilité de refuge dans une autre partie du même pays ne peut être seulement supposée ou théorique; elle doit être une option réaliste et abordable. L'autre partie plus sûre du même pays doit être réalistement accessible au demandeur. S'il est objectivement raisonnable de vivre dans une telle partie du pays sans craindre d'être persécuté, la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays existe, et le demandeur de

The evidence was that the appellant had a well-founded fear of persecution on the basis of political opinion in northern Sri Lanka. The appellant had shown, on a balance of probabilities, that he faced a serious risk of persecution at Colombo from the Sri Lankan government on the basis of race. The CRDD erred when it found, on the evidence before it, that there was no serious possibility that the appellant would face persecution at Colombo on the basis of race. The appellant's testimony revealed that he had been subjected to arbitrary arrest and detention, as well as beatings and torture, at the hands of the Sri Lankan government during his time at Colombo. These arrests were motivated by the simple fact of the appellant's being a Tamil. While the appellant may be safe from the LTTE at Colombo, he is not safe from persecution at the hands of the Sri Lankan government on the basis of being a Tamil. The Country Profile as well as the Amnesty International Reports on Sri Lanka spoke of several violent incidents in which Tamils had been persecuted by the Sri Lankan government in the southwest in retaliation for activities of the LTEE and other Tamil groups. Colombo was not an internal flight alternative.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 F.C. 706; (1991), 140 N.R. 138 (C.A.); *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 2 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214.

NOT FOLLOWED:

Bindra v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114 (F.C.A.); *Sharbdeen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 92-A-7203, Dubé J., order dated 23/6/93, F.C.T.D., not yet reported.

AUTHORS CITED

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths Co., 1991.
United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and*

statut n'est pas un réfugié. Il ne s'agit pas de savoir si l'autre partie du pays plaît ou convient au demandeur, mais plutôt de savoir si on peut s'attendre à ce qu'il puisse s'accomoder de ce lieu avant d'aller chercher refuge à l'autre bout du monde.

La preuve confirme que l'appelant a raison de craindre d'être persécuté dans le nord du Sri Lanka du fait de ses opinions politiques. Il a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, qu'il risque sérieusement d'être persécuté à Colombo par le gouvernement sri lankais du fait de sa race. La SSR a commis une erreur en concluant, à la lumière de la preuve dont elle disposait, que l'appelant ne risquait pas sérieusement d'être persécuté à Colombo du fait de sa race. Il ressort du témoignage de ce dernier qu'il a été victime d'arrestations et de détentions arbitraires ainsi que de coups et de torture aux mains du gouvernement sri lankais lorsqu'il se trouvait à Colombo. Ces arrestations étaient motivées par le simple fait qu'il était Tamoul. Il se peut que l'appelant soit effectivement à l'abri des LTTE à Colombo, mais il ne semble pas à l'abri de la persécution de la part du gouvernement sri lankais du fait qu'il est Tamoul. Le Profil du pays et les Rapports d'Amnistie Internationale mentionnent plusieurs incidents violents dans le sud-ouest où les Tamouls ont été persécutés par le gouvernement sri lankais dans le cadre de représailles à l'égard des activités des LTTE et d'autres groupements Tamouls. Colombo ne représente pas pour l'appelant une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays.

e LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1).

f JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 C.F. 706; (1991), 140 N.R. 138 (C.A.); *Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 605 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 2 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214.

DÉCISIONS ÉCARTÉES:

Bindra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114 (C.A.F.); *Sharbdeen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 92-A-7203, juge Dubé, ordonnance en date du 23-6-93, C.F. 1^{re} inst, encore inédite.

DOCTRINE

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths Co., 1991.
Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à*

Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. Geneva, 1988.

APPEAL from the Convention Refugee Determination Division's decision that the appellant was not a Convention refugee based on the existence of an internal flight alternative. Appeal allowed.

COUNSEL:

Douglas A. Johnson for applicant.
Leigh A. Taylor for respondent.

SOLICITORS:

Chapnick & Associates, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.: The appellant is a citizen of Sri Lanka and a Tamil who claimed Convention refugee status on the basis of a well-founded fear of persecution. The panel denied the appellant's claim on the basis that, although he "faced a serious risk to his life in the north of Sri Lanka", he could live in a "state of safety from persecution" elsewhere in the country. The issue here, therefore, is the so-called "internal flight alternative".

THE LAW

Despite the decision of this Court in *Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706, there remains some confusion about the nature of "the internal flight alternative" in Convention refugee claims. It should first be emphasized that the notion of an internal flight alternative (IFA) is not a legal defence. Neither is it a legal doctrine. It merely is a convenient, short-hand way of describing a fact situation in which a person may be in danger of persecution in one part of a country but not in another. The idea of an internal flight alternative is "inherent" in the definition of a Convention refugee (see Mahoney J.A. in *Rasaratnam*, *supra*, at

appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés. Genève, 1979.

APPEL interjeté contre la décision par laquelle la section du statut de réfugié a conclu que l'appellant n'était pas un réfugié au sens de la Convention en raison de l'existence d'une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Appel accueilli.

AVOCATS:

Douglas A. Johnson pour le requérant.
Leigh A. Taylor pour l'intimé.

PROCUREURS:

Chapnick & Associates, Toronto, pour le requérant.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: L'appellant est citoyen du Sri Lanka et Tamoul. Il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention au motif qu'il craignait avec raison d'être persécuté. Le tribunal a rejeté la revendication au motif que l'appellant, alors que [TRADUCTION] «sa vie risque sérieusement d'être en danger dans le nord du Sri Lanka», pouvait vivre [TRADUCTION] «à l'abri de la persécution» ailleurs dans le pays. Par conséquent, la question en litige dans cet appel porte sur ce qu'on appelle «la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays».

LE DROIT

Malgré l'arrêt *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 706, de cette Cour, il existe encore une certaine confusion au sujet de la nature de «la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays» dans les cas de revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Je dois tout de suite signaler que la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays n'est pas une défense légale. Ce n'est pas non plus une théorie juridique. C'est simplement une expression commode et concise qui désigne une situation de fait dans laquelle une personne risque d'être persécutée dans une partie d'un pays mais pas dans une autre

page 710); it is not something separate at all. That definition requires that the claimants have a well-founded fear of persecution which renders them unable or unwilling to return to their home country. If claimants are able to seek safe refuge within their own country, there is no basis for finding that they are unable or unwilling to avail themselves of the protection of that country. As Mahoney J.A. stated in *Rasaratnam*, *supra*, at page 710:

[T]he Board must be satisfied on a balance of probabilities that there is no serious possibility of the claimant being persecuted in the part of the country to which it finds an IFA exists.

Mr. Justice Mahoney continued, at page 710:

[S]ince by definition a Convention refugee must be a refugee from a country, not from some subdivision or region of a country, a claimant cannot be a Convention refugee if there is an IFA. It follows that the determination of whether or not there is an IFA is integral to the determination whether or not a claimant is a Convention refugee. I see no justification for departing from the norms established by the legislation and jurisprudence and treating an IFA question as though it were a cessation of or exclusion from Convention refugee status.

This view was also expressed earlier by Mr. Justice Décary in *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605 (C.A.) where he stated, at pages 614-615:

I know that in principle persecution in a given region will not be persecution within the meaning of the Convention if the government of the country is capable of providing the necessary protection elsewhere in its territory. . . .

This is not unlike the situation where a person has dual citizenship and shows that he is being persecuted in one of his countries—this is not enough, for he must, to be found a refugee, be in danger in both of his countries. For one can be found to be a refugee only as a last resort. Writing for the Supreme Court of Canada, in *Canada (Attorney General) v. Ward*,

partie du même pays. Le concept de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est «inhérent» à la définition de réfugié au sens de la Convention (voir les motifs du juge Mahoney dans l'arrêt *Rasaratnam*, précité, à la page 710); il ne lui est pas du tout distinct. Selon cette définition, les demandeurs du statut doivent craindre avec raison d'être persécutés et, du fait de cette crainte, ils ne peuvent ou ne veulent retourner dans leur pays d'origine. S'il leur est possible de chercher refuge dans leur propre pays, il n'y a aucune raison de conclure qu'ils ne peuvent ou ne veulent pas se réclamer de la protection de ce pays. Comme l'a dit le juge Mahoney dans l'arrêt *Rasaratnam*, précité, à la page 710:

. . . la Commission doit être convaincue selon la prépondérance des probabilités que le demandeur ne risque pas sérieusement d'être persécuté dans la partie du pays où, selon elle, il existe une possibilité de refuge.

Le juge Mahoney a poursuivi en ces termes, à la page 710:

. . . puisque, par définition, le réfugié au sens de la Convention doit être un réfugié d'un pays, et non d'une certaine partie ou région d'un pays, le demandeur ne peut être un réfugié au sens de la Convention s'il existe une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Il s'ensuit que la décision portant sur l'existence ou non d'une telle possibilité fait partie intégrante de la décision portant sur le statut de réfugié au sens de la Convention du demandeur. Je ne vois aucune raison de déroger aux normes établies par les lois et la jurisprudence et de traiter de la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays comme s'il s'agissait d'un refus d'accorder ou de maintenir le statut de réfugié au sens de la Convention.

Le juge Décary a exprimé le même avis dans un arrêt antérieur, soit *Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 605 (C.A.), quand il a dit ceci, aux pages 614 et 615:

Je sais qu'en principe une persécution dans une région donnée ne sera pas une persécution au sens de la Convention si le gouvernement du pays est en mesure, ailleurs sur son territoire, d'assurer la protection voulue . . .

Cela ressemble au cas d'une personne qui a la double nationalité. Il ne lui suffit pas de prouver qu'elle est persécutée dans l'un des deux pays dont elle a la nationalité, car, pour conclure qu'elle est un réfugié, il faut qu'elle soit en danger dans les deux pays. En effet, ce n'est qu'en dernière extrémité qu'on peut conclure qu'une personne est un réfugié. S'exprimant

[1993] 2 S.C.R. 689, Mr. Justice La Forest stated, at page 752:

[T]he rationale underlying international refugee protection is to serve as "surrogate" shelter coming into play only upon failure of national support. When available, home state protection is the claimant's sole option.

Ward, a citizen of Ireland and the United Kingdom, therefore, had to demonstrate that he was persecuted both in Ireland and the United Kingdom in order to qualify for refugee status.

In *Rasaratnam, supra*, this Court also addressed and settled the question of who bears the burden of proof with respect to an IFA. In *Rasaratnam*, it was argued unsuccessfully before this Court that the onus is not on the claimant to disprove an IFA once the claimant has shown a well-founded fear of persecution in one part of a country. Mahoney J.A. held that, since the question of whether or not there is an IFA is simply part and parcel of whether or not the claimant is a Convention refugee, the onus of proof rests on the claimant to show, on a balance of probabilities, that there is a serious possibility of persecution throughout the country, including the area which is alleged to afford an IFA.

In other words, Convention refugee claimants carry the onus of establishing that they satisfy all of the components of the definition of a Convention refugee as set out in subsection 2(1) [*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1)] of the Act. An important component of that definition may be whether, in a particular case, there is an IFA. But it remains only a component of the final issue to be decided—namely, whether the claimant is a Convention refugee. Accordingly, I do not think it possible to conclude that, in so far as the IFA issue is concerned, the original onus carried by the refugee claimant, should, somehow, be shifted to the Minister.

au nom de la Cour suprême du Canada dans *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, le juge La Forest a écrit ceci, à la page 752:

a ... la protection internationale des réfugiés est destinée à servir de mesure «auxiliaire» qui n'entre en jeu qu'en l'absence d'appui national. Lorsqu'il est possible de l'obtenir, la protection de l'État d'origine est la seule solution qui s'offre à un demandeur.

b Par conséquent, Ward, qui était citoyen de l'Irlande et du Royaume-Uni, devait prouver qu'il était persécuté à la fois en Irlande et au Royaume-Uni pour pouvoir bénéficier du statut de réfugié.

c Dans l'arrêt *Rasaratnam*, précité, la Cour a aussi examiné et tranché la question du fardeau de la preuve concernant la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Elle a rejeté l'argument selon lequel il n'incombe pas au demandeur, une fois qu'il a prouvé qu'il craint avec raison d'être persécuté dans une partie d'un pays, de réfuter l'existence de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Le juge Mahoney a conclu qu'il incombe au demandeur, puisque la décision portant sur l'existence ou non d'une telle possibilité faisait partie intégrante de la décision portant sur son statut de réfugié au sens de la Convention, de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il risquait sérieusement d'être persécuté dans tout le pays, y compris la partie qui offrait prétendument une possibilité de refuge.

d
e
f
g
h
i
j
Autrement dit, il incombe aux demandeurs du statut de réfugié au sens de la Convention de prouver qu'ils satisfont à tous les éléments de la définition de réfugié au sens de la Convention qui est énoncée dans le paragraphe 2(1) de la Loi [*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1)]. Parmi ces éléments importants, peut se trouver la question de savoir, dans un cas déterminé, s'il existe une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Mais comme cet élément n'est qu'une partie de la question ultime qu'il faut trancher, soit celle de savoir si le demandeur est un réfugié au sens de la Convention. Donc, je ne crois pas qu'il soit possible de conclure, sur la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, que le fardeau de la preuve qui revenait à l'origine au demandeur du statut de réfugié

Since *Rasaratnam, supra*, however, a panel of this Court has indicated otherwise. (See *Bindra v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114 (F.C.A.); see also *Sharbdeen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, June 23, 1993, 92-A-7203, not yet reported (F.C.T.D.) following *Bindra*.) *Bindra* was a two-and-a-half page oral judgment concerning an application for judicial review of the decision of a credible basis tribunal. While on the facts of the case the decision was correct, the language used to explain the onus was *obiter dictum* since the onus of proof question did not strictly arise in the context of the first level tribunal.

Moreover, with respect, these two cases misconceived the holding of *Rasaratnam, supra*. In particular, they appear to have confused the obligation that rests on the Minister or the Board to warn a claimant that the IFA issue will be raised, with the obligation to establish the facts of the Convention refugee claim which always rests with the claimant. Let me explain.

On the one hand, in order to prove a claim to Convention refugee status, as I have indicated above, claimants must prove on a balance of probabilities that there is a serious possibility that they will be subject to persecution in their country. If the possibility of an IFA is raised, the claimant must demonstrate on a balance of probabilities that there is a serious possibility of persecution in the area alleged to constitute an IFA. I recognize that, in some cases the claimant may not have any personal knowledge of other areas of the country, but, in all likelihood, there is documentary evidence available and, in addition, the Minister will normally offer some evidence supporting the IFA if the issue is raised at the hearing.

devrait, d'une manière ou d'une autre, être transféré au ministre.

Cependant, depuis l'arrêt *Rasaratnam*, précité, une formation de cette Cour a donné une autre opinion. (Voir *Bindra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114 (C.A.F.), et, plus récemment, *Sharbdeen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, jugement inédit en date du 23 juin 1993, n° du greffe 92-A-7203, (C.F. 1^{re} inst.)). L'arrêt *Bindra* est un jugement oral de deux pages et demie concernant la demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un tribunal au premier palier. Alors qu'il a statué correctement sur les faits de l'espèce, son explication du fardeau de preuve n'avait que la valeur d'une opinion incidente, car cette question n'avait pas été vraiment soulevée devant le tribunal au premier palier.

Par ailleurs, et je le dis respectueusement, ces deux jugements ont mal interprété l'arrêt *Rasaratnam*, précité. En particulier, ils semblent avoir confondu l'obligation pour le ministre ou la Commission d'avertir le demandeur que la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays sera soulevée avec celle qui incombe toujours au demandeur de prouver les faits qui justifient sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Permettez-moi de m'expliquer.

D'une part, pour établir le bien-fondé de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, le demandeur, comme je l'ai dit plus haut, doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il risque sérieusement d'être persécuté dans son pays. Si la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est soulevée, il doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il risque sérieusement d'être persécuté dans cette partie de son pays qui offre prétendument une possibilité de refuge. Je reconnais que le demandeur, dans certains cas, peut ne pas avoir une connaissance personnelle des autres parties du pays, mais, en toute vraisemblance, il existe une preuve documentaire et, en outre, le ministre produira normalement des éléments de preuve tendant à établir l'existence de la possibilité de refuge si cette question est soulevée à l'audience.

On the other hand, there is an onus on the Minister and the Board to warn the claimant if an IFA is going to be raised. A refugee claimant enjoys the benefit of the principles of natural justice in hearings before the Refugee Division. A basic and well-established component of the right to be heard includes notice of the case to be met (see, for example, *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at page 1114). The purpose of this notice is, in turn, to allow a person to prepare an adequate response to that case. This right to notice of the case against the claimant is acutely important where the claimant may be called upon to provide evidence to show that no valid IFA exists in response to an allegation by the Minister. Therefore, neither the Minister nor the Refugee Division may spring the allegation of an IFA upon a complainant without notice that an IFA will be in issue at the hearing. As was explained by Mr. Justice Mahoney in *Rasaratnam, supra*, at pages 710-711:

[A] claimant is not to be expected to raise the question of an IFA nor is an allegation that none exists simply to be inferred from the claim itself. The question must be expressly raised at the hearing by the refugee hearing officer or the Board and the claimant afforded the opportunity to address it with evidence and argument.

These two very different obligations, therefore, should be carefully distinguished.

Finally, what threshold must an IFA meet before claimants will be required to avail themselves of it rather than seeking international refugee protection? The UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* suggests that a person will not be prohibited from claiming Convention refugee status "if under all the circumstances it would not be reasonable to expect" that person to seek internal refuge (at page 22). However, the reasonableness standard suggested by the Handbook is very brief and it does not seem to me to express clearly enough the basis of the IFA. Professor Hathaway, in *The Law of*

D'autre part, il appartient au ministre ou à la Commission d'avertir le demandeur si la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays doit être soulevée. Le demandeur du statut de réfugié bénéficie des principes de justice naturelle devant la section du statut. L'un des éléments fondamentaux et bien établis du droit d'une partie d'être entendue est l'obligation de lui donner avis de la preuve réunie contre elle (voir, par exemple, *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la page 1114). Le but d'un tel avis est de lui permettre de préparer, à son tour, une réponse adéquate à cette preuve. Le droit d'un demandeur du statut de réfugié d'être avisé de la preuve réunie contre lui est extrêmement important lorsque ce demandeur peut être requis de réfuter l'allégation du ministre en prouvant qu'il n'existe pas vraiment de possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Par conséquent, il n'est pas permis au ministre ou à la Commission d'alléguer à l'improviste contre le demandeur la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays sans lui donner avis que cette question sera soulevée à l'audience. Comme l'a expliqué le juge Mahoney dans l'arrêt *Rasaratnam*, précité, aux pages 710 et 711:

... on ne peut s'attendre à ce que le demandeur de statut soulevé la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays ni à ce qu'on puisse simplement déduire de la demande elle-même la prétention que cette possibilité est inexistante. La question doit être expressément soulevée lors de l'audience par l'agent d'audience ou par la Commission, et le demandeur doit avoir l'occasion d'y répondre en présentant une preuve et des moyens.

Il importe, par conséquent, de distinguer entre ces deux obligations de nature très différente.

Enfin, quelles sont les conditions suffisantes que doit remplir la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays pour que les demandeurs du statut de réfugié soient tenus de se réclamer de cette possibilité plutôt que de la protection internationale? Selon le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (à la page 23) du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, une personne ne se verra pas refuser le droit de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention «si, compte tenu de toutes les circonstances, on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle» qu'elle

Refugee Status, at page 134 has suggested the following:

The logic of the internal protection principle must, however, be recognized to flow from the absence of a need for asylum abroad. It should be restricted in its application to persons who can genuinely access domestic protection, and for whom the reality of protection is meaningful. In situations where, for example, financial, logistical, or other barriers prevent the claimant from reaching internal safety; where the quality of internal protection fails to meet basic norms of civil, political, and socio-economic human rights; or where internal safety is otherwise illusory or unpredictable, state accountability for the harm is established and refugee status is appropriately recognized

Professor Hathaway's explanation is helpful but it does not quite achieve the appropriate balance between the purposes of international protection for refugees and the availability of an internal flight alternative.

Mahoney J.A. expressed the position more accurately in *Rasaratnam*, *supra*, at page 711:

In my opinion, in finding the IFA, the Board was required to be satisfied, on a balance of probabilities, that there was no serious possibility of the appellant being persecuted in Colombo and that, in all the circumstances including circumstances particular to him, conditions in Colombo were such that it would not be unreasonable for the appellant to seek refuge there.

Thus, IFA must be sought, if it is not unreasonable to do so, in the circumstances of the individual claimant. This test is a flexible one, that takes into account the particular situation of the claimant and the particular country involved. This is an objective test and the onus of proof rests on the claimant on this issue, just as it does with all the other aspects of a refugee claim. Consequently, if there is a safe haven for claimants in their own country, where they would be free of persecution, they are expected to avail themselves of it unless they can show that it is objectively unreasonable for them to do so.

cherche un refuge dans une autre partie du même pays. Cependant, le critère du caractère raisonnable fait l'objet, dans le Guide, d'une mention très brève qui, à mon avis, n'exprime pas de façon suffisamment claire le fondement de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Le professeur Hathaway, dans son ouvrage *The Law of Refugee Status*, a écrit ceci, à la page 134:

[TRADUCTION] Il faut reconnaître cependant que la logique du principe de la protection nationale découle de l'absence de nécessité de chercher asile à l'étranger. L'application de ce principe doit se limiter aux personnes qui ont vraiment accès à la protection nationale et pour qui cette protection est réaliste. Lorsque, par exemple, des obstacles d'ordre financier, logistique ou autre empêchent le demandeur du statut d'atteindre la partie du pays où il sera en sécurité, lorsque la qualité de la protection nationale ne satisfait pas aux normes élémentaires des droits de la personne dans les domaines civil, politique et socio-économique ou lorsque la sécurité dans cette partie du pays est par ailleurs illusoire ou imprévisible, la responsabilité de l'État à l'égard du danger qui menace le demandeur est prouvée et il convient de reconnaître à celui-ci le statut de réfugié.

L'explication du professeur Hathaway est utile, mais elle n'établit pas tout à fait un juste équilibre entre les buts de la protection internationale des réfugiés et l'existence d'une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays.

Le juge Mahoney, J.C.A., a donné une explication plus exacte dans l'arrêt *Rasaratnam*, précité, à la page 711:

À mon avis, en concluant à l'existence d'une possibilité de refuge, la Commission se devait d'être convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que l'appelant ne risquait pas sérieusement d'être persécuté à Colombo et que, compte tenu de toutes les circonstances, dont celles lui étant particulières, la situation à Colombo était telle qu'il ne serait pas déraisonnable pour l'appelant d'y chercher refuge.

Ainsi, le demandeur du statut est tenu, compte tenu des circonstances individuelles, de chercher refuge dans une autre partie du même pays pour autant que ce ne soit pas déraisonnable de le faire. Il s'agit d'un critère souple qui tient compte de la situation particulière du demandeur et du pays particulier en cause. C'est un critère objectif et le fardeau de la preuve à cet égard revient au demandeur tout comme celui concernant tous les autres aspects de la revendication du statut de réfugié. Par conséquent, s'il existe dans leur propre pays un refuge sûr où ils ne seraient pas persécutés, les demandeurs de statut sont tenus de

Let me elaborate. It is not a question of whether in normal times the refugee claimant would, on balance, choose to move to a different, safer part of the country after balancing the pros and cons of such a move to see if it is reasonable. Nor is it a matter of whether the other, safer part of the country is more or less appealing to the claimant than a new country. Rather, the question is whether, given the persecution in the claimant's part of the country, it is objectively reasonable to expect him or her to seek safety in a different part of that country before seeking a haven in Canada or elsewhere. Stated another way for clarity, the question to be answered is, would it be unduly harsh to expect this person, who is being persecuted in one part of his country, to move to another less hostile part of the country before seeking refugee status abroad?

An IFA cannot be speculative or theoretical only; it must be a realistic, attainable option. Essentially, this means that the alternative place of safety must be realistically accessible to the claimant. Any barriers to getting there should be reasonably surmountable. The claimant cannot be required to encounter great physical danger or to undergo undue hardship in travelling there or in staying there. For example, claimants should not be required to cross battle lines where fighting is going on at great risk to their lives in order to reach a place of safety. Similarly, claimants should not be compelled to hide out in an isolated region of their country, like a cave in the mountains, or in a desert or a jungle, if those are the only areas of internal safety available. But neither is it enough for refugee claimants to say that they do not like the weather in a safe area, or that they have no friends or relatives there, or that they may not be able to find suitable work there. If it is objectively reasonable in these latter cases to live in these places, without fear of persecution, then IFA exists and the claimant is not a refugee.

s'en prévaloir à moins qu'ils puissent démontrer qu'il est objectivement déraisonnable de leur part de le faire.

a Permettez-moi de préciser. Pour savoir si c'est raisonnable, il ne s'agit pas de déterminer si, en temps normal, le demandeur choisirait, tout compte fait, de déménager dans une autre partie plus sûre du même pays après avoir pesé le pour et le contre d'un tel déménagement. Il ne s'agit pas non plus de déterminer si cette autre partie plus sûre de son pays lui est plus attrayante ou moins attrayante qu'un nouveau pays. Il s'agit plutôt de déterminer si, compte tenu de la persécution qui existe dans sa partie du pays, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il cherche refuge dans une autre partie plus sûre de son pays avant de chercher refuge au Canada ou ailleurs. Autrement dit pour plus de clarté, la question à laquelle on doit répondre est celle-ci: serait-ce trop sévère de s'attendre à ce que le demandeur de statut, qui est persécuté dans une partie de son pays, déménage dans une autre partie moins hostile de son pays avant de revendiquer le statut de réfugié à l'étranger?

e La possibilité de refuge dans une autre partie du même pays ne peut pas être seulement supposée ou théorique; elle doit être une option réaliste et abordable. Essentiellement, cela veut dire que l'autre partie plus sûre du même pays doit être réalistement accessible au demandeur. S'il y a des obstacles qui pourraient se dresser entre lui et cette autre partie de son pays, le demandeur devrait raisonnablement pouvoir les surmonter. On ne peut exiger du demandeur qu'il s'expose à un grand danger physique ou qu'il subisse des épreuves indues pour se rendre dans cette autre partie ou pour y demeurer. Par exemple, on ne devrait pas exiger des demandeurs de statut qu'ils risquent leur vie pour atteindre une zone de sécurité en traversant des lignes de combat alors qu'il y a une bataille. On ne devrait pas non plus exiger qu'ils se tiennent cachés dans une région isolée de leur pays, par exemple dans une caverne dans les montagnes, ou dans le désert ou dans la jungle, si ce sont les seuls endroits sûrs qui s'offrent à eux. Par contre, il ne leur suffit pas de dire qu'ils n'aiment pas le climat dans la partie sûre du pays, qu'ils n'y ont ni amis ni parents ou qu'ils risquent de ne pas y trouver de travail qui leur convient. S'il est objectivement raisonnable dans ces derniers cas de vivre dans une telle partie du pays

In conclusion, it is not a matter of a claimant's convenience or the attractiveness of the IFA, but whether one should be expected to make do in that location, before travelling half-way around the world to seek a safe haven, in another country. Thus, the objective standard of reasonableness which I have suggested for an IFA is the one that best conforms to the definition of Convention refugee. That definition requires claimants to be unable or unwilling by reason of fear of persecution to claim the protection of their home country in any part of that country. The prerequisites of that definition can only be met if it is not reasonable for the claimant to seek and obtain safety from persecution elsewhere in the country.

THE FACTS

The panel found that the appellant faced serious risk to his life in the north of Sri Lanka where he was born and lived. In the late 1980s, the appellant had difficulties with various Tamil factions in the north of Sri Lanka which peaked with a letter from the LTTE accusing him of being a traitor and an informant and threatening him with death. The appellant fled to Colombo, the capital of Sri Lanka. The panel found that the Sri Lankan government could not protect the appellant from the threat that the LTTE posed in the north of the country. The panel stated:

Therefore, were protection not available in any other way from the government of Sri Lanka, it is quite likely that he would be found to be a Convention refugee. (Case, at page 168.)

Turning to the IFA, the Refugee Division held that the appellant was required to make reasonable efforts to relocate within a different part of the country as part of reasonable steps to seek the protection of the state before fleeing the country. The panel stated that the availability of protection in another part of the

sans craindre d'être persécuté, alors la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays existe et le demandeur de statut n'est pas un réfugié.

a En conclusion, il ne s'agit pas de savoir si l'autre partie du pays plait ou convient au demandeur, mais plutôt de savoir si on peut s'attendre à ce qu'il puisse se débrouiller dans ce lieu avant d'aller chercher refuge dans un autre pays à l'autre bout du monde.
 b Ainsi, la norme objective que j'ai proposée pour déterminer le caractère raisonnable de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est celle qui se conforme le mieux à la définition de réfugié au sens de la Convention. Aux termes de cette
 c définition, il faut que les demandeurs de statut ne puissent ni ne veuillent, du fait qu'ils craignent d'être persécutés, se réclamer de la protection de leur pays d'origine et ce, dans n'importe quelle partie de ce
 d pays. Les conditions préalables de cette définition ne peuvent être respectées que s'il n'est pas raisonnable pour le demandeur de chercher et d'obtenir la protection contre la persécution dans une autre partie de son pays.

LES FAITS

Le tribunal a conclu que la vie de l'appelant était sérieusement en danger dans le nord du Sri Lanka dont il était natif et où il habitait. Vers la fin des années 1980, l'appelant a connu des difficultés avec diverses factions tamoules dans le nord du Sri Lanka, difficultés qui ont culminé lorsqu'il a reçu une lettre des LTTE l'accusant d'être un traître et un indicateur et le menaçant de mort. Il s'est enfui à Colombo, capitale du Sri Lanka. Le tribunal a conclu que le gouvernement sri lankais ne pouvait pas protéger l'appelant contre la menace de mort que faisaient peser sur lui les LTTE dans le nord du pays. Voici ce qu'il a dit:

[TRADUCTION] Par conséquent, s'il n'y avait pas d'autre manière pour le gouvernement du Sri Lanka de lui assurer une protection, le tribunal conclurait très probablement qu'il est un réfugié au sens de la Convention (page 168 du dossier).

Au sujet de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, la section du statut a jugé que l'appelant était tenu, parmi les mesures raisonnables à prendre pour demander la protection de l'État avant de s'enfuir du pays, de tenter raisonnablement de déménager dans une autre partie de son pays. Selon

state must not be speculative and must take into consideration the individual circumstances of the claimant.

The panel found that the appellant could obtain the protection of the state by moving to Colombo, since there was adequate internal safety from persecution there. While the appellant had twice been arrested in Colombo in 1989 by the police and subjected to beating and detention, the panel held that these arrests were part of the Sri Lankan government's "perfectly legitimate investigations into criminal and/or terrorist authorities" by Tamil organizations. In my view, beatings of suspects can never be considered "perfectly legitimate investigations", however dangerous the suspects are thought to be. Moreover, the panel attached little significance to the fact that the appellant had been seen by an LTTE member in Colombo.

Before coming to Colombo, the appellant had been arrested in Jaffna in 1984 on suspicion of being a Tamil militant, was detained for one month and was released upon bribing the guards. The appellant had also been hit by a bullet during a raid on Jaffna by the Sri Lankan army.

The panel found that the appellant had not shown that adequate internal safety did not exist in Colombo for the Tamil people simply because they were Tamils. The panel concluded that the Country Profile and Overview made it "quite clear" that Tamil populations in the southern regions of Sri Lanka, where Colombo is located, do live in safety from persecution. Accordingly, the panel found that there was insufficient evidence that the claimant would face more than a minimal possibility of persecution upon return to Sri Lanka and declared that the appellant was not a Convention refugee.

In my view, the panel was correct when it stated that the appellant was required to prove, on a balance of probabilities, that there was a serious possibility that he would face persecution in Colombo before obtaining refugee status. However, in my opinion, the Refugee Division seriously erred when it found, on the evidence before it, that there was no serious possibility that the appellant would face, and indeed

le tribunal, on ne doit pas supposer que la possibilité de protection dans une autre partie de l'État existe et on doit tenir compte des circonstances particulières du demandeur.

^a Le tribunal a conclu que l'appellant pouvait obtenir la protection de l'État en déménageant à Colombo puisque cette partie du pays offrait un refuge adéquat contre la persécution. Il a aussi conclu, alors que l'appellant avait été arrêté à deux reprises à Colombo en 1989 par la police qui l'avait battu et détenu, que ces arrestations faisaient partie [TRADUCTION] «des enquêtes parfaitement légitimes menées par le gouvernement sri lankais sur les activités criminelles ou terroristes» d'organisations tamoules. À mon avis, on ne peut absolument pas considérer que battre des suspects, si dangereux croit-on qu'ils soient, fait partie «des enquêtes parfaitement légitimes». Par ailleurs, le tribunal a fait peu de cas du fait que l'appellant avait été vu à Colombo par un membre des LTTE.

^e Avant de venir à Colombo, l'appellant avait été arrêté à Jaffna en 1984 parce qu'on le soupçonnait d'être un militant tamoul. Détenu pendant un mois, il avait été relâché après avoir versé un pot-de-vin aux gardiens. Il avait aussi été atteint par une balle au cours d'un raid de l'armée sri lankaise à Jaffna.

^f Le tribunal a conclu que l'appellant n'avait pas prouvé que la partie du même pays qu'est Colombo n'offrait pas un refuge adéquat aux Tamouls, simplement du fait qu'ils étaient des Tamouls. Il a aussi conclu que le Profil et l'Aperçu du Sri Lanka indiquaient [TRADUCTION] «tout à fait clairement» que les populations tamoules dans le sud du Sri Lanka, où se trouve Colombo, étaient à l'abri de la persécution. En conséquence, ayant conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de preuve que le demandeur courait plus qu'un risque minimal de persécution s'il retournait au Sri Lanka, le tribunal a déclaré que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention.

ⁱ À mon avis, le tribunal avait raison lorsqu'il a dit que l'appellant était tenu de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il risquait sérieusement d'être persécuté à Colombo avant de pouvoir obtenir le statut de réfugié. Cependant, je crois que la section du statut a commis une grave erreur en concluant, à la lumière de la preuve dont elle disposait, que l'appellant ne risquait pas sérieusement d'être persécuté, et

had faced, persecution in Colombo on the basis of his race.

The panel made no adverse finding about the appellant's credibility. The appellant's testimony reveals that he was subjected to arbitrary arrest and detention, as well as beatings and torture, at the hands of the Sri Lankan government during his time in Colombo. These arrests were motivated by the simple fact of the appellant's being a Tamil. As the appellant argues, the state of emergency in Sri Lanka cannot justify the arbitrary arrest and detention as well as beating and torture of an innocent civilian at the hands of the very government from whom the claimant is supposed to be seeking safety. While the appellant may indeed be safe from the LTTE in Colombo (although this is not entirely clear), he does not appear to be safe from persecution at the hands of the Sri Lankan government on the basis of being a Tamil.

Further, contrary to the finding of the panel, the Country Profile as well as the Amnesty International reports on Sri Lanka do not show "quite clearly" that Tamils are all safe in the southwest of the country. Indeed, the reports speak of several violent incidents in which Tamils have been persecuted by the Sri Lankan government in the southwest in retaliation for activities of the LTTE and other Tamil groups. The appellant's personal experience that some Tamils may not be living in safety and security from government persecution in Colombo is confirmed by these reports. Accordingly, I am of the opinion that, on the principles outlined above and on the basis of the evidence in this case, Colombo is not an internal flight alternative for this appellant.

I emphasize that I have reached this determination on the evidence before the panel and solely with respect to this particular appellant. In other cases involving Tamils in Sri Lanka, it may well be that the claimants will not be able to demonstrate to the satisfaction of the panel that they are subject to persecution in Colombo and, hence, Colombo might well be an internal flight alternative for them. Indeed, such was the case in *Rasaratnam, supra*.

qu'il n'avait d'ailleurs pas été persécuté, à Colombo du fait de sa race.

Le tribunal n'a pas tiré de conclusion défavorable quant à la crédibilité de l'appelant. Il ressort du témoignage de celui-ci qu'il a été victime d'arrestations et de détentions arbitraires ainsi que de coups et de torture aux mains du gouvernement sri lankais lorsqu'il se trouvait à Colombo. Ces arrestations étaient motivées par le simple fait qu'il était un Tamoul. L'appelant soutient que l'état d'urgence au Sri Lanka ne peut justifier ni l'arrestation et la détention arbitraire, d'un civil innocent, ni les coups et la torture dont il est victime aux mains du gouvernement même à qui le demandeur est censé demander la protection. Il se peut que l'appelant soit effectivement à l'abri des LTTE à Colombo (chose qui n'est pas tout à fait certaine), mais il ne semble pas être à l'abri de la persécution de la part du gouvernement sri lankais du fait qu'il est Tamoul.

En outre, contrairement à la conclusion du tribunal, ni le Profil du pays ni les rapports d'Amnistie Internationale concernant le Sri Lanka n'indiquent [TRADUCTION] «tout à fait clairement» que les Tamouls sont tous à l'abri dans le sud-ouest du pays. En effet, les rapports mentionnent plusieurs incidents violents dans le Sud-Ouest où des Tamouls ont été persécutés par le gouvernement sri lankais dans le cadre de représailles à l'égard des activités des LTTE et d'autres groupements tamouls. Ils confirment aussi l'expérience personnelle de l'appelant selon laquelle certains Tamouls ne sont peut-être pas à l'abri de la persécution par le gouvernement à Colombo. En conséquence, je n'estime pas, à la lumière des principes exposés ci-dessus et de la preuve en l'espèce, que Colombo représente pour l'appelant une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays.

Je souligne que je suis venu à cette décision en me fondant sur la preuve dont disposait le tribunal et que ma décision n'est pertinente qu'à l'égard de cet appellant particulier. Dans d'autres cas concernant des Tamouls au Sri Lanka, il se pourrait que les demandeurs ne réussissent pas à convaincre le tribunal qu'ils sont persécutés à Colombo et que, par conséquent, Colombo pourrait bien être pour eux une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays.

En fait, nous avons vu un tel cas dans l'affaire *Rasaratnam*, précitée.

DECISION

The panel found that the appellant faced serious risk to his life in the north of Sri Lanka, and that the Sri Lankan government could not protect him there. The evidence shows that the appellant has a well-founded fear of persecution on the basis of political opinion in northern Sri Lanka. It is also apparent that the appellant has shown on a balance of probabilities that he faces a serious risk of persecution in Colombo from the Sri Lankan government on the basis of race.

I would allow the appeal and exercise the discretion of this Court by declaring the appellant to be a Convention refugee.

HEALD J.A.: I agree.

HOLLAND D.J.: I agree.

DÉCISION

^a Le tribunal a conclu que la vie de l'appelant était en sérieux danger dans le nord du Sri Lanka et que le gouvernement sri lankais ne pouvait pas le protéger dans cette partie du pays. Il ressort de la preuve que ^b l'appelant craignait avec raison d'être persécuté dans le nord du Sri Lanka du fait de ses opinions politiques. Il est également manifeste que l'appelant a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, qu'il risquait sérieusement d'être persécuté à Colombo par ^c le gouvernement sri lankais du fait de sa race.

J'accueillerais l'appel et j'exercerais le pouvoir discrétionnaire de cette Cour pour déclarer que l'appelant est un réfugié au sens de la Convention.

^d LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE SUPPLÉANT HOLLAND: Je souscris à ces motifs.

T-34-91

T-34-91

Joan Murray (Plaintiff)**Joan Murray (demanderesse)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen as represented by the
Minister of Health and Welfare (Defendant)****a Sa Majesté la Reine représentée par le ministre de
la Santé et du Bien-être social (défenderesse)***INDEXED AS: MURRAY v. CANADA (MINISTER OF HEALTH AND
WELFARE) (T.D.)**b RÉPERTORIÉ: MURRAY c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ ET
DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (1^{re} INST.)*Trial Division, Rothstein J.—Toronto, September 3
and November 10, 1993.Section de première instance, juge Rothstein—
Toronto, 3 septembre et 10 novembre 1993.

Construction of statutes — Retrospective application of statutes — Action for declaration Canada Pension Plan, s. 53.2(1) contrary to Charter, s. 15 — S. 53.2 permitting application for division of pension credits within thirty-six months of obtaining decree absolute of divorce rendered on or after January 1, 1978 — Plaintiff divorced in 1974 — In 1984 applying under s. 53.2 — Whether “event-related” (Charter violation related to discrete event occurring prior to coming into force of Charter) or “status-related” case (ongoing state of affairs) — Requiring consideration of (i) Charter provision relied upon, (ii) challenged statutory provision (iii) relevant event or ongoing condition — (i) Charter, s. 15 broad enough to apply to discrimination of ongoing nature — (ii) Date in statutory provision suggesting event contemplated by provision should be given significant regard — (iii) Alleged discrimination created by s. 53.2(1) between persons divorced before and after specified date event related — If Charter relief available would eliminate distinction based on when decree absolute granted — No cause of action as would require retrospective application of Charter.

c Interprétation des lois — Application rétroactive des lois — Action en jugement déclaratoire portant que l’art. 53.2(1) du Régime de pensions du Canada va à l’encontre de l’art. 15 de la Charte — L’art. 53.2 permet de demander le partage du droit à pension dans les trente-six mois suivant l’obtention d’un jugement irrévocable de divorce rendu le 1^{er} janvier 1978 ou après cette date — La demanderesse a divorcé en 1974 — En 1984, elle a présenté une demande fondée sur l’art. 53.2 — S’agit-il d’un cas «relié à des événements» (cas de violation de la Charte relié à un événement précis et isolé survenant avant l’entrée en vigueur de celle-ci) ou d’un cas «relié à une situation» (situation en cours) — Pour trancher cette question, il faut examiner i) la disposition de la Charte invoquée, ii) la disposition législative contestée et iii) l’événement pertinent ou la condition en cours — i) L’art. 15 de la Charte est d’une portée assez large pour en étendre l’application à une discrimination de nature persistante — ii) La date mentionnée dans la disposition législative laisse entendre qu’il faut accorder une importance considérable à l’événement envisagé par cette disposition — iii) La discrimination que créerait l’art. 53.2(1) entre les personnes divorcées avant et après la date précisée est reliée à un événement — L’octroi d’une réparation fondée sur la Charte éliminerait la distinction reposant sur le moment de l’octroi d’un jugement irrévocable de divorce — Il n’existe aucune cause d’action puisque, autrement, il faudrait une application rétroactive de la Charte.

Pensions — Plaintiff seeking declaration Canada Pension Plan, s. 53.2(1) unconstitutional as contrary to Charter, s. 15 — S. 53.2 permitting application for division of pension credits within thirty-six months of obtaining decree absolute of divorce rendered on or after January 1, 1978 — Plaintiff divorced in 1974 — In 1984 applying under s. 53.2 — Claim involving retrospective application of Charter — No viable cause of action.

h Pensions — La demanderesse conclut à un jugement déclaratoire portant que l’art. 53.2(1) du Régime de pensions du Canada est inconstitutionnel parce qu’il va à l’encontre de l’art. 15 de la Charte — L’art. 53.2 permet de demander le partage du droit à pension dans les trente-six mois suivant l’obtention d’un jugement irrévocable de divorce rendu le 1^{er} janvier 1978 ou après cette date — La demanderesse a divorcé en 1974 — En 1984, elle a présenté une demande fondée sur l’art. 53.2 — Cette demande nécessite l’application rétroactive de la Charte — Aucune cause d’action valable.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Statement of claim seeking declaration Canada Pension Plan, s. 53.2(1) unconstitutional as contrary to Charter, s. 15 — S. 53.2 permitting application for division of pension credits within thirty-six months of obtaining decree absolute of divorce rendered on or after January 1, 1978 — Plaintiff divorced in

j Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Il est demandé dans la déclaration un jugement portant que l’art. 53.2(1) du Régime de pensions du Canada est inconstitutionnel puisqu’il va à l’encontre de l’art. 15 de la Charte — L’art. 53.2 permet de demander le partage du droit à pension dans les trente-six mois suivant l’obtention d’un

1974 — In 1984 applying under s. 53.2 — Whether “event related” case where no Charter remedy or “status related” case where remedy if ongoing Charter violation — Claim involving retrospective application of Charter — Rule against retrospective application of statutes applies to Charter.

This was an application for a preliminary determination of a question of law. The plaintiff was divorced on February 13, 1974. At that time the *Canada Pension Plan* (CPP) did not provide for the division between divorced spouses of the “unadjusted pensionable earnings” which would entitle the non-wage-earning spouse to a portion of a wage-earning spouse’s retirement pension. On January 1, 1978 section 53.2 was added to the CPP. It permitted an application to the Minister of Health and Welfare for a division of pension credits within thirty-six months of the date of a decree absolute of divorce granted on or after January 1, 1978. In 1984 the plaintiff applied for the equal division of her husband’s unadjusted pensionable earnings. The application was denied on the grounds that the plaintiff was divorced before January 1, 1978 and that the application was not made within thirty-six months of the decree absolute of divorce as required by subsection 53.2(1). In 1991 the plaintiff filed a statement of claim in the Federal Court seeking a declaration that section 53.2 of the CPP was unconstitutional as contrary to Charter, section 15. Section 15, which guarantees equal benefit of the law without discrimination on the basis of *inter alia*, marital status, age and sex, came into force on April 17, 1985. The question was whether the plaintiff’s claim necessitated a retrospective application of the Charter. Although the plaintiff’s attack on the CPP was said not to be limited to subsection 53.2(1), the merits of the claim other than with respect to subsection 53.2(1) were not argued. Accordingly the determination as to the retrospective application of the Charter was restricted to subsection 53.2(1). The issues were whether the plaintiff was seeking Charter relief that related to a discrete event that predated the Charter, i.e. her decree absolute of divorce, or whether the plaintiff was seeking Charter relief based on her current status as a divorced individual and ongoing discrimination under the CPP against certain divorced persons.

Held, the plaintiff’s claim, based on alleged discrimination created by subsection 53.2(1) of the CPP, necessitated a retrospective application of the Charter.

A retrospective statute operates forwards, but it looks backwards in that it attaches new consequences for the future to an event that took place before the statute was enacted. The general rule is that statutes are not to be construed as having retrospective operation unless such a construction is expressly, or by necessary implication, required by the language of the Act. That rule applies to the Charter, but the relevant facts and law

judgement irrévocable de divorce rendu le 1^{er} janvier 1978 ou après cette date — La demanderesse a divorcé en 1974 — En 1984, elle a présenté une demande fondée sur l’art. 53.2 — S’agit-il d’un cas «relaté à des événements» où il n’existe aucune réparation fondée sur la Charte ou d’un cas «relaté à une situation» où il y a réparation s’il existe une violation continue de la Charte? — Demande nécessitant l’application rétroactive de la Charte — La règle interdisant l’application rétroactive des lois s’applique à la Charte.

Il s’agit d’une demande de décision préliminaire sur une question de droit. La demanderesse a divorcé le 13 février 1974. À cette époque, le *Régime de pensions du Canada* ne prévoyait pas le partage entre les conjoints divorcés des «gains non ajustés ouvrant droit à pension», qui permettrait au conjoint non salarié d’avoir droit à une partie de la pension de retraite du conjoint salarié. Le 1^{er} janvier 1978, l’article 53.2 a été ajouté au RPC. Cet article permet de présenter au ministre de la Santé et du Bien-être social une demande de partage du droit à pension dans les trente-six mois de la date d’un jugement irrévocable de divorce rendu le 1^{er} janvier 1978 ou après cette date. En 1984, la demanderesse a demandé le partage égal des gains non ajustés ouvrant droit à pension de son mari. La demande a été rejetée pour le motif que la demanderesse avait divorcé avant le 1^{er} janvier 1978 et que la demande n’avait pas été présentée dans les trente-six mois du jugement irrévocable de divorce comme l’exige le paragraphe 53.2(1). En 1991, la demanderesse a saisi la Cour fédérale d’une déclaration pour demander un jugement qui déclarerait l’article 53.2 du RPC inconstitutionnel parce qu’il allait à l’encontre de l’article 15 de la Charte. L’article 15, qui garantit le même bénéfice de la loi indépendamment de toute discrimination fondée sur l’état familial, l’âge et le sexe, est entré en vigueur le 17 avril 1985. La question est de savoir si la demande de la demanderesse nécessite l’application rétroactive de la Charte. Bien qu’on ait prétendu que la contestation du RPC faite par la demanderesse ne se limitait pas au paragraphe 53.2(1), le bien-fondé de la demande autrement qu’à l’égard de ce paragraphe n’a pas fait l’objet d’un débat. En conséquence, la décision sur l’application rétroactive de la Charte se limite au paragraphe 53.2(1). Il s’agit de déterminer si la demanderesse sollicite une réparation fondée sur la Charte, laquelle réparation se rapporte à un événement précis et isolé qui précède la Charte, c.-à-d. son jugement irrévocable de divorce, ou si elle demande une réparation fondée sur la Charte, laquelle réparation repose sur son état actuel de divorcée et sur une discrimination continue, sous l’empire du RPC, contre certaines personnes divorcées.

Jugement: la demande de la demanderesse, fondée sur une discrimination que créerait le paragraphe 53.2(1) du RPC, nécessite l’application rétroactive de la Charte.

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 l’égard d’un événement qui a eu lieu avant l’adoption de la loi. Selon la règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la loi ne le décrète expressément ou n’exige une telle interprétation. Cette règle s’applique à la

must be carefully considered to determine whether a retrospective application of the Charter is involved.

There are two types of cases that touch on the issue of the retrospective application of the Charter. The first is the "event related" case wherein the alleged contravention of the Charter is related to a discrete event which occurred before the Charter came into force, in which case an applicant will not have a Charter remedy. The second is the "status related" case, in which regard is to be had to an ongoing state of affairs. In such a case, a Charter remedy may be available if it can be demonstrated that there is an ongoing violation of the Charter, even though there may have to be some cognizance of pre-Charter events. It is not always possible to make sharp distinctions between event related and status related cases. A person's status or ongoing condition may arise by virtue of a discrete event i.e. the status or ongoing condition of being divorced arises because of the court issuing a decree or order of divorce. If there is an ongoing violation of the Charter, Charter relief is not precluded simply because the ongoing violation arose from a discrete event that predated the Charter. One must consider the facts and applicable law in determining whether the focus is on a discrete event or an ongoing condition. Whether in any given case the focus is on the discrete event or on the ongoing condition will require consideration of (i) the Charter provisions upon which reliance is placed, (ii) where applicable, the statutory provision being challenged and (iii) the relevant event or ongoing condition.

(i) While Charter, subsection 15(1) may apply to a discrete event of discrimination, it is broad enough to apply to discrimination of an ongoing nature as well. (ii) Whether the statutory provision alleged to violate the Charter should be viewed as event related or ongoing condition related requires close inspection of the words of the provision itself. A date in a statutory provision suggests that significant regard must be had to the event contemplated by the provision. (iii) Where the facts indicate that both an event and an ongoing condition are present, it is necessary to return to the statutory provision being impugned to see if its primary focus is on the ongoing condition or on the event giving rise to the ongoing condition. As Charter, subsection 15(1) may be used to protect against ongoing discrimination, and divorce, while it may be viewed as an event, is also a status or ongoing condition, the first and third requirements for the prospective application of the Charter were met. The difficult question was whether the impugned statutory provision was event related or ongoing condition related. The alleged discrimination arose out of the distinction made under subsection 53.2(1) between persons divorced before and after a specified date. If Charter relief was available, it would eliminate the distinction based on when persons were granted decrees absolute or orders of divorce. The alleged discrimination created by the provision was thus event related. The plaintiff's claim, based on subsection 53.2(1) of the CPP, required adoption of the discrete event approach. To relieve against the alleged discrimination created by subsection

Charte, mais il faut examiner soigneusement les faits pertinents et la loi pour déterminer s'il y a lieu à application rétroactive de la Charte.

Il existe deux types de cas qui portent sur la question de l'application rétroactive de la Charte. Le premier est le cas «relié à des événements» où la prétendue violation de la Charte est reliée à un événement précis et isolé qui a eu lieu avant l'entrée en vigueur de celle-ci, auquel cas le requérant n'obtiendra pas de réparation prévue par la Charte. Le second est le cas «relié à une situation» dans lequel il faut tenir compte de la situation en cours. En pareil cas, une réparation prévue par la Charte est possible si on peut démontrer qu'il existe une violation continue de celle-ci, même s'il faut pour cela prendre connaissance d'événements antérieurs à la Charte. Il n'est pas toujours possible de faire une distinction marquée entre les cas reliés à des événements et les cas reliés à une situation. La situation d'une personne ou sa condition en cours peut survenir par suite d'un événement précis et isolé. Par exemple, la situation ou la condition en cours de divorcé survient lorsque la cour rend un jugement ou une ordonnance de divorce. S'il existe une violation en cours de la Charte, une réparation prévue par celle-ci n'est pas écartée simplement parce que la violation en cours découle d'un événement précis et isolé antérieur à la Charte. Il est nécessaire de tenir compte des faits et de la loi applicable pour déterminer si l'accent porte sur un événement précis et isolé ou sur une condition en cours. Pour déterminer si, dans un cas donné, l'accent porte sur l'événement précis et isolé ou sur la condition en cours, on devra examiner i) les dispositions de la Charte invoquées, ii) le cas échéant, la disposition législative contestée et iii) l'événement pertinent ou la condition en cours.

i) Bien que le paragraphe 15(1) de la Charte puisse s'appliquer à un acte de discrimination précis et isolé, la portée de ce paragraphe est assez grande pour en étendre l'application à la discrimination de nature persistante. ii) La question de savoir si la disposition législative dont on prétend qu'elle viole la Charte doit être considérée comme se rapportant à des événements ou à une condition en cours implique l'examen attentif du texte de la disposition elle-même. Une date dans une disposition législative laisse entendre qu'il faut accorder une importance considérable à l'événement envisagé par la disposition. iii) Lorsqu'il ressort des faits que tant un événement qu'une condition en cours sont présents, il est nécessaire de se référer à la disposition législative contestée pour voir si l'accent est principalement mis sur la condition en cours ou sur l'événement qui a donné lieu à celle-ci. Puisqu'on peut recourir au paragraphe 15(1) de la Charte pour protéger contre une discrimination en cours et que le divorce, bien qu'il puisse être considéré comme un événement, est également une situation ou une condition en cours, les première et troisième conditions de l'application prospective de la Charte ont été remplies. La question difficile qui se pose est de savoir si la disposition législative contestée se rapporte à un événement précis ou à une condition en cours. La discrimination alléguée découle de la distinction faite sous le régime du paragraphe 53.2(1) entre les personnes divorcées avant et après une date précise. Si une réparation prévue par la Charte était possible, elle éliminerait la distinction reposant sur le moment où des personnes ont

53.2(1) of the CPP required a retrospective application of the Charter.

obtenu des jugements irrévocables ou des ordonnances de divorce. La discrimination alléguée créée par la disposition se rapporte donc à un événement. La demande de la demanderesse, fondée sur le paragraphe 53.2(1) du RPC, exigerait l'approche de l'événement précis et isolé. Écarter la discrimination que créerait le paragraphe 53.2(1) du RPC exigerait l'application rétroactive de la Charte.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5 (formerly S.C. 1964-65, c. 51), ss. 46, 53.2 (as enacted by S.C. 1976-77, c. 36, s. 7). **b**
- Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 55(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 22; S.C. 1991, c. 44, s. 6).
- 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. 15(1), 24(1), 32(2). **c**

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *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; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1994] 1 F.C. 250; (1993) 155 N.R. 321 (C.A.); *R. v. Konechny* (1983), 6 D.L.R. (4th) 350; [1984] 2 W.W.R. 481; 10 C.C.C. (3d) 233; 38 C.R. (3d) 69; 25 M.V.R. 132 (B.C.C.A.) (leave to appeal to S.C.C. refused 8/5/84, [1984] 1 S.C.R. ix; (1984), 39 C.R. (3d) xxvii; 25 M.V.R. 132; 55 N.R. 156; *Re McDonald and The Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745; 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A.). **e**

DISTINGUISHED:

- Regina v. St. Mary, Whitechapel (Inhabitants)* (1848), 12 Q.B. 120; 116 E.R. 811; *Re Sanderson and Russell* (1979), 24 O.R. (2d) 429; 99 D.L.R. (3d) 713; 9 R.F.L. (2d) 81 (C.A.). **f**

AUTHORS CITED

- Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264. **g**

APPLICATION for a preliminary determination of a question of law. Plaintiff's claim, based on alleged discrimination created by subsection 53.2(1) of the *Canada Pension Plan*, necessitates a retrospective application of the Charter and cannot support a cause of action. **j**

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. 15(1), 24(1), 32(2).
- Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5 (anciennement S.C. 1964-65, ch. 51), art. 46, 53.2 (édicte par S.C. 1976-77, ch. 36, art. 7).
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 55(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 22; L.C. 1991, ch. 44, art. 6).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *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; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] 1 F.C. 250; (1993) 155 N.R. 321 (C.A.); *R. v. Konechny* (1983), 6 D.L.R. (4th) 350; [1984] 2 W.W.R. 481; 10 C.C.C. (3d) 233; 38 C.R. (3d) 69; 25 M.V.R. 132 (C.A.C.-B.) (autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée le 8-5-84, [1984] 1 R.C.S. ix; (1984), 39 C.R. (3d) xxvii; 25 M.V.R. 132; 55 N.R. 156; *Re McDonald and The Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745; 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A.). **h**

DISTINCTION FAITE AVEC:

- Regina v. St. Mary, Whitechapel (Inhabitants)* (1848), 12 Q.B. 120; 116 E.R. 811; *Re Sanderson and Russell* (1979), 24 O.R. (2d) 429; 99 D.L.R. (3d) 713; 9 R.F.L. (2d) 81 (C.A.).

DOCTRINE

- Driedger, Elmer A. «Statutes: Retroactive Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. can.* 264.

DEMANDE de décision préliminaire sur une question de droit. La demande de la demanderesse, fondée sur une discrimination que créerait le paragraphe 53.2(1) du *Régime de pensions du Canada*, nécessite l'application rétroactive de la Charte et ne saurait étayer une cause d'action.

COUNSEL:

Stephen J. Goldman for plaintiff.
Roselyn J. Levine for defendant.

SOLICITORS:

Stephen J. Goldman, Toronto, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROTHSTEIN J.: This is a decision on a preliminary question of law that comes before me by order of Giles A.S.P., dated August 17, 1992:

Whether the plaintiff's claim necessitates a retrospective application of s. 15 of the *Charter of Rights and Freedoms* and therefore, cannot support a viable cause of action.

FACTS

The facts giving rise to this question can be briefly stated. The plaintiff divorced her husband on February 13, 1974. At that time, there was no provision in the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5, as amended, (CPP), for the division between divorced spouses of the "unadjusted pensionable earnings"¹ of a wage earning spouse.² On January 1, 1978, the *Canada Pension Plan* was amended by S.C. 1976-77, c. 36, s. 7, to add section 53.2 to the CPP to provide for the division of unadjusted pensionable earnings between spouses that divorced on or after January 1, 1978. On August 28, 1984, the plaintiff applied to the

¹ Under s. 46 of the CPP, a retirement pension is a basic monthly amount equal to twenty-five percent (25%) of a contributor's average monthly pensionable earnings. This amount is subject to a number of detailed adjustments which need not be reviewed for purposes of this decision. The division of unadjusted pensionable earnings between divorced spouses would entitle the non-wage earning spouse to a portion of a wage-earning spouse's retirement pension. In this decision, for the sake of simplicity and because nothing turns on the term used, the term "pension credits" will be used synonymously with "unadjusted pensionable earnings".

² The Act covers wage earning individuals and self-employed individuals.

AVOCATS:

Stephen J. Goldman pour la demanderesse.
Roselyn J. Levine pour la défenderesse.

a PROCUREURS:

Stephen J. Goldman, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

b

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

LE JUGE ROTHSTEIN: Il s'agit d'une décision sur une question préliminaire de droit dont je suis saisi par ordonnance en date du 17 août 1992 du protonotaire adjoint Giles:

[TRADUCTION] La question se pose de savoir si la demande de la demanderesse nécessite une application rétroactive de l'art. 15 de la *Charte des droits et libertés* et ne saurait donc étayer une cause d'action valable.

LES FAITS

On peut brièvement exposer les faits qui ont donné lieu à cette question. La demanderesse a divorcé d'avec son mari le 13 février 1974. À cette époque, le *Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5, modifié, (RPC) ne prévoyait pas le partage entre les conjoints divorcés des «gains non ajustés ouvrant droit à pension¹» d'un conjoint salarié². Le 1^{er} janvier 1978, le *Régime de pensions du Canada* a été modifié par S.C. 1976-77, ch. 36, art. 7, pour ajouter l'article 53.2 au RPC prévoyant le partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension entre les conjoints qui ont divorcé le 1^{er} janvier 1978 ou après cette date. Le 28 août 1984, la demanderesse s'est adressée au ministre de la Santé et du Bien-être social

¹ En vertu de l'art. 46 du RPC, une pension de retraite est un montant mensuel de base égal à vingt-cinq pour cent (25 %) de la moyenne mensuelle des gains ouvrant droit à pension d'un cotisant. Ce montant est sujet à un nombre de rajustements détaillés qu'on n'a pas à examiner aux fins de la présente décision. Le partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension entre les conjoints divorcés permettrait au conjoint ne gagnant pas de salaire d'avoir droit à une part de la pension de retraite d'un conjoint salarié. Dans cette décision, par souci de simplicité et parce qu'aucune question ne porte sur le mot utilisé, l'expression «droit à pension» sera utilisée comme synonyme de «gains non ajustés ouvrant droit à pension».

² La Loi porte sur les salariés et sur ceux qui travaillent pour leur propre compte.

Minister of Health and Welfare for the equal division of her husband's unadjusted pensionable earnings.³ The application was denied on the grounds that the plaintiff was divorced before January 1, 1978 and that the application was not made within thirty-six months of the decree absolute of divorce as required by the 1978 amendment. The plaintiff pursued a series of appeals which were unsuccessful. Eventually, on January 7, 1991, she filed a statement of claim in the Federal Court seeking a declaration that section 53.2 of the CPP is unconstitutional as being contrary to 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]] as it constitutes discrimination on the basis of marital status, age and sex.

THE CHARTER CLAIM

I have not been asked to adjudicate on the merits of the plaintiff's claim. The preliminary question that I am asked to determine in this case is only whether the plaintiff's claim necessitates the retrospective application of the Charter. While the parties are in agreement as to the relevant facts, which is a normal condition precedent for the determination of a preliminary question of law, they are not in agreement as to the basis upon which the plaintiff's Charter claim arises.

Because the merits of the plaintiff's claim were not before me for determination, counsel for the parties, in their arguments, concentrated on the question of retrospectivity of the Charter and referred only minimally to the merits of the claim. Upon considering their respective arguments, it became apparent to me that the question of the retrospective application of the Charter could not be properly determined unless the basis of the plaintiff's Charter claim was clearly defined. A conference call was convened and I posed

³ The plaintiff's husband died on December 31, 1982. He had contributed to the CPP in 1966 and 1967. Thereafter, he had contributed to the Quebec Pension Plan. The defendant acknowledged that the plaintiff would be entitled to modest pension payments arising from her former husband's unadjusted pensionable earnings if she was successful in her claim.

pour solliciter le partage égal des gains non ajustés ouvrant droit à pension de son mari³. La demande a été rejetée pour le motif que la demanderesse avait divorcé avant le 1^{er} janvier 1978, et que la demande n'avait pas été présentée dans les trente-six mois du jugement irrévocable de divorce comme l'exige la modification de 1978. La demanderesse a interjeté une série d'appels qui ont été rejetés. En fin de compte, le 7 janvier 1991, elle a saisi la Cour fédérale d'une déclaration dans laquelle elle concluait à un jugement déclaratoire portant que l'article 53.2 du RPC, créant une discrimination fondée sur l'état familial, l'âge et le sexe, était inconstitutionnel parce qu'il allait à l'encontre de 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]].

LA DEMANDE FONDÉE SUR LA CHARTE

On ne m'a pas demandé de me prononcer sur le bien-fondé de la demande de la demanderesse. La question préliminaire qu'on me demande de trancher en l'espèce consiste à savoir si la demande de la demanderesse nécessite l'application rétroactive de la Charte. Bien que les parties conviennent des faits pertinents, ce qui constitue une condition normale préalable à la détermination d'une question de droit préliminaire, elles ne conviennent pas du fondement sur lequel repose la demande présentée par la demanderesse en vertu de la Charte.

Puisque je n'ai pas été saisi du bien-fondé de la demande de la demanderesse, les avocats des parties, dans leur argumentation, se sont concentrés sur la question de la rétroactivité de la Charte, et c'est dans une très faible mesure qu'ils ont fait mention du bien-fondé de la demande. Vu les arguments respectifs des avocats, il m'est apparu que la question de l'application rétroactive de la Charte ne pourrait être tranchée de façon appropriée à moins que le fondement de la demande présentée par la demanderesse en vertu de

³ Le mari de la demanderesse est mort le 31 décembre 1982. Il avait contribué au RPC en 1966 et 1967. Par la suite, il avait contribué au régime de rentes du Québec. La défenderesse a reconnu que la demanderesse aurait droit à un service modeste de la rente découlant des gains non ajustés ouvrant droit à pension de son mari si elle avait gain de cause dans sa demande.

the question as to the basis of the plaintiff's Charter claim directly to both counsel.

Counsel for the defendant referred me to paragraph 17(a) of the plaintiff's statement of claim which reads:

17.

THE PLAINTIFF THEREFORE CLAIMS AS FOLLOWS:

- (a) A Declaration, pursuant to Section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and Section 17 and 18 of the Federal Court Act, that Section 53.2 of the Canada Pension Plan, R.S. c. C-5, is unconstitutional as contrary to Section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms as constituting discrimination on the basis of marital status, age and sex.

She states that her understanding of the plaintiff's claim is that subsection 53.2(1) of the CPP, which does not provide for the splitting of pension credits between spouses divorced prior to January 1, 1978, while providing for such splitting between spouses divorced on or after that date, violates subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as it discriminates on the basis of marital status, age and sex.

Counsel for the plaintiff says that while discrimination created by subsection 53.2(1) constitutes one basis of the plaintiff's claim, the claim is not limited to subsection 53.2(1). He refers to paragraph 11 of the agreed statement of facts between the parties dated August 28, 1992 which states:

11. The plaintiff filed a Statement of Claim, claiming, *inter alia*, that the credit splitting provisions of the *Canada Pension Plan Act* [sic] are in violation of s. 15 of the *Charter of Rights and Freedoms* on the basis of marital status, age and sex, and seeks relief for such violations under s. 24 of the *Charter*.

Counsel for the plaintiff says that paragraph 11 contemplates something broader than just an attack on subsection 53.2(1) and that the defendant is bound by the agreed statement of facts. In his written submis-

la Charte n'ait été clairement défini. Une conférence téléphonique a été faite, et j'ai posé directement aux deux avocats la question du fondement de la demande présentée par la demanderesse en vertu de la Charte.

L'avocate de la défenderesse m'a renvoyé à l'alinéa 17a) de la déclaration de la demanderesse qui est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 17.

LA DEMANDERESSE CONCLUT ALORS À CE QUI SUIT:

- a) Un jugement déclaratoire, en application de l'article 24 de la Charte canadienne des droits et libertés, et des articles 17 et 18 de la Loi sur la Cour fédérale, portant que l'article 53.2 du Régime de pensions du Canada, S.R., ch. C-5, est inconstitutionnel contrairement à l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, parce qu'il crée une discrimination fondée sur l'état matrimonial, l'âge et le sexe.

Elle déclare que, si elle comprend bien les prétentions de la demanderesse, le paragraphe 53.2(1) du RPC, qui ne prévoit pas le partage du droit à pension entre les conjoints divorcés antérieurement au 1^{er} janvier 1978, tout en prévoyant le partage entre les conjoints divorcés à cette date ou après celle-ci, viole le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisqu'il crée une discrimination fondée sur l'état matrimonial, l'âge et le sexe.

L'avocat de la demanderesse dit que bien que la discrimination créée par le paragraphe 53.2(1) constitue un des fondements de la demande de la demanderesse, la demande n'est pas limitée au paragraphe 53.2(1). Il fait état du paragraphe 11 de l'exposé conjoint des faits entre les parties daté du 28 août 1992, lequel paragraphe est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 11. La demanderesse a déposé une déclaration, prétendant entre autres que les dispositions du Régime de pensions du Canada relatives au partage du droit à pension violent l'article 15 de la *Charte des droits et libertés* en créant une discrimination fondée sur l'état matrimonial, l'âge et le sexe, et elle se fonde sur l'article 24 de la *Charte* pour conclure à la réparation de ces violations.

L'avocat de la demanderesse dit que le paragraphe 11 envisage davantage qu'une simple contestation du paragraphe 53.2(1), et que la défenderesse est liée par l'exposé conjoint des faits. Dans sa conclusion écrite

sion dated October 28, 1993, the plaintiff says at page 3:

What we can see from a close analysis of the Statement of Claim is a very detailed and wide ranging attack on the credit splitting rules of entitlement and eligibility in regard to a wide range of individuals in various subcategories, as being discriminatory on [the] basis of marital status, and also on [the] basis of age and sex and alleged in further paragraphs of the Statement of Claim. This is quite consistent with the broad statement contained in Paragraph 11 of the Agreed Statement of Fact, which was of course agreed to by both parties as being the basis for this Motion.

As I have said, counsel for the parties did not dwell on the merits of the plaintiff's claim in their arguments before me. To the extent that they did address the merits it was with respect to subsection 53.2(1) of the CPP. If I accept the defendant's position, the plaintiff's claim is quite specific, based on discrimination created by subsection 53.2(1) of the CPP. If I accept the plaintiff's position, the plaintiff's claim is a broad, wide-ranging attack on the CPP, including, but not limited to an attack on subsection 53.2(1).

I would observe that the difficulty that has arisen in this case as to the definition of the plaintiff's claim suggests that the posing of a preliminary question of law for determination in Charter cases must be carefully considered because of the unique feature of a Charter challenge. In non-Charter cases, an agreement as to relevant facts is usually sufficient. When there can be agreement as to facts, the determination of a question of law on a preliminary basis may be an expeditious way of obviating the need for a trial, or at least reducing the issues for consideration at the trial. However, in a Charter challenge, an agreement as to facts between the parties may be insufficient because the challenge, as in this case, may be as to the validity, applicability or operability of a law. Unless the law being challenged is clearly defined, preliminary questions relating to that law cannot be properly answered.

While I cannot say that the plaintiff may not have a valid Charter claim somewhere within her wide-ranging attack, on a basis other than subsection 53.2(1), the merits of the attack other than in respect of sub-

datée du 28 octobre 1993, la demanderesse dit à la page 3:

[TRADUCTION] Une analyse rigoureuse de la déclaration révèle une contestation détaillée et d'une grande portée des règles du droit et de l'admissibilité au partage du droit à pension à l'égard d'une grande variété d'individus appartenant à diverses sous-catégories, parce qu'elles créent une discrimination fondée sur l'état matrimonial et également sur l'âge et le sexe, comme il est allégué dans d'autres paragraphes de la déclaration. Ceci correspond tout à fait à la déclaration d'une grande portée figurant au paragraphe 11 de l'exposé conjoint des faits, dont les deux parties ont bien entendu convenu qu'il forme le fondement de la présente requête.

Ainsi que je l'ai dit, les avocats des parties n'ont pas insisté sur le bien-fondé de la demande de la demanderesse dans leur argumentation devant moi. Dans la mesure où ils en ont parlé, c'était en relation avec le paragraphe 53.2(1) du RPC. Si j'accepte la position de la défenderesse, la demande de la demanderesse est bien précise, fondée sur la discrimination créée par le paragraphe 53.2(1) du RPC. Si j'accepte la position de la demanderesse, sa demande conteste dans une grande mesure le RPC, dont le paragraphe 53.2(1), sans toutefois s'y limiter.

Je ferais remarquer que la difficulté soulevée en l'espèce par la définition de la demande de la demanderesse montre que le fait de soumettre une question de droit préliminaire dans des affaires fondées sur la Charte doit être examiné attentivement en raison de la caractéristique unique d'une contestation fondée sur la Charte. Dans des affaires non fondées sur la Charte, un accord sur les faits pertinents suffit habituellement. Lorsqu'il peut y avoir accord sur les faits, trancher au préalable une question de droit peut constituer un moyen expéditif de parer à la nécessité d'un procès, ou, à tout le moins, de réduire les points litigieux à examiner au procès. Toutefois, dans une contestation fondée sur la Charte, un accord sur les faits conclu entre les parties ne suffit peut-être pas parce que la contestation, comme en l'espèce, peut porter sur la validité et l'applicabilité d'une loi. À moins que la loi contestée ne soit clairement définie, les questions préliminaires relatives à cette loi ne sauraient recevoir de réponse appropriée.

Bien que je ne puisse dire que la demanderesse, dans sa contestation de grande portée, n'a peut-être pas une action valable fondée sur la Charte pour un motif autre que le paragraphe 53.2(1), le bien-fondé

section 53.2(1) have not been argued. I myself am not able, on the material before me, to define, in specific terms, what or how other provisions of the CPP may offend the Charter for the purposes of this case. Without precluding the plaintiff from pursuing her claim as she sees fit, I must restrict my determination as to the retrospective application of the Charter to the only claim which has been defined and made understandable to me. This is the claim related to subsection 53.2(1).

THE ISSUE

Is the plaintiff asking the Court to grant Charter relief that relates to a discrete event that predated the Charter, namely her decree absolute of divorce which was granted on February 13, 1974? This would involve the retrospective application of the Charter.

Or is the plaintiff asking that she be afforded Charter relief having regard to her current status as a divorced individual and to ongoing discrimination under the CPP against certain divorced persons? This would involve the prospective application of the Charter to her current condition. The focus of the analysis in this case will be on these questions.

RELEVANT LAW

The relevant provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B of the *Canada Act 1982*, 1982, c. 11, (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] are subsections 15(1) and 24(1):

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.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a

de la contestation autrement qu'à l'égard du paragraphe 53.2(1) n'a pas fait l'objet d'un débat. Moi-même, je ne suis pas en mesure, compte tenu des documents dont je dispose, de déterminer, en termes précis, quelles autres dispositions du RPC peuvent aller à l'encontre de la Charte aux fins de l'espèce, ni de déterminer la façon dont elles violent celle-ci. Sans empêcher la demanderesse d'intenter son action comme elle l'entend, je dois limiter ma décision quant à l'application rétroactive de la Charte à la seule demande qui a été définie et m'a été exposée de façon compréhensible. Il s'agit de la demande relative au paragraphe 53.2(1).

LE POINT LITIGIEUX

La demanderesse demande-t-elle à la Cour d'accorder une réparation prévue par la Charte qui se rapporte à un événement particulier antérieur à l'avènement de celle-ci, à savoir son jugement irrévocable de divorce accordé le 13 février 1974? Cela nécessiterait l'application rétroactive de la Charte.

Ou bien, la demanderesse demande-t-elle à obtenir une réparation prévue par la Charte compte tenu de sa condition actuelle de divorcée et de la discrimination continue créée par le RPC à l'encontre de certaines personnes divorcées? Cela nécessiterait l'application prospective de la Charte à sa condition actuelle. L'analyse qui sera faite en l'espèce se concentrera sur ces questions.

LE DROIT APPLICABLE

Les dispositions applicables de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, S.C. 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] sont les paragraphes 15(1) et 24(1):

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.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente

court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

By virtue of subsection 32(2) of the Charter, section 15 came into force on April 17, 1985.

The relevant provision of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5, as amended, is subsection 53.2(1), enacted by S.C. 1976-77, c. 36, s. 7:

53.2 (1) An application in writing to the Minister may be made by or on behalf of either former spouse to a marriage or his estate or such person as may be prescribed by regulation within 36 months of the date of a decree absolute of divorce or of a judgment of nullity of the marriage, granted or rendered on or after January 1, 1978, for a division of the unadjusted pensionable earnings of the former spouses.⁴

Should I find that the plaintiff's claim necessitates a retrospective application of subsection 15(1) of the Charter, the question as to whether the Charter may be applied retrospectively must be determined. If it cannot be applied retrospectively, the plaintiff will be left without a Charter remedy. If, however, I find that the plaintiff's claim does not necessitate a retrospective application of the Charter, then this Court will consider her claim to Charter relief on its merits.

THE LEGISLATIVE HISTORY

The CPP came into force on May 5, 1965 [S.C. 1964-65, c. 51]. The pension-splitting provision, sub-

⁴ S. 53.2(1) was amended by S.C. 1986, c. 38, s. 22 and is now referred to under R.S.C., 1985, c. C-8 as s. 55(1). The subsection was further amended by S.C. 1991, c. 44, s. 6. The current provision reads:

55. (1) Subject to this section, subsections 55.2(2), (3) and (4) and section 55.3, an application for a division of the unadjusted pensionable earnings of the former spouses to a marriage may be made in writing to the Minister by or on behalf of either former spouse, by the estate of either former spouse or by such person as may be prescribed, within thirty-six months after the date of a decree absolute of divorce, of a judgment granting a divorce under the *Divorce Act* or of a judgment of nullity of the marriage, granted or rendered on or after January 1, 1978 and before the coming into force of section 55.1.

For the purposes of this case, the 1987 and 1991 amendments and the 1985 consolidation do not affect the plaintiff's claim.

charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

En vertu du paragraphe 32(2) de la Charte, l'article 15 est entré en vigueur le 17 avril 1985.

La disposition applicable du *Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5, modifié, est le paragraphe 53.2(1) édicté par S.C. 1976-77, ch. 36, art. 7:

53.2 (1) Une demande écrite de partage des gains non ajustés des anciens conjoints ouvrant droit à pension peut être présentée au Ministre par un des anciens conjoints, ou en son nom, par ses ayants droit, ou par les personnes autorisées par règlement, dans les 36 mois de la date du jugement irrévocable de divorce ou du jugement en nullité de mariage, pourvu qu'il ne soit pas antérieur au 1^{er} janvier 1978⁴.

Si je devais conclure que la demande de la demanderesse nécessite une application rétroactive du paragraphe 15(1) de la Charte, la question de savoir si celle-ci peut être appliquée rétroactivement doit être tranchée. Si on ne peut l'appliquer rétroactivement, la demanderesse n'aura pas droit à une réparation prévue par la Charte. Si, toutefois, je conclus que la demande de la demanderesse ne nécessite pas une application rétroactive de la Charte, cette Cour examinera alors le bien-fondé de sa prétention à une réparation prévue par la Charte.

L'HISTORIQUE LÉGISLATIF

Le RPC est entré en vigueur le 5 mai 1965 [S.C. 1964-65, ch. 51]. La disposition sur le partage de la

⁴ L'art. 53.2(1) a été modifié par S.C. 1986, ch. 38, art. 22, et il est maintenant désigné dans les L.R.C. (1985), ch. C-8, comme étant l'art. 55(1). Il a de nouveau été modifié par L.C. 1991, ch. 44, art. 6. La disposition actuelle est ainsi rédigée:

55. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, des paragraphes 55.2(2), (3) et (4) et de l'article 55.3, une demande écrite de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension d'anciens conjoints peut, dans les trente-six mois de la date d'un jugement irrévocable de divorce, d'un jugement accordant un divorce conformément à la *Loi sur le divorce* ou d'un jugement accordant la nullité d'un mariage, s'il est rendu avant l'entrée en vigueur de l'article 55.1 sans l'avoir été avant le 1^{er} janvier 1978, être présentée au ministre par, ou de la part de, l'un ou l'autre des anciens conjoints, par leurs ayants droit ou par toute personne prescrite par règlement.

Aux fins de l'espèce, les modifications de 1987 et de 1991 et la refonte de 1985 ne touchent pas la demande de la demanderesse.

section 53.2(1), came into force on January 1, 1978. The subsection required an application to the Minister of Health and Welfare for a division of pension credits within thirty-six months of the date of a decree absolute of divorce rendered on or after January 1, 1978.

Counsel for the defendant explained that it was at this time, in the mid-to-later 1970s, that the courts and legislatures of this country were recognizing that spouses, usually wives, many of whom did not themselves engage in wage-earning employment, but rather, worked in the household, should be recognized as contributing to the opportunity of the wage earner to accumulate assets. As the courts were developing and refining the concepts of unjust enrichment and constructive trust in the family law context, legislatures were adapting their statutes to recognize the previously ignored contribution of spouses in the home to the accumulation of family assets. Prior to 1978, pension credits earned under the CPP belonged solely to the spouse who made the CPP contributions from his or her earnings. The amendments enacted by Parliament for effect on January 1, 1978, entitled spouses divorced on or after that date, upon application made within thirty-six months of the decree absolute of divorce, to a split of pension credits under the CPP. These amendments, as far as they went, were consistent with court decisions and the actions of other legislatures in the family law context at the time.

However, Parliament did not grant the right to all divorced spouses. Subsection 53.2(1) was expressly made prospective. Although the legislation was passed by Parliament on July 14, 1977, it was not proclaimed in force until January 1, 1978. Subsection 53.2(1) expressly limited pension credit splitting to spouses divorced on or after January 1, 1978. Counsel for the defendant explained that the thinking behind the amendment at the time may have been that divorced parties may have had rights that had become vested based upon their understanding of the law at the time of their divorce. Agreements or court orders between spouses prior to 1978 may have been presumed to have taken into account that pension credits

pension, c'est-à-dire le paragraphe 53.2(1), est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1978. Ce paragraphe exige qu'une demande de partage du droit à pension soit présentée au ministre de la Santé et du Bien-être social dans les trente-six mois de la date du jugement irrévocable de divorce, pourvu qu'il ne soit pas antérieur au 1^{er} janvier 1978.

L'avocate de la défenderesse a expliqué que c'était à cette époque, au milieu des années 1970 jusqu'à la fin de cette décennie, que les tribunaux et les législatures de ce pays avaient reconnu que les conjoints, habituellement les épouses, dont beaucoup n'occupaient pas un emploi rémunéré, mais travaillaient à la maison, devraient être reconnus comme aidant le salarié à accumuler des biens. Comme les tribunaux élaboraient et précisaient les concepts de l'enrichissement sans cause et de la fiducie implicite dans le contexte du droit de la famille, les législatures adaptaient leurs lois pour reconnaître la contribution auparavant ignorée des conjoints restant à la maison à l'accumulation des biens de la famille. Antérieurement à 1978, le droit à pension obtenu en vertu du RPC appartenait uniquement au conjoint qui avait versé une cotisation au RPC au moyen de ses gains. Les modifications proclamées en vigueur le 1^{er} janvier 1978 par le Parlement permettaient aux conjoints divorcés à cette date ou après celle-ci, sur demande présentée dans les trente-six mois du jugement irrévocable de divorce, d'avoir droit à un partage du droit à pension en application du RPC. Ces modifications, dans leur portée, étaient conformes aux décisions judiciaires et aux actes d'autres législatures dans le contexte du droit de la famille de l'époque.

Toutefois, le législateur n'a pas accordé le droit à tous les conjoints divorcés. Le paragraphe 53.2(1) a expressément reçu un caractère prospectif. Bien que la Loi ait été adoptée par le Parlement le 14 juillet 1977, elle a été proclamée en vigueur seulement le 1^{er} janvier 1978. Le paragraphe 53.2(1) a expressément limité le partage du droit à pension aux conjoints divorcés le 1^{er} janvier 1978 ou après cette date. L'avocate de la défenderesse a expliqué que l'idée derrière la modification à l'époque était peut-être que les parties divorcées pouvaient avoir des droits qui étaient devenus des droits acquis compte tenu de leur compréhension de la loi à l'époque de leur divorce. On a peut-être présumé que les accords ou les ordon-

under the CPP were not subject to being split. It was suggested that there was a deliberate lag between the date Parliament passed the credit splitting amendment, July 14, 1977, and its proclamation date, January 1, 1978, to enable spouses going through divorces at that very time, to arrange their affairs having regard to the proposed change.

As earlier outlined, there were amendments in 1987 and 1991, neither of which affected the plaintiff's claim in this case. Under R.S.C., 1985, c. C-8 the provision is now referred to as subsection 55(1).

ANALYSIS

An explanation of a retrospective statute is given by E. A. Driedger, in "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at pages 268-269:

A retrospective statute *operates forwards*, but it looks backwards in that it attaches new consequences *for the future* to an event that took place before the statute was enacted.

The general rule against the retrospective application of statutes was expressed by Dickson J., as he then was, in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at page 279:

The general rule is that statutes are not to be construed as having retrospective operation unless such a construction is expressly or by necessary implication required by the language of the Act.

The rule against retrospective application of statutes is applicable to the *Charter of Rights and Freedoms*. In *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, Le Dain J., at page 1157 stated:

... the *Charter* cannot be given retrospective application.

This is clear and unmistakable language. If the plaintiff's claim in this case involves the retrospective application of the *Charter*, she cannot be afforded *Charter* relief.

nances judiciaires antérieurs à 1978 et liant les conjoints avaient tenu compte du fait que le droit à pension en application du RPC n'était pas sujet à partage. On a laissé entendre qu'il y avait eu un écart intentionnel entre la date à laquelle le Parlement a adopté la modification portant sur le partage du droit à pension, soit le 14 juillet 1977, et sa date d'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1978, pour permettre aux conjoints accomplissant des formalités de divorce à ce moment même de régler leurs affaires en tenant compte du changement projeté.

Ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, il y a eu des modifications en 1987 et 1991, et ni l'une ni l'autre de ces modifications n'ont touché la demande présentée par la demanderesse en l'espèce. En vertu des L.R.C. (1985), ch. C-8, la disposition est maintenant le paragraphe 55(1).

L'ANALYSE

Dans l'ouvrage «Statutes: Retroactive Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. can.*, 264, aux pages 268 et 269, E. A. Driedger explique ce qu'est une loi rétroactive:

[TRADUCTION] 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 l'égard d'un événement qui a eu lieu avant l'adoption de la loi.

La règle générale interdisant l'application rétroactive des lois a été énoncée par le juge Dickson, tel était alors son titre, dans l'affaire *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, à la page 279:

Selon la règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation.

La règle interdisant l'application rétroactive des lois est applicable à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'arrêt *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, le juge Le Dain s'est prononcé en ces termes à la page 1157:

... la *Charte* ne peut recevoir d'application rétroactive.

Il s'agit d'un langage clair et sans ambiguïté. Si la demande de la demanderesse en l'espèce nécessite l'application rétroactive de la *Charte*, elle ne saurait obtenir une réparation prévue par la *Charte*.

However, recognition of the clear rule against the retrospective application of the Charter does not end the analysis. The relevant facts and law must be carefully considered to determine whether, in a given case, a retrospective or prospective application of the Charter is involved. In some circumstances, it will be necessary for a court to consider pre-Charter history, but this will not always be considered a retrospective application of the Charter when an alleged current Charter violation is being considered. Wilson J., in *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, stated, at pages 625-626:

Frequently an alleged current violation [of the Charter] will have to be placed in the context of its pre-Charter history in order to be fully appreciated.

Charter standards cannot be applied to events occurring before its proclamation but it would be folly, in my view, to exclude from the Court's consideration crucial pre-Charter history.

The analysis of Wilson J. in *Gamble* suggests that there are two types of cases that touch on the issue of the retrospective application of the Charter. The first is what may be termed the "event related" case. This would be a case in which the alleged contravention of the Charter is related to a discrete event which occurred before the Charter came into force. The jurisprudence indicates that in a pre-Charter event related case, an applicant will not have a Charter remedy. Criminal cases often fall into this category, with the time an offence is committed, a conviction entered or sentence imposed being the critical elements. When an offence has been committed, conviction entered or sentence imposed before the coming into force of the Charter, Charter relief will not normally be available to an accused. See for example, *R. v. Stevens*, *supra*.

The second type of case that touches on the issue of the retrospective application of the Charter is what may be termed the "status related" case. This is a case in which regard is to be had to an ongoing state of affairs. In such a case, a Charter remedy may be

Toutefois, la reconnaissance de la règle claire interdisant l'application rétroactive de la Charte ne met pas fin à l'analyse. Il faut examiner attentivement les faits pertinents et la règle pour déterminer si, dans un cas donné, il y a lieu à une application rétroactive ou prospective de la Charte. Dans certaines circonstances, il sera nécessaire pour un tribunal d'examiner les événements antérieurs à la Charte, mais cette démarche ne sera pas toujours considérée comme une application rétroactive de la Charte lorsqu'est étudiée une prétendue violation actuelle de la Charte. Dans l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, le juge Wilson a tenu les propos suivants aux pages 625 et 626:

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*.

Les normes de la *Charte* ne peuvent s'appliquer à des événements qui se sont produits avant sa proclamation, mais ce serait folie, à mon avis, de soustraire à l'examen du tribunal des événements cruciaux antérieurs à la *Charte*.

Il ressort de l'analyse faite par le juge Wilson dans l'arrêt *Gamble* qu'il existe deux types de cas qui portent sur la question de l'application rétroactive de la Charte. On peut qualifier le premier cas de cas [TRADUCTION] «relié à des événements». Il s'agirait d'un cas où la prétendue violation de la Charte est reliée à un événement précis et isolé qui a eu lieu avant l'entrée en vigueur de celle-ci. Il découle de la jurisprudence que dans un cas relié à des événements antérieurs à la Charte, le requérant n'obtiendra pas une réparation prévue par cette dernière. Les affaires criminelles tombent souvent dans cette catégorie, le moment où une infraction est commise, une condamnation prononcée ou une peine imposée étant l'élément crucial. Lorsqu'une infraction a été commise, une condamnation prononcée ou une peine imposée avant l'entrée en vigueur de la Charte, l'accusé n'aura normalement pas droit à une réparation prévue par elle. Voir par exemple l'arrêt *R. c. Stephens* précité.

Pour ce qui est du second type de cas qui touche la question de l'application rétroactive de la Charte, on peut le qualifier de cas [TRADUCTION] «relié à une situation». Il s'agit d'un cas dans lequel il faut tenir compte de la situation en cours. En pareil cas, une

available if it can be demonstrated that there is an ongoing violation of the Charter, even though, for this to be found, there may have to be some cognizance of pre-Charter events. Thus, in *R. v. Konechny* (1983), 6 D.L.R. (4th) 350 (B.C.C.A.) (leave to appeal to S.C.C. refused, [1984] 1 S.C.R. ix), the British Columbia Court of Appeal ruled that the application of sections 9 and 12 of the Charter to the execution of a sentence constituted a prospective application of the Charter even though the criminal act, conviction and sentence all took place prior to the Charter coming into force. Macfarlane J.A. stated, at page 368:

Sections 9 and 12 do not focus on the date of the order imposing imprisonment or punishment, but on the imprisonment or punishment itself, which in this case is yet to occur. I conclude, therefore, that ss. 9 and 12 of the Charter could apply in this case.

In *Gamble, supra*, Wilson J. distinguished between crystallization or event related cases on the one hand, and ongoing condition or status related cases on the other, and the Charter implications to each. At page 627, she describes the crystallization or event related cases in the following manner:

Different rights and freedoms, depending on their purpose and the interests they are meant to protect, will crystallize and protect the individual at different times. Our previous decisions on the retrospective application of the Charter are consistent with an approach which pays attention to differences in the purposes of the relevant rights and freedoms. For example, procedural rights will crystallize at the time of the process: *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181. Rights against unreasonable searches and seizures will crystallize at the time of the search and seizure: *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669. Substantive guarantees that the accused receive the benefit of his or her subjective mistake of fact crystallize at the time the offence was committed: *R. v. Stevens, supra*. The right against the introduction of self-incriminating evidence crystallizes at the time the evidence is sought to be introduced in a proceeding even although the testimony was originally provided well before the Charter came into force: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350.

At page 628, she deals with ongoing condition or status related cases:

réparation prévue par la Charte est possible si on peut démontrer qu'il existe une violation continue de la Charte, même si cette conclusion peut obliger à prendre connaissance d'événements antérieurs à la Charte. C'est ainsi que dans la décision *R. v. Konechny* (1983), 6 D.L.R. (4th) 350 (C.A.C.-B.) (autorisation de se pourvoir devant la C.S.C. refusée, [1984] 1 R.C.S. ix), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que l'application des articles 9 et 12 de la Charte à l'exécution d'une peine constituait une application prospective de la Charte même si l'acte criminel, la condamnation et l'imposition d'une peine avaient tous eu lieu antérieurement à l'entrée en vigueur de la Charte. Le juge d'appel Macfarlane a déclaré à la page 368:

[TRADUCTION] Les articles 9 et 12 ne s'arrêtent pas à la date de l'ordonnance imposant l'emprisonnement ou une autre peine; ils insistent plutôt sur la peine ou l'emprisonnement eux-mêmes, qui n'ont pas encore été infligés en l'espèce. Je conclus donc que les articles 9 et 12 de la Charte pourraient s'appliquer en l'espèce.

Dans l'arrêt *Gamble* précité, le juge Wilson fait la distinction entre la cristallisation ou les cas reliés à des événements d'une part, et les cas reliés à la condition ou à la situation en cours d'autre part, et les conséquences de la Charte sur chacun de ces cas. À la page 627, elle décrit de la façon suivante la cristallisation ou les cas reliés à des événements:

Des droits et des libertés différents, selon leur objet et les intérêts qu'ils visent à protéger, se cristalliseront et protégeront l'individu à différents moments. Nos décisions antérieures sur l'application rétroactive de la Charte sont compatibles avec un point de vue qui tient compte des différences d'objet des droits et libertés applicables. Par exemple, les droits en matière de procédure se cristallisent au moment où la procédure se déroule: *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181. Les droits à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives se cristallisent au moment de la fouille, de la perquisition ou de la saisie en question: *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669. Les garanties, sur le plan du fond, que l'inculpé profite de son erreur de fait subjective se cristallisent au moment où l'infraction est commise: *R. c. Stevens*, précité. Le droit à la protection contre l'utilisation d'un témoignage auto-incriminant se cristallise au moment où l'on cherche à utiliser ce témoignage dans une instance même si, à l'origine, il a été donné bien avant l'entrée en vigueur de la Charte: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

À la page 628, elle se penche sur les cas reliés à la condition ou situation en cours:

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 of state of affairs. Pre-trial delay under s. 11(b) is a good example: *R. v. Antoine*. Section 15 may also fall into this category. Morden J.A. recognized in *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (Ont. C.A.) that there was such a thing as a continuing discriminatory practice under s. 15 of the *Charter*.

It would appear that it is not always possible to make sharp distinctions between event related and status related cases. A person's status or ongoing condition may arise by virtue of a discrete event. For example, a widow or widower is a person whose spouse has died. The status or ongoing condition of widowhood arises because of the death of the spouse. A divorced person is one who has obtained a court order or decree of divorce. The status or ongoing condition of being divorced arises because of the court issuing a decree or order of divorce.

Counsel for the defendant seemed to suggest that when a status or ongoing condition arises because of the happening of an event, the case would always be event related. In her submission, the status of being divorced can only arise from a court order or decree of divorce and therefore cases involving divorce would always be event related. However, it is difficult to envisage many situations in which a status or ongoing condition does not arise from a discrete event. Perhaps being single (unmarried) is an example of a status that does not arise from a discrete event. But clearly, many other ongoing conditions would arise from discrete events. The proposition that the *Charter* cannot be invoked to protect against an ongoing violation of the *Charter* when that violation arises from a discrete pre-*Charter* event seems to me to be an all-encompassing approach that is not consistent with the approach of the British Columbia Court of Appeal in *Konechny, supra*, and the analysis of Wilson J. in *Gamble, supra*. If, in a given case, there is an ongoing violation of the *Charter*, *Charter* relief is not precluded simply for the reason that the

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. La question du délai avant le procès, aux termes de l'al. 11b), en est un bon exemple: *R. v. Antoine*. L'article 15 peut aussi relever de cette catégorie. Le juge Morden a reconnu, dans l'arrêt *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A. Ont.), qu'une pratique discriminatoire continue, cela existe et relève de l'art. 15 de la *Charte*.

Il semblerait qu'il ne soit pas toujours possible de faire une distinction marquée entre les cas reliés à des événements et les cas reliés à une situation. La situation d'une personne ou sa condition en cours peut survenir par suite d'un événement précis et isolé. Par exemple, un veuf ou une veuve est une personne dont le conjoint est mort. La situation ou la condition en cours de veuvage survient en raison du décès du conjoint. Un divorcé est celui qui a obtenu une ordonnance judiciaire ou jugement de divorce. La situation ou la condition en cours de divorcé survient lorsque la cour rend un jugement ou une ordonnance de divorce.

L'avocate de la défenderesse semblait laisser entendre que lorsqu'une situation ou condition en cours découle d'un événement, le cas serait toujours un cas relié à un événement. Selon elle, l'état de divorcé ne peut découler que d'une ordonnance judiciaire ou d'un jugement de divorce, et, en conséquence, les cas de divorce seraient toujours des cas reliés à un événement. Toutefois, il est difficile d'envisager beaucoup de cas dans lesquels une situation ou condition en cours ne découle pas d'un événement précis et isolé. Peut-être le fait d'être célibataire (non marié) est-il un exemple de situation qui ne découle pas d'un événement précis et isolé. Mais, à l'évidence, beaucoup d'autres conditions en cours découleraient d'événements précis et isolés. L'idée qu'on ne saurait invoquer la *Charte* pour protéger contre une violation en cours de celle-ci lorsque cette violation découle d'un événement précis et isolé antérieur à la *Charte* me semble être une approche tout ou rien qui n'est pas conforme à l'approche adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Konechny* (précitée), ni à l'analyse faite par le

ongoing violation arose from a discrete event that predated the Charter. It is necessary, in each case, to have regard for the facts and the applicable law in order to determine whether the focus is on a discrete event or an ongoing condition. More specifically, whether in any given case, the focus is on the discrete event or on the ongoing condition, will require consideration of (i) the provisions of the Charter upon which reliance is placed, (ii) where applicable, the statutory provision being challenged and (iii) the relevant event or ongoing condition.

(i) In the case at bar, it is subsection 15(1) of the Charter upon which reliance is placed. In *Gamble*, *supra*, Wilson J. expressed the view that section 15 may fall into the category of a provision designed to protect against ongoing discriminatory conditions. Morden J.A., in *Re McDonald and The Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745 (C.A.), recognized that there was such a thing as continuing discriminatory practices under section 15 of the Charter. In *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1994] 1 F.C. 250 (C.A.), a recent decision of the Federal Court of Appeal, Létourneau J.A. recognized the application of section 15 to ongoing discriminatory practices although that approach, in his view, was not applicable in that case. At page 291 of his reasons he stated:

As it appears from this statement [of Wilson J. in *Gamble*, *supra*], it is important to determine the point in time at which the right to equality without discrimination under section 15 crystallizes. It also appears that there may be a continuing discriminatory practice which would call for an application of section 15 of the Charter although this would require that the Court take cognizance of pre-Charter events. To say that, however, is not to say that section 15 of the Charter applies every time one can establish that he still suffers from past discrimination. For section 15 to apply, there has to be an actual or an ongoing discrimination which deprives one of equal protection and benefit of the law. It 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 section 15, provided the victims still suffer from that past discrimination. [My underlining.]

juge Wilson dans l'affaire *Gamble* (précitée). Si, dans un cas donné, il existe une violation en cours de la Charte, une réparation prévue par celle-ci n'est pas écartée simplement parce que la violation en cours découle d'un événement précis et isolé antérieur à la Charte. Il est nécessaire, dans chaque cas, de tenir compte des faits et de la loi applicable pour déterminer si l'accent porte sur un événement précis et isolé ou sur une condition en cours. Plus précisément, pour déterminer si, dans un cas donné, l'accent porte sur l'événement précis et isolé ou sur la condition en cours, on devra examiner i) les dispositions de la Charte invoquées, ii) le cas échéant, la disposition législative contestée et iii) l'événement pertinent ou la condition en cours.

i) En l'espèce, c'est le paragraphe 15(1) de la Charte qui est invoqué. Dans l'affaire *Gamble* (précitée), le juge Wilson a exprimé le point de vue selon lequel l'article 15 pouvait relever de la catégorie des dispositions destinées à protéger contre des conditions discriminatoires persistantes. Dans *Re McDonald and The Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745 (C.A.), le juge d'appel Morden a reconnu que les pratiques discriminatoires continues existent bel et bien et relèvent de l'article 15 de la Charte. Dans l'affaire récente *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] 1 C.F. 250, de la Cour d'appel fédérale, le juge Létourneau a reconnu l'application de l'article 15 à des pratiques discriminatoires persistantes bien que cette approche, à son avis, ne fût pas applicable dans cette affaire. À la page 291 de ses motifs, il a déclaré:

Il ressort de la conclusion ci-dessus qu'il est important de déterminer le moment où le droit à l'égalité sans discrimination, que garantit l'article 15, se cristallise. Et qu'il se peut qu'il y ait une pratique discriminatoire persistante qui appellerait l'application de l'article 15 de la Charte, encore que cette application puisse obliger la Cour à prendre acte de faits antérieurs à la Charte. Cela ne revient cependant pas à dire que l'article 15 s'applique chaque fois que le plaignant peut prouver qu'il souffre encore d'une discrimination passée. Pour que l'article 15 s'applique, il faut qu'il y ait un acte discriminatoire actuel ou en cours, qui prive l'intéressé de la protection et du bénéfice de la loi, dont jouissent les autres. 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. [C'est moi qui souligne.]

These authorities satisfy me that while subsection 15(1) of the Charter may apply to a discrete event of discrimination, the subsection is broad enough to apply to discrimination of an ongoing nature as well.

(ii) Whether the statutory provision alleged to violate the Charter should be viewed as event related or ongoing condition related will require close inspection of the words of the provision itself. Is the primary focus of the impugned statutory provision which creates the alleged discrimination on an ongoing condition? Or does the context of the alleged discriminatory statutory provision suggest that significant regard is to be had to the event giving rise to an ongoing condition? If that event predates the Charter, application of the Charter would be retrospective and relief would not be available. Counsel for the defendant submitted that if the impugned provision makes reference to a date, as does subsection 53.2(1) of the CPP, the necessary implication is that primary regard is to be had to the event and not the ongoing condition that might also be contemplated by the provision. In such a case, in her view, the event cannot be treated as incidental and a retrospective application of the Charter would be involved. I would agree that a date in a statutory provision would seem to suggest that significant regard would have to be had to the event contemplated by the provision.

(iii) A final consideration relates to the event or ongoing condition. As I earlier stated, ongoing conditions often arise from discrete events. Where the facts indicate that both an event and an ongoing condition are present, it is necessary to return to the statutory provision being impugned to see if its primary focus is on the ongoing condition or on the event giving rise to the ongoing condition. In the case at bar, it is quite clear that if subsection 53.2(1) is event related, the relevant event, the granting of the plaintiff's decree absolute of divorce, predated the coming into force of subsection 15(1) of the Charter and the retrospective application of the Charter would be involved. If subsection 53.2(1) is ongoing condition related, the plaintiff today has the condition or status

Ces décisions me convainquent que bien que le paragraphe 15(1) de la Charte puisse s'appliquer à un acte de discrimination précis et isolé, la portée de ce paragraphe est assez grande pour en étendre l'application à la discrimination de nature persistante.

ii) La question de savoir si la disposition législative dont on prétend qu'elle viole la Charte doit être considérée comme se rapportant à des événements ou à une condition en cours implique l'examen attentif du texte de la disposition elle-même. La disposition législative contestée qui crée la discrimination alléguée porte-t-elle principalement sur une condition en cours? Ou le contexte de cette disposition législative laisse-t-il entendre qu'il faut, dans une grande mesure, tenir compte de l'événement qui a donné lieu à une condition en cours? Si cet événement précède la Charte, l'application de la Charte serait une application rétroactive, et la réparation ne pourrait être accordée. L'avocate de la défenderesse soutient que si la disposition contestée fait état d'une date, comme le fait le paragraphe 53.2(1) du RPC, il s'ensuit nécessairement qu'il faut tenir compte principalement de l'événement précis et non de la condition en cours qui pourrait être également envisagée par la disposition. Dans un tel cas, d'après l'avocate, l'événement ne saurait être considéré comme accessoire et une application rétroactive de la Charte serait nécessaire. Je conviens qu'une date dans une disposition législative semblerait laisser entendre qu'il faut accorder une importance considérable à l'événement envisagé par la disposition.

iii) Un dernier examen se rapporte à l'événement précis ou à la condition en cours. Ainsi que je l'ai dit ci-dessus, les conditions en cours découlent souvent d'événements précis et isolés. Lorsqu'il ressort des faits que tant un événement qu'une condition en cours sont présents, il est nécessaire de se référer à la disposition législative contestée pour voir si l'accent est principalement mis sur la condition en cours ou sur l'événement qui a donné lieu à celle-ci. En l'espèce, il est bien clair que si le paragraphe 53.2(1) se rapporte à un événement, l'événement pertinent, c'est-à-dire l'octroi à la demanderesse d'un jugement irrévocable de divorce, a précédé l'entrée en vigueur du paragraphe 15(1) de la Charte, et que l'application rétroactive de la Charte serait nécessaire. Si le para-

of being divorced and no retrospectivity would be involved.

In this case, it is subsection 15(1) of the Charter that is being relied upon and, as I have stated, it is my view that it may be used to protect against ongoing discrimination. Moreover, while divorce may be viewed as an event, it is clearly also a status or ongoing condition. Thus, the first and third requirements for the prospective application of the Charter have been met. The difficult question in this case is whether the impugned statutory provision is event related or ongoing condition related.

Counsel for the plaintiff sought to rely on the decision of *Regina v. St. Mary, Whitechapel (Inhabitants)* (1848), 12 Q.B. 120; 116 E.R. 811. In *Whitechapel*, a woman's husband died and an order was made for the widow's removal from the parish in which she was residing. Before she was removed, the law relating to the removal of the poor was amended to restrain the removal of widows. The widow appealed her removal order on the ground that by virtue of the amendment to the poor law, she was rendered irremovable from her home parish for at least twelve months. The respondents contended that as she had become a widow before the passing of the amendment, she was removable.

In deciding the question and allowing the widow's appeal, Lord Denman C.J. found the relevant statutory provision prospective, relating to future removals, even though reference to facts occurring before the enactment of the amendment was necessary. At page 127 of Q.B. he stated:

First: was the pauper irremovable by stat. 9 & 10 Vict. c. 66, s. 2, which enacted that no woman residing in any parish with her husband at the time of his death shall be removed, nor shall any warrant be granted for her removal, from such parish for twelve months next after his death if she so long continue a widow? It was said that the operation of the statute was confined to persons who had become widows after the Act passed, and that the presumption against a retrospective statute being intended supported this construction: but we have before shown that the statute is in its direct operation prospective, as if

graphe 53.2(1) porte sur une condition en cours, la demanderesse a aujourd'hui la condition ou l'état de divorcée, et aucune rétroactivité ne serait en cause.

En l'espèce, c'est le paragraphe 15(1) de la Charte qu'on invoque, et, comme je l'ai dit, j'estime qu'on peut y recourir pour protéger contre une discrimination en cours. De plus, bien que le divorce puisse être considéré comme un événement, il s'agit, à l'évidence, également d'une situation ou d'une condition en cours. C'est ainsi que les première et troisième conditions de l'application prospective de la Charte ont été remplies. La question difficile qui se pose en l'espèce est de savoir si la disposition législative contestée se rapporte à un événement précis ou à une condition en cours.

L'avocat de la demanderesse a cherché à s'appuyer sur la décision *Regina v. St. Mary, Whitechapel (Inhabitants)* (1848), 12 Q.B. 120; 116 E.R. 811. Dans l'affaire *Whitechapel*, le mari d'une femme était mort, et une ordonnance avait été rendue pour expulser la veuve de la paroisse où elle résidait. Avant qu'on ne l'expulsât, la loi relative au déplacement des pauvres fut modifiée pour interdire d'expulser les veuves. La veuve interjeta appel de l'ordonnance d'expulsion, invoquant le motif que, en application de la modification apportée à la loi sur les pauvres, on ne pouvait l'expulser de la paroisse dans laquelle elle résidait pendant au moins douze mois. Les intimés prétendirent que, puisqu'elle était devenue veuve avant l'adoption de la modification, elle était susceptible d'être expulsée.

En tranchant la question et accueillant l'appel de la veuve, le lord juge en chef Denman a conclu au caractère prospectif de la disposition législative applicable, se rapportant à des expulsions futures, même si la prise en considération de faits antérieurs à la promulgation de la modification s'imposait. À la page 127 de Q.B., il a déclaré:

[TRADUCTION] En premier lieu, l'indigente était-elle non susceptible d'être expulsée en vertu de l'art. 2, ch. 66, loi Vict. 9 & 10, qui prévoyait qu'aucune femme résidant dans une paroisse avec son mari au moment de la mort de celui-ci ne devait être expulsée, qu'aucun mandat ne serait non plus décerné en vue de son expulsion, de cette commune et ce, pendant douze mois après la mort du mari pourvu qu'elle continuât d'être veuve? On a dit que la loi s'appliquait uniquement à des personnes qui étaient devenues veuves après son adoption, et que la présomption de non-rétroactivité des lois

relates to future removals only, and that it is not properly called a retrospective statute because a part of the requisites for its action is drawn from time antecedent to its passing. The clause is general, to prevent all removals of the widows described therein after the passing of the Act; the description of the widow does not at all refer to the time when she became widow: and we are therefore of opinion that the pauper was irremovable at the time she was removed. [Underlining mine.]

The plaintiff's claim in the case at bar is based on alleged discrimination created by subsection 53.2(1) of the CPP. Subsection 53.2(1) of the CPP has a commencement date of January 1, 1978. The statute in *Whitechapel* did not have a commencement date. This distinction was noted by Lord Denman C.J. when describing the statute:

... the description of the widow does not at all refer to the time when she became widow ...

In the case at bar, eligibility for pension credit splitting under subsection 53.2(1) requires that regard be had to when the decree absolute of divorce was granted. In my view, *Whitechapel* must be distinguished because, in the case at bar, the alleged discrimination created by the offending provision is focused on when a decree absolute of divorce was granted. This is especially the case because an application must be made within thirty-six months of the granting of the decree absolute. The description of a divorced person eligible for pension credit splitting is based on when the divorce was granted and on an application being brought within a specified period following the granting of the divorce. Indeed, the alleged discrimination arises out of the distinction made under subsection 53.2(1) between persons divorced before and after a specified date. The alleged discrimination created by the provision is clearly event related.

The plaintiff also sought to rely on *Re Sanderson and Russell* (1979), 24 O.R. (2d) 429 (C.A.). In that case, the Ontario Court of Appeal had to consider the application of the support provisions in Part II of the *Family Law Reform Act*, S.O. 1978, c. 2 [FLRA], to persons who had lived in a "common law" relation-

appuyait cette interprétation: mais nous avons indiqué que la loi était prospective dans son effet direct, puisqu'elle se rapportait à des expulsions futures seulement, et qu'il ne s'agissait pas à proprement parler d'une loi rétroactive puisqu'une partie des conditions nécessaires à son action était tirée de l'époque antérieure à son adoption. La disposition est générale, interdisant toute expulsion des veuves y désignées après l'adoption de la Loi: la désignation de la veuve par ce nom ne vise nullement l'époque où elle est devenue veuve; nous estimons donc que l'indigente n'était pas susceptible d'être expulsée au moment de son expulsion. [C'est moi qui souligne.]

La demande présentée par la demanderesse en l'espèce repose sur la discrimination que créerait le paragraphe 53.2(1) du RPC. La date d'entrée en vigueur de ce paragraphe est le 1^{er} janvier 1978. La loi en cause dans l'affaire *Whitechapel* n'avait pas de date d'entrée en vigueur. Cette distinction a été notée par le lord juge en chef Denman dans sa description de la loi:

[TRADUCTION] ... la désignation de la veuve par ce nom ne vise nullement l'époque où elle est devenue veuve ...

En l'espèce, pour déterminer l'admissibilité au partage du droit à pension sous le régime du paragraphe 53.2(1), il faut tenir compte du moment de l'octroi du jugement irrévocable de divorce. À mon avis, il faut distinguer l'espèce de l'affaire *Whitechapel* parce que, en l'espèce, la discrimination que créerait la disposition contestée porte principalement sur le moment où un jugement irrévocable de divorce a été accordé. C'est particulièrement le cas puisqu'une demande doit être présentée dans les trente-six mois de l'octroi du jugement irrévocable. La désignation des divorcés, par ce nom, admissibles au partage du droit à pension repose sur le moment où le divorce a été accordé et sur une demande présentée dans le délai imparti suivant l'octroi du divorce. En fait, la discrimination alléguée découle de la distinction faite sous le régime du paragraphe 53.2(1) entre les personnes divorcées avant ou après une date déterminée. La discrimination que créerait la disposition se rapporte, à l'évidence, à un événement.

La demanderesse a également cherché à s'appuyer sur la décision *Re Sanderson and Russell* (1979), 24 O.R. (2d) 429 (C.A.). Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario devait examiner l'application des dispositions sur la pension alimentaire figurant dans la partie II de la *Family Law Reform Act*, S.O.

ship before the Act came into force on March 31, 1978.

In dealing with whether the facts of that case would result in the retrospective application of the FLRA, Morden J.A., having regard to *Whitechapel*, *supra*, stated at pages 434-435:

When the legislation is understood this way it is not retrospective. This approach is supported by *The Queen v. Inhabitants of St. Mary, Whitechapel* (1848), 12 Q.B. 120 at p. 127, 116 E.R. 811, where the statute in question was "not properly called a retrospective statute because part of the requisites for its action (was) drawn from time antecedent to its passing". In that case the statute was concerned with a person who became a "widow" and it was held not to be relevant when the woman became a widow, *i.e.*, the statute was not retrospective if applied to a woman who became a widow before the statute became law. The same approach is applicable to the consideration of when a person becomes a "spouse", provided that he or she is one at the time of the application. These types of situations may be contrasted with cases where the "facts" or "considerations" on which the statute acts are *entirely* in the past, such as completed transfers of land (*Bingeman v. McLaughlin*, [1978] 1 S.C.R. 548, 77 D.L.R. (3d) 25, 28 R.F.L. 58) or contractual rights which are being asserted by way of action at the time of commencement of the new legislation (*Moon v. Durden* (1848), 2 Ex. 22, 154 E.R. 389). [Underlining mine.]

As in *Whitechapel*, *Re Sanderson and Russell* was concerned with a statute that did not contain a date. In the case at bar, subsection 53.2(1) of the CPP is expressly concerned with when a person became divorced. For this reason, *Re Sanderson and Russell* must be distinguished. In my view, it would seem impossible in this case to apply the Charter in any way except to relieve against a provision which makes a distinction between persons who were granted divorces before January 1, 1978, versus those who were granted divorces on or after that date. One is inexorably driven to looking at the event and when it took place, the date of the issuance of the decree of divorce.

I am not unmindful that the plaintiff is attempting to characterize her complaint as being related to her ongoing condition and the alleged discrimination which she continues to suffer as a divorced individual. But that is not the basis of her complaint as it

1978, ch. 2 [FLRA], à des personnes qui avaient vécu en «union de fait» avant l'entrée en vigueur de la Loi le 31 mars 1978.

En abordant la question de savoir si les faits de l'affaire entraîneraient l'application rétroactive de la FLRA, le juge d'appel Morden, en tenant compte de l'affaire *Whitechapel* précitée, s'est exprimé en ces termes aux pages 434 et 435:

[TRADUCTION] Entendue de cette façon, la loi n'est pas rétroactive. Cette approche est étayée par la décision *The Queen v. Inhabitants of St. Mary, Whitechapel* (1848), 12 Q.B. 120, à la p. 127, 116 E.R. 811, où, à propos de la loi en question, il est dit «qu'il ne s'agissait pas à proprement parler d'une loi rétroactive puisqu'une partie des conditions nécessaires à son action était tirée de l'époque antérieure à son adoption». Dans cette affaire, la loi visait les personnes qui étaient devenues «veuves», et il a été jugé que le moment où elles l'étaient devenues n'était pas pertinent, c.-à-d. que la loi n'était pas rétroactive si on l'appliquait à une femme qui était devenue veuve avant que la loi n'entrât en vigueur. La même approche est applicable à l'examen du moment où une personne devient un «conjoint», pourvu que lui ou elle le soit au moment de la demande. Ces types de situation peuvent être mis en contraste avec les cas où les «faits» ou les «éléments» sur lesquels la loi agit sont *entièrement* dans le passé, tels les transferts définitifs de biens-fonds (*Bingeman v. McLaughlin*, [1978] 1 R.C.S. 548, 77 D.L.R. (3d) 25, 28 R.F.L. 58) ou les droits contractuels qui sont invoqués par voie d'action au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (*Moon v. Durden* (1848), 2 Ex. 22, 154 E.R. 389). [C'est moi qui souligne.]

Comme l'affaire *Whitechapel*, l'affaire *Re Sanderson and Russell* portait sur une loi qui ne contenait pas de date. En l'espèce, le paragraphe 53.2(1) du RPC porte expressément sur le moment où une personne est devenue divorcée. C'est pour cette raison qu'il faut distinguer *Re Sanderson and Russell* de l'espèce. À mon avis, il semblerait impossible en l'espèce d'appliquer la Charte de quelque façon que ce soit, si ce n'est pour écarter une disposition qui fait la distinction entre les personnes qui ont obtenu le divorce avant le 1^{er} janvier 1978 et ceux qui l'ont obtenu à cette date ou après celle-ci. On est inexorablement amené à examiner l'événement et le moment où il a eu lieu, la date de la délivrance du jugement de divorce.

Je sais que la demanderesse tente de définir sa plainte comme étant reliée à sa condition en cours et à la discrimination alléguée dont elle continue de souffrir en tant que divorcée. Mais ce n'est pas là le fondement de sa plainte dans la mesure où elle se

pertains to subsection 53.2(1). The discrimination she alleges is that created by the subsection as between spouses divorced before January 1, 1978, and those divorced on or after that date. If Charter relief was available, it would eliminate the distinction based on when persons were granted decrees absolute or orders of divorce. The alleged discrimination created by the provision is thus event related.

In this respect, counsel for the defendant relied upon the decision of the Federal Court of Appeal in *Benner*, *supra*. The issue in *Benner* involved the *Citizenship Act*. The *Citizenship Act* of 1947 [*The Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15] provided that a person would be considered a natural-born Canadian if born outside Canada to a Canadian father but not to a Canadian mother, unless she was unmarried. In 1977, a new *Citizenship Act* [S.C. 1974-75-76, c. 108] was enacted which eliminated this distinction for children born after February 14, 1977. However, persons born on or before February 14, 1977, to a Canadian mother married to a non-Canadian father, outside Canada must still apply for citizenship. *Benner* was born outside Canada on August 29, 1962 to a Canadian mother married to a non-Canadian father. *Benner* was a convicted criminal and his application for citizenship was denied. To get around the refusal of his application and to obtain Canadian citizenship, he relied on section 15 of the Charter to challenge what he alleged was continuing discrimination against persons born outside Canada on or before February 14, 1977, to Canadian mothers married to non-Canadian fathers.

Marceau J.A., was of the view that the critical event was *Benner's* birth. He found, using the discrete event approach, that what *Benner* was really asking for was a retrospective application of the Charter which he refused. Létourneau J.A., took the same approach as Marceau J.A. Linden J.A., found the discrete event was the rejection of *Benner's* application for citizenship which took place on October 17, 1989, after the coming into force of the Charter. While he refused *Benner's* appeal, he did not do so

rapporte au paragraphe 53.2(1). La discrimination qu'elle allègue est celle créée par le paragraphe entre les conjoints divorcés avant le 1^{er} janvier 1978 et ceux divorcés à cette date ou après celle-ci. Si une réparation prévue par la Charte était possible, elle éliminerait la distinction reposant sur le moment où des personnes ont obtenu des jugements irrévocables ou des ordonnances de divorce. La discrimination créée par la disposition se rapporte donc à un événement.

À cet égard, l'avocate de la défenderesse s'est appuyée sur l'arrêt *Benner* (précité) de la Cour d'appel fédérale. Le point litigieux dans l'affaire *Benner* portait sur la *Loi sur la citoyenneté*. La *Loi sur la citoyenneté* de 1947 [*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15] prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire. En 1977, une nouvelle *Loi sur la citoyenneté* [S.C. 1974-75-76, ch. 108] a été promulguée pour éliminer cette distinction pour les enfants nés après le 14 février 1977. Toutefois, les personnes nées le 14 février 1977 ou avant cette date, d'une mère canadienne mariée à un père non canadien, hors du Canada doivent toujours demander la citoyenneté. *Benner* est né hors du Canada le 29 août 1962 d'une mère canadienne mariée à un père non canadien. *Benner* était un criminel reconnu, et sa demande de citoyenneté a été rejetée. Pour contourner le rejet de sa demande et pour obtenir la citoyenneté canadienne, il s'est appuyé sur l'article 15 de la Charte pour contester ce qui était, selon ses prétentions, une discrimination continue contre les personnes nées hors du Canada le 14 février 1977 ou avant cette date, de mères canadiennes mariées à des pères non canadiens.

Le juge d'appel Marceau a estimé que l'événement crucial était la naissance de *Benner*. Il a conclu, recourant à l'approche de l'événement précis et isolé, que *Benner* demandait réellement une application rétroactive de la Charte, ce qu'il a refusé. Le juge d'appel Létourneau a adopté la même approche que le juge d'appel Marceau. Le juge d'appel Linden a conclu que l'événement précis et isolé était le rejet de la demande de citoyenneté présentée par *Benner*, lequel rejet a eu lieu le 17 octobre 1989, après l'en-

on grounds relating to the retrospective application of the Charter.

It is of significance, in my opinion, that the majority of the Court of Appeal found that the legislation in question in *Benner*, focused on the birth of an individual, a discrete event. It follows that they adopted the discrete event approach and found that the application of the Charter would be retrospective in respect of a person born in 1962.

I have found that the plaintiff's claim in this case, based on subsection 53.2(1) of the CPP, requires adoption of the discrete event approach and this would be consistent with the reasoning of the Federal Court of Appeal in *Benner*. To relieve against the alleged discrimination created by subsection 53.2(1) of the CPP would require the retrospective application of the Charter.

CONCLUSION

For the reasons stated earlier, although the preliminary question of law as set out by Giles A.S.P. did not define the plaintiff's Charter claim and the specific law which is alleged to offend the Charter, I have addressed only a claim based upon subsection 53.2(1) of the CPP. Because my decision is based solely on a claim alleging discrimination by virtue of that subsection, I must restrict my answer to the preliminary question by specific reference to subsection 53.2(1).

The answer to the preliminary question posed in this case is:

The plaintiff's claim, based on alleged discrimination created by subsection 53.2(1) of the *Canada Pension Plan*, necessitates a retrospective application of the Charter and cannot support a viable cause of action.

trée en vigueur de la Charte. Bien qu'il ait rejeté l'appel de *Benner*, il ne l'a pas fait pour des motifs se rapportant à l'application rétroactive de la Charte.

Il est révélateur, à mon avis, que la majorité de la Cour d'appel a conclu que la loi en question dans l'affaire *Benner* portait principalement sur la naissance d'un individu, c'est-à-dire un événement précis et isolé. Il s'ensuit qu'elle a adopté l'approche de l'événement précis et isolé pour conclure que l'application de la Charte serait rétroactive à l'égard d'une personne née en 1962.

J'ai conclu que la demande de la demanderesse en l'espèce, fondée sur le paragraphe 53.2(1) du RPC, exigerait l'approche de l'événement précis et isolé, ce qui serait conforme au raisonnement suivi par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Benner*. Écarter la discrimination que créerait le paragraphe 53.2(1) du RPC exigerait l'application rétroactive de la Charte.

LA CONCLUSION

Pour les motifs invoqués ci-dessus, bien que la question préliminaire de droit énoncée par le protonotaire adjoint Giles n'ait pas précisé la demande fondée sur la Charte de la demanderesse et la loi particulière dont on prétend qu'elle va à l'encontre de la Charte, je me suis prononcé seulement sur une demande fondée sur le paragraphe 53.2(1) du RPC. Puisque ma décision repose uniquement sur une demande alléguant une discrimination créée par ce paragraphe, je dois limiter ma réponse à la question préliminaire en me reportant expressément au paragraphe 53.2(1).

La réponse à la question préliminaire posée en l'espèce est:

La demande de la demanderesse, fondée sur la discrimination alléguée créée par le paragraphe 53.2(1) du *Régime de pensions du Canada*, nécessite l'application rétroactive de la Charte et ne saurait étayer une cause d'action valable.

A-1133-92

A-1133-92

Mohamed Bihi Aden (Applicant)**Mohamed Bihi Aden (requérant)**

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration (Respondent)**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)***INDEXED AS: ADEN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: ADEN c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1re INST.)*

Trial Division, Gibson J.—Ottawa, September 7 and November 9, 1993.

Section de première instance, juge Gibson—Ottawa, 7 septembre et 9 novembre 1993.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Application for judicial review of CRDD decision applicant excluded from definition of Convention refugee as serious reason to believe accomplice in Somali government's crimes against humanity — Applicant holding administrative military positions — Aware of atrocities and human rights abuses, but echoing government's line of denial — Neither resigning position, nor speaking out against government — Application allowed — Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) setting out test for degree of complicity required to be accomplice — Applicant's actions not disclosing personal and knowing participation in persecutory acts — Positions held remote from scene of persecutory acts, decision-making resulting therein — Unnecessary to resign commission, leave military, flee country or speak out publicly to insulate from complicity.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a conclu que le requérant était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention puisqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il a été complice de crimes contre l'humanité commis par le gouvernement somalien — Le requérant a détenu des postes dans l'administration militaire — Il était conscient des atrocités et des violations des droits de la personne commises, mais il a véhiculé le message du gouvernement, qui consistait à nier les abus — Il n'a pas démissionné de son poste, ni ne s'est exprimé publiquement contre le gouvernement — Demande accueillie — L'arrêt Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) a établi le critère du degré de complicité requis pour être complice — Les actes du requérant ne révèlent aucune participation personnelle et consciente aux actes de persécution — Les postes détenus étaient loin des lieux où les actes de persécution ont été commis et des décisions relatives aux actes de persécution — Il n'était pas nécessairement tenu de démissionner de son poste, de quitter l'armée, de fuir le pays ou de s'exprimer publiquement pour ne pas être complice.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee although life would be in grave jeopardy if returned to Somalia because excluded from application of Convention as person whom serious reasons to believe committed crime against humanity — Argument contravention of Charter, ss. 7, 12 rejected as proceeding not dealing with execution of deportation order.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a conclu que, bien qu'il coure un grave danger s'il est renvoyé en Somalie, le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention puisqu'il est exclu de l'application des dispositions de celle-ci pour le motif qu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'il a commis des crimes contre l'humanité — L'argument portant qu'il y a violation des art. 7 et 12 de la Charte est écarté puisque l'affaire ne met pas en cause l'exécution d'une mesure d'expulsion.

This was an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division that the applicant was not a Convention refugee. The applicant is a citizen of Somalia and a member of the Marihan tribe and Darod sub-tribe. He arrived in Canada in 1991 claiming to have a well-founded fear of persecution by reason of his race and membership in a particular social group. The applicant had joined the Somalian military in 1972 to gain access to post-secondary education. His career in the military was entirely in administration. He rose to a high rank. Somalia has been in a state of civil war since mid-1988. The Barre regime engaged in severe

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié a conclu que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Citoyen de la Somalie, le requérant est membre de la tribu des Majertens et de la subdivision des Darods. À son arrivée au Canada en 1991, il soutient craindre avec raison d'être persécuté du fait de sa race et de son appartenance à un groupe social. Le requérant s'est joint à l'armée somalienne en 1972 en vue de bénéficier d'une éducation post-secondaire. Sa carrière au sein de l'armée est entièrement consacrée à l'administration. Il est promu à un rang supérieur. La Somalie est en

repressive measures, amounting to genocide in the case of one tribe that opposed the regime. The applicant returned to Somalia from studies abroad in August, 1988 and stayed there until late in the summer of 1989. He was aware of atrocities and human rights abuses committed by the military, but echoed the government's line which was to deny the abuses. The CRDD found that the claimant's life would be in grave jeopardy should he be returned to Somalia but, as there were serious reasons to consider that he had been an accomplice in the commission of "crimes against humanity", he was excluded from the provisions of the Convention. The definition of "Convention refugee" in the *Immigration Act* excludes any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1. Section F provides that the Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons to believe that he has committed a crime against humanity.

The applicant argued that the CRDD wrongly applied the FCA decision in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*; and that deportation to a country where there is clear evidence that an applicant faces torture and possibly death contravenes Charter, sections 7 and 12.

Held, the application should be allowed and the matter returned to the CRDD for redetermination.

The CRDD erred in the application of the conclusion set out in *Ramirez* and in so doing erred in law. *Ramirez* dealt with the degree of complicity that is required to be an accomplice. The question to be drawn from *Ramirez* is whether, on the facts, there was personal and knowing participation in persecutorial acts by the applicant. The applicant's roles as Director of Finance and as Director of Foreign Relations and the Office of Military Cooperation were remote from the scene of persecutorial acts and from the councils of war where decisions resulting in the persecutorial acts were taken. The applicant's actions did not disclose personal and knowing participation in the persecutorial acts of the Barre regime within Somalia. He was not within the Article 1(F) exclusion. The applicant could have resigned his commission, left the military and government, or fled the country without risk to himself, but speaking out publicly against the regime might have involved significant personal risk. It was unnecessary for him to have done so to insulate himself from complicity.

The applicant could not succeed on the ground that his deportation to Somalia would amount to a contravention of Charter, section 7 or 12. This proceeding did not deal with execution of a deportation order, but rather judicial review of a CRDD decision that the applicant was not a Convention refugee. What would flow from that decision had it been upheld, would be for consideration in another forum.

guerre civile depuis le milieu de 1988. Le régime de Barré a adopté des mesures de répression sévères qui, dans le cas d'une tribu qui lui est opposée, équivalent à un génocide. Après avoir fait des études à l'étranger, le requérant est retourné en Somalie en 1988, où il est resté jusqu'à la fin de l'été 1989. Il était conscient des atrocités et des violations des droits de la personne commises par l'armée. Il a toutefois continué de véhiculer le message du gouvernement, qui consistait à nier les abus. La SSR a conclu que le requérant courrait un grave danger s'il était renvoyé en Somalie, mais qu'il était toutefois exclu des dispositions de la Convention puisqu'il est une personne dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elle a commis, en tant que complice, un «crime contre l'humanité». La définition de «réfugié au sens de la Convention» prévue dans la *Loi sur l'immigration* exclut les personnes soustraites à l'application de la Convention par les sections E ou F de l'article premier. L'article F prévoit que les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un crime contre l'humanité.

Le requérant soutient que la SSR a à tort appliqué la décision de la CAF dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, et que son expulsion dans un pays où, la preuve le démontre clairement, il risque d'être torturé et peut-être tué, viole les articles 7 et 12 de la Charte.

Jugement: la demande doit être accueillie, et l'affaire renvoyée à la SSR afin qu'elle rende une nouvelle décision.

La SSR a commis une erreur dans l'application de la conclusion énoncée dans l'arrêt *Ramirez*, commettant ainsi une erreur de droit. L'affaire *Ramirez*, qui portait sur le degré de complicité requis pour être complice, appelle la question de savoir si, compte tenu des faits, le requérant a personnellement et consciemment participé à des actes de persécution. À titre de directeur des Finances et de directeur des relations étrangères et du Bureau de la coopération militaire, il était loin des lieux où les actes de persécution ont été commis et loin des conseils de guerre au cours desquels les décisions relatives aux actes de persécution ont été prises. Ses actes ne révèlent aucune participation personnelle et consciente aux actes de persécution commis par le régime de Barré en Somalie. Il n'était donc pas exclu par la section F de l'article premier. Le requérant aurait pu, sans danger pour lui-même, démissionner de son poste, quitter l'armée et le gouvernement ou fuir le pays. Mais s'il s'était exprimé publiquement contre le régime, il se serait mis lui-même en péril. Il n'était pas nécessairement tenu de le faire pour éviter d'être complice.

Le requérant ne peut avoir gain de cause sur le fondement que son expulsion en Somalie violerait les articles 7 ou 12 de la Charte. La présente affaire ne met pas en cause l'exécution d'une mesure d'expulsion, mais plutôt le contrôle judiciaire d'une décision de la SSR portant que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention. L'examen des conséquences de cette décision si elle était maintenue relève d'un autre tribunal.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 12. a
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1, ss. E, F. b

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Mahendran v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 30; 134 N.R. 316 (F.C.A.). c

CONSIDERED:

- Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.). d

REFERRED TO:

- Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161; 11 Imm. L.R. (2d) 92 (F.C.T.D.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.); *Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 3; (1992), 99 D.L.R. (4th) 264; 18 Imm. L.R. (2d) 81; 151 N.R. 28 (C.A.). e

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of the CRDD decision (*Re E. (M.G.)*, [1992] C.R.D.D. No. 268 (QL)) that there were serious reasons to believe that the applicant was an accomplice to the Somalian government's crimes against humanity, and fell within the article 1(F) exclusion from the definition of Convention refugee. Application allowed. f

COUNSEL:

M. S. Shaikh for applicant.
Brian Tittmore for respondent.

SOLICITORS:

M. S. Shaikh, Ottawa, for applicant.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 12.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1, sections E, F.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Mahendran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 30; 134 N.R. 316 (C.A.F.).

DÉCISION EXAMINÉE:

- Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

- Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'immigration* (1990), 37 F.T.R. 161; 11 Imm. L.R. (2d) 92 (C.F. 1^{re} inst.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.); *Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 3; (1992), 99 D.L.R. (4th) 264; 18 Imm. L.R. (2d) 81; 151 N.R. 28 (C.A.). g

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE de la décision par laquelle la SSR (*Re E. (M.G.)*, [1992] D.S.S.R. n° 268 (QL)) a conclu qu'il y avait des raisons sérieuses de penser que le requérant a été complice de crimes contre l'humanité commis par le gouvernement somalien, et qu'il est par conséquent exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention par la section F de l'article premier. Demande accueillie. h

i

AVOCATS:

M. S. Shaikh pour le requérant.
Brian Tittmore pour l'intimé.

j

PROCUREURS:

M. S. Shaikh, Ottawa, pour le requérant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.: This is an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (the "CRDD") of the Immigration and Refugee Board whereby the CRDD determined that the applicant is not a Convention refugee within the meaning of the *Immigration Act*.¹ The decision of the CRDD is dated the 6th day of May, 1992 [[1992] C.R.D.D. No. 268 (QL)].

The definition "Convention refugee" is set out in subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1] of the *Immigration Act* and reads as follows:

2. (1) . . .

"Convention refugee" means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person's nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person's former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the Schedule to this Act;

Sections E and F of Article 1 of the Convention (*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6]), as set out in the Schedule to the Act [as enacted *idem*, s. 34], read as follows:

E. This Convention shall not apply to a person who is recognized by the competent authorities of the country in which he has taken residence as having the rights and obligations which are attached to the possession of the nationality of that country.

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

¹ R.S.C., 1985, c. I-2.

Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

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

LE JUGE GIBSON: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié (la «SSR») de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a déterminé que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention, au sens où l'entend la *Loi sur l'immigration*¹. La décision de la SSR a été rendue le 6 mai 1992 [[1992] D.S.S.R. n° 268 (QL)].

Le paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1] de la *Loi sur l'immigration* définit l'expression «réfugié au sens de la Convention». Il est ainsi libellé:

2. (1) . . .

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

ii) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n'a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l'application de la Convention par les sections E ou F de l'article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l'annexe de la présente loi.

Les sections E et F de l'article premier de la Convention (*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6]), énoncées à l'annexe de la Loi [édictees, *idem*, art. 34], portent que:

E. Cette Convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays.

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

¹ L.R.C. (1985), ch. I-2.

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;

(c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

The relevant portion of Article 1 of the Convention for the purpose of this matter is section F.

In reaching its conclusion that the applicant was not a Convention refugee, the CRDD arrived at the following two preliminary conclusions:

Inclusion—the claimant was entirely credible and forthright in his responses. This tribunal deems that, according to the claimant's testimony and the documentary evidence, due to his tribal affiliation, and his former posts in the Siad Barré regime, the claimant's life would be in grave jeopardy should he be made to return to Somalia. Therefore, the claimant would be a refugee under the Canadian *Immigration Act*.

Exclusion—yet, nevertheless, the claimant is excluded as there are serious reasons for considering that the claimant, as an accomplice, committed "crimes against humanity" by aiding and abetting in those crimes and that the claimant, as an accomplice, aided and abetted in committing acts "contrary to the principles and purposes of the United Nations": (Sections, article 1F(a) and 1F(c) of the *Refugee Convention* respectively).

The facts are not in dispute although the conclusions to be drawn from those facts are central to the principle issue that was argued before me. The facts may be summarized as follows: The applicant is a citizen of Somalia and a member of the Marihan tribe and Darod sub-tribe. He arrived in Canada in June of 1991 claiming to have a well-founded fear of persecution by reason of his race and his membership in a particular social group. He is well-educated.

The applicant joined the Somalian military in 1972 as a means, according to his testimony, to gain access to post-secondary education outside of Somalia. There was no university in Somalia. The military was respected in the country. The applicant regarded it as an accomplishment to gain access to the military which effectively ruled the country. The country was then stable politically and the economy was relatively strong.

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

b) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés;

c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

Aux fins de la présente affaire, la partie pertinente de l'article premier de la Convention est la section F.

En déterminant que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention, la SSR a tiré deux conclusions préliminaires:

Inclusion—Le demandeur a répondu avec franchise et ses réponses sont vraisemblables. Je juge, d'après son témoignage et les preuves littérales, et à cause de son appartenance à sa tribu et des postes qu'il a occupés antérieurement sous le régime Ziyad Barre, qu'il courrait un grave danger s'il était renvoyé en Somalie. Le demandeur serait donc un réfugié aux termes de la *Loi sur l'immigration* du Canada.

Exclusion—Le demandeur est toutefois exclu parce que j'ai des raisons sérieuses de penser qu'il a commis, en tant que complice un «crime contre l'humanité» par sa participation aux crimes et qu'il a, en tant que complice, aidé à commettre des actes «contraires aux buts et aux principes des Nations Unies»: (Article premier, alinéas Fa) et c) de la Convention relative au statut des réfugiés respectivement).

Les faits ne sont pas en litige, bien que les conclusions à tirer de ces faits soient primordiales à la question de principe soulevée devant moi. Les faits peuvent être résumés comme suit. Citoyen de la Somalie, le requérant est membre de la tribu des Majertens et de la subdivision des Darods. À son arrivée au Canada en juin 1991, il soutient craindre avec raison d'être persécuté du fait de sa race et de son appartenance à un groupe social. Il est instruit.

En 1972, le requérant se joint à l'armée somalienne en vue, selon son témoignage, de bénéficier d'une éducation post-secondaire à l'extérieur de la Somalie, où aucune université n'est établie, et où l'armée est respectée. Le requérant considère comme un accomplissement son adhésion à l'armée qui, de fait, gouverne le pays. Celui-ci est alors stable sur le plan politique, et relativement fort sur le plan économique.

The applicant's career in the military and in the Department of Defence was entirely in administration. In career terms and in terms of his educational ambitions, he was successful. He rose to a high rank in the officer corps. He became Director of Finance and senior financial consultant to the Minister of Defence. He successfully completed a course of studies at the Italian Military Academy in or about August, 1988.

During the leadership of Siad Barre, a member of the same tribe and sub-tribe as the applicant, war broke out between Somalia and Ethiopia in 1977. From that time until 1988, and obviously since that time as well, the applicant described Somalia as being in chaos. Certain of the Somalian tribes fought along side the Ethiopians against the Somalian military. In mid-1988, a settlement was reached between the two governments but the conflict continued within Somalia in the form of a civil war. The Barre regime engaged in severe repressive measures against certain of the Somalian tribes which opposed it, amounting in the case of the Isaaq tribe in northern Somalia, to genocide.

Upon the applicant's return to Mogadishu from his studies in Italy in August 1988, he assumed the responsibility of Director of Foreign Relations and the Office of Military Cooperation. He continued in this role until sometime in the Spring of 1989. In this role he acted as a spokesperson for the Minister of Defence, the Department of Defence and the military in relationships with military attachés and other diplomatic personnel in Somalia. He accompanied five military attachés on a brief visit to Hargeysa in northern Somalia some six months after military action in the city had ceased. He witnessed the devastation first-hand. He was, to a greater or lesser extent, aware of atrocities and human rights abuses being perpetrated by the military. He continued to echo the government's line which was to deny the abuses.

Late in the summer of 1989, he went to the United States to pursue further studies.

Three issues were argued before me.

La carrière du requérant au sein de l'armée et du département de la Défense est entièrement consacrée à l'administration. Sur le plan de sa carrière et de ses ambitions en matière d'éducation, il réussit. Il est promu à un rang supérieur au sein du corps des officiers. Il est nommé directeur des Finances et conseiller financier principal auprès du ministre de la Défense. Il termine avec succès un programme d'études à l'Académie militaire de l'Italie en août 1988 ou vers cette date.

C'est pendant le règne de Ziad Barré, membre de la même tribu et de la même subdivision que le requérant, que la guerre éclate entre la Somalie et l'Éthiopie, soit en 1977. Le requérant a décrit la Somalie comme étant, à compter de ce moment-là jusqu'en 1988, et de toute évidence depuis lors également, dans un état de chaos. Certaines tribus somaliennes luttent aux côtés des Éthiopiens contre l'armée somalienne. Au milieu de 1988, un accord est conclu entre les deux gouvernements, le conflit persistant toutefois en Somalie, sous la forme d'une guerre civile. Le régime de Barre adopte, contre certaines tribus somaliennes qui lui sont opposées, des mesures de répression sévères qui, dans le cas des Isaaqs du nord de la Somalie, équivalent à un génocide.

À son retour d'Italie où il a fait ses études, le requérant assume, à Mogadishu, la fonction de directeur des relations étrangères et du Bureau de la coopération militaire, poste qu'il occupe jusqu'au printemps 1989. À ce titre, il est le porte-parole du ministre de la Défense, du département de la Défense et de l'armée dans les relations avec les attachés militaires et le personnel diplomatique en Somalie. Il accompagne cinq attachés militaires lors d'un brève visite à Hargeisa dans le nord de la Somalie quelque six mois après que l'action militaire y a pris fin. Il y constate lui-même la dévastation. Il est alors plus ou moins conscient des atrocités et des violations des droits de la personne qui sont commises par l'armée. Il continue de véhiculer le message du gouvernement, qui consiste à nier les abus.

À la fin de l'été de 1989, il se rend aux États-Unis pour y poursuivre ses études.

Trois questions ont été soulevées devant moi, à savoir:

They were to the following effect:

1. the decision of the Federal Court of Appeal in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*² was wrongly applied by the CRDD on the facts of this case;

2. deportation of an individual such as the applicant to a country where there is clear evidence that he or she may face torture and possibly even death amounts to a contravention of sections 7 and 12 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]]; and

3. natural justice and procedural fairness were not afforded to the applicant during a portion of his hearing. In the absence of a refugee hearing officer, members of the CRDD charged with the responsibility of reaching a decision on the applicant's claim themselves engaged in "unreasonably aggressive questioning" thus raising a reasonable apprehension of bias on their part against the applicant.

I will deal with the three issues in order.

In *Ramirez*, MacGuigan J.A., speaking for the Court, stated as follows, at page 317:

What degree of complicity, then, is required to be an accomplice or abettor? A first conclusion I come to is that mere membership in an organization which from time to time commits international offences is not normally sufficient for exclusion from refugee status. Indeed, this is in accord with the intention of the signatory states, as is apparent from the post-war International Military Tribunal already referred to. Grahl-Madsen, *supra*, at page 277, states:

It is important to note that the International Military Tribunal excluded from the collective responsibility 'persons who had no knowledge of the criminal purposes or acts of the organization and those who were drafted by the State for membership, unless they were personally implicated in the commission of acts declared criminal by Article 6 of the Charter as members of the organization. Membership alone is not enough to come within the scope of these declarations' [International Military Tribunal, i. 256].

It seems apparent, however, that where an organization is principally directed to a limited, brutal purpose, such as a secret

² [1992] 2 F.C. 306 (C.A.).

1. la SSR a à tort appliqué la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*² aux faits de la présente affaire;

2. l'expulsion d'une personne comme le requérant dans un pays où, la preuve le démontre clairement, il risque d'être torturé et peut-être tué, viole les articles 7 et 12 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]];

3. le requérant n'a pas bénéficié de la justice naturelle et de l'équité en matière de procédure pendant une partie de l'audition. En l'absence d'un agent d'audience, les membres de la SSR chargés de rendre une décision relativement à la revendication du requérant ont effectivement mené eux-mêmes un «interrogatoire déraisonnablement agressif», qui a fait naître une crainte raisonnable de partialité de leur part contre le requérant.

J'examinerai les trois questions dans l'ordre.

À la page 317 de l'arrêt *Ramirez*, le juge MacGuigan, J.C.A., s'exprime ainsi au nom de la Cour:

Quel est, alors, le degré de complicité requis? La première conclusion à laquelle je parviens est que la simple appartenance à une organisation qui commet sporadiquement des infractions internationales ne suffit pas, en temps normal, pour exclure quelqu'un de l'application des dispositions relatives au statut de réfugié. De fait, cette conclusion concorde avec l'intention des États signataires, ainsi qu'il appert du Tribunal militaire international de l'après-guerre, mentionné plus haut. Grahl-Madsen affirme (*supra*, à la page 277):

[TRADUCTION] Il importe de signaler que le Tribunal militaire international a exclu de la responsabilité collective «les personnes qui ignoraient les fins criminelles des actes commis par l'organisation et les personnes qui ont été conscrites par l'État, à moins qu'elles n'aient personnellement pris part, en qualité de membres de l'organisation, à la perpétration des actes déclarés criminels par l'article 6 de la Charte. La simple appartenance n'est pas suffisante pour être visée par ces déclarations» [Tribunal militaire international, i. 256].

Toutefois, lorsqu'une organisation vise principalement des fins limitées et brutales, comme celles d'une police secrète, il paraît

² [1992] 2 C.F. 306 (C.A.).

police activity, mere membership may by necessity involve personal and knowing participation in persecutorial acts.

He went on, at page 318:

At bottom, complicity rests in such cases, I believe, on the existence of a shared common purpose and the knowledge that all of the parties in question may have of it. Such a principle reflects domestic law (e.g., subsection 21(2) of the *Criminal Code*), and I believe is the best interpretation of international law.

and concluded in response to the question he himself had posed and that is quoted above at the opening of the extract from page 317, in the following terms, at page 320:

In my view, it is undesirable to go beyond the criterion of personal and knowing participation in persecutorial acts in establishing a general principle. The rest should be decided in relation to the particular facts.

Both *Ramirez* and *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration*³ which is referred to by Mr. Justice MacGuigan, involved fact situations of conflict internal to a country as in this case, but in each case the individual whose possible complicity was being reviewed was much more physically proximate to the atrocities than was the applicant in this case.

In its analysis of the fact situation before it, the CRDD stated as follows:

The claimant, according to his own testimony, admitted that he had lied to representatives of the international community. "I was telling a lie; I knew I did not feel good about it", yet never did the claimant express his feelings to anyone in authority, nor did he stop his activities during the time that he was in that post, as he himself stated. The claimant, found out, in July and August of 1988, about the true situation in the North of the country, and by November of that same year, he became more aware of the "excessive bombing" and the "human rights abuses" and "bloodshed" perpetrated by government forces for whom he was the official spokesman, as the director of foreign relations and military cooperation. The claimant stated that he received the *Amnesty Report* from the United States delegate, had read it, and was fully aware of the situation which he had admitted could have been settled in a "civilized way", which it was not. He described the suffering and also spoke of the devastation which he had seen at first hand, after having flown into Hargeisa, which he described as a "ghost town". The claimant spoke of the "excessive bombings by the air force instead of using the infantry". The claimant also stated that the government used excessive force, although it could have

évident que la simple appartenance à une telle organisation puisse impliquer nécessairement la participation personnelle et consciente à des actes de persécution.

Il poursuit à la page 318:

Je crois que, dans de tels cas, la complicité dépend essentiellement de l'existence d'une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause en ont. Ce principe est conforme au droit interne (p. ex. le paragraphe 21(2) du *Code criminel*) et, selon moi, il constitue la meilleure interprétation possible du droit international.

et, à la page 320, en réponse à la question qu'il a lui-même posée et qui est reproduite au début du passage de la page 317 cité ci-dessus, il conclut ceci:

À mon avis, il n'est pas souhaitable, dans l'établissement d'un principe général, de dépasser le critère de la participation personnelle et consciente aux actes de persécution. Le reste devrait être tranché en fonction des faits particuliers de l'affaire.

Comme en l'espèce, les arrêts *Ramirez* et *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*³, auxquels renvoie le juge MacGuigan, concernent tous deux des situations de conflit interne dans un pays. Toutefois, dans chaque cas, la personne dont la complicité possible y a été examinée était physiquement beaucoup plus près des atrocités que ne l'était le requérant en l'espèce.

Dans son analyse des faits portés à sa connaissance, la SSR a indiqué ce qui suit:

Le demandeur, d'après son propre témoignage, a admis qu'il a menti à des représentants de la communauté internationale: «Je mentais; j'avoue que j'avais honte de cela.» Le demandeur n'a toutefois jamais exprimé ses sentiments à ceux qui étaient aux commandes. Il n'a pas non plus cessé d'agir comme il le faisait pendant qu'il occupait son poste, comme il l'a dit lui-même. Le demandeur s'est aperçu en juillet et en août de 1988 de ce qui se passait réellement dans le nord du pays, et en novembre de la même année, il s'est rendu compte de plus en plus des bombardements excessifs, des violations contre les droits de la personne et du carnage perpétrés par les forces gouvernementales, dont il était le porte-parole officiel, en tant que directeur des relations étrangères et de la coopération militaire. Il a déclaré également avoir reçu le rapport d'Amnistie internationale du délégué des États-Unis et l'avoir lu. Il a aussi dit qu'il était bien au courant de la situation qui, il l'avoue, aurait pu être réglée de «façon civilisée», ce qui n'a pas été le cas. Il a décrit les souffrances et la dévastation qu'il avait constatées de première main à Hargeisa, où il s'était rendu en avion, et qu'il a décrite comme étant une ville morte. Il a dit qu'on avait eu recours de façon excessive aux bombardements

³ (1990), 37 F.T.R. 161 (F.C.T.D.).

³ (1990), 37 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.).

avoided much killing and bloodshed, which he described as useless. He saw the situation at first hand, and was the official spokesman to delegates of foreign countries, having taken them to that specific area; and he admitted to towing the official government line and denying "on behalf of the Minister" what government forces had done.

The claimant knew of the activity of government forces and admitted to denying them and lying "on behalf of the Minister of Defence" and the government.

The claimant stated that he did not even consider defecting, that had he resigned he could not have worked in a government ministry, but that he would have been able to work as a businessman, which does not need any sophistication or have any prestige in his country.

The claimant's life would not have been in peril, he would not have lost his liberty; the claimant would have lost a prestigious position in the government and would have had to have been a businessman. There is no defence on his part that he could use with regard to peril to himself; the claimant readily admitted that he had never considered defecting. Before going to the United States, and further to studying there, he thought that the situation would change and that he would return to his country when the situation would become normal again.

The claimant's situation has to be examined in a different light in order to see whether, in fact, he should or should not be excluded. The decision was made by this tribunal to exclude the claimant. It compares his situation to that of a spokesman for a mafia-front company, or a criminal entity, where the claimant or someone like the claimant would have first served as the Chief Financial Advisor advising on the budget, and later as the spokesman for the company in question. This, in fact, would be considered aiding and abetting in committing fraud, if it was a question of working for such a company, and also the person would be considered an accomplice to the fraud, as well as to loss of life if this company was, in fact, engaged in activities which included murder. The government of Somalia, in fact, was involved in outright human rights abuses and genocide of the Isaac tribe in the North of the country, and the claimant admitted that he did lie and did cover up the situation for the benefit of the government, and on behalf of the Minister. The claimant recognized that the government had committed human rights abuses by excessively bombing with the air force, rather than using the infantry. The claimant stated that due to this, useless, bloodshed had occurred.

I have quoted from the decision of the CRDD at some length because, with great respect, I have concluded that in deciding on the basis of the foregoing facts and analysis that the applicant falls within the four corners of the exclusion from the definition "Convention refugee" in that there are serious rea-

aériens plutôt qu'à l'infanterie. Il a aussi déclaré que le gouvernement avait fait preuve d'une violence exagérée, même s'il aurait pu éviter une grande partie des massacres et du carnage, à son avis, inutiles. Il a été directement témoin de la situation et a servi de porte-parole officiel à des délégués de pays étrangers, les ayant conduits dans la zone en question. Il a aussi admis avoir véhiculé le message officiel du gouvernement et avoir nié «au nom du ministre» ce que les forces gouvernementales avaient fait.

Le demandeur était au courant de l'activité des forces gouvernementales et a admis avoir nié les faits et avoir menti «au nom du ministre de la Défense» et du gouvernement.

Le demandeur a déclaré qu'il n'avait même pas envisagé la possibilité d'une défection, que s'il s'était démis de ses fonctions, il n'aurait pas pu travailler dans un ministère du gouvernement. Il aurait toutefois pu travailler dans le domaine des affaires, ce qui n'exige pas d'intérêts intellectuels et ne comporte aucun prestige dans son pays.

Le demandeur n'aurait pas été en danger de mort, il n'aurait pas perdu sa liberté. Il aurait perdu un poste de prestige au gouvernement et il lui aurait fallu devenir homme d'affaires. Il ne pourrait invoquer aucun argument prouvant qu'il était en péril: il a facilement admis n'avoir jamais envisagé une défection. Avant de se rendre aux États-Unis et après y avoir fait des études, il pensait que la situation changerait et qu'il retournerait dans son pays une fois la situation revenue à la normale.

Il faut examiner la situation du demandeur sous un autre jour pour déterminer si, de fait, il devrait ou ne devrait pas être exclu. J'ai décidé d'exclure le demandeur. Sa situation se compare à celle de celui qui serait le porte-parole d'une entreprise qui servirait de façade à la mafia ou à un groupe criminel où le demandeur ou une personne comme lui aurait d'abord exercé les fonctions de principal conseiller financier sur les questions budgétaires et plus tard joué le rôle de porte-parole de l'entreprise en question. Ceci serait de fait considéré comme une participation à une fraude, dans le cas où la personne travaillerait pour une telle entreprise, et la personne serait en outre considérée comme complice de la fraude et des pertes de vie si l'entreprise était de fait engagée dans des actes comprenant le meurtre. Le gouvernement de la Somalie se livrait de fait à des violations pures et simples des droits de la personne et au génocide de la tribu Isaaq dans le nord du pays et le demandeur a admis avoir menti et avoir dissimulé la situation pour le compte du gouvernement et du ministre. Il a reconnu que le gouvernement avait commis des violations contre les droits de la personne en faisant des bombardements aériens excessifs au lieu d'avoir recours à l'infanterie. Le demandeur a déclaré que ceci avait entraîné un carnage inutile.

Si j'ai reproduit un si long passage de la décision de la SSR, c'est que, très humblement, j'ai conclu qu'en se fondant sur les faits et l'analyse énoncés ci-dessus pour conclure que le requérant tombe sous le coup de l'exclusion de la définition de «réfugié au sens de la Convention» parce qu'elle a des raisons

sons for considering⁴ that he committed or knowingly participated in crimes against humanity or acts contrary to the purposes and principles of the United Nations, the CRDD erred in the application of the conclusion set out in *Ramirez* and in so doing erred in law.

The question to be drawn from *Ramirez* is whether, on the facts of this case, there was personal and knowing participation in persecutorial acts by the applicant. In both his role as Director of Finance and senior financial consultant to the Minister of Finance and as Director of Foreign Relations and the Office of Military Cooperation, he was at all relevant times remote from the scene of persecutorial acts and, by his own testimony which was found by the CRDD to be credible, from the councils of war where decisions resulting in the persecutorial acts were taken. It would appear to be true that, without risk to himself or his family, he could have resigned his commission, left the military and government or fled the country other than for purposes of study. He could have spoken out publicly but the latter course might have involved significant personal risk. Mr. Justice MacGuigan counsels in *Ramirez* [at page 320] that "Usually, law does not function at the level of heroism."

I have concluded that the applicant's actions as disclosed by a full reading of the transcript of his testimony before the CRDD, do not disclose, on his part, personal and knowing participation in the persecutorial acts of the Barre regime within Somalia. Thus, he is not a person with respect to whom there are serious reasons for concluding that he has committed a crime against humanity or has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. Further, I conclude that it follows that it was unnecessary for the applicant to have resigned his commission, left the military and government, fled the country or spoken out publicly to insulate himself from complicity.

Before closing on this issue, I should note that I have had the advantage of reading the reasons for judgment of Robertson J.A. in *Moreno v. Canada*

⁴ As to the interpretation of the phrase "serious reasons for considering", see *Ramirez*, *supra*, at p. 312.

sérieuses de penser⁴ qu'il a commis des crimes contre l'humanité ou des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, ou qu'il y a consciemment participé, la SSR a commis une erreur dans l'application de la conclusion énoncée dans l'arrêt *Ramirez*, commettant ainsi une erreur de droit.

La question qu'appelle l'arrêt *Ramirez* est de savoir si, compte tenu des faits de l'espèce, le requérant a personnellement et consciemment participé à des actes de persécution. À titre de directeur des Finances et de conseiller financier principal auprès du ministre des Finances et à titre de directeur des relations étrangères et du Bureau de la coopération militaire, il était à toutes les époques concernées loin des lieux où les actes de persécution ont été commis et, selon son propre témoignage, que la SSR a jugé crédible, loin des conseils de guerre au cours desquels les décisions relatives aux actes de persécution ont été prises. Il appert que, sans danger pour lui-même ou pour sa famille, il aurait pu démissionner de son poste, quitter l'armée et le gouvernement ou fuir le pays pour un motif autre que la poursuite de ses études. Il aurait pu s'exprimer publiquement, au risque toutefois de se mettre lui-même en péril. Le juge MacGuigan souligne dans l'arrêt *Ramirez* [à la page 320] que «[l]a loi n'a pas habituellement pour effet d'ériger l'héroïsme en norme».

J'ai conclu, après avoir lu la transcription complète du témoignage du requérant devant la SSR, que ses actes ne révèlent aucune participation personnelle et consciente aux actes de persécution commis par le régime de Barré en Somalie. Par conséquent, je n'ai pas de raisons sérieuses de penser qu'il a commis un crime contre l'humanité ou qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. Il s'ensuit par ailleurs que le requérant n'était pas nécessairement tenu de démissionner de son poste, de quitter l'armée et le gouvernement, de fuir le pays ou de s'exprimer publiquement pour éviter d'être complice.

Avant de clore la question, je remarquerai que j'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Robertson, J.C.A., dans l'arrêt *Moreno c. Canada (Ministre de*

⁴ Quant à l'interprétation de l'expression «des raisons sérieuses de penser», voir *Ramirez*, précité, à la p. 312.

(*Minister of Employment and Immigration*)⁵ that were issued shortly after this matter was heard before me, and the very recently issued reasons by Linden J.A. in *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.⁶ Since counsel were unable to refer to those reasons in making their arguments before me, I have neither referred to them in these reasons other than in this paragraph or taken them into account in reaching my conclusions.

Turning then to the second issue argued before me, I conclude that the applicant cannot succeed on the ground that his deportation to Somalia would amount to a contravention of sections 7 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We are not here dealing with the execution of a deportation order but rather with judicial review of a decision of the CRDD to the effect that the applicant is not a Convention refugee. What would flow from that decision if it were upheld, and I have determined that it should not be, is for consideration in another forum. Reference should be made to an opinion expressed by Marceau J.A. in *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*⁷ where he stated at pages 708-709 of his reasons:

It would be my opinion, however, that the Minister would act in direct violation of the Charter if he purported to execute a deportation order by forcing the individual concerned back to a country where, on the evidence, torture and possibly death will be inflicted. It would be, it seems to me, a participation in a cruel and unusual treatment within the meaning of section 12 of the Charter, or, at the very least, an outrage to public standards of decency, in violation of the principles of fundamental justice under section 7 of the Charter. There are means to enjoin the Minister not to commit an act in violation of the Charter.

The same conclusion would appear to have been reached in *Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.⁸

On the third question, after a full review of the transcript of the applicant's testimony before the CRDD, I find nothing in the questioning of the applicant by members of the CRDD that would raise a reasonable apprehension of bias on their part against the applicant on the basis of the test adopted by the Fed-

l'Emploi et de l'Immigration)⁵, prononcés peu après que la présente affaire m'eut été sounise, et les motifs prononcés très récemment par le juge Linden, J.C.A., dans l'arrêt *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*⁶. Les avocats n'ayant pas été en mesure de renvoyer à ces motifs au cours de leur plaidoirie, je n'y ai renvoyé dans mes motifs que dans le présent paragraphe, et je n'en ai pas tenu compte dans mes conclusions.

Quant à la seconde question dont j'ai été saisi, je conclus que le requérant ne peut avoir gain de cause sur le fondement que son expulsion en Somalie violerait les articles 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La présente affaire ne met pas en cause l'exécution d'une mesure d'expulsion, mais plutôt le contrôle judiciaire d'une décision de la SSR portant que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention. L'examen des conséquences de cette décision si elle était maintenue, et j'ai conclu qu'elle ne devrait pas l'être, relève d'un autre tribunal. Mentionnons l'opinion exprimée par le juge Marceau, J.C.A., dans l'arrêt *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*⁷, où il a indiqué, aux pages 708 et 709 de ses motifs:

Je serais toutefois d'avis que le ministre violerait carrément la Charte s'il prétendait exécuter une mesure d'expulsion en forçant l'intéressé à retourner dans un pays où, selon la preuve, il sera torturé et peut-être mis à mort. Il me semble que ce serait participer à un traitement cruel et inusité au sens de l'article 12 de la Charte ou, à tout le moins, commettre un outrage aux normes publiques de la décence, en violation des principes de justice fondamentale visés à l'article 7 de la Charte. Il existe des moyens d'enjoindre au ministre de ne pas agir en violation de la Charte.

On semble avoir tiré une conclusion identique dans l'arrêt *Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.⁸

En ce qui concerne la troisième question, l'examen de l'ensemble de la transcription du témoignage du requérant devant la SSR ne me permet pas de conclure que son interrogatoire par les membres de la SSR a fait naître une crainte raisonnable de partialité de leur part contre le requérant, compte tenu du cri-

⁵ [1994] 1 F.C. 298 (C.A.).

⁶ [1994] 1 F.C. 433 (C.A.).

⁷ [1993] 1 F.C. 696 (C.A.).

⁸ [1993] 2 F.C. 3 (C.A.), at p. 23.

⁵ [1994] 1 C.F. 298 (C.A.).

⁶ [1994] 1 C.F. 433 (C.A.).

⁷ [1993] 1 C.F. 696 (C.A.).

⁸ [1993] 2 C.F. 3 (C.A.), à la p. 23.

eral Court of Appeal in *Mahendran v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*.⁹ The test therein adopted is in the following terms:

[W]hat would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that [the Tribunal here], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly?

I note that the applicant herein was represented by counsel before the CRDD and that no objection as to the questioning by CRDD members was there recorded.

For the foregoing reasons, I have set aside the decision of the CRDD herein and referred the matter back to it for rehearing and redetermination in accordance with these reasons.

There remains the issue of certification of a question. Counsel for the applicant urges that I certify a question in the following terms:

In the context of a civil war, where both the government and the tribal forces, in the area of hostilities, have been accused of human rights violations and atrocities against each other;

What is the position of persons working at the headquarters in the Ministry of Defence, in more or less civilian or semi-civilian functions, such as preparation of budgets and accounts, or doing protocol duties for foreign visiting dignitaries, though technically enjoying a military rank:

Who have not played a combat role or directly or indirectly participated in or witnessed any violations of human rights or commission of atrocities;

Who by reason of vast distances between the areas of hostilities and the Ministry, and the fact that the dictator in power kept a tight lid on dissemination of news, had no credible information;

And who in a one man dictatorial rule had no decision making authority and power to change the events.

tère adopté par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Mahendran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*⁹, à savoir:

a [À] quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, le tribunal, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?

b Je remarque que le requérant en l'espèce était représenté par un avocat devant la SSR, où aucune objection quant à l'interrogatoire mené par les membres de la SSR n'a été soulevée.

d Pour les motifs qui précèdent, j'ai annulé la décision de la SSR en l'espèce et lui ai renvoyé l'affaire en vue d'une nouvelle audition et d'une nouvelle décision qui tiennent compte des présents motifs.

e Il reste la question de la certification d'une question. L'avocat du requérant me demande de certifier une question dans les termes suivants:

f [TRADUCTION] Dans le contexte d'une guerre civile, où le gouvernement et les tribus ont tous deux été accusés d'avoir violé les droits de la personne et d'avoir commis des atrocités l'un contre l'autre là où ils s'opposent;

g Quelle est la situation des personnes qui travaillent aux bureaux principaux du département de la Défense, qui y occupent des fonctions plus ou moins civiles ou semi-civiles, comme la préparation de budgets et de comptes, ou qui assument des fonctions protocolaires pour les dignitaires étrangers en visite, mais qui, en théorie, jouissent d'un grade militaire:

h Qui n'ont pas combattu, ni participé directement ou indirectement à des violations des droits de la personne et à la perpétration d'atrocités, ou qui n'en ont pas été témoins;

i Qui, en raison des grandes distances séparant le lieu des hostilités et le ministère, et du fait que le dictateur au pouvoir ne laissait filtrer aucune nouvelle, n'obtenaient aucune information crédible;

j Et qui, au sein d'un régime reposant sur la dictature d'un seul homme, n'étaient aucunement habilitées à prendre des décisions ou à changer le cours des événements.

⁹ (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 30 (F.C.A.), at pp. 33-34.

⁹ (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 30 (C.A.F.), aux p. 33 et 34.

Does the net of Article 1F extend to such persons?

Counsel for the respondent takes the position that there is not a serious question of general importance to be certified in this case and, I think quite properly, objects to the form of the question proposed on behalf of the applicant. In light of the decision I have reached and the position taken by counsel for the respondent, no question is certified.

La portée de la section F de l'article premier s'étend-t-elle à ces personnes?

L'avocat de l'intimé soutient qu'en l'espèce, il n'y a aucune question grave de portée générale à certifier et, fort à propos à mon avis, il s'oppose au libellé de la question soumise pour le compte du requérant. Compte tenu de la décision que j'ai prise et de la position adoptée par l'avocat de l'intimé, aucune question n'est certifiée.

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.

BARRISTERS AND SOLICITORS

Application to be removed as solicitor of record based on client's refusal to pay further retainer of \$800 in addition to \$5,000 already paid and solicitor's loss of confidence in client—Solicitor had offered to complete case through to final hearing on merits for balance remaining in trust account—\$800 to cover additional cost of transferring matter to Trial Division where should have been brought—Not entitled to further remuneration either in connection with transfer, or with this application—Duty to complete client's case—As client expressing continuing confidence in solicitor, latter not entitled to abandon client on flimsy pretext advanced—Application dismissed—Solicitor ordered to continue to perform duty to Court and to client.

CARBY-SAMUELS v. CANADA (TREASURY BOARD) (A-241-93, Hugessen J.A., judgment dated 18/11/93, 2 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

IMMIGRATION PRACTICE

MEI consenting to matter being returned to Convention Refugee Determination Division of Immigration and Refugee Board (Board)—Applicant requesting Court to direct Board to make finding three applicants qualify as Convention refugees—In view of evidence, Court, exercising discretionary power under Federal Court Act, s. 18.1(3)(b), returning matter to Board and directing applicants be determined to be Convention refugees—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

NAZMDEH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-994-93, Rouleau J., judgment dated 21/7/93, 2pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board's decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of former Ukrainian Socialist Republic, became involved in illegal nationalist organization in Ukraine—As result, twice arrested, twice detained for total of 40 days, beaten and poorly fed—Interrogated by KGB—While in government service on Soviet ship, left ship in Halifax and claimed refugee status—Board erred by relying on information

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

neither presented at hearing nor subject to judicial notice—No evidence permitting Board to arrive at conclusion flight abroad no longer high treason in Ukraine—In *Bovbel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-1234-92, Rouleau J., judgment dated 23/11/93, F.C.T.D., not yet reported, appealed to F.C.A., Court found Board's practice of having its draft reasons "vetted" by legal counsel not present at hearing and whose input not subject to submissions by counsel for applicant breaching principle of fundamental justice, and Board directive copies of draft reasons together with comments from legal advisor should be provided to other panel members giving rise to reasonable apprehension of bias—*Bovbel* followed as on all fours with present case—Court satisfied Board's procedure in all negative decisions to submit reasons of decision to Board's legal services—Board's decision quashed—Court suggesting Board's future decisions not be "vetted", if issued before F.C.A. decision in *Bovbel*.

MANDYBURA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-709-92, Teitelbaum J., judgment dated 18/1/94, 7 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from denial of citizenship on ground insufficient knowledge of one of official languages of Canada and of Canada, responsibilities, privileges of citizenship—Citizenship Judge not recommending under s. 15 exercise of ministerial discretion under s. 5(3), (4) to grant citizenship on compassionate grounds or for reasons of special hardship—Appellant 60 years old—Admitted to Canada as permanent resident in 1982 with husband and son—Husband died in 1986—Living with son, daughter-in-law, three grandchildren, all Canadian citizens—Running household so son and wife can devote their time to running business—Life revolves around family—No friends outside family circle—Wanting to become Canadian citizen because does not like communism and wants to die here—Knowing elections held to "elect an officer", although unsure of meaning of "to vote" except "to elect somebody"—Unable to explain what Prime Minister was, but identifying Jean Chrétien as new Prime Minister—Illiterate in Chinese—Appeal allowed—Appellant leading stable life since arrival in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—

Continued

Canada—Never burden on Canadian social resources—Devoted mother, grandmother, whose contribution running household, enabling son and his wife to run business—No other living relatives outside Canada—Failure to meet requirements of s. 5(1)(d), (e) not due to lack of effort or desire, but because functionally illiterate—Compelling factors warranting recommendation to Minister for exercise of discretion to waive knowledge, language requirements—Matter returned to Citizenship Judge for reconsideration of recommendation based on compassionate grounds pursuant to Citizenship Act, s. 15 having regard to age, family status, illiteracy—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(d), (e), (3), (4), 15.

TAM (RE) (T-911-93, Rouleau J., judgment dated 8/11/93, 4 pp.)

Convention Refugees

Application for judicial review of Tribunal's decision finding no credible basis for applicant's Convention refugee claim—Sole basis for attack on decision alleged apprehension of bias—Applicant alleging apprehension of bias in decision as Mrs. Brown acting both as Case Presenting Officer (CPO) at immigration inquiry and Adjudicator at credible basis hearing—Reasonable apprehension of bias obvious when CPO in former inquiry becomes adjudicator in credible basis hearing—CPO's role at removal inquiry adversarial, not function of compliance—Application allowed.

KANKAM V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1849, Noël J., order dated 2/11/93, 4 pp.)

Application for judicial review of Tribunal's decision no credible basis for applicants' Convention refugee claim—Applicants married citizens of Argentina—Husband's inquiry to proceed jointly with wife's—Applicants appearing before Tribunal on August 11 requesting adjournment because of unavailability of husband's counsel—Adjournment denied and applicants advised to go to Law Society of Upper Canada and sue lawyer if dissatisfied with performance—Inquiry proceeded and applicants advised matter would continue on September 11—Instructed tapes of day's proceeding available if counsel desiring to attend at resumption—Counsel not receiving transcripts prior to September 11—Requesting adjournment as having no knowledge of what had transpired nor evidence disclosed—Adjournment denied—Adjudicator remarking "You don't need a lawyer to help you tell the truth"—Application allowed—Refusal of adjournment on August 11 infringing natural justice—Applicants not fully understanding proceedings and effectively denied assistance from counsel—Adjudicator's understanding of fundamental right to counsel tainted in light of remarks lawyers not necessary to tell truth, solution to sue lawyer—Overall tone of decision, apparent demeanour of Adjudicator infringing natural justice—Refusal to adjourn on September 11, when counsel obligated to proceed without having opportunity to hear tapes and properly prepare through no fault of own, also breach of natural justice—Applicants doing everything could to be represented by counsel—Adjournment having little effect on immigration sys-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—

Continued

tem and not needlessly delaying, impeding or paralysing conduct of inquiry.

TORRES V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-185, Rouleau J., judgment dated 3/11/93, 7 pp.)

Application for judicial review of credible basis Panel's decision not credible basis for applicant's Convention refugee claim—Applicant, citizen of Ghana, claiming Convention refugee status on grounds of political opinion and membership in particular social group implicated in attempted government coup—Newspaper article serving to corroborate applicant's evidence as to involvement in coup attempt—Adjudicator acknowledging relevance of article—Credible basis hearing adjourned twice as applicant's counsel unable to find article—Panel's decision issued July 15, 1992, document received on September 22, 1992—Whether, in deciding case without relevant and important document, Panel breached rules of procedural fairness—No adjournment requested by applicant's counsel on July 15, 1992—Counsel not indicating time required to obtain document—Rules of procedural fairness not requiring tribunal on own motion to grant *sine die* adjournments—Panel not acting unfairly—Panel finding inconsistency in applicant's testimony between coup attempt and coup plot—Six other inconsistencies found by Panel, not challenged by applicant—Panel considering whole evidence, committing no error—Application dismissed.

SANTUO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-365-93, Rothstein J., order dated 10/11/93, 7 pp.)

Application for judicial review of Adjudicator's decision applicant's mother not Convention refugee—Mother with two younger children returned to Trinidad and Tobago since conclusion of hearing—Applicant now married and remaining in Canada—Inquiry held under Immigration Act, s. 27 to determine whether removal order should issue—Report indicating mother overstayed visitor's permit, accepted unauthorized employment—Inquiry resumed on December 3, 1991 in presence of same Adjudicator but different Immigration Refugee Board member—Combined effect of Immigration Act, ss. 29(4), 30(1), 33(2) imposing particular duty on adjudicator with respect to minors under eighteen subject to inquiry or affected by outcome—Legislation not permitting adjudicator to merely assume all minors unable to appreciate nature of proceedings—Applicant not receiving representation guaranteed under Act nor opportunity to make submissions before being included in order—Not aware proceedings would change from s. 27 inquiry into Convention refugee hearing nor would be subject to deportation order—Panel changed without consent of Minister and mother contrary to Act, s. 69(7)—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27, 29(4), 30(1), 33(2), 69(7).

KAMTAPERSAUD V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-378-93, Rouleau J., order dated 26/11/93, 10 pp.)

Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee—Appli-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

cant, Jaffna Tamil from Sri Lanka, returning to Sri Lanka in 1992 after absence of 14 years in United Arab Emirates—Number of incidents occurring during visits back to Sri Lanka in 1986 and 1989—Board accepting applicant's testimony as credible—However not satisfied "reasonable chance" or "serious possibility" claimant would be persecuted if returning to Sri Lanka—Board holding applicant not individually targeted by Sri Lankan authorities—Application must succeed on all grounds—Not open to Board to exclude extortion from indicia of persecution without looking into reason for extortion and motivation of applicant in paying extortion fee—In holding applicant's experience at hands of Eelam People's Democratic Party in Colombo isolated, single incident, Board ignoring applicant's encounter with Eelam People's Revolutionary Liberation Front, documented evidence of Tamils' arrests—Board's conclusion applicant not individually targeted ignoring fact applicant Jaffna Tamil—Board's conclusion as to existence of internal flight alternative in Colombo ignoring difficulties encountered by applicant on return to Colombo—State of affairs in Colombo 17 years ago irrelevant in assessing present state of affairs—Application allowed.

SINNATHAMBY V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-179-93, Noël J., order dated 2/11/93, 7 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division (CRDD) decision applicants not Convention refugees—Applicants Hindu Tamils from northern Sri Lanka where suffering various forms of persecution from 1989 to 1992—Fleeing to Colombo where staying with uncle—Principal applicant arrested in Colombo for providing food, money to Tamil militant organization—Released three days later upon bribing police—CRDD finding good grounds to fear persecution in north, but internal flight alternative (IFA) in Colombo—Application allowed—Tribunal erred in finding Colombo reasonable and available IFA for applicants—Quoting from UNHCR document referring to possible risks to Tamils arrested and detained in Colombo, reciting testimony concerning principal applicant's arrest, but failing to consider such evidence in reasons—Constituting failure to consider circumstances particular to principal applicant in relation to possibility of persecution in Colombo—Tribunal also erred as reached conclusion regarding reasonableness of Colombo as IFA on basis of finding of fact in *Rasaratnam v. Canada* (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 F.C. 706 (C.A.)—Tribunal reasoning because Court in *Rasaratnam* finding Colombo reasonable IFA for applicant, Colombo must be reasonable IFA for applicants herein—All of applicants' circumstances must be considered in determination IFA reasonable—Finding of fact based on findings in another case insufficient—Tribunal also failed to consider applicants hiding in home of friend of uncle following arrest and detention—Unreasonable, even perverse, if person forced to live in hiding in proposed IFA—Following questions certified as serious questions of general importance pursuant to Immigration Act, s. 83(1): (1) onus of proof on internal flight alternative; (2) meaning of words "unreasonable in all the circumstances" for the claimant

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

to seek refuge there"—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83(1) (as am. by S.C., 1992, c. 49, s. 73).

PATHMAKANTHAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-2367-93, Denault J., order dated 2/11/93, 5 pp.)

Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board—Applicant Somali claiming refugee status based on well-founded fear of persecution by new government of Somalia—Board dismissing applicant's claim for lack of credible evidence—Not recognizing applicant as military officer as latter could not have attended advanced artillery training course in U.S. army—Board giving little probative value to certificate issued by U.S. army—Certificate bearing signature of three high-ranking officers of U.S. army—Applicant not pretending to be expert in artillery before attending course—Prepared to attend any course which would get him out of Somalia—Board's inference impossible to believe U.S. army would simply require passing of English test before admitting candidate at Fort Sill unreasonable—Board's rejection of applicant's certificate on basis of evidence perverse—Board having in mind certificate not genuine document—Opinion not substantiated—Application allowed.

WARSAME V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-758-92, Nadon J., order dated 15/11/93, 5 pp.)

Application for judicial review of decision by Convention Refugee Determination Division (CRDD) applicant not Convention refugee within meaning of Immigration Act—Applicant, citizen of China, claiming Convention refugee status on basis of well-founded fear of persecution by reason of political opinion—CRDD reaching no conclusion as to whether applicant's alleged well-founded fear by reason of political opinion established—No analysis as to whether difficulties encountered by applicant constitute basis for well-founded fear of persecution—CRDD ignoring applicant's evidence publicly displayed satirical drawings with superficial message and more subtle secondary message intended to mock authority in China—Action amounting to substitution or imposition of western or north-american interpretation and values for those of often much more subtle culture—Counsel for applicant questioning fairness of introduction on behalf of CRDD of almost 80 pages of documentary evidence only shared with counsel on morning of hearing—No evidence on record of objection taken by him—No practical necessity for such late sharing—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

CHEN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-929-92, Gibson J., order dated 10/11/93, 5 pp.)

Application for judicial review of decision by Convention Refugee Determination Division applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Czech and Slovak Republic, claiming refugee status on grounds of nationality, political opinion and membership in particular social group—Arrested in 1990, detained, beaten and interrogated—Warned to stay out of Slovakian independence movement—Tribunal finding claimant generally credible—Concluding applicant would not

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

face persecution upon return to Slovakia—Valid “internal flight alternative” found to exist—Tribunal quoting from significant number of documentary sources in evaluation of conditions in Slovakia and across Federation—Open to it to conclude on basis of such evidence—Change in circumstances occurring prior to determination of claim must be considered by Board when assessing objective basis to claimant’s fear—Nature and extent of change in circumstances must be significant, material, substantial, meaningful and effective—No error in tribunal’s assessment of changes in circumstances—Changes in question sufficiently fundamental and durable—Significant changes to judicial process and powers of police—Existence of internal flight alternative integral to determination whether claimant Convention refugee—Reasonable for claimant to have sought refuge in another part of country—Application dismissed.

HLAVATY V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-996-92, Tremblay-Lamer J., order dated 27/10/93, 10 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board decision applicant not Convention refugee—Applicant citizen of El Salvador—Application for Convention refugee status based on fear of persecution by Farabundo Marti National Liberation Front (FMNLF) and police authorities—FMNLF threatening violence and death if resisted recruitment—As result of threats to family from FMNLF, applicant deserting police force, fleeing to Honduras, then to Canada—Peace accord entered into in El Salvador on February 1, 1992 ending 12 years of war—Refugee claim heard May 8 and June 17, 1992—Decision rendered September 18, 1992—Application allowed—Immigration tribunal must have some regard for meaningfulness, effectiveness, durability of change in country conditions to remove objective basis of well-founded fear of persecution—Panel’s conclusion herein derived from articles published before or at time of peace accord and less than three months thereafter—Merely preliminary, tentative indications of effect of changes, especially in light of contrary evidence before panel from later article that peace process in danger and death squad activity continuing—Evidence relied upon not addressing legal test of change in country conditions being meaningful, effective—Not supporting conclusion only mere possibility of persecution as result of changed country conditions should applicant be returned to El Salvador—Board erred in law by ascribing to evidence meaning could not reasonably bear.

MAGANA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1670-92, Rothstein J., order dated 10/11/93, 5 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division decision applicant not Convention refugee—Applicant from El Salvador—In 1981, brother and family murdered by National Guard—In 1987 arrested by military—During six weeks in detention, mistreated, sexually assaulted, tortured, accused of being guerilla accomplice—Escaped when guerillas attacked jail—Stayed in hiding or unable to move about freely for two years—Immigration Act, s. 2(3) providing person not ceasing to be Convention refugee by

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

reason of changing country conditions if establishing compelling reasons arising out of any previous persecution for refusing to avail himself of protection of country left because of fear of persecution—Board finding facts not amounting to previous persecution—Application allowed—Board erred in law—1981, 1987 incidents amounting to persecution—Change of regime in country not always producing complete change in attitude of population, nor in mind of refugee—Based on objective factors alone, persecution suffered by applicant sufficiently serious, atrocious, appalling to warrant application of s. 2(3)—Since erroneously determined issue of past persecution, Board failed to consider negative or psychological effect of past persecution of applicant—Ample evidence before Board showing applicant continuing to suffer severe psychological hardship as result of serious persecution he and family suffered—Lack of change of principal members of government in El Salvador and continued presence in power of former agents of persecution justifying applicant’s strong subjective fear of returning to country—Unsettled and violent conditions in El Salvador, applicant’s subjective fear, and lasting psychological effects of serious past persecution “compelling reasons” arising out of past persecution for refusing to avail himself of protection of El Salvador—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(2)(e) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), (3) (as am. *idem*).

ARGUELLO-GARCIA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-A-7335, McKeown J., amended order dated 10/11/93, 7 pp.)

COMPETITION

Application for judicial review of denial of access to material filed with Canadian International Trade Tribunal—Access to such material only flowing from Canadian International Trade Tribunal Act, s. 44—S. 44 excluding application of ordinary rules of *audi alteram partem*, and exhaustive of right of parties before Tribunal to examine information provided to Tribunal—Exception to right given by s. 44, “information to which subsection 45(1) applies”—S. 45 providing where information designated confidential pursuant to s. 46(1)(a) and designation not withdrawn, information shall not be disclosed—Director seeking access to information so designated—Unfortunate Director’s powers to intervene in public interest before Tribunal pursuant to Competition Act, s. 125 not including automatic right of access to all confidential information in Tribunal’s possession, but Canadian International Trade Tribunal Act, ss. 44 to 48 constituting complete code as to disclosure of confidential information and provisions thereof not permitting Director access to information sought—Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, ss. 44, 45(1), 46(1)(a)—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 125 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), s. 45).

CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH, COMPETITION ACT) V. CANADA (INTERNATIONAL TRADE TRIBUNAL) (A-584-93, Hugessen J.A., judgment dated 17/11/93, 3 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

CUSTOMS ACT

Application for declaration respondents' decisions rejecting applicant's re-determination requests "decisions" under Customs Act, ss. 60(3), 63(3)—Governor in Council issuing Customs Tariff Schedules Amendment Order No. 7 revoking tariff item 8481.90.40 and substituting tariff item 8481.90.10—Respondent Minister rejecting applicant's s. 60 re-determination request as goods not covered by retroactive tariff amendment and no other criteria for consideration—Deputy Minister also rejecting re-determination request under s. 63 as time limit under s. 60 expired and no decision made in respect of rejection of s. 60 re-determination request—Whether respondents' rejections in fact "decisions" thereby giving applicant recourse to Act's appeal provisions—What respondents described as "threshold question" in fact disguised decision on merits—By characterizing decisions as "no decisions" rather than negative decisions, respondents thwarted applicant's rights of appeal under ss. 60, 63, specifically conferred in s. 72.1—Applicant's only recourse to Federal Court—Application allowed—Customs Tariff Schedules Amendment Order No. 7, SOR/90-265—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 60, 63, 72.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 36, s. 1).

MUELLER CANADA INC. v. M.N.R. (T-746-93, Rouleau J., order dated 15/11/93, 7 pp.)

EXCISE TAX ACT

Actions against decision by Canadian International Trade Tribunal confirming MNR's assessment with respect to plaintiffs' product—Whether Perrier "carbonated beverage" under Excise Tax Act, Schedule III, Part V—Perrier subject to tax imposed by Act, s. 50(1) if carbonated beverage—If not, exempt from tax pursuant to s. 51—Perrier mineral water containing carbon dioxide—Carbon dioxide content in bottled Perrier approximately 6,500 mg/L—Argumentation centred around fact English text using "drink" and "beverage" while in French only "*boisson*" employed—Dictionary definitions cited by plaintiff indicating broad and narrow usage of term beverage—Beverage defined broadly as any liquid for drinking, more narrowly as referring to liquids other than water prepared before being consumed—English word beverage used in variety of ways—Used in general way as being equivalent of drink, also used in more specific ways—Ordinary usage of word not excluding water—Term "beverage" not equivalent to water—Overall scheme of Act not to tax natural products—Tax attracting commodities listed in lettered paragraphs to section 1 of Part V including products subjected to no more and probably often less processing activity than exists in bottling Perrier, also basically natural products—Many natural products subjected to minimal processing included in taxable items—Types of items usually taxed luxuries or ones nutritionally non-essential—Term "carbonated beverages" not intended to include only artificially manufactured carbonated beverages, also including natural products such as Perrier—Actions dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 50, 51, Schedule III, Part V.

PERRIER GROUP OF CANADA INC. v. CANADA (T-495-91, T-496-91, Reed J., judgment dated 1/10/93, 10 pp.)

ENVIRONMENT

Application for interim order setting aside decision to issue timber cutting permit and to prohibit Superintendent of Banff National Park or Parks Canada from issuing new timber cutting permit or from extending existing permit or issuing further permits or approvals for development of Goat's Eye ski area pending final disposition of proceedings based on originating notice of motion—Long-term lease entered into in 1981 between Parks Canada and Sunshine Village Corporation (SVC) as lessee and operator of Sunshine ski area of Banff National Park—SVC submitting long range development plan with many components including further ski lifts, parking, additional hotel rooms and staff accommodation, etc.—Parks Canada ruling environmental impacts from proposed development of Goat's Eye Mountain at Sunshine Village either insignificant or mitigable with known technology under Guidelines Order, s. 12(c)—Whether Parks Canada could treat individual components of execution of long range development plan as separate "proposal" within meaning of Guidelines Order—Principles applicable to interlocutory injunctions should be applied herein—Applicant's case raising serious issue—No irreparable harm to applicant or "public interest" if cutting proceeds in accordance with existing permit and construction agreement—Evidence as to irreparable harm must be clear and not speculative—Respondent SVC will suffer significant financial losses if work now interrupted—Where asked, even by public interest litigant with recognized standing, to grant interlocutory injunction before trial of substantive issue, Court must apply same criteria in exercise of discretion to grant remedy as if applicant for injunction ordinary litigant—Criteria including question of undertaking to compensate respondent for potential losses should injunction be granted and later found not justified—Applicant failing to provide undertaking with application—*Status quo* better maintained by declining to interfere with completion of current cutting programme—Application dismissed—Applicant to pay costs of SVC—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, s. 12(c).

CANADIAN PARKS AND WILDERNESS SOCIETY v. CANADA (SUPERINTENDENT OF BANFF NATIONAL PARK) (T-2505-93, Strayer J., order dated 12/11/93, 13 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

TRIAL DIVISION

Appeal from Trial Division judgment restricting issues on application for judicial review—Respondents complaining to Canadian Human Rights Commission concerning Canadian Armed Forces' retirement policy contained in Queen's Regulations and Orders (QRO)—Forces arguing QRO "regulations" within Canadian Human Rights Act, s. 15(b)—S. 15(b) providing not discriminatory practice if employment refused or terminated because individual not reaching minimum age or has reached maximum age applied to that employment by regulations—Before Human Rights Tribunal, Commission arguing QRO not type of regulation contemplated in s. 15(b), or both QRO and s. 15(b) discriminating based on age and contravening Charter, s. 15—Tribunal holding QRO not within ambit of s. 15(b) and therefore not required to deal with Charter argu-

FEDERAL COURT JURISDICTION— Concluded

ment—Ordering Forces to compensate individual respondents—On application for judicial review to Trial Division, Trial Judge holding Court lacking competence to entertain argument on constitutionality of s. 15(b) or QRO, given Tribunal's decision s. 15(b) not applicable—Appeal allowed—Application for judicial review putting in issue whole of Tribunal's decision Forces discriminated against respondents—If Court finding Tribunal erred in law in dismissing defence based on s. 15(b), must consider whether s. 15(b) and QRO discriminatory and invalid because of Charter, s. 15—Even if appellant right on s. 15(b) issue, Court may still dismiss application for judicial review if finding against appellant on constitutional point—Issue as to constitutionality of s. 15(b) and of QRO within Trial Division's jurisdiction to decide—Should Trial Division decide Tribunal's decision should be set aside, and if record sufficient Trial Division may decide such issue in order to formulate directions upon which matter to be referred back to Tribunal—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(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], s. 15.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MARTIN (A-573-93, Hugessen J.A., judgment dated 16/11/93, 5 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Deductions

Application for judicial review of decision by Revenue Canada Taxation declining to exercise discretion in favour of applicant under Income Tax Act, s. 220(3.1)—Applicant claiming business losses for 1985, 1986, 1987 taxation years—Losses disallowed by MNR as found not to exist—Arrears of interest on additional tax imposed on applicant amounting to \$51,987.85 for years in issue—Request to have arrears of interest cancelled under s. 220(3.1) twice refused—Whether MNR acted in accordance with rules of natural justice and procedural fairness in not exercising discretion in favour of applicant under s. 220(3.1)—S. 220(3.1) vesting new power in Minister, previously beyond jurisdiction and that of Court—No particular duty of fairness prescribed for Minister under Act—Fairness Committee, Chief of Appeals concluding applicant's situation not falling within ambit of fairness provisions—Applicant showing lack of prudence, could have prevented cumulation of interest on outstanding tax liability—Applicant's situation not entirely result of extraneous circumstances—No evidence suggesting Minister did not fulfil duty to act fairly or ignored relevant evidence—Application dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 220(3.1) (as enacted by S.C. 1991, c. 49, s. 181(1)).

TOWERS v. CANADA (T-706-93, Noël J., order dated 17/11/93, 6 pp.)

INCOME TAX—Continued

NON-RESIDENTS

Application for judicial review of Tax Court decision 1990 scholarship payment from Canadian university subject to taxation as income—Applicant Chinese citizen resident in China before entry into Canada on visitor's visa to study in 1984—In 1987 married Canadian citizen—To avoid being required to leave Canada upon completion of studies, and higher tuition fees demanded of "foreign" students, applied for landed immigrant status in August or September 1987—Landing granted July 13, 1990—Prior thereto, applicant renewing visa annually from 1985 to 1990—Evidence of renewals required by university as prerequisite to payment of bursaries—Canada-China Income Tax Agreement Act, 1986, Art. 19 providing payments which student, who is or was immediately before visiting Contracting State, resident of other Contracting State and who is present in first-mentioned Contracting State solely for purpose of education, receives for purpose of education not taxable in Contracting State—Respondent arguing Art. 19 applying only to persons resident in Canada temporarily and in 1990 applicant not temporary resident, having lost that status when applied to become landed immigrant—Tax Court holding circumstances (marriage, application for landed immigrant status, length of stay in Canada, establishment of family home, indefinite term of stay) indicating applicant not temporarily present in Canada—Application dismissed (Robertson J.A. dissenting)—Purpose of Art. 19 avoidance of double taxation of Canadian, Chinese nationals in receipt of income while temporarily in state of which not national—Use of "*qui séjourne*" in French version, clearly indicating temporary presence prerequisite to successful invocation of Art. 19—Application for permanent resident status indicating intention to remain in Canada permanently—Intention actualized when granted landed immigrant status—Tax Court properly giving "visiting" ordinary meaning of temporarily resident—Ample evidence supporting conclusion of fact, applicant no longer temporarily resident in Canada in 1990—Robertson J.A. (dissenting) reasoning as follows: as non-residents subject to tax with respect to income derived from Canadian source, irrelevant whether applicant resident or non-resident for tax purposes—Tax Court's conclusion Art. 19 exemption unavailable once individual found to be resident of this country for tax purposes because problem of double taxation no longer present fundamentally flawed—Purpose of Art. 19 not to prevent double taxation, but to ensure money received for purpose of maintaining student rendered immune from taxation by contracting state in which student pursuing studies—Art. 4 addressing paramountcy question—Thus contextual approach to statutory interpretation dictating Art. 19 intended to serve another purpose—Scholarship monies of student who is or was resident of China not subject to taxation in Canada—Art. 19 implicitly, if not expressly, contemplating student no longer resident of China for tax purposes but classified as Canadian resident under Act—Individual found to be resident of Canada for tax purposes not automatically precluded from claiming tax exemption under Art. 19—Must determine as matter of reasonable implication point in time applicant no longer visiting Canada solely for purpose of education—Application for landed immigrant status not sufficient ground on which to exclude application of Tax Agreement as applicants for landed immigrant status having only mere hope or expectation government will look favourably

INCOME TAX—Concluded

upon request—Given diverse reasons underlying decision to seek landed immigrant status, improper to conclude such applicant intending to forego benefits of existing citizenship—Tax Court correctly concluding one of obvious purposes of Art. 19 to ensure exempted “income” truly student income—Establishment of family ties irrelevant to question of applicability of Art. 19—If establishment of family ties changed anything, changed applicant’s status from one of “non-resident” to one of “resident”—Objection that effectively integrates two legislative regimes, Income Tax Act and Immigration Act disposed of readily—Determination of residency under Act should not be presumed to be dependent on meaning of “residency” in context of another federal statute, although two federal statutes can be complementary—Person who gains entry to Canada for limited purpose of attaining education prohibited from obtaining employment and whose presence remaining conditional on renewal of visa fulfilling spirit and intent of Art. 19—Immigration Act, 1976, S.C. 1976, c. 52—Canada-China Income Tax Agreement Act, 1986, S.C. 1986, c. 48, Part III, Sch. V, Arts. 3.2, 4, 19—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 2, 3, 56(1)(n) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 15; 1986, c. 6, s. 28; 1987, c. 46, s. 15; 1991, c. 49, s. 32), 115(2)(e)(ii).

LI v. M.N.R. (A-162-93, Isaac C.J., Robertson J.A. (dissenting), judgment dated 5/11/93, 24 pp.)

INJUNCTIONS

Application by plaintiff for order allowing it to retain possession of three Zodiac inflatable boats owned by defendants—Application by defendants for *mandamus* requiring plaintiff to return Zodiacs—Plaintiff Crown corporation operating passenger, auto and freight ferry services under contract with federal government—Defendants and plaintiff entering into Joint Venture Agreement to provide environmentally-oriented cruise expeditions using plaintiff’s vessel M.V. Northern Ranger—Defendant fulfilling obligation under agreement to purchase three Zodiac inflatable boats and supporting equipment for use on expedition—Plaintiff asking Court to apply case law with respect to granting of Mareva injunction—Principles of law with respect to Mareva injunctions not permitting plaintiff to retain possession of Zodiac inflatable boats—Defendants’ application for return of boats granted—Defendants enjoined from removing from jurisdiction of Court, disposing of, encumbering, releasing or disposing of own assets including Zodiacs—Plaintiff establishing conditions for Mareva injunction, existence of strong *prima facie* case—Genuine risk that, if successful, plaintiff may be unable to execute judgment once obtained—Defendant companies experiencing increasing difficulty in meeting financial obligations, subject to other lawsuits, facing possibility of bankruptcy proceedings—Likely prospect Zodiacs and other defendants’ assets be removed from jurisdiction for use on international cruises—Defendants’ application for particulars under R. 415(3) denied—Pleadings unequivocally setting out plaintiff’s position and enabling defendants to know nature of case against them—Defendants’

INJUNCTIONS—Concluded

application allowed in part—Plaintiff’s application allowed in part—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 415.

MARINE ATLANTIC INC. v. BLYTH (T-1571-93, Jerome A.C.J., order dated 10/11/93, 8 pp.)

MARITIME LAW

HARBOURS

Application for judicial review of respondent’s decision restricting carriage of dangerous goods to another area of harbour—Applicants applied for leave to operate once-a-day public trailer-ferry service between Departure Bay in Nanaimo Harbour and Main Street in Vancouver Harbour—Kingcome operating identical service on behalf of C.P. Coastal Marine for many years, but now intending to compete with C.P. using same vessel, master, crew—Also wished to carry certain categories of dangerous goods as defined in Dangerous Goods Shipping Regulations i.e. small quantities of items such as acetylene tanks, aerosol spray cans, paint, car batteries—Written authorization communicated to applicant on June 9, 1993 from respondent authorizing application on condition no dangerous cargo to be carried except in accordance with such terms as Harbour Master may require—On July 5, 1993 respondent confirming original decision but restricting applicants in carriage of dangerous goods to Duke Point area of harbour—Decision later set out in letter dated July 19, 1993—Duke Point located considerable distance from other two port facilities located close to downtown Nanaimo—Duke Point developed as industrial, commercial area to ease congestion in harbour, and gentrify downtown portions of harbour—Applicants’ proposed service between midnight and 4:00 a.m. when traffic greatly reduced and minimal risks of collision—Although inference of general policy expressed in generic terms to rehabilitate downtown areas by moving industrial and commercial traffic to Duke Point, no specific written policy prohibiting new services in harbour or carriage of dangerous goods in all areas except Duke Point until July 19—No prior designation of any place set aside for purpose of vessels carrying dangerous goods pursuant to Commission’s By-Law—Applicants alleging respondent failing to provide equality of access to harbour for all carriers; improperly revised June 9 decision by revoking permission to carry dangerous goods at all; improperly discriminated against applicants by allowing C.P. to continue its service; failed to afford applicants fair opportunity to answer respondent’s concerns respecting carriage of dangerous goods—Respondent stating decision consonant with policy objective to move commercial and industrial activities to Duke Point—Application allowed—July 5 letter interpreted as reversal of earlier decision—Subsequent reasons for refusal merely *ex post facto* rationalization of newly articulated policy no further services would be allowed in downtown harbour area—Policy not in mind when respondent originally permitted operation of applicant’s ferry service from Departure Bay—Policy considerations must be well-known to respondent and to people who wish to venture into marine business—As to dangerous goods issue, applicants’ service would not add to volume as their volume coming from C.P.’s existing and exclusive service—Respondent not considering restriction

MARITIME LAW—Concluded

imposed by Vancouver Harbour Commission against applicants carrying explosives, radioactive material or any bulk dangerous goods such as petroleum, chemicals or acids when considered application—June 9 letter providing applicants with authorization required and consonant with applicants' representations—Reversal of position not taking into consideration evidence of minimal increase in carriage of dangerous goods by applicants, and applicants' record of carrying such goods without incident for many years—Unqualified prohibition discriminatory—No opportunity provided to discuss ramifications of *ad hoc* policy—Such *ex post facto* decisions not meeting tests of fairness, reasonableness, equity imposed upon decision-making authorities—Decision-making authority which has received application, analyzed facts before it, considered areas of concern and allowed application cannot, based on subsequent elaboration of policy, effectively reverse itself to evident financial prejudice of applicants—Retroactive effect of designations of various locations in downtown harbour pursuant to respondent's By-Laws constituting excess of jurisdiction—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Harbour Commissions Act, R.S.C., 1985, c. H-1, ss. 3(1)(c), (2), 4, 13—Dangerous Goods Shipping Regulations, SOR/81-951.

KINGCOMB NAVIGATION CO. V. CANADA (NANAIMO HARBOUR COMMISSION) (T-1917-93, T-1918-93, Joyal J., order dated 8/11/93, 35 pp.)

PAROLE

Application for judicial review of National Parole Board's amended determination of day parole eligibility—Applicant first sentenced to seven-year term on June 6, 1990—Sentence beginning to run December 20, 1991—On December 10, 1992 sentenced for further offences to two concurrent terms of three years—Combined sentence of 10 years—When first sentence imposed, Parole Act providing for day parole after serving one-sixth of sentence, in force—When second sentence imposed, Corrections and Conditional Release Act (CCRA) providing for day parole when one-third of sentence less six months served, in force—Board setting eligibility date by applying CCRA to entire 10-year sentence—CCRA, s. 225 providing s. 119 (eligibility for day parole) not applying to sentence imposed before commencement day, but provisions of former Act apply—S. 139 providing where person sentenced to term of imprisonment that has not expired, sentenced to additional term of imprisonment, person deemed to have been sentenced to one term of imprisonment commencing at beginning of first of those sentences—Board submitting CCRA, s. 225 only applies where only sentence for which calculations required imposed under Parole Act regime—Once sentence imposed under CCRA, eligibility determined under CCRA in respect of entire 10-year sentence—Applicant submitting because both sentences deemed to be one, day parole eligibility determined by applying Parole Act formula to entire 10-year sentence—Application allowed—Both interpretations wrong—CCRA, s. 225(1) substantive provision—Parliament clearly intending CCRA not have retroactive effect and sentences imposed under Parole Act regime would for purposes of day parole calculations be treated according to Parole

PAROLE—Concluded

Act formula—S. 225(1) applying to sentences imposed before November 1, 1992, whether or not additional sentences imposed on offender under CCRA—Sentences imposed under Parole Act not brought under CCRA formula for calculation of day parole—Applicant's reading of s. 139 unreasonable as unduly expanding operation of transitional provision by extending it to sentences imposed under CCRA—Sentence or sentences imposed under Parole Act have eligibility dates calculated using Parole Act formula, and eligibility dates for sentences imposed under CCRA calculated using its formula—In transitional period, double calculations required in cases of this kind to give effect to s. 225(1)—Applicant eligible for day parole July 25, 1993—Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 119, 139, 225(1).

LANGARD V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-1809-93, Simpson J., order dated 21/9/93, 9 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Appeal from refusal of special order for directions as to conduct of Trial Division proceeding—Proceeding seeking to prohibit issuance of notice of compliance under Food and Drug Regulations to respondent Apotex, in respect of medicine for which Bayer owns subsisting patent and Miles licensee and holder of notice of compliance (NOC)—Apotex alleging since patent claims monopoly in respect of medicine made in accordance with processes covered by process claims of patent, patent could not be infringed by making medicine by different process—Undertaking not to make medicine by patented process until patent expiring—Issue whether process by which medicine to be produced by or for Apotex so different from that patented as to result in medicine not infringing Bayer's patent—Direction sought concerning filing and service of affidavit evidence by Apotex, provision of samples and particulars of process, filing and service of affidavit evidence in reply, personal knowledge of affiants, cross-examination and re-examination of affiants, hearing of interlocutory motions, preparation and filing of memoranda of fact and law prior to hearing, restriction of evidence to affidavits and transcripts of cross-examinations and re-examinations, order of argument at hearing, role of Minister—Trial Judge dismissing application upon determining Part V.1 Rules governing application for judicial review ought to be followed—Whether Part V.1 Rules apply depending on whether proceeding taken under Federal Court Act, s. 18.1—Regulations, s. 6(1) authorizing application to court for order prohibiting Minister from issuing NOC—Clearly application within contemplation of Federal Court Act, s. 18(1)(b)—Application required by s. 18(3) to be made under s. 18.1 and prescribed procedures found in Part V.1 of Rules—Trial Judge correctly holding proceedings governed by Part V.1 Rules—Part III Rules also apply except to extent of any conflict—Part V.1 Rules also dictating timetable for expeditious conduct of proceedings—Person claiming patent rights must commence proceeding within 45 days of being served with notice of allegation—Court expected to resolve matter within 30 months after proceeding commenced—When exten-

PATENTS—Concluded

sion of time that might delay final resolution of application beyond 30 months sought, Court will have to consider impact of Patent Act, s. 55.2(4)(e) and Regulations, s. 7(5) on discretion provided by R. 1614—By merely commencing proceeding, applicant obtaining tantamount to interlocutory injunction for up to 30 months without having satisfied any of criteria Court would require before enjoining issuance of NOC—No liability as to damages arising from application as would be imposed by undertaking any court would require before making interlocutory injunction—Duty of court to deal with application expeditiously—Given that, in scheme of Regulations, patentee having both carriage of proceeding and interest in its dilatory prosecution, departures from schedule imposed by Part V.1 Rules should be exceptional—Regulations, s. 5(3)(a) requiring applicant for NOC to provide detailed statement of basis in fact and law for statement of allegation—Intending patentee be fully aware of grounds on which applicant alleging issuance of NOC will not lead to infringement of patent before deciding whether to apply to court for determination—Such disclosure would define issues at very early stage—Such purpose confirming intention proceedings be expeditiously conducted—Not workable in case where ground provided by s. 5(1)(b)(iv) invoked—Apotex not complying here—Applicant for NOC alleging different process cannot be expected to make full disclosure without protective order—Confidentiality cannot be assured until proceeding in court—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2, 4, 5, 6, 7, 8—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.004 (as am. by SOR/85-143, s. 1; 88-257, s. 1)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 55.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4), 55.2 (as enacted *idem*)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 18.4 (as enacted *idem*)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1614 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

BAYER AG v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (A-389-93, Mahoney J.A., judgment dated 25/10/93, 9 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Application to review Hugessen J.A.'s dismissal of R. 344(7) application with respect to costs in Trial Division—Trial Judge awarding costs to respondents (Engine and Leasing *et al.*) on party to party basis—Reasons for impugned decision: lengthy delay in bringing application; amount of costs not in issue on appeal; reason for delay (introduction into Court record of elements which might influence outcome of appeal) invalid; applications for special directions regarding costs in Trial Division normally addressed to Trial Judge; lengthy extension of time to apply under R. 344(7) should only be granted for "very special reasons"—Application dismissed—Although, normal practice when trial costs at issue to address application under R. 344(7) to Trial Division, and preferably to Trial Judge, recently on occasional applications made directly to Court of Appeal—Propriety of practice doubtful, but as issue not raised, profession advised to follow normal practice of making application under R. 344(7) in Trial Division when

PRACTICE—Continued

relating to costs at trial—Where no cross-appeal to increase costs allowed by Trial Judge, and appeal judgment not altering Trial Judge's order as to costs, respondents out of time and must seek extension of time to apply for special directions—Denial of extension within Court's discretion—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 337(5), 344(7) (as am. by SOR/87-221, s. 2).

ENGINE AND LEASING CO. v. ATLANTIC TOWING LTD. (A-167-92, Décary J.A., order dated 9/11/93, 5 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

Appeal under R. 336(5) from ASP's order granting leave to plaintiffs to file amended statement of claim—Main action appeal by plaintiffs of notices of assessment for 1984 and 1985 taxation years—Principal issue in original statement of claim whether plaintiffs entitled to Part VIII refund as number of expenditures scientific research and experimental development expenditures under Income Tax Act, ss. 37(1), 194(2)—Principal amendments raising validity of designations made under s. 194(4)—ASP allowing application for leave to amend statement of claim without reasons—Standard of review of prothonotary's order set out in *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.)—ASP's order raising question "vital to the final issue of the case"—Court ought to intervene and exercise discretion *de novo* as amendments, if allowed, would create whole new cause of action—Rule governing amendment of pleadings set out in R. 420(1)—Whether amendment in interests of justice—Proposed amendments constituting withdrawal of admission designations considered by plaintiffs to be valid—Amendments would cause prejudice to defendants as Minister precluded from reassessing third party investors—Proposed amendments not aiding in "determining the real questions in controversy between the parties" nor raising "triable issue"—Counsel for plaintiffs having previous opportunities for raising issue of validity of designations—Motion by no means "timely"—Proposed amendments regarding designations would cause irremediable injustice not capable of being compensated by award of costs—Appeal allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 336, 420—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 37(1) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 15(3)), 194 (as am. *idem*).

SCANNAR INDUSTRIES INC. (RECEIVER OF) v. CANADA (T-494-89, Denault J., order dated 16/11/93, 10 pp.)

STAY OF PROCEEDINGS

Application to stay Income Tax Act, s. 231.4 inquiry before Tax Court pending disposition by Trial Division of action for declaration s. 231.4 unconstitutional—Application of test in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110—(1) Serious issue to be tried—In earlier s. 28 application Hugessen J.A. stating Charter-based attack on 231.4 crying out to be made—Doctrines of issue estoppel, *res judicata* not applicable in public law cases—Even if doctrines applied herein, special circumstances exception enunciated in *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621 apply, given Court of Appeal call for Charter review, fact action commenced before Federal Court of Appeal hearing or decision—

PRACTICE—Concluded

(2) Irreparable harm to applicant—Inquiry integral step in eventual criminal prosecution and resulting damage unacceptable—Crown not undertaking not to use any evidence so obtained should s. 231.4 be declared invalid—(3) Balance of convenience favouring applicant, given delays by respondent, lack of harm to respondent if matter stayed—Within Federal Court's jurisdiction to stay Tax Court's order: *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1989] 2 F.C. 38 (T.D.)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 400, 600(4)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.4 (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121).

DEL ZOTTO v. M.N.R. (T-2022-93, McKeown J., order dated 26/11/93, 5 pp.)

PUBLIC SERVICE**JURISDICTION**

Application to review and set aside part of PSSRB decision—Applicant suspended from work for 20 days for allegedly sexually harassing two clients and employee—Applicant grieving both discipline and penalty—PSSRB concluding not convinced sexual harassment occurring, but pattern of “unusual personal behaviour” in breach of TB policies warranting suspension—Application allowed—PSSRB committing patently unreasonable error of law in sustaining 20-day suspension on ground of “unusual personal behaviour” after finding no basis for sexual harassment allegation—PSSRB deciding in favour of applicant on question before it, but proceeding to decide question not before it—Applicant not having opportunity to present evidence on question decided by PSSRB—PSSRB not having authority to assume role of management to impose more severe penalties or to impose penalties on grounds not alleged by employer—Fact part of decision dealing with matter not before PSSRB patently unreasonable—Part of PSSRB's decision sustaining suspension and other penalties severed and quashed—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 91, 92, 101—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as am. *idem*, s. 5).

JOHNSON v. CANADA (TREASURY BOARD) (T-349-93, McKeown J., order dated 24/11/93, 7 pp.)

PUBLIC SERVICE—Concluded**SELECTION PROCESS***Competition*

Merit principle—Application for judicial review of decision by Public Service Commission to take no corrective action in response to defects found by Appeal Board in competition for GT5 position with Prairie Farm Administration—Unsuccessful applicant appealing Selection Board's decision on basis merit principle not followed—PSC Appeal Board allowing appeal based on several flaws in selection process—Following first appeal, PSC determining order of merit would not change even if errors remedied—On appeal from PSC's inaction, PSC Appeal Board upholding PSC's response to first Appeal Board decision—Role of Appeal Board to ensure merit principle being observed—Commission taking necessary steps to ensure merit principle in selection process observed—Actions consonant with concern about avoiding technical difficulties in correction of injustices—Letter written by applicant's expert not strong or relevant statement with respect to flaws identified by Appeal Board—Second Appeal Board ruling corrective measures taken by Commission did not offend merit principle—Whether decision to uphold Commission's actions error of law—Second Appeal Board following direction given to appeal boards by Federal Court of Appeal in refusing to substitute own opinion for that of Commission as satisfied selection made in accordance with merit principle—Right to procedural fairness arising where nature of decision-making body quasi-judicial or judicial—Function performed by Selection Board purely administrative task not governed by rules of fairness such as *audi alteram partem*—All rights of procedural fairness including right to hearing afforded applicant as part of appeal process in PSEA, s. 21—Commission's duty in decision-making process to act fairly—Decision of first Appeal Board not subject to review as two separate decisions cannot be attacked in single application for judicial review under Federal Court Act, s. 18.1 and R. 1602(4)—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1602(4) (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

BURNETT v. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION) (T-328-93, Tremblay-Lamer J., order dated 25/11/93, 11 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.

AVOCATS ET PROCUREURS

Demande visant au retrait du nom du procureur inscrit au dossier, fondée sur le refus du client de verser une provision de 800 \$, en plus de la somme de 5 000 \$ déjà versée, et sur le fait que le procureur n'a plus confiance en son client—Le procureur avait offert de s'occuper de l'affaire jusqu'à l'audience finale sur le fond pour le solde de son compte en fiducie—La somme de 800 \$ devait couvrir les frais additionnels de renvoi de l'affaire à la Section de première instance, qui aurait dû en être saisie en premier lieu—Le procureur n'a droit à aucune autre rémunération relativement à ce renvoi, ou à la présente demande—Il est tenu de s'occuper de l'affaire de son client jusqu'à la fin—Étant donné que le client a dit qu'il continuait à avoir confiance en son procureur, ce dernier n'a pas le droit d'abandonner le client sous le piètre prétexte donné—Demande rejetée—Il est ordonné au procureur de continuer à s'acquitter de ses obligations envers la Cour et envers son client.

CARBY-SAMUELS C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR)
(A-241-93, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 18-11-93, 2 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Appel du refus de prononcer une ordonnance spéciale prévoyant des instructions au sujet du déroulement d'une instance introduite devant la Section de première instance—La procédure visait à interdire au ministre de délivrer l'avis de conformité prévu par le Règlement sur les aliments et drogues à l'intimée Apotex, relativement à un médicament pour lequel Bayer était titulaire d'un brevet en cours de validité et pour lequel Miles était titulaire d'une licence et d'un avis de conformité—Apotex soutient qu'étant donné que le brevet revendique un monopole sur le médicament fabriqué conformément aux procédés visés par les revendications de procédés du brevet, la fabrication du médicament au moyen d'un procédé différent ne pourrait pas constituer une contrefaçon du brevet—Elle s'est engagée à ne pas fabriquer le médicament au moyen du procédé breveté avant l'expiration du brevet—Question de savoir si le procédé par lequel le médicament doit être produit par Apotex ou pour elle est tellement différent du procédé breveté que le médicament ne viole pas le brevet de Bayer—On

BREVETS—Suite

demande des instructions au sujet du dépôt et de la signification d'une preuve par affidavit par Apotex, de la fourniture d'échantillons et de détails au sujet du procédé, du dépôt et de la signification d'une preuve par affidavit en réponse, de la connaissance personnelle des auteurs des affidavits, du contre-interrogatoire et du réinterrogatoire des auteurs des affidavits, de l'audition des requêtes interlocutoires, de la rédaction et du dépôt d'exposés des faits et du droit avant l'audition, de la restriction de la preuve aux affidavits et aux transcriptions des contre-interrogatoires et des réinterrogatoires, de l'ordre des arguments soulevés à l'audience et du rôle du ministre—Le juge de première instance a rejeté la demande en statuant que les parties devraient suivre les règles de la partie V.1 régissant les demandes de contrôle judiciaire—La question de savoir si les règles de la partie V.1 s'appliquent dépend de la question de savoir si l'instance a été introduite en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—L'art. 6(1) du Règlement permet la présentation d'une demande au tribunal en vue de l'obtention d'une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité—Il s'agit clairement d'une demande visée par l'art. 18(1b) de la Loi sur la Cour fédérale—La demande visée par l'art. 18(3) doit être présentée en vertu de l'art. 18.1 et les procédures prescrites figurent à la partie V.1 des Règles—Le juge de première instance a eu raison de statuer que l'instance était régie par les règles de la partie V.1—Les règles de la partie III qui ne sont pas incompatibles s'appliquent également—Les règles de la partie V.1 prescrivent également un échéancier aux fins du déroulement expéditif des instances—La personne qui revendique des droits de brevet doit introduire l'instance dans les 45 jours suivant la date à laquelle elle a reçu signification de l'avis d'allégation—La Loi prévoit que le tribunal doit résoudre la question dans les 30 mois qui suivent la date de l'introduction de la procédure—Lorsqu'une prorogation de délai qui pourrait retarder de plus de 30 mois le règlement définitif de la demande est demandée, la Cour doit examiner les incidences de l'art. 55.2(4)e) de la Loi sur les brevets et de l'art. 7(5) du Règlement sur le pouvoir discrétionnaire prévu par la Règle 1614—En se contentant d'introduire l'instance, le requérant obtient ce qui équivaut à une injonction interlocutoire d'une durée maximale de 30 mois sans avoir satisfait aux critères qu'un tribunal exigerait qu'il respecte avant d'ordonner la délivrance d'un avis de conformité—La demande ne donne lieu, à l'égard du préjudice en découlant, à aucune responsabilité telle que celle qui découle-

BREVETS—Fin

rait de l'engagement que le tribunal exigerait avant de prononcer une injonction interlocutoire—La Cour est tenue de statuer avec célérité sur la demande—Étant donné que, selon l'économie du Règlement, c'est le breveté qui est à la fois chargé de la conduite de l'instance et qui a intérêt à ce que son déroulement soit retardé, les dérogations au calendrier imposé par les règles de la partie V.1 devraient être exceptionnelles—L'art. 5.3a) du Règlement oblige la personne qui demande la délivrance d'un avis de conformité à fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde—Le législateur voulait que le breveté soit parfaitement au courant des motifs sur lesquels le requérant se fonde pour alléguer que la délivrance d'un avis de conformité ne donnera pas lieu à la contrefaçon du brevet avant que le breveté ne décide de présenter une demande au tribunal pour obtenir une décision—Pareille divulgation permettrait de cerner le débat très tôt—Pareil but confirme que l'intention était que l'instance se déroule rapidement—Une telle façon de procéder n'est pas réalisable dans une affaire où le moyen prévu par l'art. 5(1b)(iv) est invoqué—Apotex ne s'est pas conformée en l'espèce—On ne peut s'attendre à ce que la personne qui demande un avis de conformité et qui prétend employer un procédé différent procède à une divulgation complète sans une ordonnance de confidentialité—La confidentialité ne peut pas être assurée tant qu'une instance n'a pas été introduite devant le tribunal—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2, 4, 5, 6, 7, 8—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.004 (mod. par DORS/85-143, art. 1; 88-257, art. 1)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4), 55.2 (édicte, *idem*)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 18.4 (édicte, *idem*)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1614 (édicte par DORS/92-43, art. 19).

BAYER AG C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (A-389-93, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 25-10-93, 10 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Le MEI a consenti à ce que l'affaire soit déferée à la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission)—Le requérant a demandé à la Cour d'ordonner à la Commission de conclure que les trois requérants étaient admissibles à titre de réfugiés au sens de la Convention—Compte tenu de la preuve, la Cour, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'art. 18.1(3b) de la Loi sur la Cour fédérale, défère l'affaire à la Commission et ordonne qu'il soit décidé que les requérants sont des réfugiés au sens de la Convention—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3b) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

NAZMDEH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-994-93, juge Rouleau, jugement en date du 21-7-93, 2 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—
Suite**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, qui est citoyen de l'ancienne République soviétique d'Ukraine, faisait partie d'une organisation nationaliste illégale en Ukraine—En raison de sa participation, il a été arrêté à deux reprises, détenu à deux reprises pendant 40 jours en tout, battu et mal nourri—Il a été interrogé par le KGB—Pendant qu'il était au service du gouvernement à bord d'un navire soviétique, il a quitté le navire, à Halifax, et a revendiqué le statut de réfugié—La Commission a eu tort de s'appuyer sur des renseignements qui n'avaient pas été présentés à l'audience et qui ne pouvaient faire l'objet de la connaissance d'office—Aucun élément de preuve ne permettait à la Commission de conclure que la fuite à l'étranger ne constituait plus une haute trahison en Ukraine—Dans *Bovbel c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), A-1234-92, juge Rouleau, jugement en date du 23-11-93, C.F. 1^{re} inst., encore inédit et faisant l'objet d'un appel devant la C.A.F., la Cour a conclu que la pratique selon laquelle la Commission faisait «réviser» son ébauche des motifs par des avocats qui n'étaient pas présents à l'audience et dont les commentaires n'avaient pas fait l'objet d'observations de la part de l'avocat du requérant allait à l'encontre des principes de justice fondamentale, et que la directive de la Commission selon laquelle les copies de l'ébauche des motifs et les commentaires du conseiller juridique devaient être transmis aux autres membres du tribunal suscitaient une crainte raisonnable de partialité—L'arrêt *Bovbel* a été suivi étant donné que les faits de cette affaire correspondaient à ceux de l'espèce—La Cour est convaincue que la procédure suivie par la Commission est de soumettre les motifs d'une décision défavorable à ses services juridiques—La décision de la Commission est annulée—La Cour recommande qu'à l'avenir, les décisions de la Commission ne soient pas «révisées» si elles sont rendues avant que la Cour d'appel fédérale ne tranche l'affaire *Bovbel*.

MANDYBURA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-709-92, juge Teitelbaum, jugement en date du 18-1-94, 9 p.)

STATUT AU CANADA**Refugiés au sens de la Convention**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le tribunal a conclu que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention que l'intéressé avait présentée n'avait pas de minimum de fondement—La contestation de la décision ne repose que sur la crainte alléguée de partialité—Le requérant soutient que la décision fait naître une crainte de partialité puisque M^{me} Brown a été à la fois agente chargée de présenter le cas (ACPC) à l'enquête en matière d'immigration et arbitre à l'audience visant à permettre de déterminer l'existence d'un minimum de fondement—Il est évident qu'une crainte raisonnable de partialité existe lorsque l'ACPC à l'enquête devient l'arbitre à l'audience visant à permettre de déterminer l'exis-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

tence d'un minimum de fondement—Lors de l'enquête en matière de renvoi, l'ACPC agit à titre d'opposant et n'a pas pour tâche d'assurer le respect de la loi—Demande accueillie.

KANKAM C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1849, juge Noël, ordonnance en date du 2-11-93, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le tribunal a conclu que la demande de statut de réfugié au sens de la Convention présentée par les requérants n'avait pas de minimum de fondement—Les requérants, qui sont mari et femme, sont des citoyens argentins—L'enquête concernant le mari devait être tenue en même temps que celle concernant sa femme—Les requérants se sont présentés devant le tribunal le 11 août et ont demandé un ajournement parce que l'avocat du mari n'était pas disponible—L'ajournement a été refusé et on a conseillé aux requérants de s'adresser au Barreau de l'Ontario et de poursuivre l'avocat s'ils n'étaient pas satisfaits de son rendement—L'enquête a eu lieu et les requérants ont été informés que la cause se poursuivrait le 11 septembre—Les requérants ont été informés que si leurs avocats voulaient assister à la reprise de l'audience, les rubans comportant l'enregistrement de la journée d'audience seraient disponibles—Le 11 septembre, l'avocat n'avait toujours pas reçu les transcriptions—Il a demandé un ajournement car il ne savait pas ce qui s'était passé et ne connaissait pas les éléments de preuve divulgués—Ajournement refusé—L'arbitre a dit ceci: [TRADUCTION] «Il n'est pas nécessaire d'avoir un avocat pour dire la vérité»—Demande accueillie—Le refus d'accorder l'ajournement, le 11 août, viole la justice naturelle—Les requérants ne comprennent pas tout à fait les procédures et ils se sont en fait vu refuser l'aide d'un avocat—La compréhension qu'avait l'arbitre du droit fondamental à l'aide d'un avocat est viciée, vu les remarques qu'il a faites, à savoir qu'il n'était pas nécessaire d'avoir un avocat pour dire la vérité, et la solution qu'il proposait, à savoir poursuivre l'avocat—Le ton général de la décision et la conduite apparente de l'arbitre vont à l'encontre de la justice naturelle—Le refus d'ajourner l'enquête, le 11 septembre, alors que l'avocat a dû procéder sans avoir eu, sans faute de sa part, la possibilité d'écouter les rubans et de se préparer convenablement, constituée également une violation de la justice naturelle—Les requérants ont fait tout ce qu'ils pouvaient pour être représentés par un avocat—Un ajournement aurait eu peu de conséquences pour le système d'immigration et n'aurait pas inutilement retardé, entravé ou paralysé la conduite de l'enquête.

TORRES C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-185, juge Rouleau, jugement en date du 3-11-93, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement a conclu que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par le requérant n'avait pas de minimum de fondement—Le requérant, qui est citoyen ghanéen, fonde sa revendication sur ses opinions politiques et sur son appartenance à un groupe social impliqué dans une tentative de coup d'État—Un article de journal servait à corroborer la preuve du requérant relativement à sa participation à la ten-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

tative de coup d'état—L'arbitre a reconnu la pertinence de l'article—L'audience visant à permettre de déterminer l'existence d'un minimum de fondement a été ajournée à deux reprises parce que l'avocate du requérant ne pouvait pas trouver l'article—Le tribunal a rendu sa décision le 15 juillet 1992 et le document a été reçu le 22 septembre 1992—Question de savoir si, en tranchant l'affaire en l'absence d'un document pertinent et important, le tribunal a enfreint les règles de l'équité procédurale—Aucun ajournement n'a été demandé par l'avocate du requérant le 15 juillet 1992—L'avocate n'a pas indiqué combien de temps il lui faudrait pour obtenir le document—Les règles de l'équité procédurale n'exigent pas que le tribunal accorde de sa propre initiative des ajournements *sine die*—Le tribunal n'a pas agi d'une façon inéquitable—Il a conclu que le témoignage du requérant comportait une incohérence puisqu'il parlait de tentative de coup d'État plutôt que de complot en vue de commettre un coup d'état—Le tribunal a conclu qu'il y avait six autres incohérences, conclusion que le requérant n'a pas contestée—Le tribunal a examiné la preuve dans son ensemble; il n'a pas commis d'erreur—Demande rejetée.

SANTUO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-365-93, juge Rothstein, ordonnance en date du 10-11-93, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'arbitre a statué que la mère de la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—Depuis la fin de l'audience, la mère est retournée à Trinidad-et-Tobago avec ses deux jeunes enfants—La requérante est maintenant mariée et demeure au Canada—Une enquête a été tenue en vertu de l'art. 27 de la Loi sur l'immigration pour déterminer s'il y avait lieu de prendre une mesure de renvoi—Le rapport montrait que la mère était demeurée au Canada au-delà de la période fixée dans son permis de visiteur et avait accepté un emploi sans autorisation—L'enquête a repris le 3 décembre 1991 en présence du même arbitre et d'un membre différent de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Les art. 29(4), 30(1) et 33(2) de la Loi sur l'immigration, considérés ensemble, ont pour effet d'imposer à l'arbitre une obligation particulière en ce qui concerne les mineurs de moins de dix-huit ans faisant l'objet d'une enquête ou risquant d'être inclus dans la mesure prise à l'issue de l'enquête—La Loi ne permet pas à l'arbitre de simplement supposer que tous les mineurs sont incapables de comprendre la nature des procédures—La requérante n'a pas été représentée, comme la Loi le lui garantit, et n'a pas eu la possibilité de présenter des observations avant d'être incluse dans la mesure—Elle ne savait pas que la procédure passerait d'une enquête fondée sur l'art. 27 à une audience visant à permettre de déterminer le statut de réfugié au sens de la Convention, et qu'elle ferait l'objet d'une mesure d'expulsion—La composition du tribunal a changé sans le consentement du ministre et de la mère, en violation de l'art. 69(7) de la Loi—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27, 29(4), 30(1), 33(2), 69(7).

KAMTAPERSAUD C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-378-93, juge Rouleau, ordonnance en date du 26-11-93, 8 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, qui est un Tamoul de Jaffna, au Sri Lanka, est retourné au Sri Lanka en 1992 après avoir passé quatorze ans dans les Émirats arabes unis—Un certain nombre d'événements s'étaient produits pendant les visites du requérant au Sri Lanka en 1986 et en 1989—La Commission a jugé que le témoignage du requérant était crédible—Cependant, elle n'était pas convaincue qu'il y avait [TRADUCTION] «un risque raisonnable» ou [TRADUCTION] «une forte possibilité» que l'intéressé soit persécuté s'il retournait au Sri Lanka—La Commission a jugé que l'intéressé n'était pas personnellement visé par les autorités du Sri Lanka—Tous les moyens invoqués dans la demande doivent être accueillis—Il n'était pas permis à la Commission d'exclure l'extorsion des indices de persécution sans avoir examiné la raison de l'extorsion et la motivation du requérant lorsqu'il a versé les fonds extorqués—En concluant que le traitement de l'intéressé entre les mains du Parti démocratique du peuple de l'Eelam, à Colombo, était un incident isolé et unique, la Commission n'a pas tenu compte de l'affrontement entre le requérant et le Front populaire révolutionnaire de libération de l'Eelam et de la preuve documentée concernant les arrestations de Tamouls—En concluant que l'intéressé n'était pas personnellement visé, la Commission n'a pas tenu compte du fait qu'il était un Tamoul de Jaffna—En concluant à l'existence d'une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, à Colombo, la Commission n'a pas tenu compte des difficultés auxquelles l'intéressé avait fait face à son retour à Colombo—La situation qui existait il y a 17 ans à Colombo n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit d'apprécier la situation actuelle—Demande accueillie.

SINNATHAMBY C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-179-93, juge Noël, ordonnance en date du 2-11-93, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié a conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les requérants sont des Tamouls hindous du nord de Sri Lanka, où ils ont été victimes, de 1989 à 1992, de divers genres de persécution—Ils se sont enfuis à Colombo, où ils ont demeuré chez leur oncle—La requérante principale a été arrêtée à Colombo parce qu'elle avait donné de la nourriture et de l'argent à une organisation militante tamoule—Elle a été libérée trois jours après que la police eut reçu un pot-de-vin—La SSR a conclu que les requérants avaient raison de craindre d'être persécutés dans le nord du pays, mais qu'il existait une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, à Colombo—Demande accueillie—Le Tribunal a commis une erreur en concluant que Colombo constituait une possibilité de refuge raisonnable dont les requérants pouvaient se prévaloir—Il a cité un passage d'un document du HCR qui parlait des risques que couraient les Tamouls qui avaient été arrêtés et détenus à Colombo, et a rapporté le témoignage de la requérante principale relativement à son arrestation, mais il a omis, dans ses motifs, de tenir compte de cet élément—Il s'est ainsi trouvé à ne pas tenir compte des circonstances propres à la requérante principale relativement à la possibilité d'être persécutée à Colombo—Le tribunal a également commis une erreur en

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

tirant une conclusion au sujet du caractère raisonnable de la possibilité de chercher refuge à Colombo en se fondant sur la conclusion de fait tirée dans *Rasaratnam c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 C.F. 706 (C.A.)—Le tribunal a fait le raisonnement suivant: étant donné que, dans l'arrêt *Rasaratnam*, la Cour avait conclu que Colombo constituait une possibilité raisonnable de refuge dans ce cas-là, Colombo devait constituer une possibilité raisonnable de refuge en l'espèce—Il faut tenir compte de toutes les circonstances particulières aux requérants en déterminant si la possibilité de refuge en question est raisonnable—Une conclusion de fait fondée sur des conclusions tirées dans une autre affaire n'est pas suffisante—Le tribunal a également omis de tenir compte du fait que les requérants s'étaient cachés chez un ami de l'oncle de la requérante principale après que cette dernière eut été arrêtée et détenue—Il est déraisonnable et même abusif qu'une personne soit contrainte à se cacher dans le lieu de refuge envisagé—Les questions suivantes sont certifiées, en tant que questions graves de portée générale au sens de l'art. 83(1) de la Loi sur l'immigration: (1) le fardeau de la preuve concernant la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays; (2) le sens des mots «compte tenu de toutes les circonstances», il est déraisonnable pour l'intéressé d'y chercher refuge—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

PATHMAKANTHAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2367-93, juge Denault, ordonnance en date du 2-11-93, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Le requérant est un Somalien qui revendique le statut de réfugié parce qu'il dit avoir raison de craindre d'être persécuté par le nouveau gouvernement de la Somalie—La Commission a rejeté la demande du requérant par suite de l'absence de preuve crédible—Elle n'a pas reconnu que le requérant était un officier militaire puisque celui-ci ne pouvait pas avoir suivi un cours de formation avancée en artillerie dans l'armée américaine—La Commission a accordé peu de valeur probante au certificat délivré par l'armée américaine—Le certificat porte la signature de trois officiers de haut rang de l'armée américaine—Le requérant n'a jamais prétendu avoir été un expert en artillerie avant de suivre le cours—Il était prêt à suivre tout cours qui lui permettrait de sortir de la Somalie—La déduction que la Commission a faite, qu'il était impossible de croire que l'armée américaine exigerait simplement que le candidat s'inscrive avec succès une épreuve d'anglais avant d'être admis à Fort Sill, était déraisonnable—Compte tenu de la preuve, la Commission a agi d'une façon abusive en rejetant le certificat—Elle voulait dire que le certificat n'était pas authentique—Cette opinion n'était pas fondée—Demande accueillie.

WARSAME C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-758-92, juge Nadon, ordonnance en date du 15-11-93, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (SSR) a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention en vertu de la Loi sur l'immigration—Le requérant, qui est citoyen chinois,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

revendique le statut de réfugié au sens de la Convention en alléguant avoir raison de craindre d'être persécuté du fait de ses opinions politiques—La SSR n'a tiré aucune conclusion au sujet de la question de savoir si la crainte alléguée par le requérant avait été établie—Absence d'analyse au sujet de la question de savoir si les difficultés auxquelles le requérant avait fait face permettaient à celui-ci d'avoir raison de craindre d'être persécuté—La SSR n'a pas tenu compte de la preuve du requérant selon laquelle il avait exposé en public des dessins satiriques transmettant un message innocent, mais en sous-entendant un autre plus subtil, qui visait à ridiculiser les autorités chinoises—La SSR s'est trouvée à substituer ou à imposer son interprétation et ses valeurs occidentales ou nord-américaines à celles d'une culture souvent beaucoup plus subtile—L'avocat du requérant met en doute le caractère équitable de la communication, au nom de la SSR, de près de 80 pages de preuve documentaire le matin même de l'audience—Le dossier ne renferme aucune indication montrant que l'avocat a soulevé une objection—Aucune nécessité justifiant pareille communication tardive—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2.

CHEN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-929-92, juge Gibson, ordonnance en date du 10-11-93, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section de statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, qui est citoyen de la République tchèque et slovaque, revendique le statut de réfugié du fait de sa nationalité, de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social—En 1990, il a été arrêté, détenu, battu et interrogé—On l'a averti de ne pas se joindre au mouvement d'indépendance slovaque—Le tribunal a conclu que, d'une façon générale, l'intéressé était crédible—Il a conclu que l'intéressé ne serait pas persécuté s'il retournait en Slovaquie—Il a conclu qu'il existait une «possibilité de refuge dans une autre partie du même pays»—Le tribunal a cité un nombre important de documents lorsqu'il a examiné la situation en Slovaquie et dans toute la Fédération—À partir de ces éléments de preuve, il pouvait conclure comme il l'a fait—S'il se produit un changement dans les circonstances avant la détermination d'une revendication, la Commission doit en tenir compte en appréciant le fondement objectif de la crainte du demandeur—La nature et l'étendue des changements doivent être importantes, se rapporter à un fait pertinent, représenter une situation sensiblement différente de ce qu'elle était, et viser un changement réel et effectif—Le tribunal n'a pas commis d'erreur dans son appréciation des changements qui s'étaient produits—Les changements en question étaient suffisamment fondamentaux et durables—D'importants changements ont été apportés au processus judiciaire et aux pouvoirs de la police—L'existence d'une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays fait partie intégrante de la détermination du statut de réfugié au sens de la Convention—Le demandeur pouvait raisonnablement chercher un refuge dans une autre partie du même pays—Demande rejetée.

HLAVATY C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-996-92, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 27-10-93, 10 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est citoyen salvadorien—La demande qu'il a présentée en vue d'obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention était fondée sur le fait qu'il craignait d'être persécuté par le Front Farabundo Martí pour la libération nationale (FMLN) et par les autorités policières—Le FMLN a proféré des menaces de violence et de mort contre le requérant s'il refusait de se laisser recruter—En raison des menaces que le FMLN avait proférées contre sa famille, le requérant a quitté le service de police et s'est enfui au Honduras, puis au Canada—Le 1^{er} février 1992, un accord de paix mettant fin à 12 ans de guerre a été signé au Salvador—La demande de statut de réfugié a été entendue le 8 mai et le 17 juin 1992—La décision a été rendue le 18 septembre 1992—Demande accueillie—Le tribunal de l'immigration doit tenir compte du caractère réel, effectif et durable des changements qui se sont produits dans la situation du pays pour éliminer le fondement objectif de la crainte raisonnable de persécution—En l'espèce, la conclusion du tribunal est fondée sur des articles publiés avant ou au moment de la conclusion de l'accord de paix ou moins de trois mois après—Ces articles constituent tout au plus une indication préliminaire de l'effet des changements, compte tenu, en particulier, des éléments de preuve contradictoires contenus dans le dernier article produit devant le tribunal, selon lequel le processus de paix était en danger et l'escadron de la mort continuait ses activités—La preuve présentée ne satisfait pas au critère juridique selon lequel les changements qui se sont produits dans la situation du pays doivent être réels et effectifs—Elle n'étaye pas la conclusion selon laquelle, par suite des changements qui se sont produits, il n'existe qu'une simple possibilité que le requérant soit persécuté s'il retourne au Salvador—La Commission a commis une erreur de droit en attribuant à la preuve un sens qu'elle ne pouvait pas raisonnablement avoir.

MAGANA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1670-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 10-11-93, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est un citoyen salvadorien—En 1981, son frère et d'autres membres de sa famille ont été assassinés par la Garde nationale—En 1987, le requérant a été arrêté par les militaires—Pendant les six semaines où il a été détenu, il a été maltraité, agressé sexuellement, torturé, accusé d'être complice des guérilleros—Il s'est évadé lorsque les guérilleros ont attaqué la prison—Pendant deux ans, il est demeuré caché ou n'a pas pu se déplacer en toute liberté—L'art. 2(3) de la Loi sur l'immigration prévoit qu'une personne ne perd pas le statut de réfugié du fait que des changements se sont produits dans la situation du pays, si elle établit qu'il existe des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures de refuser de se réclamer de la protection du pays qu'elle a quitté de crainte d'être persécutée—La Commission a conclu que les faits n'équivalaient pas à de la persécution passée—Demande accueillie—La Commission a commis une erreur de droit—Les événements qui se sont produits en 1981 et en 1987 équivalaient à de la persécution—Le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

fait qu'il y a eu un changement de régime dans le pays n'entraîne pas toujours un changement complet dans l'attitude de la population, ou dans l'esprit du réfugié—Compte tenu des seuls facteurs objectifs, la persécution dont le requérant a été victime était suffisamment grave, atroce et épouvantable pour justifier l'application de l'art. 2(3)—Étant donné qu'elle a d'une façon erronée tranché la question de la persécution passée, la Commission n'a pas tenu compte de l'effet néfaste ou psychologique de la persécution passée sur le requérant—La Commission disposait de nombreux éléments de preuve montrant que le requérant continuait à avoir de sérieux problèmes psychologiques par suite des graves actes de persécution dont sa famille et lui avaient été victimes—Le fait que les principaux membres du gouvernement au Salvador n'ont pas changé et que les anciens agents persécuteurs sont encore au pouvoir justifie la forte crainte subjective qu'a le requérant de retourner dans ce pays—L'instabilité et la violence existant au Salvador, la crainte subjective du requérant, et les effets psychologiques durables des graves actes de persécution passés constituent des «raisons impérieuses», fondées sur la persécution passée, de refuser de se réclamer de la protection du Salvador—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(2)e) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), (3) (mod., *idem*).

ARGUELLO-GARCIA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-7335, juge McKeown, ordonnance modifiée en date du 10-11-93, 9 p.)

Citoyens

Appel du refus d'attribuer la citoyenneté à l'appelante pour le motif qu'elle n'avait pas une connaissance suffisante de l'une des langues officielles du Canada ainsi que du Canada et des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Le juge de la citoyenneté n'a pas recommandé au ministre, en vertu de l'art. 15, d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui conféraient l'art. 5(3) et (4) d'attribuer la citoyenneté pour des raisons d'ordre humanitaire ou afin de remédier à une situation particulière de détresse—L'appelante a 60 ans—Elle a été admise au Canada à titre de résidente permanente en 1982, avec son mari et son fils—Son mari est décédé en 1986—L'appelante vit avec son fils, sa belle-fille et trois petits-enfants, qui sont tous citoyens canadiens—Elle s'occupe du ménage de façon que son fils et la femme de celui-ci puissent consacrer leur temps à tenir leur commerce—La vie de l'appelante est axée sur la famille—Elle n'a pas d'amies en dehors du cercle familial—Elle veut devenir une citoyenne canadienne parce qu'elle n'aime pas le communisme et qu'elle veut mourir ici—Elle sait que les élections visent à «élire un représentant» mais elle ne sait pas exactement ce que veut dire le mot «voter», si ce n'est «élire quelqu'un»—Elle n'a pas pu expliquer ce qu'est un premier ministre, mais elle a dit que Jean Chrétien était le nouveau premier ministre—Elle ne sait pas lire ou écrire le chinois—Appel accueilli—L'appelante a mené une vie stable depuis son arrivée au Canada—Elle n'a jamais été à la charge de l'État canadien—C'est une mère et une grand-mère dévouée et, parce qu'elle s'occupe du ménage, son fils et sa belle-fille peuvent tenir leur commerce—Elle n'a pas de parents vivants en dehors du Canada—Le fait que l'appelante ne satisfait pas aux exigences des art. 5(1)d) et e) n'est pas attribuable à un manque d'efforts ou de volonté, mais tient au fait qu'elle est

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

fonctionnellement analphabète—Des facteurs convaincants justifient qu'on recommande au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renoncer aux exigences relatives à la connaissance et à la langue—L'affaire est désérée au juge de la citoyenneté pour qu'il envisage de faire une recommandation fondée sur des raisons d'ordre humanitaire, conformément à l'art. 15 de la Loi sur la citoyenneté, compte tenu de l'âge et de la situation familiale de l'appelante et du fait qu'elle est analphabète—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)d), e), (3), (4), 15.

TAM (RE) (T-911-93, juge Rouleau, jugement en date du 8-11-93, 4 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Appel du jugement par lequel la Section de première instance a restreint les questions soulevées dans la demande de contrôle judiciaire—Les intimés ont déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne au sujet de la politique des Forces armées canadiennes sur la retraite, énoncée dans les Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORR)—Les Forces ont soutenu que les ORR étaient des «règlements» au sens de l'art. 15b) de la Loi canadienne sur les droits de la personne—L'art. 15b) prévoit que le fait de refuser ou de cesser d'employer un individu qui n'a pas atteint l'âge minimal ou qui a atteint l'âge maximal prévu pour l'emploi en question par les règlements ne constitue pas un acte discriminatoire—Devant le Tribunal des droits de la personne, la Commission a fait valoir que les ORR n'étaient pas le genre de règlement visé par l'art. 15b), ou que les ORR et l'art. 15b) établissaient une discrimination fondée sur l'âge et violaient l'art. 15 de la Charte—Le Tribunal a conclu que les ORR n'étaient pas visés par l'art. 15b) et qu'il n'était donc pas nécessaire d'examiner l'argument fondé sur la Charte—Il a ordonné aux Forces d'indemniser les intimés individuels—Une demande de contrôle judiciaire ayant été présentée devant la Section de première instance, le juge de première instance a statué que la Cour n'avait pas compétence pour examiner l'argument relatif à la constitutionnalité de l'art. 15b) ou des ORR puisque le Tribunal avait décidé que l'art. 15b) ne s'appliquait pas—Appel accueilli—La demande de contrôle judiciaire remet en question toute la décision du Tribunal, à savoir que les Forces avaient fait montre de discrimination à l'endroit des intimés—Si la Cour conclut que le Tribunal a commis une erreur de droit en rejetant la défense fondée sur l'art. 15b), elle doit se demander si l'art. 15b) et les ORR sont discriminatoires et invalides en raison de l'art. 15 de la Charte—Même si l'appelant a raison en ce qui concerne la question fondée sur l'art. 15b), la Cour peut néanmoins rejeter la demande de contrôle judiciaire si elle tire une conclusion qui est défavorable à celui-ci au sujet de la question constitutionnelle—La question de la constitutionnalité de l'art. 15b) et des ORR relève de la compétence de la Section de première instance—Si la Section de première instance décide que la décision du Tribunal devrait être annulée, et si le dossier est suffisant, la Section de première instance peut trancher cette question afin de formuler des instructions aux termes des-

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin

quelles l'affaire doit être renvoyée au Tribunal—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15b)—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. 15.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MARTIN (A-573-93, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 16-11-93, 6 p.)

CONCURRENCE

Demande de contrôle judiciaire du refus de communication des documents déposés auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur—La communication de pareils documents découle uniquement de l'art. 44 de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur—L'art. 44 exclut l'application des règles ordinaires découlant du principe *audi alteram partem* et délimite l'ensemble des droits des parties présentes devant le Tribunal d'examiner les renseignements fournis à ce dernier—Une exception au droit conféré par l'art. 44 est faite en ce qui concerne «les renseignements auxquels l'art. 45(1) s'applique»—L'art. 45 prévoit que des renseignements désignés comme confidentiels aux termes de l'art. 46(1)a) ne peuvent pas être divulgués si l'on ne renonce pas à la désignation—Le directeur demande la communication de renseignements ainsi désignés—Il est malencontreux que les pouvoirs que possède le directeur d'intervenir devant le Tribunal dans l'intérêt public en vertu de l'art. 125 de la Loi sur la concurrence n'incluent pas un droit automatique d'accès à tous les renseignements confidentiels qui sont en la possession du Tribunal, mais les art. 44 à 48 de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur constituent un code régissant tous les aspects de la communication de renseignements confidentiels et les dispositions de cette Loi ne permettent pas au directeur d'obtenir les renseignements demandés—Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 44, 45(1), 46(1)a)—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 125 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), art. 45).

CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, LOI SUR LA CONCURRENCE) C. CANADA (TRIBUNAL DU COMMERCE EXTÉRIEUR) (A-584-93, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 17-11-93, 3 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Actions intentées contre la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur a confirmé la cotisation établie par le MRN à l'égard du produit des demanderesse—Question de savoir si l'eau Perrier est une «boisson gazeuse» au sens de la partie V de l'annexe III de la Loi sur la taxe d'accise—Si l'eau Perrier est une boisson gazeuse, elle est assujettie à la taxe imposée par l'art. 50(1) de la Loi—Dans la négative, elle n'est pas assujettie à la taxe, en application de

DOUANES ET ACCISE—Suite

l'art. 51—L'eau Perrier est une eau minérale qui contient du gaz carbonique—La teneur en gaz carbonique de l'eau Perrier mise en bouteilles est d'environ 6 500 mg par litre—L'argumentation est axée sur le fait que, dans la version anglaise, les mots «*drink*» et «*beverage*» sont employés, alors que la version française parle uniquement de «boisson»—Les définitions figurant dans les dictionnaires cités par la demanderesse montrent que le mot «*beverage*» est employé tant au sens large qu'au sens strict—Le mot «*beverage*» est défini d'une façon générale comme tout liquide qui se boit, et d'une façon plus stricte comme se rapportant aux liquides autres que l'eau qui sont préparés avant d'être consommés—Le mot anglais «*beverage*» est employé de diverses façons—En général, il est considéré comme un synonyme de «*drink*», mais il est également employé de façons plus précises—L'emploi ordinaire de ce mot n'exclut pas l'eau—Le mot «*beverage*» n'est pas synonyme du mot «eau»—Dans son ensemble, l'esprit de la Loi ne vise pas à imposer une taxe sur les produits naturels—Les denrées assujetties à la taxe qui sont énumérées dans les alinéas de l'article premier de la partie V incluent des produits qui ne font pas l'objet d'un conditionnement plus important et qui font probablement l'objet, dans bien des cas, d'un conditionnement moins important que celui auquel est assujettie l'eau Perrier lorsqu'elle est mise en bouteilles et ils sont également des produits fondamentalement naturels—De nombreux produits naturels qui ont été assujettis à un conditionnement minime font partie des articles assujettis à la taxe—Les types d'articles qui sont habituellement assujettis à la taxe sont des denrées superflues ou qui ne sont pas essentielles à la nutrition—Les mots «boissons gazeuses» ne visent pas seulement à inclure uniquement les boissons gazeuses artificiellement fabriquées; ils visent également les produits naturels comme l'eau Perrier—Actions rejetées—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 50, 51, annexe III, partie V.

PERRIER GROUP OF CANADA INC. C. CANADA (T-495-91, T-496-91, juge Reed, jugement en date du 1-10-93, 10 p.)

LOI SUR LES DOUANES

Demande visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que les décisions par lesquelles les intimés ont rejeté les demandes de révision présentées par la requérante sont des «décisions» au sens des art. 60(3) et 63(3) de la Loi sur les douanes—Le gouverneur en conseil a émis le Décret n° 7 de modification des annexes du Tarif des douanes révoquant le numéro tarifaire 8481.90.40 et y substituant le numéro tarifaire 8481.90.10—Le ministre intimé a rejeté la demande de révision présentée par la requérante en vertu de l'art. 60 parce que les marchandises n'étaient pas touchées par la modification tarifaire rétroactive et qu'il n'y avait aucun autre critère d'examen—Le sous-ministre a également rejeté la demande de réexamen présentée en vertu de l'art. 63 parce que le délai prescrit à l'art. 60 était expiré et qu'aucune décision n'avait été rendue au sujet du refus de la demande de révision fondée sur l'art. 60—Question de savoir si les refus signifiés par les intimés étaient en fait des «décisions», ce qui permettait ainsi à la requérante de recourir aux dispositions d'appel de la Loi—Ce que les intimés ont appelé une «question préliminaire» est en fait une décision au fond voilée—En qualifiant les décisions de «non-décisions» plutôt que de décisions négatives, les intimés ont privé la requérante des droits d'appel prévus aux

DOUANES ET ACCISE—Fin

art. 60 et 63, expressément conférés par l'art. 72.1—L'unique recours qu'avait la requérante était devant la Cour fédérale—Demande accueillie—Décret n° 7 de modification des annexes du Tarif des douanes, DORS/90-265—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 60, 63, 72.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 36, art. 1).

MUELLER CANADA INC. C. M.R.N. (T-746-93, juge Rouleau, ordonnance en date du 15-11-93, 7 p.)

DROIT MARITIME**PORTS**

Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'intimée de restreindre le transport de marchandises dangereuses à un autre secteur du port—Les requérantes ont demandé l'autorisation d'exploiter un service public de traversier offert une fois par jour entre Departure Bay, au port de Nanaimo, et Main Street, au port de Vancouver—Pendant de nombreuses années, Kingcome a exploité, pour le compte de C.P. Coastal Marine, un service identique, mais souhaite maintenant entrer en concurrence avec C.P. en utilisant le même navire, le même capitaine et le même équipage—Elle veut également transporter certaines catégories de marchandises dangereuses au sens du Règlement sur le transport par mer des marchandises dangereuses, c.-à-d. de petites quantités d'articles comme des chalumeaux à acétylène, des bombes aérosol, de la peinture et des batteries de voiture—Le 9 juin 1993, l'intimée a informé par écrit la requérante qu'il était fait droit à sa demande à condition qu'aucune cargaison dangereuse ne soit transportée, sauf en conformité avec les modalités que le maître du port pouvait fixer—Le 5 juillet 1993, l'intimée a confirmé sa décision initiale, mais a restreint le transport de marchandises dangereuses par les requérantes au secteur de Duke Point—La décision a par la suite été communiquée dans une lettre datée du 19 juillet 1993—Duke Point est situé à une distance considérable des deux autres installations portuaires situées près du centre-ville de Nanaimo—Duke Point a été aménagé en zone industrielle et commerciale pour décongestionner le port et embourgeoiser les parties du port situées au centre-ville—Les requérantes se proposaient d'exploiter le service de minuit à 4 h, lorsque le trafic était grandement réduit et que les risques de collision étaient minimes—On peut inférer l'existence d'une politique générale, exprimée en termes génériques, visant à revaloriser les parties du port situées au centre-ville en détournant le trafic industriel et commercial vers Duke Point, mais avant le 19 juillet il n'existait aucune politique écrite interdisant l'exploitation de nouveaux services dans le port ou le transport de marchandises dangereuses dans tous les endroits à l'exception de Duke Point—Aucun lieu destiné aux navires transportant des marchandises dangereuses n'avait antérieurement été désigné, conformément au règlement administratif de la Commission—Les requérantes allèguent que l'intimée a omis d'assurer à tous les transporteurs l'égalité d'accès au port; qu'elle a irrégulièrement révisé sa décision du 9 juin en révoquant l'autorisation de transporter des marchandises dangereuses; qu'elle a à tort agi de façon discriminatoire envers les requérantes en permettant à C.P. à maintenir son service; qu'elle a refusé aux requérantes la juste possibilité de répondre à ses préoccupa-

DROIT MARITIME—Fin

tions au sujet du transport de marchandises dangereuses—L'intimée soutient que sa décision est conforme à son objectif général d'attirer des activités industrielles et commerciales à Duke Point—Demande accueillie—La lettre du 5 juillet a été interprétée comme une révocation de la décision antérieure—Les autres motifs de refus étaient simplement le résultat d'une rationalisation *a posteriori* d'une politique récemment élaborée, portant qu'aucun autre service ne serait autorisé dans la partie du port située au centre-ville—L'intimée n'avait pas cette politique à l'esprit lorsqu'elle a initialement permis l'exploitation du service de traversier par la requérante à partir de Departure Bay—Les considérations générales doivent être bien connues de l'intimée et des personnes souhaitant se lancer dans l'entreprise maritime—Quant à la question des marchandises dangereuses, le service des requérantes n'en accroîtrait pas le volume puisque ces marchandises proviendraient du service actuel exclusif de C.P.—Lorsqu'elle a examiné la demande, l'intimée n'a pas tenu compte de la restriction imposée aux requérants par la Commission portuaire de Vancouver à l'égard du transport d'explosifs, de matières radioactives ou de marchandises dangereuses en vrac comme le pétrole, les produits chimiques ou l'acide—La lettre du 9 juin accordait aux requérantes le genre d'autorisation requise, ce qui était conforme aux observations présentées par celles-ci—En revenant sur sa décision, l'intimée n'a pas pris en considération la preuve relative à l'augmentation minimale du transport de marchandises dangereuses par les requérantes, et du fait que pendant de nombreuses années, ces dernières avaient transporté pareilles marchandises sans qu'aucun problème ne se pose—L'interdiction absolue était discriminatoire—Les requérantes n'ont pas eu l'occasion de discuter des conséquences d'une politique individuelle—Pareilles décisions prises *a posteriori* ne répondent pas aux critères de justice, de caractère raisonnable et d'équité auxquels sont tenues les organes de décision—L'organe de décision, qui, saisi d'une demande, a analysé les faits portés à sa connaissance, tenu compte des problèmes possibles, et fait droit à la demande, ne peut, en raison de l'élaboration subéquent d'une politique, effectivement changer d'idée de façon à causer un préjudice financier évident aux requérantes—L'effet rétroactif de la désignation de différents endroits dans la partie du port située au centre-ville, faite conformément au règlement de l'intimée, constitue un excès de compétence—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur les commissions portuaires, L.R.C. (1985), ch. H-1, art. 3(1)c), (2) 4, 13—Règlement sur le transport par mer des marchandises dangereuses, DORS/81-951.

KINGCOME NAVIGATION Co. C. CANADA (COMMISSION PORTUAIRE DE NANAIMO) (T-1917-93, T-1918-93, juge Joyal, ordonnance en date du 8-11-93, 34 p.)

ENVIRONNEMENT

Demande visant à l'obtention d'une ordonnance provisoire annulant la décision de délivrer un permis de coupe et interdisant au directeur du parc national de Banff ou à Parcs Canada de délivrer un nouveau permis de coupe, de prolonger le permis existant, ou de délivrer d'autres permis ou autorisations pour l'aménagement de la station de ski de Goat's Eye en

ENVIRONNEMENT—Fin

attendant qu'il soit statué d'une façon définitive sur les procédures fondées sur l'avis de requête introductif d'instance—Un bail à long terme a été conclu en 1981 entre Parcs Canada et Sunshine Village Corporation (SVC), en sa qualité de locataire et d'exploitante de la station de ski Sunshine, dans le parc national de Banff—SVC a soumis un plan d'aménagement à long terme, comprenant de nombreuses composantes, dont de nouveaux remonte-pentes, un parc de stationnement, de nouvelles chambres d'hôtel et des logements pour le personnel, etc.—Parcs Canada a décidé, en vertu de l'art. 12c) du Décret sur les lignes directrices, que les effets néfastes que pouvait avoir la proposition d'aménagement de Goat's Eye Mountain à Sunshine Village étaient minimes ou pouvaient être atténués par l'application de mesures techniques connues—Question de savoir si Parcs Canada pouvait considérer chaque composante individuelle de la mise en œuvre du plan d'aménagement à long terme comme une «proposition» distincte au sens du Décret sur les lignes directrices—Les principes régissant les injonctions interlocutoires devraient s'appliquer en l'espèce—La requête soulève une question sérieuse—L'abattage des arbres conformément au permis existant et à l'accord de construction ne causerait pas de préjudice irréparable à la requérante ou à l'«intérêt public»—La preuve du préjudice irréparable doit être catégorique et non conjecturale—L'intimée SVC subira une perte financière importante si les travaux sont maintenant interrompus—Saisie, même par un intervenant ayant qualité pour agir au nom de l'intérêt public, d'une requête visant à l'obtention d'une injonction interlocutoire avant le jugement au fond, la Cour doit appliquer, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation, les mêmes critères que ceux qu'elle aurait appliqués si la requérante avait été une partie ordinaire—L'un des critères vise la question de l'engagement selon lequel l'intimée serait indemnisée des pertes qu'elle pourrait subir si l'injonction était accordée et qu'elle s'aurait subséquemment injustifiée—La requérante n'a pris aucun engagement dans le cadre de la demande—Il vaut mieux maintenir le statu quo en refusant d'empêcher l'accomplissement des travaux de coupe en cours—Demande rejetée—La requérante doit assumer les dépens de SVC—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 12c).

SOCIÉTÉ POUR LA PROTECTION DES PARCS ET DES SITES NATURELS DU CANADA C. CANADA (DIRECTEUR DE PARC NATIONAL DE BANFF) (T-2505-93, juge Strayer, ordonnance en date du 12-11-93, 14 p.)

FONCTION PUBLIQUE

COMPÉTENCE

Demande de contrôle et d'annulation d'une partie de la décision de la CRTFP—Le requérant avait été suspendu pendant 20 jours parce qu'il avait apparemment harcelé sexuellement deux clients et un subalterne—Il a présenté un grief à l'encontre de la mesure disciplinaire et de la sanction—La CRTFP a conclu qu'elle n'était pas convaincue qu'il y avait eu harcèlement sexuel, mais que l'«habitude déplorable» du requérant, qui allait à l'encontre des politiques du CT, justifiait sa suspension

FONCTION PUBLIQUE—Suite

—Demande accueillie—La CRTFP a commis une erreur de droit manifestement déraisonnable en confirmant la suspension de 20 jours, en se fondant sur l'«habitude déplorable» du requérant, après avoir conclu que l'allégation de harcèlement sexuel n'était pas fondée—La CRTFP a donné gain de cause au requérant en ce qui concerne la question dont elle était saisie, mais elle a aussi tranché une question dont elle n'était pas saisie—Le requérant n'a pas eu la possibilité de présenter de preuve sur la question tranchée par la CRTFP—La CRTFP n'est pas habilitée à assumer le rôle de la direction d'imposer des peines plus sévères ou d'infliger des peines pour des motifs que l'employeur n'a pas allégués—Il était manifestement déraisonnable pour la Commission de trancher une question dont elle n'était pas saisie—La partie de la décision de la CRTFP confirmant la suspension et les autres sanctions est retranchée et annulée—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91, 92, 101—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 (mod., *idem*, art. 5).

JOHNSON C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-349-93, juge McKeown, ordonnance en date du 24-11-93, 9 p.)

PROCESSUS DE SÉLECTION

Concours

Principe du mérite—Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de la fonction publique de ne pas prendre de mesures correctives en réponse aux irrégularités relevées par un comité d'appel relativement au concours tenu pour un poste GT5 au sein de l'Administration du rétablissement agricole des Prairies—Le requérant n'a pas été reçu—Il a interjeté appel de la décision du jury de sélection pour le motif que le principe du mérite n'avait pas été respecté—Le comité d'appel de la CFP a accueilli l'appel en raison de la présence de plusieurs irrégularités dans le processus de sélection—À la suite du premier appel, la CFP a conclu qu'il n'y aurait pas de changement dans le classement au mérite même si les erreurs étaient corrigées—Un appel ayant été interjeté par suite de l'inaction de la CFP, le comité d'appel de la CFP a confirmé la réponse de cette dernière à la décision du premier comité d'appel—Le comité d'appel a pour fonction d'assurer le respect du principe du mérite—La Commission a pris les mesures nécessaires pour assurer le respect du principe du mérite dans le processus de sélection—Les mesures prises par la Commission étaient compatibles avec le souci d'éviter des difficultés techniques en corrigeant des injustices—La lettre rédigée par l'expert du requérant n'est pas convaincante ou pertinente en ce qui concerne les lacunes relevées par le comité d'appel—Le second comité d'appel a décidé que les mesures correctives prises par la Commission n'enfreignaient pas le principe du mérite—Question de savoir si la décision de confirmer les actions de la Commission constitue une erreur de droit—Le second comité d'appel a suivi l'instruction donnée aux comités d'appel par la Cour d'appel fédérale en refusant de substituer son opinion à celle de la Commission parce qu'il était convaincu que la sélection s'était faite conformément au principe du mérite—Il y a un droit à l'équité procédurale dans les cas où l'organe de décision est de nature judiciaire ou quasi judiciaire—La tâche d'un jury de sélection est une tâche purement administrative non assujettie aux règles d'équité telles que la

FONCTION PUBLIQUE—Fin

règle *audi alteram partem*—Le requérant a joui de tous les droits à l'équité procédurale, y compris le droit à une audience, dans le cadre de la procédure d'appel prévue à l'art. 21 de la LEFP—L'obligation de la Commission, dans le cadre du processus de prise de décision, consiste à agir équitablement—La décision du premier comité d'appel ne peut être révisée car il n'est pas possible de contester deux décisions distinctes dans une demande unique de contrôle judiciaire fondée sur l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale et sur la Règle 1602(4) des Règles de la Cour fédérale—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1602(4) (édicte par DORS/92-43, art. 19).

BURNETT C. CANADA (COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (T-328-93, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 25-11-93, 10 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Déductions

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle Revenu Canada—Impôt a refusé d'exercer, au bénéfice de la partie requérante, le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Pour les années d'imposition 1985, 1986 et 1987, la partie requérante a déclaré des pertes d'entreprise—Le MRN a refusé la déduction des pertes parce qu'il estimait que celles-ci n'existaient pas—Les arriérés d'intérêts sur le supplément d'impôt imputé à la partie requérante s'élevaient à 51 987,85 \$ pour les années en cause—La demande d'annulation des arriérés d'intérêts en vertu de l'art. 220(3.1) a été refusée à deux reprises—Question de savoir si le MRN a agi conformément aux règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale en décidant de ne pas exercer en faveur de la partie requérante le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 220(3.1)—L'art. 220(3.1) confère au ministre un nouveau pouvoir qui, auparavant, ne relevait pas de sa compétence ou de celle de la Cour—La Loi n'impose au ministre aucune obligation particulière d'agir équitablement—Le comité d'examen et le directeur de la division des appels ont conclu que la situation de la partie requérante n'était pas visée par les dispositions relatives à l'équité—La partie requérante a fait preuve d'un manque de prudence et aurait pu éviter l'accumulation de l'intérêt à l'égard de l'impôt exigible—La situation de la partie requérante n'était pas entièrement imputable à des circonstances indépendantes de sa volonté—Aucun élément de preuve ne laisse entendre que le ministre a omis de s'acquitter de son obligation d'agir de façon équitable ou qu'il n'a pas tenu compte de certains éléments de preuve pertinents—Demande rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 220(3.1) (édicte par L.C. 1991, ch. 49, art. 181(1)).

TOWERS C. CANADA (T-706-93, juge Noël, ordonnance en date du 17-11-93, 8 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

NON-RÉSIDENTS

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a décrété que le montant reçu d'une université canadienne en 1990, à titre de bourse d'études, était assujéti à l'impôt sur le revenu—Le requérant, qui est citoyen chinois, résidait en Chine avant d'arriver au Canada pour étudier en 1984, muni d'un visa de visiteur—En 1987, il a épousé une citoyenne canadienne—Pour éviter qu'on l'oblige à quitter le Canada aussitôt ses études terminées et d'avoir à payer les frais de scolarité plus élevés exigés des étudiants «étrangers», il a sollicité le statut d'immigrant admis en août ou en septembre 1987—Il a obtenu le statut d'immigrant admis le 13 juillet 1990—Auparavant, le requérant avait renouvelé son visa chaque année de 1985 à 1990—L'université exigeait la preuve des renouvellements comme condition de l'obtention d'une bourse—L'art. 19 de l'Accord Canada-Chine en matière d'impôts sur le revenu de 1986 prévoit que les sommes qu'un étudiant qui est, ou qui était immédiatement avant de se rendre dans un État contractant, un résident de l'autre État contractant ou qui séjourne dans le premier État contractant uniquement en vue d'y poursuivre ses études, reçoit pour couvrir ses frais d'études ne sont pas imposables dans cet État contractant—L'intimée soutient que l'art. 19 ne s'applique qu'aux personnes qui résident temporairement au Canada et qu'en 1990, ce n'était pas le cas du requérant, puisqu'il avait perdu ce statut en sollicitant le statut d'immigrant admis—La Cour de l'impôt a statué que les circonstances (mariage, demande du statut d'immigrant admis, durée du séjour au Canada, établissement d'une résidence familiale, durée indéterminée du séjour) montraient que le requérant n'était pas temporairement présent au Canada—Demande rejetée (dissidence du juge Robertson, J.C.A.)—L'art 19 vise à éviter la double imposition des ressortissants canadiens et chinois qui touchent un revenu pendant qu'ils séjournent temporairement dans l'État dont ils ne sont pas ressortissants—L'emploi des mots «qui séjourne» dans la version française montre clairement que la présence temporaire est une condition préalable à l'invocation fructueuse de l'art. 19—La demande de résidence permanente montre l'intention de demeurer en permanence au Canada—Cette intention s'est concrétisée lorsque le statut d'immigrant admis a été accordé—La Cour de l'impôt a correctement donné au mot «*visiting*» (en visite) le sens ordinaire de résident temporaire—De nombreux éléments de preuve étayaient la conclusion de fait selon laquelle, en 1990, le requérant ne résidait plus temporairement au Canada—Le juge Robertson, J.C.A., (dissident) a fait le raisonnement suivant: étant donné que les non-résidents sont assujétiés à l'impôt à l'égard du revenu provenant d'une source canadienne, il importe peu que le requérant soit un résident ou un non-résident aux fins de l'impôt—La conclusion de la Cour de l'impôt selon laquelle l'exonération prévue à l'art. 19 ne peut s'appliquer quand une personne est considérée comme résidant au Canada à des fins fiscales, puisque le problème de la double imposition ne se pose plus, est fondamentalement imparfaite—L'art. 19 n'a pas pour objet de prévenir la double imposition, mais plutôt de garantir que les sommes reçues pour l'entretien d'un étudiant ne seront pas frappées d'impôt par l'État contractant où l'étudiant poursuit ses études—L'art. 4 porte sur la question de la prépondérance—Cette méthode contextuelle d'interprétation des lois montre que l'art. 19 visait une autre fin—Les sommes reçues à titre de bourses d'études

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

par un étudiant qui est ou était un résident de la Chine ne sont pas assujetties à l'impôt au Canada—L'art. 19, implicitement, sinon expressément, vise les étudiants qui ne sont plus des résidents de la Chine à des fins fiscales, mais qui sont considérés comme des résidents canadiens aux termes de la Loi—Il n'est pas automatiquement exclu qu'une personne considérée comme une résidente du Canada à des fins fiscales puisse se prévaloir d'une exonération d'impôt en vertu de l'art. 19—Il faut déterminer, d'une manière raisonnablement implicite, à partir de quel moment le requérant ne séjournait plus au Canada uniquement en vue d'y poursuivre ses études—Le fait de demander le statut d'immigrant admis ne constitue pas un motif suffisant pour exclure l'application d'un accord fiscal, étant donné que les personnes qui sollicitent le statut d'immigrant admis ont simplement l'espoir que l'État examine favorablement leur demande—Compte tenu des divers motifs pour lesquels une personne décide de solliciter ce statut, il serait erroné de conclure qu'un tel requérant entend renoncer aux avantages de la citoyenneté existante—La Cour de l'impôt a conclu à juste titre que l'un des buts évidents de l'art. 19 était d'assurer que le «revenu» exonéré soit vraiment un revenu d'étudiant—L'établissement de liens familiaux est sans rapport avec la question de l'application de l'art. 19—Si l'établissement de liens familiaux a changé quelque chose, c'est le statut du requérant, qui, de «non-résident», est devenu résident—L'objection selon laquelle cela a pour effet d'intégrer deux régimes législatifs, à savoir la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur l'immigration, est facile à repousser—Il ne faudrait pas présumer que la détermination de la résidence au sens de la Loi est subordonnée au sens de la «résidence» dans le contexte d'une autre loi fédérale, bien que deux lois fédérales puissent être complémentaires—Une personne qui entre au Canada uniquement en vue de s'instruire, qui n'a pas le droit d'exercer un emploi et dont la présence au pays dépend du renouvellement d'un visa satisfait à l'esprit et à l'objet de l'art. 19—Loi de 1976 sur l'immigration, S.C. 1976, ch. 52—Accord Canada-Chine en matière d'impôts sur le revenu de 1986, S.C. 1986, ch. 48, partie III, ann. V, art. 3.2, 4, 19—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 2, 3, 56(1*n*) (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 15; 1986, ch. 6, art. 28; 1987, ch. 46, art. 15; 1991, ch. 49, art. 115(2*e*)(ii)).

LI c. M.R.N. (A-162-93, juge en chef Isaac, juge Robertson, J.C.A. (dissident), jugement en date du 5-11-93, 29 p.)

INJONCTIONS

Demande présentée par la demanderesse en vue de l'obtention d'une ordonnance lui permettant de garder en sa possession trois canots pneumatiques Zodiac appartenant aux défendeurs—Demande présentée par les défendeurs en vue de l'obtention d'un bref de *mandamus* obligeant la demanderesse à leur rendre les Zodiac—La demanderesse est une société d'État offrant des services de traversier consistant à assurer, en exécution d'un contrat avec le gouvernement fédéral, le transport de personnes, d'automobiles et de marchandises—Les défendeurs et la demanderesse ont conclu un accord d'entreprise conjointe en vue d'offrir des croisières à thème environnemental à bord du «Northern Ranger» de la demanderesse—

INJONCTIONS—Fin

Les défendeurs se sont acquittés de l'obligation qu'ils avaient, en vertu de l'accord, d'acheter trois canots pneumatiques Zodiac ainsi que l'équipement connexe devant être utilisé dans le cadre des croisières—La demanderesse a demandé à la Cour d'appliquer le droit jurisprudentiel relatif à l'octroi d'une injonction de type Mareva—Les principes de droit relatifs aux injonctions de type Mareva ne permettent pas à la demanderesse de garder en sa possession les canots pneumatiques Zodiac—La demande des défendeurs en restitution des canots est accueillie—Il est interdit aux défendeurs de faire sortir leurs biens, y compris les Zodiac, du ressort de la Cour ou de les aliéner, de les grever d'une charge quelconque ou de s'en dessaisir de quelque manière—La demanderesse a démontré qu'elle remplit les conditions relatives à l'octroi d'une injonction de type Mareva et elle a établi l'existence d'une preuve convaincante à première vue—Il existe un risque réel que la demanderesse, si elle a gain de cause, se voie dans l'impossibilité de faire exécuter le jugement, une fois celui-ci rendu—Les sociétés défenderesses éprouvent de plus en plus de difficultés à s'acquitter de leurs obligations financières; elles font l'objet d'autres poursuites judiciaires et pourraient avoir à faire face à une procédure de faillite—Il est probable que les Zodiac et d'autres biens des défendeurs soient enlevés du ressort de la Cour pour servir aux fins de croisières internationales—La demande que les défendeurs ont présentée, en vertu de la Règle 415(3), en vue d'obtenir des détails, est rejetée—Les plaidoiries énoncent de façon non équivoque la position de la demanderesse et permettent aux défendeurs de connaître la nature de la preuve présentée contre eux—La demande des défendeurs est accueillie en partie—La demande de la demanderesse est accueillie en partie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 415.

MARINE ATLANTIC INC. c. BLYTH (T-1571-93, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 10-11-93, 9 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de contrôle judiciaire de la décision modifiée de la Commission nationale des libérations conditionnelles relative à l'admissibilité du requérant à la semi-liberté—Le 6 juin 1990, le requérant a été condamné à sept ans d'emprisonnement—Il a commencé à purger sa peine le 20 décembre 1991—Le 10 décembre 1992, le requérant a été reconnu coupable d'autres infractions et condamné à deux peines concurrentes de trois ans—La peine globale était donc de dix ans—Lorsque la première peine a été imposée, la Loi sur la libération conditionnelle, qui prévoyait que les contrevenants étaient admissibles à la semi-liberté après avoir purgé le sixième de leur peine, était en vigueur—Lorsque la seconde peine a été imposée, la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLSC), qui prévoyait que l'admissibilité à la semi-liberté n'existait que si le contrevenant avait purgé le tiers de sa peine moins six mois, était en vigueur—La Commission a fixé la date d'admissibilité en appliquant la LSCMLSC à la peine globale de dix ans—L'art. 225 de la LSCMLSC prévoit que l'art. 119 (admissibilité à la semi-liberté) ne s'applique pas aux condamnations prononcées avant l'entrée en vigueur, mais que les dispositions de la loi antérieure s'appliquent—L'art. 139 prévoit que l'individu dont la

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

peine d'emprisonnement n'est pas expirée et qui est condamné à une peine d'emprisonnement supplémentaire est réputé n'avoir été condamné qu'à une seule peine commençant le jour du début de l'exécution de la première de ces deux peines—La Commission soutient que l'art. 225 de la LSCMLSC ne vise que les cas où la seule peine à l'égard de laquelle des calculs sont nécessaires est imposée sous le régime de la Loi sur la libération conditionnelle—Lorsqu'une peine a été imposée en vertu de la LSCMLSC, l'admissibilité est calculée en vertu de cette dernière Loi relativement à la totalité de la peine combinée de dix ans—Le requérant soutient que parce que les deux peines sont réputées ne constituer qu'une seule peine, l'admissibilité à la semi-liberté doit se calculer en appliquant à la totalité de la peine de dix ans la formule exposée dans la Loi sur la libération conditionnelle—Demande accueillie—Les deux interprétations sont erronées—L'art. 225(1) de la LSCMLSC est une disposition de fond—Le législateur voulait clairement que la LSCMLSC n'ait pas d'effet rétroactif et que les peines imposées sous le régime de la Loi sur la libération conditionnelle soient traitées, aux fins du calcul de la semi-liberté, selon la formule prévue par la Loi sur la libération conditionnelle—L'art. 225(1) s'applique aux peines imposées avant le 1^{er} novembre 1992, qu'il y ait ou non des peines supplémentaires imposées au contrevenant en vertu de la LSCMLSC—Les peines imposées en application de la Loi sur la libération conditionnelle ne sont pas assujetties à la formule prévue par la LSCMLSC aux fins du calcul de la semi-liberté—L'interprétation donnée par le requérant à l'art. 139 est déraisonnable, car elle donne à la disposition transitoire une trop grande extension en l'appliquant aux peines imposées en vertu de la LSCMLSC—Il faut calculer la date d'admissibilité à la semi-liberté des personnes purgeant une ou des peines imposées en vertu de la Loi sur la libération conditionnelle en appliquant la formule prévue par cette dernière loi, la date d'admissibilité en ce qui concerne les peines imposées en vertu de la LSCMLSC étant calculée à l'aide de la formule prévue par cette dernière Loi—Au cours de la période transitoire, il faut procéder, dans les cas comme celui-ci, à un double calcul pour donner effet à l'art. 225(1)—Le requérant est devenu admissible à la semi-liberté le 25 juillet 1993—Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 119, 139, 225(1).

LANGARD C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-1809-93, juge Simpson, ordonnance en date du 21-9-93, 8 p.)

PRATIQUE

FRAIS ET DÉPENS

Demande de contrôle du rejet par le juge Hugessen, J.C.A., de la demande présentée en vertu de la Règle 344(7) à l'égard des dépens devant la Section de première instance—Le juge de première instance a adjugé les dépens entre parties aux intimées (Engine and Leasing et autres)—Motifs de la décision contestée: le fait qu'on a tardé à présenter la demande, que le montant des dépens n'a pas été contesté en appel, que le motif du retard (introduction dans le dossier de la Cour d'éléments

PRATIQUE—Suite

qui pourraient influencer sur l'issue de l'appel) n'est pas valide; que les demandes en vue de l'obtention d'instructions spéciales quant aux dépens en première instance sont normalement présentées au juge de première instance; qu'une longue prorogation du délai de présentation de la demande visée par la Règle 344(7) ne devrait être accordée que pour des «raisons très spéciales»—Demande rejetée—La pratique normale veut que, lorsque les dépens en litige sont ceux de première instance, la demande fondée sur la Règle 344(7) soit présentée devant la Section de première instance et, de préférence, devant le juge du procès, mais à quelques reprises récemment, des demandes ont été présentées directement à la Cour d'appel—L'opportunité de cette pratique est douteuse, mais puisque la question n'a pas été soulevée, les avocats seraient bien avisés de suivre la pratique normale et de présenter leur demande en vertu de la Règle 344(7) devant la Section de première instance lorsque celle-ci vise les dépens adjugés à l'instruction—Lorsque aucun appel incident n'a été interjeté en vue de l'obtention de la majoration des dépens adjugés par le juge de première instance, et que le jugement d'appel ne modifie pas l'ordonnance relative aux dépens que celui-ci a rendue, le délai est expiré et les intimées doivent en solliciter la prorogation pour pouvoir demander des instructions spéciales—Le refus de prorogation relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 337(5), 344(7) (mod. par DORS/87-221, art. 2).

ENGINE AND LEASING CO. C. ATLANTIC TOWING LTD. (A-167-92, juge Décary, J.C.A., ordonnance en date du 9-11-93, 5 p.)

PLAIDOIRIES

Modifications

Appel interjeté en vertu de la Règle 336(5) contre l'ordonnance par laquelle le protonotaire adjoint a autorisé les demandereses à déposer une déclaration modifiée—L'action principale consiste en un appel formé par les demandereses contre des avis de cotisation relatifs aux années d'imposition 1984 et 1985—Le principal point litigieux dont fait état la déclaration initiale se rapporte à la question de savoir si les demandereses ont droit à un remboursement de la Partie VIII du fait que certaines dépenses sont des dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental au sens des art. 37(1) et 194(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Les principales modifications visaient à soulever la question de la validité de certaines désignations faites en vertu de l'art. 194(4)—Le protonotaire adjoint a accueilli la demande d'autorisation de modifier la déclaration initiale sans prononcer de motifs—La norme de contrôle d'une ordonnance du protonotaire est énoncée dans *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.)—L'ordonnance du protonotaire adjoint porte sur une question «ayant une influence déterminante sur l'issue du principal»—La Cour doit intervenir et exercer son pouvoir discrétionnaire pour reprendre l'affaire depuis le début, parce que les modifications, si elles étaient autorisées, créeraient une cause d'action entièrement nouvelle—La modification des plaidoiries est régie par la Règle 420(1)—Question de savoir si la modification est conforme à l'intérêt de la justice—Les modifications proposées constituent la rétractation de l'aveu selon lequel les demandereses considéraient les désignations

PRATIQUE—Suite

comme valides—Les modifications causeraient un préjudice aux défenderesses puisque le ministre est irrecevable à établir de nouvelles cotisations contre les tiers investisseurs—Les modifications proposées ne contribuent pas à «déterminer les véritables questions en litige entre les parties» et ne soulèvent pas une «question susceptible d'être jugée»—L'avocat des demanderesses a eu la possibilité de soulever la question de la validité des désignations—La requête n'est nullement «opportune»—Les modifications proposées au sujet des désignations causeraient une injustice irréparable, que ne saurait compenser l'octroi de dépens—Appel accueilli—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 336, 420—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 37(1) (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 15(3)), 194 (mod., *idem*).

SCANNAR INDUSTRIES INC. (SÉQUESTRE) C. CANADA (T-494-89, juge Denault, ordonnance en date du 16-11-93, 10 p.)

SUSPENSION D'INSTANCE

Demande de suspension de l'enquête menée devant la Cour de l'impôt en vertu de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu en attendant que la Section de première instance statue sur une action visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que l'art. 231.4 est inconstitutionnel—Application du critère énoncé dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110—(1) Question sérieuse à trancher—Dans une demande antérieure fondée sur l'art. 28, le

PRATIQUE—Fin

juge Hugessen, J.C.A., a déclaré que la contestation de l'art. 231.4 fondée sur la Charte s'imposait—Les principes de la fin de non-recevoir et de la chose jugée ne s'appliquent pas dans les affaires intéressant le droit public—Même si ces principes s'appliquaient en l'espèce, l'exception fondée sur les circonstances spéciales énoncée dans *Grandview (Ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621 s'appliquent, étant donné que la Cour d'appel a statué qu'un examen fondé sur la Charte s'imposait et que l'action a été engagée avant que la Cour d'appel fédérale ait tenu une audience ou rendu sa décision—(2) Préjudice irréparable causé au requérant—L'enquête fait partie intégrante d'une enquête criminelle éventuelle et le préjudice en résultant serait inacceptable—Sa Majesté ne s'est pas engagée à ne pas utiliser la preuve ainsi obtenue au cas où l'art. 231.4 serait déclaré inconstitutionnel—(3) La répartition des inconvénients favorise le requérant, étant donné que l'intimé a agi avec lenteur et qu'il ne subirait pas de préjudice en cas de suspension d'instance—La Cour fédérale a compétence pour surseoir à l'ordonnance de la Cour de l'impôt: *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1989] 2 C.F. 38 (1^{re} inst.)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 400, 600(4)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.4 (édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 121).

DEL ZOTTO C. M.R.N. (T-2022-93, juge McKeown, ordonnance en date du 26-11-93, 7 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9