



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1996, Vol 2, Part 3**

**1996, Vol. 2, 3<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [1996] 2 F.C., 483-749**

**Renvoi [1996] 2 C.F., 483-749**

---



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

Editorial Board

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

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer  
LAURA VANIER  
Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC  
Editorial Assistants  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

**CONTENTS**

**Digests ..... D-41**  
**Canada v. Cymerman (C.A.) ..... 593**

Unemployment insurance—Claimant holding insurable employment during allocation period of termination benefits from previous employment—No earnings during second employment period—Claimant cannot choose employment

*Continued on next page*

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

Bureau des arrêtistes

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

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

Services techniques

Préposée à la production et aux publications  
LAURA VANIER  
Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC  
Adjoints à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

**SOMMAIRE**

**Fiches analytiques ..... F-51**  
**Canada c. Cymerman (C.A.) ..... 593**

Assurance-chômage—La prestataire avait un emploi assurable durant la période de répartition de l'indemnité de départ provenant d'un emploi antérieur—Elle a gagné aucune rémunération durant le second emploi—La presta-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

in respect of which to make claim as Act, s. 13(2) clearly referring to last 20 weeks of insurable employment.

### **Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System) (T.D.)** ..... 668

Administrative law—Judicial review—Practice—Motion under R. 1613(3), (4) for directions as to procedure for making submissions concerning Commissioner's objection to production of material requested under R. 1612, and to require production of certified copies thereof—Commissioner, investigating blood system in Canada, issuing misconduct notices under Inquiries Act, s. 13—Notices based on privileged submissions, public record, documents for which solicitor-client, deliberative privilege claimed—R. 1612 not requiring production of documents in party's possession or preparation of new documents—Evidentiary material before Commissioner relevant to decision to issue notices, not notes passing between counsel—Administrative tribunals can rely on deliberative secrecy—Analysis, opinion in staff memoranda irrelevant to ascertainment of tribunal's decision as no assumption adopted by it—Must show amounts to additional evidence—Objection to production of legal advice, analysis valid—Nothing indicating existence of new evidentiary material or list of written material on which decision to issue notice based.

### **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass (T.D.)** ..... 729

Judges and Courts—Judicial independence—Clandestine meeting between Chief Justice of Federal Court and Assistant Deputy Attorney General to discuss cases pending before Associate Chief Justice in which Crown a party, and subsequent intervention by Chief Justice with A.C.J.—Stay of citizenship revocation proceedings granted as judicial independence compromised—Court must safeguard own independence, not rely upon Canadian Judicial Council or provincial law society.

Practice—Stay of proceedings—Clandestine meeting between Chief Justice of Federal Court and Assistant Deputy

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

taire ne peut pas choisir l'emploi à l'égard duquel elle demande les prestations, attendu que l'art. 13(2) de la Loi mentionne expressément les 20 dernières semaines d'emploi assurable.

### **Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada) (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 668

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Pratique—Requête en vertu de la Règle 1613(3) et (4) en vue d'obtenir des directives sur la procédure à suivre pour présenter des observations au sujet de l'opposition du Commissaire à la production de certaines pièces demandées en vertu de la Règle 1612 et en vue de demander la production de copies certifiées conformes de ces pièces—Le Commissaire, qui fait enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada, a donné des avis d'inconduite en vertu de l'art. 13 de la Loi sur les enquêtes—Les avis sont fondés sur des observations privilégiées, le dossier public et des documents à l'égard desquels le privilège du secret professionnel de l'avocat et le privilège délibératif sont invoqués—La Règle 1612 n'oblige pas le Commissaire à produire des documents qui sont en la possession d'une partie ni à en préparer de nouveaux—Les éléments de preuve présentés au Commissaire sont pertinents relativement à sa décision de donner les avis, mais des notes que les avocats se sont échangés ne le sont pas—Les tribunaux administratifs peuvent invoquer le secret du délibéré—L'analyse et les opinions contenues dans les notes de service internes n'aidaient aucunement à déterminer les motifs de la décision du tribunal parce qu'on ne pouvait à bon droit présumer qu'il les avait reprises dans ses motifs—Il aurait fallu démontrer qu'elles équivalaient à une preuve supplémentaire—L'opposition du Commissaire à la production des avis ou des analyses juridiques était valide—Rien n'indiquait qu'il existait des éléments de preuve nouveaux ou une liste de pièces écrites sur lesquels le Commissaire avait fondé sa décision de donner les avis.

### **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 729

Juges et tribunaux—Indépendance du pouvoir judiciaire—Rencontre clandestine entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint au sujet de causes pendantes devant le juge en chef adjoint et auxquelles la Couronne était partie, et intervention subséquente du juge en chef auprès de ce dernier—Suspension des procédures en révocation de la citoyenneté pour cause d'atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire—La Cour doit protéger sa propre indépendance et ne peut compter sur le Conseil canadien de la magistrature ou le Barreau provincial.

Pratique—Suspension d'instance—La rencontre clandestine entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice—Judgments and orders—Stay of execution—Application to stay order vacating Anton Piller order pending appeal—Application allowed as serious issue, irreparable harm to plaintiffs if stay not granted, balance of convenience favouring plaintiffs—Suggesting Rules Committee consider whether motions to stay Trial Division order pending appeal should be presented to Court of Appeal.

Judges and Courts—T.D. Judge granting Anton Piller order—Second T.D. Judge vacating order upon application to convert interim to interlocutory injunction as counsel not living up to special responsibilities where rolling Anton Piller order granted—Application to third T.D. Judge to stay second Judge's order—Rules Committee might consider whether motion to stay T.D. order pending appeal should be heard by F.C.A.

### **Robinson v. Canada (T.D.) ..... 624**

Federal Court jurisdiction—Trial Division—Motion to strike out statement of claim for want of jurisdiction over individual defendants—Convict moved from general population to segregation unit—Claiming damages for defendants' wrongful action—Defendants challenging jurisdiction under test in *ITO* case—Case law reviewed—Grant of jurisdiction in Federal Court Act, s. 17(5)(b)—Causes of action mostly based on tort law, not on federal law, laws of Canada—Charter of Rights, Penitentiary Regulations not federal law to nourish jurisdiction—No statutory framework to satisfy test as link to federal law too fragile.

Penitentiaries—Convict placed in dissociation, segregation pending transfer to high maximum security unit in mistaken belief planning escape—Returned to general population—Convict claiming general, special, punitive damages for various torts—Individual defendants challenging Federal Court jurisdiction under R. 401—Penitentiary Regulations not federal law to nourish jurisdiction—Regulations, ss. 13,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Pratique—Jugements et ordonnances—Suspension d'exécution—Demande de suspension de l'ordonnance donnant mainlevée de l'ordonnance de type Anton Piller en attendant l'appel—Demande accueillie: question très grave, préjudice irréparable pour les demanderesse si la suspension n'est pas accordée, prépondérance des inconvénients penchant du côté des demanderesse—Suggestion que le Comité des règles s'interroge sur la question de savoir si les requêtes en suspension d'une ordonnance de la Section de première instance en attendant un appel devraient être adressées à la Cour d'appel.

Juges et tribunaux—Juge de première instance accordant une ordonnance de type Anton Piller—Deuxième juge de première instance donnant mainlevée de l'ordonnance sur demande de conversion de l'injonction provisoire en injonction interlocutoire au motif que l'avocat n'avait pas été à la hauteur de ses responsabilités spéciales qui lui incomblait lorsqu'une ordonnance renouvelable de type Anton Piller est accordée—Demande adressée à un troisième juge de première instance en vue d'une suspension de l'ordonnance du deuxième juge—Le Comité des règles pourrait envisager la question de savoir si les requêtes en suspension d'une ordonnance de la Section de première instance en attendant un appel devraient être entendues par la C.A.F.

### **Robinson c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 624**

Compétence de la Cour fédérale—Section de première instance—Requête en radiation de la déclaration pour absence de compétence à l'égard des défendeurs particuliers—Détenue mis à l'écart de la population carcérale générale et placé dans une unité d'isolement—Le détenue en question poursuit les défendeurs en dommages-intérêts pour les actes illicites qu'ils auraient commis—Les défendeurs contestent la compétence de la Cour en vertu du critère posé dans l'arrêt *ITO*—Examen de la jurisprudence—L'attribution de compétence découle de l'art. 17(5)(b) de la Loi sur la Cour fédérale—Les causes d'action sont surtout fondées sur la responsabilité délictuelle, et non sur des règles de droit fédérales ou des lois du Canada—La Charte des droits et le Règlement sur les pénitenciers ne sont pas des règles de droit fédérales qui constituent le fondement d'une attribution de compétence—Il n'y a pas de cadre législatif qui satisfasse au critère, étant donné que le lien qui existe avec des règles de droit fédérales est trop ténue.

Pénitenciers—Détenue placé en isolement en attendant son transfert dans une unité à sécurité maximale parce que l'on croyait à tort qu'il planifiait une évasion—Le détenue a réintégré la population carcérale générale—Il réclame des dommages-intérêts généraux et spéciaux ainsi que des dommages-intérêts punitifs pour divers délits—Les défendeurs particuliers contestent la compétence de la Cour

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

14, 40 general directions to prison staff—Not detailed statutory framework granting rights to inmates.

### Samson Indian Nation and Band v. Canada (T.D.) 483

Evidence—Application for order Canada Evidence Act, s. 39 certificate insufficient, and for production of documents listed—Initial affidavits of documents not claiming immunity from disclosure on ground Cabinet confidences—Amended affidavit listing 68 documents under review to determine whether subject to s. 39 production—Documents identified by date, brief description of nature, addressee, addressor—S. 39 certificate later filed certifying 37 documents as containing Cabinet confidences—Identified by generic description tracking language of s. 39(2), bearing no relationship to document numbers in earlier affidavit—S. 39 strictly construed—Certificate not insufficient for matters of form—As no specific requirements as to form in s. 39, form determined by Clerk of Privy Council—Certificate deficient in failure to provide identifying reference, by number or descriptive detail, between documents listed in certificate and those in earlier affidavits of documents—Deficiency remedied if counsel for plaintiffs providing identifying information to Court within reasonable time—Certificate otherwise meeting requirements of s. 39.

Crown—Prerogatives—Crown as party to litigation—Whether still vested with residue of prerogative authority—Responsibility to protect public interest, immunity from disclosure of Cabinet confidences—Rules relating to discovery of documents apply to Crown—Crown Liability and Proceedings Act providing, except as otherwise provided by Act, Regulations, rules of practice, procedure of court in which proceedings taken apply—No exceptions provided.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

fédérale en vertu de la Règle 401—Le Règlement sur les pénitenciers n'est pas une règle de droit fédérale qui constitue le fondement de la compétence de la Cour—Les art. 13, 14 et 40 du Règlement constituent des directives générales destinées au personnel carcéral—Il n'existe pas de cadre législatif détaillé qui confère des droits aux détenus.

### Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 483

Preuve—Demande d'ordonnance déclarant insuffisante une attestation déposée en vertu de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada et ordonnant la production de documents qui sont énumérés dans cette attestation—Dans les premiers affidavits qu'ils ont produits, les défendeurs n'ont pas affirmé que les documents bénéficiaient d'une dispense de production au motif qu'ils renfermaient des renseignements confidentiels du Cabinet—Dans leur affidavit modifié, ils ont énuméré 68 documents qui faisaient l'objet d'un examen en vue de déterminer s'ils pouvaient bénéficier de la protection prévue à l'art. 39—Les documents étaient identifiées par leur date, une brève description de leur nature et le nom de l'expéditeur et celui du destinataire—Les défendeurs ont par la suite produit une attestation fondée sur l'art. 39 dans laquelle ils attestaient que 37 documents contenaient des renseignements confidentiels du Cabinet—Les documents y étaient décrits en des termes généraux qui reprenaient le libellé de l'art. 39(2) et qui n'avaient rien à avoir avec les chiffres qui leur avaient été antérieurement assignés dans les affidavits déjà produits—Interprétation restrictive de l'art. 39—L'attestation n'est pas insuffisante sur le plan de la forme—Comme l'art. 39 n'assujettit la validité de l'attestation à aucune condition de forme particulière, la question de la forme relève du greffier du Conseil privé—L'attestation est insuffisante étant donné qu'elle ne permet pas d'identifier, que ce soit par numéro ou par détails descriptifs, les documents énumérés dans l'attestation et ceux qui sont énumérés dans les affidavits qui ont déjà été déposés—Cette lacune peut être corrigée en communiquant dans un délai raisonnable à l'avocat des demandeurs et au tribunal des renseignements permettant d'identifier les documents—L'attestation respecte par ailleurs les exigences de l'art. 39.

Couronne—Prérogatives—Sa Majesté agissant comme partie à un procès—Il s'agit de savoir si elle est toujours investie d'un reste de prérogative—Sa Majesté est chargée de protéger l'intérêt du public et de refuser la communication des renseignements confidentiels du Cabinet—Les dispositions des Règles de la Cour fédérale portant sur la communication préalable des documents s'appliquent à la Couronne—La Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif prévoit que, sauf disposition contraire de la loi en question et de ses règlements, les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi—Aucune exception n'est prévue.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Attorney General to discuss citizenship revocation cases pending before Associate Chief Justice, subsequent intervention by C.J. with A.C.J., serious breach of judicial independence meeting “clearest of cases” threshold articulated in case law for stay of proceedings.

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Importance to Canadian society of cases dealing with revocation of citizenship said to have been obtained by concealing war crimes, crimes against humanity and fear of witnesses dying from old age no justification for clandestine meeting between Chief Justice of Federal Court and Assistant Deputy Attorney General to discuss accelerating pace of cases’ progress in Federal Court, and subsequent intervention by Chief Justice with presiding judge (Associate Chief Justice)—Stay of proceedings appropriate remedy for such serious breach of judicial independence.

### **Enterprise Rent-A-Car Co. v. Singer (T.D.) . . . . . 694**

Trade marks—Passing off—Plaintiffs in each action companies in car rental business—Seeking injunctions under Trade-marks Act, s. 7(b), alleging passing off against each other with respect to use of name “Enterprise”—Law of passing off intended to protect goodwill attached to trade-mark—Plaintiff in passing off action must establish prior goodwill where defendants operating—Minimal level of goodwill established by Enterprise U.S. in association with trade-mark “Enterprise” in Canada based on reputation with Canadians—Enterprise U.S. directing activities of all subsidiary operating companies as single entity—Defendants in first action misrepresenting themselves to public, trying to thwart competition—Misrepresentation causing or likely to cause damage to plaintiffs—Enterprise U.S. suffering loss of control over name, mark sufficient to ground passing off action—Enterprise Canada not making use of “Enterprise” name, mark to generate significant amount of goodwill—Statement by plaintiffs’ officer, use of ® designation not discrediting business, wares, services of Enterprise Canada—No damages to Enterprise Canada under Act, s. 7(a)—Not appropriate to make declaration as to ownership of trade-mark “Enterprise” in Canada—Permanent injunction against defendants in first action.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

procureur général adjoint au sujet de causes pendantes devant le juge en chef adjoint et l’intervention subséquente du juge en chef auprès de ce dernier, constituent une grave atteinte à l’indépendance du pouvoir judiciaire, qui rentre dans la qualification des «cas les plus manifestes» à l’égard desquels la jurisprudence prescrit la suspension des procédures.

Citoyenneté et immigration—Statut au Canada—Citoyens—L’importance que représentent pour la société canadienne les affaires de révocation de la citoyenneté qui aurait été obtenue par dissimulation des crimes de guerre et crimes contre l’humanité, et la crainte que des témoins ne meurent de vieillesse ne justifient ni la rencontre clandestine entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint pour parler d’une activation de causes pendantes devant la Cour fédérale, ni l’intervention subséquente du juge en chef auprès du juge saisi (le juge en chef adjoint)—La suspension des procédures est la réparation indiquée pour cette grave atteinte à l’indépendance du pouvoir judiciaire.

### **Enterprise Rent-A-Car Co. c. Singer (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 694**

Marques de commerce—Imitation frauduleuse—Les compagnies demanderesse dans chaque action exploitent une entreprise de location d’automobiles—Elles demandent une injonction en vertu de l’art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce, chacune reprochant à l’autre des pratiques d’imitation frauduleuse à l’égard du nom «Enterprise»—Le droit régissant l’imitation frauduleuse vise à protéger l’achalandage rattaché à une marque de commerce—Dans une action en imitation frauduleuse, le demandeur doit établir l’existence préalable d’un achalandage là où s’exerce l’entreprise des défendeurs—Enterprise U.S. a établi l’existence d’un minimum d’achalandage en liaison avec la marque de commerce «Enterprise» au Canada grâce à sa réputation auprès des Canadiens—Enterprise U.S. dirigeait les activités de toutes ses filiales comme s’il s’agissait d’une seule entité—Les défendeurs à la première action ont fait une fausse déclaration au public et tenté d’éliminer la concurrence—La fausse déclaration a causé ou est susceptible de causer un préjudice aux demanderesse—Enterprise U.S. a perdu le contrôle sur l’emploi de son nom et de sa marque, ce qui suffit à fonder une action en imitation frauduleuse—Enterprise Canada n’a pas employé le nom et la marque «Enterprise» de manière à acquérir un achalandage significatif—La déclaration d’un dirigeant des demanderesse et l’emploi du symbole ® n’ont pas eu pour effet de discréditer l’entreprise, les marchandises ou les services de Enterprise Canada—Cette dernière n’a établi aucun préjudice sous le régime de l’art. 7a) de la Loi—Il n’est pas opportun de faire une déclaration relative à la propriété de la marque de commerce «Enterprise» au Canada—Injonction permanente prononcée contre les défendeurs à la première action.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Indian Manufacturing Ltd. v. Lo (T.D.) . . . . . 647**

Barristers and Solicitors—Counsel obtaining Anton Piller order obliged to ensure order not overstepping bounds of client's legitimate rights, order fairly executed, and on return of any motion relating thereto, material before Court accurate, well-founded—Obligations not fulfilled as motion to review Anton Piller order not served on, and no attempt to add as named defendants, those against whom seeking to have interlocutory injunctions issued; Anton Piller order not limited to wares for which trade-mark registered.

Trade marks—Plaintiffs' trade-mark registered for use in association with specific wares—Anton Piller order not limited to those wares—Items not covered by trade-mark seized—Obligation on counsel obtaining Anton Piller order to ensure order not overstepping bounds of client's legitimate rights—Anton Piller order vacated.

Injunctions—Motion to have interlocutory injunctions issued against two individuals, business, against whom Anton Piller order executed—Nature of Anton Piller orders—Special obligations of counsel not fulfilled—Motion not served on, no attempt to add as named defendants, those against whom injunctions sought; validity of trade-mark questioned; Anton Piller order not limited to wares for which trade-mark registered.

### **Indian Manufacturing Ltd. v. Lo (T.D.) . . . . . 658**

Injunctions—Application to stay order vacating Anton Piller order pending appeal—Anton Piller order in effect until June 3, 1996, unless set aside, renewed, varied by Court; permitting persons served therewith to move Court to vary or discharge order on 72 hours' notice—Judge vacating order on own volition when plaintiffs seeking to convert interim injunction into interlocutory injunction—None of 60 persons served with order applying to set aside, vary order—Application allowed—Serious issue, irreparable harm to plaintiffs if stay not granted, balance of convenience favouring plaintiffs.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Indian Manufacturing Ltd. c. Lo (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 647**

Avocats et procureurs—L'avocat qui obtient une ordonnance Anton Piller est tenu de s'assurer qu'elle n'exécède pas les limites des droits légitimes de son client, qu'elle soit exécutée équitablement et que, lors de la présentation de toute requête connexe, les documents soumis à la Cour soient exacts et bien fondés—Ces obligations n'ont pas été remplies puisque la requête présentée en vue de réviser l'ordonnance Anton Piller n'a pas été signifiée aux personnes à l'encontre desquelles l'émission d'injonctions interlocutoires était sollicitée et qu'aucune tentative n'a été faite en vue de les ajouter à titre de défendeurs désignés; l'ordonnance Anton Piller n'est pas limitée aux marchandises à l'égard desquelles la marque de commerce a été déposée.

Marques de commerce—Marque de commerce des demandereses enregistrée pour emploi en liaison avec des marchandises déterminées—Ordonnance Anton Piller non limitée à ces marchandises—Objets saisis non visés par la marque de commerce—Obligation de l'avocat qui obtient une ordonnance Anton Piller de s'assurer qu'elle n'exécède pas les limites des droits légitimes de son client—Ordonnance Anton Piller annulée.

Injonctions—Requête en vue d'obtenir l'émission d'injonctions interlocutoires à l'encontre de deux personnes physiques et d'une entreprise, à l'encontre desquelles une ordonnance Anton Piller a été exécutée—Nature des ordonnances Anton Piller—Obligations particulières de l'avocat non remplies—Requête non signifiée, aucune tentative d'ajouter à titre de défendeurs désignés les personnes à l'encontre desquelles les injonctions sont sollicitées; validité de la marque de commerce mise en doute; ordonnance Anton Piller non limitée aux marchandises à l'égard desquelles la marque de commerce a été déposée.

### **Indian Manufacturing Ltd. c. Lo (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 658**

Injonctions—Demande de suspension d'une ordonnance donnant mainlevée de l'ordonnance de type Anton Piller en attendant l'appel—Ordonnance de type Anton Piller en vigueur jusqu'au 3 juin 1996 à moins d'être annulée, renouvelée ou modifiée par la Cour; autorisant les personnes avisées par signification de présenter une requête à la Cour pour faire modifier ou annuler l'ordonnance sur préavis de 72 heures—Le juge a donné mainlevée de l'ordonnance de son propre chef alors que les demandereses voulaient faire convertir l'injonction provisoire en injonction interlocutoire—Aucune des soixante personnes avisées par signification n'a demandé l'annulation ou la modification de l'ordonnance—Demande accueillie—Question grave, préjudice irréparable pour les demandereses si la suspension n'est pas accordée, prépondérance des inconvénients penche du côté des demandereses.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Practice—Discovery—Production of documents—Documents allegedly constituting Cabinet confidences produced, not yet included in Canada Evidence Act, s. 39 certificate rendering them immune from disclosure—Certificate precluding Court from compelling disclosure whenever filed—In accordance with R. 448, requiring full disclosure by affidavit of documents listing all relevant documents known to party, Crown must provide affidavit with “lists and sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue” for which no privilege claimed, privilege claimed and in latter case, provide statement of grounds for each claim of privilege—S. 39 not providing for return of documents already produced.

Practice—Discovery—Examination for discovery—Documents allegedly constituting Cabinet confidence produced, not yet included in Canada Evidence Act, s. 39 certificate, rendering them immune from disclosure—Only certificate filed in accord with s. 39 precluding Court from ordering disclosure by answering questions upon discovery—Certificate precluding disclosure whenever filed—Objection to questions relating to document not yet certified on ground answers revealing Cabinet confidences must be confirmed by s. 39 certificate within reasonable time.

### **Samson Indian Nation and Band v. Canada (T.D.) 528**

Practice—Privilege—Application of F.C.A. decision ([1995] 2 F.C. 762) on issue of privilege in breach of trust actions brought by Indian bands relating to Crown management of surrendered oil, gas resources and revenues derived therefrom—Production ordered of documents for which legal advice privilege claimed by Crown in light of trust-like relationship between Crown, plaintiffs where documents related to legal advice referring specifically to trust-related matters—Generic legal advice excluded—Onus in establishing document privileged—Sufficient details to be given in affidavit of documents to support privilege claim.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Pratique—Communication de documents et interrogatoire préalable—Production de documents—Production de documents qui constitueraient des renseignements confidentiels du Cabinet et qui n'ont pas encore fait l'objet d'une attestation fondée sur l'art. 39 qui permettrait d'en refuser la communication—Une fois qu'elle a été produite, l'attestation empêche la Cour d'exiger la communication des documents—Conformément à la Règle 448, qui exige la communication intégrale en obligeant les parties à déposer un affidavit énumérant tous les documents pertinents dont elles ont connaissance, Sa Majesté doit, tant en ce qui concerne les documents pour lesquels un privilège est invoqué que pour ceux pour lesquels aucun privilège n'est revendiqué, déposer un ou plusieurs affidavits comprenant «des listes . . . et des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents pertinents à l'affaire en litige»—Dans le cas de chacun des documents pour lesquels un privilège est invoqué, Sa Majesté doit exposer le fondement de chaque revendication de privilège à l'égard d'un document—L'art. 39 ne prévoit pas la remise des documents déjà produits.

Pratique—Communication de documents et interrogatoire préalable—Interrogatoire préalable—Production de documents qui constitueraient des renseignements confidentiels du Cabinet et qui n'ont pas encore fait l'objet d'une attestation fondée sur l'art. 39, lequel permettrait d'en refuser la communication—Seule l'attestation produite conformément à l'art. 39 empêche la Cour d'ordonner la communication de renseignements confidentiels en répondant aux questions posées lors de l'interrogatoire préalable—L'attestation empêche la communication une fois qu'elle a été produite—L'opposition aux questions relatives à un document qui n'a pas encore fait l'objet d'une attestation au motif que les réponses qui seraient données révéleraient des renseignements confidentiels du Cabinet doit être confirmée dans un délai raisonnable par une attestation produite en vertu de l'art. 39.

### **Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 528**

Pratique—Communications privilégiées—Application d'une décision de la C.A.F. ([1995] 2 C.F. 762) sur une question de privilège dans le cadre d'actions pour violation d'obligations dans l'administration d'une fiducie intentées par les bandes indiennes relativement à la gestion par la Couronne de ressources de gaz et de pétrole qui lui avaient été cédées et de revenus tirés de ces ressources—Ordonnance de production des documents à l'égard desquels la Couronne invoquait le privilège des conseils juridiques, compte tenu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existait entre la Couronne et les demandeurs lorsque les documents renfermaient des conseils juridiques traitant précisément de questions touchant la fiducie—Conseils juridiques d'ordre général exclus de l'ordonnance—Fardeau

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Crown—Trusts—Native peoples—Interest of plaintiffs as beneficiaries of specific trust-like arrangements with Crown warranting disclosure of any document in nature of legal advice received by Crown in administration of surrendered oil, gas resources in reserve lands.

Native peoples—Crown claiming privilege in breach of trust actions brought by Indian Bands relating to Crown management of surrendered oil, gas resources and revenues therefrom—Documents for which legal advice privilege claimed ordered to be produced in light of special trust-like relationship between Crown, Indians—Production ordered for documents relating to Crown programs, services including reference to oil and gas assets, or financial resources therefrom.

### **Spinks v. Canada (C.A.) ..... 563**

Public Service—Pensions—Appeal from dismissal of action against employer for provision of erroneous advice—Remedies available under Public Service Superannuation Act, s. 42(10), Public Service Superannuation Regulations, s. 17(1) to contributor receiving erroneous advice concerning counting of service—Appellant employed by Australian government prior to joining Atomic Energy Canada Ltd.—Nothing in sign-on interview, pension administration screening form, pension benefits booklet, suggesting could buy back Australian service—Where party advising, failure to divulge material information as misleading as positive misstatement, especially where information of specialized nature, easily available to advisor, but not to party advised—Advisor's duty to advise competently, accurately, fully—"Advice" contemplating responsible "counselling", requiring material information concerning pension options be divulged—Appellant received erroneous advice because of which failed to elect—Minister should exercise discretion in appellant's favour under Regs., s. 17.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de la preuve du caractère privilégié des documents—L'affidavit de document doit être suffisamment détaillé pour appuyer la revendication de privilège.

Couronne—Fiducies—Peuples autochtones—L'intérêt des demandeurs en qualité de bénéficiaires d'arrangements particuliers de nature fiduciaire passés avec la Couronne justifie la communication de tout document qui est de la nature de conseils juridiques reçus par la Couronne relativement à la gestion des ressources de gaz et de pétrole qui lui ont été cédées et qui sont situées sur les terres des réserves.

Peuples autochtones—Revendication d'un privilège par la Couronne dans le cadre d'actions pour violation d'obligations dans l'administration d'une fiducie intentées par les bandes indiennes relativement à la gestion par la Couronne de ressources de gaz et de pétrole qui lui ont été cédées et de revenus tirés de ces ressources—Ordonnance de production des documents à l'égard desquels le privilège des conseils juridiques était invoqué, compte tenu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existait entre la Couronne et les Indiens—Ordonnance de production des documents ayant trait aux programmes et services offerts sous l'égide de la Couronne, dans lesquels il est fait référence aux ressources minérales de pétrole et de gaz, ou aux ressources financières en provenant.

### **Spinks c. Canada (C.A.) ..... 563**

Fonction publique—Pensions—Appel du rejet d'une action intentée contre l'employeur pour avis erronés donnés—Recours prévus par l'art. 42(10) de la Loi sur la pension de la fonction publique et par l'art. 17(1) du Règlement sur la pension de la Fonction publique pour le contributeur qui a reçu des avis erronés concernant l'admissibilité du service antérieur—L'appelant a travaillé pour le gouvernement australien avant de se joindre à Énergie atomique du Canada Limitée—Rien dans l'entrevue aux fins d'embauche, ni dans la formule d'admissibilité relative à l'administration du régime de pension, ni dans la brochure portant sur la prestation de retraite ne laisse entendre la possibilité de rachat du service accompli en Australie—Lorsqu'une partie donne des conseils, l'omission de divulguer des renseignements importants peut être aussi trompeuse qu'une déclaration inexacte effectivement faite, particulièrement lorsque les renseignements en question sont spécialisés et peuvent facilement être obtenus par le conseiller, mais non par la partie conseillée—Un conseiller doit donner des avis compétents, exacts et complets—Le mot «avis» consiste à «conseiller» de façon sérieuse, ce qui implique la communication des renseignements importants sur les options de pension—L'appelant a reçu des avis erronés et, de ce fait, il n'a pas fait son choix—Le ministre devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'appelant sous le régime de l'art. 17 du Règlement.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Crown—Torts—Appeal from dismissal of action against employer for negligent misrepresentation—Appellant not electing to buy back employment service with foreign government as nothing in sign-on interview, pension administration screening form, pension benefits booklet suggesting could do so—Appellant not contributorily negligent—No reason to believe staffing officer would not provide correct information—Employer-employee relationship entitling appellant to reasonably rely on information received—No damages yet as statutory relief still available—If Minister fails to exercise discretion in appellant's favour within reasonable time, tort action will succeed.

Practice—Limitation of actions—Tort action may only be brought within six years of date damage discovered or reasonably ought to have been discovered—Appellant alleging employer negligently misrepresenting right to buy back employment service with foreign government—Running of limitation period not begun as no damages yet, statutory remedy still being available.

## SOMMAIRE (Fin)

Couronne—Responsabilité délictuelle—Appel du rejet d'une action intentée contre l'employeur pour déclaration inexacte faite avec négligence—L'appellant n'a pas choisi de racheter le service accompli pour un gouvernement étranger puisque rien dans l'entrevue aux fins d'embauche, ni dans la formule d'admissibilité relative à l'administration du régime de pension, ni dans la brochure portant sur la prestation de retraite ne laissait entendre qu'il pouvait le faire—Il n'y a pas eu négligence de la part de l'appellant—Il n'y avait aucune raison de croire que l'agent de dotation ne donnerait pas de renseignements exacts—La relation employeur-employé permet à l'appellant de se fier raisonnablement aux renseignements reçus—Aucun dommage n'a encore été subi puisqu'un recours prévu par la loi est toujours possible—Si le ministre n'exerce pas son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'appellant dans un délai raisonnable, l'action en responsabilité délictuelle aboutira.

Pratique—Prescription—Une action en responsabilité délictuelle peut être intentée seulement dans un délai de six ans suivant la date à laquelle le préjudice a été découvert ou aurait raisonnablement dû l'être—L'appellant prétend que l'employeur a, de façon négligente, fait une déclaration inexacte quant à son droit de racheter le service qu'il avait accompli pour un gouvernement étranger—Le délai de prescription n'a pas commencé à courir puisqu'aucun dommage n'a encore eu lieu, le recours prévu par la loi étant toujours possible.



**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1996, Vol. 2, Part 3**

**1996, Vol. 2, 3<sup>e</sup> fascicule**



T-2022-89

T-2022-89

**Chief Victor Buffalo acting on his own behalf and on behalf of all the other members of the Samson Indian Nation and Band and The Samson Indian Band and Nation (*Plaintiffs*)**

**Le chef Victor Buffalo, agissant en son propre nom et au nom de tous les membres de la Bande et de la Nation des Indiens Samson et la Bande et de la Nation des Indiens Samson (*demandeurs*)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen in right of Canada and The Minister of Indian Affairs and Northern Development and The Minister of Finance (*Defendants*)**

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et Ministre des Finances (*défendeurs*)**

T-1386-90

T-1386-90

**Chief Jerome Morin acting on his own behalf as well as on behalf of all the other Members of Enoch's Band of Indians and the Residents Thereof on and of Stony Plain Reserve No. 135 (*Plaintiffs*)**

**Le chef Jerome Morin, agissant en son nom et au nom de tous les membres de la bande des Indiens Enoch et des résidents de la réserve indienne n° 135 de Stony Plain (*demandeurs*)**

v.

c.

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

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

T-1254-92

T-1254-92

**Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, the elected Chief and Councillors of the Ermineskin Indian Band and Nation suing on their own behalf and on behalf of all the other members of the Ermineskin Indian Band and Nation (*Plaintiffs*)**

**Le chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, chef et conseillers élus de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin, agissant en leur nom et au nom de tous les membres de la bande et de la Nation des Indiens Ermineskin (*demandeurs*)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen in right of Canada and The Honourable Thomas R. Siddon, Minister of Indian Affairs and Northern Development and The Honourable Donald Mazankowski, Minister of Finance (*Defendants*)**

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et l'honorable Thomas R. Siddon, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et l'honorable Donald Mazankowski, ministre des Finances (*défendeurs*)**

**INDEXED AS: SAMSON INDIAN NATION AND BAND v. CANADA (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: NATION ET BANDE DES INDIENS SAMSON c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, MacKay J.—Calgary, November 22, 1995; Vancouver, March 14, 1996.

*Evidence — Application for order Canada Evidence Act, s. 39 certificate insufficient, and for production of documents listed — Initial affidavits of documents not claiming immunity from disclosure on ground Cabinet confidences — Amended affidavit listing 68 documents under review to determine whether subject to s. 39 production — Documents identified by date, brief description of nature, addressee, addressor — S. 39 certificate later filed certifying 37 documents as containing Cabinet confidences — Identified by generic description tracking language of s. 39(2), bearing no relationship to document numbers in earlier affidavit — S. 39 strictly construed — Certificate not insufficient for matters of form — As no specific requirements as to form in s. 39, form determined by Clerk of Privy Council — Certificate deficient in failure to provide identifying reference, by number or descriptive detail, between documents listed in certificate and those in earlier affidavits of documents — Deficiency remedied if counsel for plaintiffs providing identifying information to Court within reasonable time — Certificate otherwise meeting requirements of s. 39.*

*Crown — Prerogatives — Crown as party to litigation — Whether still vested with residue of prerogative authority — Responsibility to protect public interest, immunity from disclosure of Cabinet confidences — Rules relating to discovery of documents apply to Crown — Crown Liability and Proceedings Act providing, except as otherwise provided by Act, Regulations, rules of practice, procedure of court in which proceedings taken apply — No exceptions provided.*

*Practice — Discovery — Production of documents — Documents allegedly constituting Cabinet confidences produced, not yet included in Canada Evidence Act, s. 39 certificate rendering them immune from disclosure —*

Section de première instance, juge MacKay—Calgary, 22 novembre 1995; Vancouver, 14 mars 1996.

*Preuve — Demande d'ordonnance déclarant insuffisante une attestation déposée en vertu de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada et ordonnant la production de documents qui sont énumérés dans cette attestation — Dans les premiers affidavits qu'ils ont produits, les défendeurs n'ont pas affirmé que les documents bénéficiaient d'une dispense de production au motif qu'ils renfermaient des renseignements confidentiels du Cabinet — Dans leur affidavit modifié, ils ont énuméré 68 documents qui faisaient l'objet d'un examen en vue de déterminer s'ils pouvaient bénéficier de la protection prévue à l'art. 39 — Les documents étaient identifiés par leur date, une brève description de leur nature et le nom de l'expéditeur et celui du destinataire — Les défendeurs ont par la suite produit une attestation fondée sur l'art. 39 dans laquelle ils attestaient que 37 documents contenaient des renseignements confidentiels du Cabinet — Les documents y étaient décrits en des termes généraux qui reprénaient le libellé de l'art. 39(2) et qui n'avaient rien à avoir avec les chiffres qui leur avaient été antérieurement assignés dans les affidavits déjà produits — Interprétation restrictive de l'art. 39 — L'attestation n'est pas insuffisante sur le plan de la forme — Comme l'art. 39 n'assujettit la validité de l'attestation à aucune condition de forme particulière, la question de la forme relève du greffier du Conseil privé — L'attestation est insuffisante étant donné qu'elle ne permet pas d'identifier, que ce soit par numéro ou par détails descriptifs, les documents énumérés dans l'attestation et ceux qui sont énumérés dans les affidavits qui ont déjà été déposés — Cette lacune peut être corrigée en communiquant dans un délai raisonnable à l'avocat des demandeurs et au tribunal des renseignements permettant d'identifier les documents — L'attestation respecte par ailleurs les exigences de l'art. 39.*

*Couronne — Prérrogatives — Sa Majesté agissant comme partie à un procès — Il s'agit de savoir si elle est toujours investie d'un reste de prérrogative — Sa Majesté est chargée de protéger l'intérêt du public et de refuser la communication des renseignements confidentiels du Cabinet — Les dispositions des Règles de la Cour fédérale portant sur la communication préalable des documents s'appliquent à la Couronne — La Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif prévoit que, sauf disposition contraire de la loi en question et de ses règlements, les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi — Aucune exception n'est prévue.*

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Production de documents qui constitueraient des renseignements confidentiels du Cabinet et qui n'ont pas encore fait*



*Certificate precluding Court from compelling disclosure whenever filed — In accordance with R. 448, requiring full disclosure by affidavit of documents listing all relevant documents known to party, Crown must provide affidavit with "lists and sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue" for which no privilege claimed, privilege claimed and in latter case, provide statement of grounds for each claim of privilege — S. 39 not providing for return of documents already produced.*

*Practice — Discovery — Examination for discovery — Documents allegedly constituting Cabinet confidence produced, not yet included in Canada Evidence Act, s. 39 certificate, rendering them immune from disclosure — Only certificate filed in accord with s. 39 precluding Court from ordering disclosure by answering questions upon discovery — Certificate precluding disclosure whenever filed — Objection to questions relating to document not yet certified on ground answers revealing Cabinet confidences must be confirmed by s. 39 certificate within reasonable time.*

This was an application for an order that a *Canada Evidence Act*, section 39 certificate was insufficient, for production of the documents listed therein, and requiring the defendants' witnesses at examinations for discovery to answer questions in relation to documents produced, but not yet included in a section 39 certificate. The defendants sought an order for the return of documents produced that were later included in a certificate filed under section 39.

Section 39 provides that where a Minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council (Cabinet), disclosure shall be refused without examination or hearing of the information by the court. Subsection 39(2) elaborates what constitutes such a confidence. Paragraph 39(4)(a) exempts from certification a Cabinet confi-

*l'objet d'une attestation fondée sur l'art. 39 qui permettrait d'en refuser la communication — Une fois qu'elle a été produite, l'attestation empêche la Cour d'exiger la communication des documents — Conformément à la Règle 448, qui exige la communication intégrale en obligeant les parties à déposer un affidavit énumérant tous les documents pertinents dont elles ont connaissance, Sa Majesté doit, tant en ce qui concerne les documents pour lesquels un privilège est invoqué que pour ceux pour lesquels aucun privilège n'est revendiqué, déposer un ou plusieurs affidavits comprenant «des listes . . . et des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents pertinents à l'affaire en litige» — Dans le cas de chacun des documents pour lesquels un privilège est invoqué, Sa Majesté doit exposer le fondement de chaque revendication de privilège à l'égard d'un document — L'art. 39 ne prévoit pas la remise des documents déjà produits.*

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Production de documents qui constitueraient des renseignements confidentiels du Cabinet et qui n'ont pas encore fait l'objet d'une attestation fondée sur l'art. 39, lequel permettrait d'en refuser la communication — Seule l'attestation produite conformément à l'art. 39 empêche la Cour d'ordonner la communication de renseignements confidentiels en répondant aux questions posées lors de l'interrogatoire préalable — L'attestation empêche la communication une fois qu'elle a été produite — L'opposition aux questions relatives à un document qui n'a pas encore fait l'objet d'une attestation au motif que les réponses qui seraient données révéleraient des renseignements confidentiels du Cabinet doit être confirmée dans un délai raisonnable par une attestation produite en vertu de l'art. 39.*

Il s'agit d'une demande visant à obtenir une ordonnance déclarant qu'une attestation déposée en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est insuffisante, ordonnant la production des documents qui y sont énumérés et enjoignant aux témoins des défendeurs interrogés lors des interrogatoires préalables de répondre aux questions relatives aux documents qui ont été produits mais qui n'ont pas encore fait l'objet d'une attestation fondée sur l'article 39. Les défendeurs demandent à la Cour d'ordonner aux demandeurs de leur remettre les documents produits qui ont par la suite fait l'objet d'une attestation déposée en vertu de l'article 39.

L'article 39 prévoit que le tribunal doit refuser la divulgation d'un renseignement, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, lorsqu'un ministre de la Couronne ou le greffier du Conseil privé s'oppose à la divulgation de ce renseignement en attestant par écrit qu'il constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada (le Cabinet). Le paragraphe 39(2) précise ce qui constitue un renseignement confidentiel. L'alinéa

dence that has been in existence for more than 20 years.

The claims related to alleged breaches of duty dating back almost 50 years. Document production has been an ongoing process, anticipating a series of affidavits of documents. The initial affidavits of documents did not claim immunity from disclosure on the ground that any document contained Cabinet confidences. Thereafter defendants' counsel realized that certain documents, some of which had already been produced to the plaintiffs, ought to be withheld since they included Cabinet confidences. An amended affidavit of documents was filed which listed 68 documents then under review to determine whether they were subject to production under section 39. That list described each document by date, a brief description of the nature of the document, addressee and addressor. The section 39 certificate, filed later, certified 37 documents as containing Cabinet confidences. None of the detailed descriptive information of earlier document lists was included for any of those documents, which were described in generic terms tracking the wording of the various paragraphs of subsection 39(2). The numbers on the list bore no relationship to document numbers in the affidavits of documents earlier filed. The plaintiffs were unable to determine which documents originally listed as relevant were claimed under section 39, and the certificate was of no assistance to the Court. None of the 37 documents has been produced.

The issues were: (1) whether section 39 should be narrowly construed; (2) whether the Crown as a litigant was subject to requirements of the *Federal Court Rules* as to time or production of documents; (3) whether the section 39 certificate was sufficient in terms of form and substance; (4) whether the plaintiffs were entitled to oral discovery by examination with regard to information in documents that have been produced, but have not yet been included in a section 39 certificate.

*Held*, the motion should be allowed in part.

(1) Section 39 should be strictly construed. Parliament restricted Crown immunity by providing for actions against the Crown, and narrowing the absolute nature of

39(4)a soustrait à l'attestation les renseignements confidentiels du Cabinet dont l'existence remonte à plus de 20 ans.

Les demandes se rapportent à de présumées violations d'obligations remontant à une cinquantaine d'années. Les parties ont mis au point un processus permanent de production de documents dans le cadre duquel elles prévoyaient produire une série d'affidavits. Dans les premiers affidavits qu'ils ont produits, les défendeurs n'ont pas affirmé que les documents ne devaient pas être produits au motif qu'ils renfermaient des renseignements confidentiels du Cabinet. Par la suite, l'avocat des défendeurs s'est aperçu que certains documents, dont quelques-uns avaient déjà été communiqués aux demandeurs, devaient être retenus, étant donné qu'ils renfermaient des renseignements confidentiels du Cabinet. Dans l'affidavit modifié qu'ils ont déposé, ils ont énuméré quelque 68 documents qui faisaient l'objet d'un examen en vue de déterminer s'ils pouvaient bénéficier de la protection prévue à l'article 39. Cette liste précisait la date de chaque document, donnait une brève description de la nature du document et indiquait le nom de l'expéditeur et celui du destinataire. Dans l'attestation qu'ils ont par la suite produite en vertu de l'article 39, les défendeurs attestaient que 37 documents contenaient des renseignements confidentiels du Cabinet. Aucun des renseignements descriptifs détaillés contenus dans les listes antérieures n'y était donné au sujet des documents, qui y étaient décrits en des termes généraux qui reprenaient le libellé des divers alinéas du paragraphe 39(2) de la Loi. Les chiffres inscrits sur la liste n'avaient rien à voir avec les chiffres antérieurement assignés aux documents dans les affidavits déjà produits. Les demandeurs n'étaient pas en mesure de déterminer lesquels des documents qui avaient été initialement inscrits comme pertinents faisaient l'objet d'une revendication fondée sur l'article 39, et l'attestation n'était d'aucune utilité pour la Cour. Aucun des 37 documents n'a été communiqué.

Les questions en litige sont celles de savoir: (1) si l'article 39 devrait être interprété de façon restrictive; (2) si la Couronne était, en tant que partie au procès, assujettie aux exigences des *Règles de la Cour fédérale* en ce qui concerne les délais ou la production de documents; (3) si l'attestation produite en vertu de l'article 39 était suffisante tant sur le plan de la forme que du fond; (4) si les demandeurs avaient le droit d'interroger au préalable des représentants des défendeurs relativement aux renseignements contenus dans les documents qui avaient été produits mais qui n'avaient pas encore fait l'objet d'une attestation en vertu de l'article 39.

*Jugement*: la requête doit être accueillie en partie.

(1) L'article 39 devrait être interprété de façon restrictive. Le législateur fédéral a limité la portée de l'immunité de la Couronne en permettant d'intenter des poursuites

the Crown's claim to public interest immunity in regard to evidence.

(2) The Rules relating to discovery of documents are applicable to the Crown when it is a litigant. In relation to document discovery the *Crown Liability and Proceedings Act* as amended in 1990 provides that, except as otherwise provided by the Act or the regulations, the rules of practice and procedure of the court in which proceedings are taken apply in those proceedings. The Act makes no exception from the Rules for the Crown as a party. Thus, in accord with Rule 448, which requires full disclosure by an affidavit of documents listing all relevant documents known to a party, the Crown must provide an affidavit or affidavits with "lists and sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue", for which no privilege is claimed and for which privilege is claimed, and in the latter case it must provide a statement of the grounds for each claim of privilege in respect of a document.

(3) The certificate was not insufficient for any of the matters of form. Section 39 does not include any specific requirements as to form, which is therefore determined by the Clerk, provided the certificate is in a form that is readily seen as a certificate within section 39.

As to substantive deficiencies, the certificate was deficient in its failure to provide any identifying reference, by number or descriptive detail, between the documents as listed in the certificate and those listed in affidavits of documents previously filed. That deficiency may be remedied by provision of information to counsel for the plaintiffs and to the Court that will identify the documents now certified. If information identifying the 37 documents certified, by reference to the documents included in earlier lists, is not provided within such reasonable time as agreed to by the parties or as determined by the Court, the defendants shall produce the documents forthwith.

The certificate otherwise met the requirements of section 39 and of the Court's Rules. The certificate referred to the documents as "confidences of the Queen's Privy Council . . . for the reasons set out in the Schedule", which listed the documents described by general words

contre Sa Majesté et en tempérant le caractère absolu de l'immunité d'ordre public de la Couronne en matière de preuve.

(2) Les dispositions des *Règles de la Cour fédérale* relatives à la communication préalable des documents s'appliquent à Sa Majesté lorsqu'elle agit comme partie au procès. En ce qui a trait à la communication préalable des documents, la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, modifiée en 1990, prévoit que, sauf disposition contraire de la Loi en question ou de ses règlements, les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi. La Loi ne prévoit aucune exception aux Règles en ce qui concerne Sa Majesté, lorsqu'elle agit à titre de partie au procès. Ainsi, conformément à l'article 448 des Règles — qui exige la communication intégrale en obligeant chaque partie à déposer un affidavit énumérant tous les documents pertinents dont elle a eu connaissance —, Sa Majesté doit, tant en ce qui concerne les documents pour lesquels un privilège est invoqué que pour ceux pour lesquels aucun privilège n'est revendiqué, déposer un ou plusieurs affidavits comprenant «des listes . . . et des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents pertinents à l'affaire en litige». En outre, dans le cas de chacun des documents pour lesquels un privilège est invoqué, Sa Majesté doit exposer le fondement de chaque revendication de privilège à l'égard d'un document.

(3) L'attestation n'était pas insuffisante sur le plan de la forme. L'article 39 n'assujettit la validité de l'attestation à aucune condition de forme particulière. La question de la forme de l'attestation relève donc du greffier, à condition qu'on puisse aisément l'identifier comme une attestation prévue par l'article 39.

Quant aux vices de fond, l'attestation est insuffisante, étant donné qu'elle ne permet pas d'identifier — que ce soit par numéro ou par détails descriptifs — les documents énumérés dans l'attestation et ceux qui sont énumérés dans les affidavits qui ont déjà été déposés. Les défendeurs peuvent corriger cette lacune en communiquant à l'avocat des demandeurs et au tribunal des renseignements permettant d'identifier les documents qui font l'objet de la présente attestation. Si les renseignements qui permettent d'identifier les 37 documents visés par l'attestation en fonction des documents inclus dans des listes déjà produites ne sont pas communiqués aux avocats des parties dans un délai raisonnable fixé par les avocats d'un commun accord ou, à défaut d'entente, par la Cour, les défendeurs communiqueront sans délai les documents en question aux demandeurs.

L'attestation satisfait par ailleurs aux exigences de l'article 39 et des Règles de la Cour. L'attestation précise que les documents constituent [TRADUCTION] «des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada pour les motifs exposés dans l'annexe jointe à

tracking the relevant paragraphs of subsection 39(2). As such, the wording was substantially similar to that approved by the Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.* and any differences were not sufficient to warrant a conclusion that the certificate was deficient.

The certificate certified that paragraph 39(4)(a) did not apply as none of the documents had been in existence for more than 20 years. The plaintiffs argued that information contained in a document may be more than 20 years old, even if the document itself was not. By the definition in subsection 39(2), Parliament intended to permit objection to disclosure of information as it is found in the types of documents therein described, not information at large. In the application of paragraphs 39(4)(a) and (b), relying upon the definition of a confidence as provided by subsection 39(2), the certificate met the statutory requirement.

It was also urged that the certificate should clearly indicate that the information would not be more than 20 years old by the time of the trial of these actions. The application of subsection 39(4) can only be made with reference to the date of the certificate objecting to disclosure, not to an uncertain date in future when the litigation may be ended. In that sense also the certificate met the statutory requirement. The date at which a document said to contain Cabinet confidences becomes 20 years old would be evident, permitting a party once denied access to later claim access, if the age of the confidence comes to exceed 20 years before the trial ends.

(4) A certificate made in accord with section 39 may be filed at any time, before or after disclosure of documents by affidavits of documents or production of the documents themselves, and before questions about them are answered in oral discovery. Aside from very exceptional circumstances, whenever a certificate is filed it effectively precludes the Court thereafter from examining the information or compelling its disclosure, but only a certificate in accord with section 39 can preclude the Court from ordering disclosure by production of documents or by answering questions upon discovery.

la présente» (qui est la liste des documents qui sont décrits en des termes généraux qui reprennent le libellé des dispositions applicables du paragraphe 39(2)). Le texte de l'attestation est en grande partie identique à celui que la Cour d'appel a approuvé dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Central Cartage* et les différences qui existent ne justifient pas en elles-mêmes de conclure que l'attestation est insuffisante.

Dans l'attestation, la greffière atteste que l'alinéa 39(4)a) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s'applique pas, étant donné que l'existence d'aucun d'entre eux ne remonte à plus de vingt ans. Les demandeurs soutiennent que l'existence des renseignements contenus dans un document peut remonter à plus de vingt ans même si le document lui-même ne remonte pas à vingt ans. En raison de la définition contenue au paragraphe 39(2), le législateur fédéral voulait permettre l'opposition à la divulgation de renseignements que l'on trouve dans les types de documents qui y sont décrits, et non à la divulgation de tout type de renseignements en général. Pour l'application des alinéas 39(4)a) et b), l'attestation qui a été déposée en l'espèce satisfait aux exigences de la loi, en raison de la définition de l'expression «renseignement confidentiel» prévue au paragraphe 39(2).

Les demandeurs affirment par ailleurs que l'attestation devrait indiquer clairement que l'existence des renseignements ne remontera pas à plus de vingt ans lors de l'instruction des présentes actions. On ne peut appliquer le paragraphe 39(4) qu'en fonction de la date de l'attestation par laquelle on s'oppose à la divulgation, et non en fonction de la date future incertaine à laquelle il se peut que le procès se termine. En ce sens, l'attestation satisfait aussi aux exigences de la loi. La date à laquelle un document qui renfermerait des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Cabinet «atteint» l'âge de vingt ans s'imposerait d'elle-même, permettant ainsi à la partie qui s'est déjà vu refuser la communication d'un renseignement de le réclamer plus tard, si l'existence de ce renseignement confidentiel en vient à remonter à plus de vingt ans avant la fin du procès.

(4) Une attestation faite conformément à l'article 39 de la Loi peut être déposée en tout temps avant ou après la communication des documents au moyen d'affidavits ou par la production des documents eux-mêmes, et avant que l'on réponde aux questions posées à leur sujet lors de l'interrogatoire préalable. Exception faite de circonstances très exceptionnelles, le dépôt d'une attestation empêche effectivement la Cour d'examiner par la suite les renseignements ou d'ordonner leur divulgation. Cependant, seule l'attestation qui est conforme à l'article 39 peut empêcher la Cour d'ordonner la divulgation en prescrivant la production des documents ou en ordonnant aux témoins de répondre aux questions posées lors de l'interrogatoire préalable.

The defendants' representatives were directed to answer questions asked at discovery so far as the answers do not reveal information constituting Cabinet confidences. If the answers require revelation of such information, any objection relating to a document not already certified must be confirmed by inclusion in a section 39 certificate filed within a reasonable time.

Section 39 does not provide for the return of documents already produced. All documents produced are subject to an implied undertaking restricting their use to the action and to the confidentiality order earlier issued.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 36.3 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4).  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 39.  
*Crown Liability Act*, S.C. 1952-53, c. 30.  
*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 27 (as am. *idem*, s. 31), 34 (as am. *idem*, s. 32).  
*Crown Liability and Proceedings (Provincial Court) Regulations*, SOR/91-604.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 447 (as am. by SOR/90-846, s. 15), 448 (as am. *idem*), 449 (as am. *idem*), 450 (as am. *idem*), 451 (as am. *idem*), 452 (as am. *idem*), 453 (as am. *idem*), 454 (as am. *idem*), 455 (as am. *idem*), 456 (as am. *idem*), 457 (as am. *idem*), 458 (as am. *idem*), 459 (as am. *idem*), 460 (as am. *idem*), 461 (as am. *idem*), 462 (as am. *idem*), 463 (as am. *idem*), 464 (as am. *idem*), 465 (as am. *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Puddister Trading Co. et al. v. Canada et al.* (1995), 95 F.T.R. 92 (F.C.T.D.); *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130; (1991), 87 D.L.R. (4th) 730; 135 N.R. 217 (C.A.); *I.L.W.U. v. Canada*, [1989] 1 F.C. 444 (T.D.).

La Cour ordonne aux représentants des défendeurs de répondre aux questions posées lors de l'interrogatoire préalable dans la mesure où les réponses qu'ils donnent n'ont pas pour effet de révéler des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Cabinet. Si les réponses sont réputées exiger la révélation de tels renseignements, toute opposition qui ne se rapporte pas à un document faisant déjà l'objet d'une attestation peut régulièrement être confirmée par son inclusion dans une attestation faite conformément à l'article 39 de la Loi et déposée dans un délai raisonnable.

L'article 39 lui-même ne renferme aucune disposition en ce qui concerne la remise des documents qui ont déjà été produits. Tous les documents qui sont produits sont assujettis à l'engagement implicite de ne les utiliser que pour la présente action. Ils sont également assujettis à l'ordonnance de confidentialité déjà prononcée dans la présente instance.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 36.3 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 38, 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5).  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 27 (mod., *idem*, art. 31), 34 (mod., *idem*, art. 32).  
*Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1952-53, ch. 30.  
*Règlement sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif (tribunaux provinciaux)*, DORS/91-604.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 447 (mod. par DORS 90/846, art. 15), 448 (mod., *idem*), 449 (mod., *idem*), 450 (mod., *idem*), 451 (mod., *idem*), 452 (mod., *idem*), 453 (mod., *idem*), 454 (mod., *idem*), 455 (mod., *idem*), 456 (mod., *idem*), 457 (mod., *idem*), 458 (mod., *idem*), 459 (mod., *idem*), 460 (mod., *idem*), 461 (mod., *idem*), 462 (mod., *idem*), 463 (mod., *idem*), 464 (mod., *idem*), 465 (mod., *idem*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Puddister Trading Co. et al. c. Canada et al.* (1995), 95 F.T.R. 92 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130; (1991), 87 D.L.R. (4th) 730; 135 N.R. 217 (C.A.); *S.I.D.M. c. Canada*, [1989] 1 C.F. 444 (1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Leeds et al. v. Alberta (Minister of Environment) et al.* (1990), 106 A.R. 105; 69 D.L.R. (4th) 681; 43 L.C.R. 145 (Q.B.).

## CONSIDERED:

*Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 F.C. 917; (1983), 38 C.P.C. 182; 76 C.P.R. (2d) 192 (T.D.).

## REFERRED TO:

*Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.); *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Air Canada v Secretary of State for Trade (No 2)*, [1983] 1 All ER 910 (H.L.); *Makanjuola v Comr of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All ER 617 (C.A.).

APPLICATION for an order that a *Canada Evidence Act*, section 39 certificate was insufficient, for production of documents listed therein, and requiring the defendants' witnesses at examinations for discovery to answer questions in relation to documents produced, but not yet included in a certificate. Application allowed in part.

## COUNSEL:

*James A. O'Reilly* for plaintiffs in T-2022-89.

*Edward H. Molstad, Q.C.* for plaintiffs in T-2022-89.

*Judy D. MacLachlan* for plaintiffs in T-2022-89.

## DISTINCTION FAITES AVEC:

*Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Leeds et al. v. Alberta (Minister of Environment) et al.* (1990), 106 A.R. 105; 69 D.L.R. (4th) 681; 43 L.C.R. 145 (B.R.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 C.F. 917; (1983), 38 C.P.C. 182; 76 C.P.R. (2d) 192 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.); *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Air Canada v Secretary of State for Trade (No 2)*, [1983] 1 All ER 910 (H.L.); *Makanjuola v Comr of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All ER 617 (C.A.).

DEMANDE d'ordonnance déclarant qu'une attestation délivrée en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est insuffisante, ordonnant aux défendeurs de communiquer certains documents énumérés dans l'attestation et enjoignant aux témoins des défendeurs interrogés lors des interrogatoires préalables de répondre aux questions relatives aux documents qui sont produits mais qui n'ont pas encore fait l'objet d'une attestation. La demande est accueillie en partie.

## AVOCATS:

*James A. O'Reilly* pour les demandeurs dans T-2022-89.

*Edward H. Molstad, c.r.* pour les demandeurs dans T-2022-89.

*Judy D. MacLachlan* pour les demandeurs dans T-2022-89.

No one appearing for plaintiffs in T-1386-90.

*Malcolm O. Maclean* for plaintiffs in T-1254-92.

*Alan Macleod, Q.C., Mary E. Comeau and Mark E. Tysowski* for defendants.

*Barbara S. Ritzen and Eric A. Bowie* for defendants.

Personne n'a comparu pour les demandeurs dans T-1386-90.

*Malcolm O. Maclean* pour les demandeurs dans T-1254-92.

*Alan Macleod, c.r., Mary E. Comeau et Mark E. Tysowski* pour les défendeurs.

*Barbara S. Ritzen et Eric A. Bowie* pour les défendeurs.

SOLICITORS:

*O'Reilly & Associés*, Montréal, for plaintiffs in T-2022-89.

*Parlee McLaws*, Edmonton, for plaintiffs in T-2022-89.

*Rae & Company*, Calgary, for plaintiffs in T-2022-89.

*Biamonte, Cairo & Shortreed*, Edmonton, for plaintiffs in T-1386-90.

*Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, for plaintiffs in T-1254-92.

*Macleod Dixon*, Calgary, for defendants.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

PROCUREURS:

*O'Reilly & Associés*, Montréal, pour les demandeurs dans T-2022-89.

*Parlee McLaws*, Edmonton, pour les demandeurs dans T-2022-89.

*Rae & Company*, Calgary, pour les demandeurs dans T-2022-89.

*Biamonte, Cairo & Shortreed*, Edmonton, pour les demandeurs dans T-1386-90.

*Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, pour les demandeurs dans T-1254-92.

*Macleod Dixon*, Calgary, pour les défendeurs.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

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

1 MACKAY J.:

LE JUGE MACKAY:

Issues concerning a certificate under section 39 Canada Evidence Act

Questions concernant une attestation fondée sur l'article 39 de la Loi sur la preuve au Canada

2 The Samson Indian Band and Nation as plaintiffs in one action (T-2022-89), being dealt with in preparations for trial together with the other two actions ordered to be heard at the same time, seek an order that a certificate issued and filed herein pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act*<sup>1</sup> (the Act), is insufficient, and that documents listed in the certificate be produced to plaintiffs.

2 La Bande et la Nation des Indiens de Samson agissent à titre de demanderesse dans une action (T-2022-89) qui est examinée en vue d'être instruite conjointement avec deux autres actions dont l'audition simultanée a déjà été ordonnée. Elles demandent à la Cour de déclarer que l'attestation qui a été délivrée et déposée en l'espèce en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>1</sup> (la Loi) est insuffisante et d'ordonner aux défendeurs de leur communiquer certains documents énumérés dans l'attestation.

3 The plaintiffs also seek an order that the defendants' witnesses at examinations for discovery be required to answer questions in relation to docu-

3 Les demanderesse sollicitent également une ordonnance enjoignant aux témoins des défendeurs qui sont interrogés lors des interrogatoires préalables de

ments produced in these actions, in some cases already marked as exhibits, for which no claim has been made by a section 39 certificate that the documents are confidences of the Queen's Privy Council for Canada.

4 The plaintiffs in T-2022-89 are supported by the plaintiffs in T-1386-90 (the Enoch Band) and the plaintiffs in T-1254-92 (the Ermineskin Band) in their submissions, for the documents and oral evidence in discovery are generally relevant in all three actions.

5 In written submissions for the defendants, the issues raised by the motion in regard to section 39 of the Act are expressed as follows:

1. Where documents have been listed in an Affidavit of Documents, but copies of them have not been furnished to opposing counsel, and those documents are subsequently made the subject of a Certificate issued under s. 39, is that Certificate effective to preclude further disclosure of the information contained in them?
2. Where documents have been listed in an Affidavit of Documents and copies of them have been furnished to opposing counsel, and it is subsequently discovered that they contain information which constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada (hereafter "a cabinet confidence"), can the documents then be made the subject of a Certificate issued under s. 39, and if so what is the effect of that Certificate? Specifically, is a Crown deponent at an examination for discovery required to answer questions about the information contained in the documents?

6 The issues thus described and those implied by the plaintiffs' motion do not include all of the questions raised in argument when the motion was heard. For example, the defendants ask the Court to order return of documents produced that are later included in a certificate filed under section 39 of the Act.

répondre aux questions relatives aux documents qui sont produits dans les actions en question et qui, dans certains cas, sont déjà cotés et qui n'ont pas fait l'objet d'une attestation portant, en vertu de l'article 39, qu'ils constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

Les demandeurs dans le dossier T-1386-90 (la Bande d'Enoch) et les demandeurs dans le dossier T-1254-92 (la Bande d'Ermineskin) appuient les prétentions formulées par les demandeurs dans le dossier T-2022-89, étant donné que les documents et les témoignages recueillis lors de l'enquête préalable sont en règle générale pertinents aux trois actions.

Dans leurs observations écrites, les défendeurs formulent de la façon suivante les questions litigieuses soulevées par la requête en ce qui concerne l'article 39 de la Loi:

[TRADUCTION]

1. Lorsque des documents ont été énumérés dans un affidavit, mais qu'aucune copie n'en a été fournie à l'avocat de la partie adverse et que ces documents font par la suite l'objet d'une attestation fondée sur l'article 39, cette attestation a-t-elle pour effet d'empêcher la divulgation des renseignements que ces documents contiennent?
2. Lorsque des documents ont été énumérés dans un affidavit et que des copies en ont été fournies à l'avocat de la partie adverse, et que l'on découvre par la suite qu'ils contiennent des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada (ci-après appelés «renseignements confidentiels du Cabinet»), les documents en question peuvent-ils par la suite faire l'objet d'une attestation fondée sur l'article 39, et, dans l'affirmative, quel est l'effet de cette attestation? Plus précisément, le déposant de Sa Majesté est-il tenu de répondre aux questions qui lui sont posées lors de l'interrogatoire préalable au sujet des renseignements contenus dans ces documents?

En plus des questions litigieuses qui viennent d'être exposées et de celles qui découlent implicitement de la requête des demandeurs, d'autres questions ont été soulevées au cours du débat qui a eu lieu lors de l'audition de la requête. Ainsi, les défendeurs demandent à la Cour d'ordonner aux deman-

4

5

6



There are different perceptions of the requirements for a certificate under section 39 of the Act in the circumstances of these cases, and differences as to the effects of that certificate under the Act. I propose to deal with the questions raised when the motion was heard. These are discussed in relation to underlying principles, the sufficiency of the certificate filed, and the application of section 39 in relation to documents already produced, but only after a brief overview to the background, the text of section 39 and of the certificate filed in this case.

#### The background

7 Trial of these three actions is now scheduled to commence in spring 1997. In the actions various forms of relief are claimed against Her Majesty the Queen and certain of her officers. The claims relate to alleged breaches of trust and of fiduciary duties concerning the management of oil and gas resources on the respective reserve lands of the three plaintiff bands (the oil and gas issues), concerning the management of revenues derived as royalties from those resources (the money management issues), and concerning the provision of services to the three bands (the programs and services issues). The claims relate to alleged breaches of duty extending back almost fifty years, to the mid-to-late 1940s.

8 The nature of the claims, extending over many years, presents major difficulties for document production in accord with the Court's Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], particularly for the defendants, who early found that records of more than one government department or agency required examination for relevant documents. With the Court's directions in case management, initiated

deurs de leur remettre les documents produits qui font par la suite l'objet d'une attestation déposée en vertu de l'article 39 de la Loi. Il y a des divergences de perception en ce qui concerne les exigences auxquelles l'attestation prévue à l'article 39 de la Loi est assujettie, eu égard aux circonstances des présentes affaires, ainsi que des divergences au sujet de l'effet de cette attestation sous le régime de la Loi. Je me propose de traiter des questions qui ont été soulevées lors de l'audition de la requête. Je les analyserai en fonction des principes sous-jacents, de la suffisance de l'attestation produite et de l'application de l'article 39 aux documents déjà produits. Je ne procéderai à cette analyse qu'après avoir donné une vue d'ensemble de la genèse de l'instance, du libellé de l'article 39 et de l'attestation qui a été déposée en l'espèce.

#### Genèse de l'instance

7 Le début de l'instruction des trois présentes actions est, à l'heure actuelle, prévu pour le printemps 1997. Dans ces actions, les demandeurs réclament divers types de réparations à Sa Majesté la Reine et à certains de ses préposés. Les demandes portent sur de présumés abus de confiance et violations d'obligations fiduciaires relatifs à la gestion de ressources en pétrole et en gaz situées sur les terres des réserves respectives des trois bandes demandresses (les questions relatives aux pétrole et au gaz), à la gestion des recettes tirées des redevances provenant de ces ressources (les questions relatives à la gestion des sommes d'argent) et à la fourniture de services aux trois bandes (les questions relatives aux programmes et aux services). Les demandes se rapportent à de présumées violations d'obligations remontant à une cinquantaine d'années, c'est-à-dire entre le milieu et la fin des années quarante.

8 La nature de ces demandes, qui s'étendent sur de nombreuses années, pose des difficultés majeures en ce qui concerne la production des documents conformément aux Règles de la Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663]. C'est particulièrement le cas des défendeurs, qui ont découvert assez rapidement qu'il leur fallait examiner les dossiers de plusieurs ministères et organismes gouvernementaux.

under the Associate Chief Justice, the parties developed a process for document production as a continuing process anticipating a series of affidavits of documents. Counsel for Her Majesty and the other defendants established processes to facilitate document production to assist all parties and to meet the Court's pre-trial procedures. This has been a major task for, as noted in the affidavit of Gregor MacIntosh, sworn and filed October 20, 1994, the computer system developed to manage documents in these actions by that time contained records of more than 50,000 documents retrieved from files in Ottawa, Calgary and Edmonton.

Grâce aux directives que la Cour a données, à l'initiative du juge en chef adjoint, au sujet de la gestion du dossier, les parties ont mis au point un processus continu de production de documents dans le cadre duquel elles prévoyaient produire une série d'affidavits. Les avocats de Sa Majesté et celui des autres défendeurs ont mis au point des processus pour faciliter la production de documents afin d'aider toutes les parties et de respecter la procédure préparatoire au procès de la Cour. Il s'agit d'une tâche considérable car, comme Gregor MacIntosh l'a fait remarquer dans l'affidavit qu'il a souscrit et qui a été déposé le 20 octobre 1994, le système informatique mis au point pour gérer les documents dans les présentes actions contenait, à la date en question, 50 000 documents provenant de dossiers situés à Ottawa, Calgary et Edmonton.

9 Thus, for example, after the first affidavits of documents were filed in the spring of 1994 as directed by the Court, access to documents and production of copies was initiated and carried on as documents became available and were processed by defendants' counsel. That process has made it possible to commence examinations for discovery before all documents were produced. As we shall note, supplementary affidavits have since been filed as directed by the Court, and the process of document production is on-going.

Ainsi, par exemple, après que les premiers affidavits eurent été déposés au printemps 1994 conformément aux directives de la Cour, la communication des documents et la production de copies ont été entreprises et effectuées au fur et à mesure que les documents devenaient disponibles et qu'ils étaient traités par l'avocat des défendeurs. Ce processus a permis de commencer les interrogatoires préalables avant que tous les documents ne soient produits. Ainsi que nous le soulignons plus loin, des affidavits supplémentaires ont depuis lors été produits conformément aux directives de la Cour, et le processus de production des documents est toujours en cours.

10 In accord with directions of the Court, affidavits of documents were first filed by the defendants on March 3, 1994, for the money management issues, on March 30, 1994 for the oil and gas issues, and on June 15, 1994 for programs and services issues. In these affidavits no limit or qualification on disclosure is expressed in relation to section 39 of the Act. That is, no documents are claimed as immune from disclosure on grounds that they contain confidences of the Queen's Privy Council.

Conformément aux directives données par la Cour, des affidavits ont d'abord été produits par les défendeurs le 3 mars 1994, relativement aux questions concernant la gestion des sommes d'argent, le 30 mars 1994, pour les questions relatives au pétrole et au gaz, et le 15 juin 1994, à l'égard des questions relatives aux programmes et aux services. Dans ces affidavits, aucune limite ou réserve n'est exprimée en vertu de l'article 39 de la Loi en ce qui concerne la divulgation de renseignements. En d'autres termes, on n'y affirme pas que les documents ne doivent pas être divulgués au motif qu'ils renferment des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine.

11 Of the documents listed as relevant in the initial affidavits, more than a thousand were claimed as

Sur le nombre de documents qui, selon les affidavits initiaux, seraient pertinents, plus d'un millier ont

9

10

11

privileged on the basis of solicitor-and-client privilege. After the affidavits of documents were filed, defendants' counsel realized that certain documents, some of which had already been produced to the plaintiffs, ought to be withheld and not produced in the action since, upon review, they include matters of Cabinet confidence, disclosure of which should be objected to pursuant to section 39 of the Act.

- 12 The parties were unable, after filing of the first affidavits of documents, to resolve differences between them concerning production of the documents claimed as privileged or suggested as subject to the possible application of section 39. After hearing counsel, on September 9, 1994, I ordered that the defendants file by October 20, 1994 an amended affidavit or affidavits of documents which, *inter alia*, would indicate,<sup>2</sup> in a Schedule IIB, all documents previously listed or subsequently discovered

... for which privilege is claimed in accord with s. 39 of the *Canada Evidence Act* under a certificate filed in compliance with that section on or before October 20, 1994; if no such certificate is filed by that date any documents that might have been claimed as privileged in accord with s. 39 shall be produced forthwith.

- 13 That order was appealed but not with respect to the directions concerning a certificate under section 39. In passing, in the decision of the Court of Appeal, Justices MacGuigan and Décary noted that those directions as to compliance with section 39 of the Act were not appealed.<sup>3</sup>

- 14 An amended affidavit of documents was filed on October 20, 1994. In a Schedule IIB to that affidavit the defendants' affiant, Mr. MacIntosh, listed some 68 documents as subject to review to determine whether "they are subject to the protection of section 39" of the Act. Completion of that review and filing of a certificate under that section had not been possible by October 20. The date for filing the certi-

fait l'objet d'une revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat. Après que les affidavits eurent été déposés, l'avocat des défendeurs s'est aperçu que certains documents, dont quelques-uns avaient déjà été communiqués aux demandeurs, devaient être retenus et ne pas être produits dans l'action, étant donné qu'après examen, on avait découvert qu'ils renfermaient des renseignements confidentiels du Cabinet et qu'il fallait s'opposer à leur divulgation en vertu de l'article 39 de la Loi.

Les parties n'ont pas réussi, après le dépôt des premiers affidavits, à résoudre leurs différends au sujet de la production des documents qui faisaient l'objet d'une revendication de privilège ou qui étaient susceptibles d'être visés par l'article 39. Après avoir entendu les avocats, j'ai, le 9 septembre 1994, ordonné aux défendeurs de déposer au plus tard le 20 octobre 1994 un ou plusieurs affidavits modifiés qui indiqueraient notamment<sup>2</sup>, à une annexe IIB, tous les documents déjà énumérés et par la suite communiqués

[TRADUCTION] ... à l'égard desquels un privilège est revendiqué conformément à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* en vertu d'une attestation déposée conformément à cet article au plus tard le 20 octobre 1994, à défaut de quoi, les documents qui auraient pu faire l'objet d'une revendication de privilège en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* seront produits sans délai.

Cette ordonnance a été portée en appel, mais pas en ce qui concerne les directives concernant la délivrance d'une attestation fondée sur l'article 39. Entre parenthèses, dans la décision de la Cour d'appel, les juges MacGuigan et Décary ont fait remarquer que les directives données au sujet de la conformité à l'article 39 de la Loi n'avaient pas été portées en appel<sup>3</sup>.

Un affidavit modifié a été déposé le 20 octobre 1994. À l'annexe IIB de cet affidavit, l'auteur de l'affidavit des défendeurs, M. MacIntosh, énumère quelque 68 documents qui font l'objet d'un examen pour déterminer [TRADUCTION] «s'ils sont susceptibles de bénéficier de la protection prévue à l'article 39» de la Loi. Il n'a pas été possible de terminer cet examen et de produire une attestation conformément

12

13

14

ificate was then further extended by orders, first to November 30, 1994, and ultimately to December 16, 1994 when a certificate was filed under section 39, certifying 37 documents as containing confidences of the Queen's Privy Council for Canada and not to be disclosed.

15 Document production, by the defendants in particular, has been on-going. Thus, after the first affidavits of documents were filed, the defendants' processes resulted in production of further documents as these were processed, whether or not they were included in the first affidavits, in the expectation that supplementary affidavits would include any documents not previously included in an affidavit list. In accord with the Court's directions the amended affidavit of documents was filed October 20, 1994, the certificate was filed under section 39 on December 16, 1994, and supplemental affidavits of documents were filed in December 1995. Additional supplementary affidavits of documents are expected, for document production is not yet complete.

16 In the defendants' document production, after late 1994, the procedures were changed so that only after documents have been screened by Crown officers, to identify and withhold those considered to contain information to be protected from release under section 39 of the Act, are documents provided to counsel for defendants for classification in regard to the issues raised, for entry in the computer based system, and ultimately for production to plaintiffs. Previously, screening for information considered as confidences of Cabinet within section 39 was done only after documents had already been listed in the first affidavits of documents or otherwise produced to the plaintiffs. In the result, as I understand it, the defendants now suggest there will be a further section 39 certificate or certificates concerning documents produced to plaintiffs prior to December 1994 which are not included under the one certificate

à cet article avant le 20 octobre. La date limite de la production de l'attestation a alors été repoussée à nouveau aux termes d'ordonnances prorogeant d'abord ce délai au 30 novembre 1994, puis au 16 décembre 1994. À cette dernière date, une attestation a été produite en vertu de l'article 39 pour certifier que 37 documents renfermaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada et qu'ils ne devaient pas être divulgués.

15 La production de documents est constante, particulièrement de la part des défendeurs. Ainsi, après que les premiers affidavits eurent été produits, la procédure suivie par les défendeurs a permis à ces derniers de produire d'autres documents au fur et à mesure qu'ils les traitaient, indépendamment de leur inclusion ou de leur non-inclusion dans les premiers affidavits. On s'attendait ainsi à ce que les documents qui n'avaient pas déjà été inclus dans une liste jointe à un affidavit soient inclus dans des affidavits supplémentaires. Conformément aux directives de la Cour, l'affidavit modifié a été déposé le 20 octobre 1994, l'attestation a été produite conformément à l'article 39 le 16 décembre 1994 et des affidavits supplémentaires ont été déposés en décembre 1995. On s'attend à ce que d'autres affidavits supplémentaires soient produits, étant donné que la production des documents n'est pas encore terminée.

16 La procédure suivie par les défendeurs pour la communication de documents a été modifiée après la fin de 1994. Désormais, ce n'est qu'après qu'ils ont été examinés au préalable par des préposés de la Couronne chargés de repérer et de retenir les documents dont ils estiment qu'ils contiennent des renseignements qui ne doivent pas être divulgués en vertu de l'article 39 de la Loi que les documents sont communiqués à l'avocat des défendeurs en vue d'être classés en fonction des questions soulevées, d'être introduits dans le système informatique et, finalement, d'être communiqués aux demandeurs. Précédemment, l'examen préalable des renseignements considérés comme constituant des renseignements confidentiels du Cabinet au sens de l'article 39 n'avait lieu qu'après que les documents avaient déjà été énumérés dans les premiers affidavits ou qu'ils avaient autrement été communiqués aux de-

already filed. Counsel for defendants believes that documents produced after December 1994 ought not to include information that may be claimed under section 39 certificates.

mandeurs. En conséquence, si j'ai bien compris, les défendeurs laissent maintenant entendre qu'il y aura une ou plusieurs autres attestations fondées sur l'article 39 en ce qui concerne des documents qui ont été communiqués aux demandeurs avant décembre 1994 et qui ne sont pas inclus dans la seule attestation qui a été produite jusqu'à maintenant. L'avocat des défendeurs croit que les documents qui ont été produits après décembre 1994 ne devraient pas inclure de renseignements qui peuvent faire l'objet d'une revendication de privilège en vertu d'une attestation fondée sur l'article 39.

17 I have noted that by the affidavit filed October 20, as directed by the Court, the defendants' affiant sets out a list of 68 documents then under review to determine whether they are subject to production under section 39 of the Act. That list, in Schedule IIB to the affidavit, describes each by date, by brief description of the nature of the document, by addressee and addressor, in a manner similar to that by which the document would have been listed, if it was, in the original affidavits of documents. For each document listed in that Schedule IIB of the October 20, 1994 affidavit, a separate notation is entered: "This document is protected pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act*". In the original lists most of those 68 documents would have been listed as relevant, and producible, except for a few that might also have been listed as privileged. None of the detailed descriptive information of earlier document lists is included for any document listed in the Schedule A to the section 39 certificate of the Clerk of the Privy Council filed in December 1994. As we shall see the documents are there described in generic terms reflecting the words of various paragraphs in subsection 39(2) of the Act, a description which is simply not related in any manner to the earlier descriptions of documents in the original affidavits of documents or to earlier numbers assigned to the documents in the defendants' document record system. That is one factor which leads the plaintiffs to argue the certificate is insufficient in this case. I add that from the face of the section 39 certificate there is no way of tracing to determine whether the documents included have already been produced to the plaintiffs.

Ainsi que je l'ai déjà signalé, dans l'affidavit déposé le 20 octobre conformément aux directives de la Cour, l'auteur de l'affidavit des défendeurs énumère 68 documents qui faisaient alors l'objet d'un examen en vue de déterminer s'ils pouvaient bénéficier de la protection prévue à l'article 39 de la Loi. Cette liste, que l'on trouve à l'annexe IIB de l'affidavit, précise la date de chaque document, donne une brève description de la nature du document, indique le nom de l'expéditeur et celui du destinataire, le tout d'une manière qui ressemble à celle qui aurait été utilisée pour identifier le document en question dans les affidavits originaux. Chaque document énuméré à cette annexe IIB de l'affidavit du 20 octobre 1994 porte la note suivante: [TRADUCTION] «Ce document est protégé en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*». Dans les listes originales, il aurait été indiqué que la plupart de ces 68 documents étaient pertinents et qu'ils pouvaient être produits, à l'exception de quelques-uns d'entre eux qui auraient été considérés comme protégés. Aucun des renseignements descriptifs détaillés contenus dans les listes antérieures n'est donné au sujet des documents énumérés à l'annexe A de l'attestation que la greffière du Conseil privé a produite en vertu de l'article 39 en décembre 1994. Comme nous le verrons, les documents y sont décrits en des termes généraux qui correspondent au libellé des divers alinéas du paragraphe 39(2) de la Loi. Or, cette description n'a tout simplement rien à voir avec les descriptions antérieures de documents contenues dans les affidavits originaux, ni avec les chiffres antérieurement assignés aux documents dans le système de consignation des documents des défen-

17

18 There was clarification at the hearing of this application of some factors known to counsel for defendants, but not known to other counsel and not discernible from the certificate and affidavits earlier filed. These factors help to clarify the circumstances and they underline some aspects of these reasons. Thus, it was confirmed at the hearing that the 37 documents included in the schedule to the section 39 certificate are all documents within the 68 listed in Schedule IIB in the affidavit filed October 20, 1994. None of the 37 documents listed with the certificate has been produced to the plaintiffs, but they have been included in the original lists of documents by detailed description and in Schedule IIB in the October 20, 1994 affidavit with similar detail, as earlier noted. The other 31 documents listed in the IIB Schedule to that affidavit, which are omitted from the list included with the Clerk's certificate, have now been produced or are intended to be produced to plaintiffs, unless they are also classified as subject to a claim of solicitor-and-client privilege.

19 To sum up, the section 39 certificate filed in December 1994 included 37 documents containing information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada. None of these have been produced to the plaintiffs, though they are included with minimal descriptive detail in affidavits of documents.

#### The Legislative provision<sup>4</sup>

20 The Act provides for immunity from production of evidence concerning information about Cabinet

deurs. Il s'agit là d'un facteur qui amène les demandeurs à soutenir que la présente attestation est insuffisante. J'ajoute qu'au vu de l'attestation signée en vertu de l'article 39, il est impossible de déterminer si les documents qui y sont énumérés ont déjà été communiqués aux demandeurs.

18 À l'audition de la présente demande, on a clarifié certains des facteurs qui étaient connus de l'avocat des défendeurs mais qui n'étaient pas connus des autres avocats et qu'on ne pouvait discerner à la lecture de l'attestation et des affidavits déjà produits. Ces facteurs permettent d'éclaircir les circonstances et ils font ressortir certains aspects des présents motifs. Ainsi, on a confirmé à l'audience que les 37 documents énumérés dans l'annexe de l'attestation fondée sur l'article 39 sont tous des documents qui font partie des 68 documents énumérés à l'annexe IIB de l'affidavit déposé le 20 octobre 1994. Aucun des 37 documents énumérés dans l'attestation n'a été communiqué aux demandeurs, mais ils ont été inclus dans les listes originales de documents, où ils sont décrits en détail, ainsi que dans l'annexe IIB de l'affidavit du 20 octobre 1994, avec, comme nous l'avons déjà dit, tout autant de détails. Les défendeurs ont depuis lors produit—ou ont l'intention de produire—aux demandeurs les 31 autres documents qui sont énumérés à l'annexe IIB de cet affidavit et qui ne sont pas mentionnés dans la liste jointe à l'attestation de la greffière, sauf ceux qui sont par ailleurs classés comme faisant l'objet d'une revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat.

19 Pour résumer, l'attestation qui a été déposée en décembre 1994 en vertu de l'article 39 comprenait 37 documents qui renfermaient des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada. Aucun de ces documents n'a été communiqué aux demandeurs, mais ils sont nommés dans les affidavits, avec des détails descriptifs minimes.

#### Dispositions législatives applicables<sup>4</sup>

20 La Loi autorise dans les termes suivants la non-divulgaration d'éléments de preuve concernant des

confidences, as follows:

39. (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

(a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) an *agendum* of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;

(d) a record used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

(a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)

(i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

*renseignements relatifs à des communications confidentielles du Cabinet:*

39. (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un «renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada» s'entend notamment d'un renseignement contenu dans:

a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;

d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) un avant-projet de loi ou projet de règlement.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), «Conseil» s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

### The Certificate filed

21 In this case the certificate filed pursuant to section 39 of the Act is signed by Jocelyne Bourgon, Clerk of the Privy Council. It includes a certificate and an attached schedule listing 37 documents there described. The certificate itself states as follows:

### C E R T I F I C A T E

I, the undersigned, Jocelyne Bourgon, residing in the City of Ottawa, in the Regional Municipality of Ottawa-Carleton, in the Province of Ontario, do certify and say:

1. I am the Clerk of the Queen's Privy Council for Canada and Secretary to the Cabinet.
2. I have personally examined and carefully reviewed the documents listed in Schedule "A" attached hereto for the purpose of determining whether they contain information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada pursuant to section 39 of the Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, C-5.
3. I certify to this Honourable Court pursuant to subsection 39(1) of the Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, C-5, that all of the documents referred to in the said Schedule are confidences of the Queen's Privy Council for Canada for the reasons set out in the Schedule attached hereto and I object to the disclosure of these documents and the information contained therein.
4. I further certify to this Honourable Court that paragraph 39(4)(a) of the Canada Evidence Act does not apply in respect of any of these documents as none of the documents

### L'attestation

En l'espèce, l'attestation qui a été déposée en vertu de l'article 39 de la Loi porte la signature de la greffière du Conseil privé, Jocelyne Bourgon. Elle est constituée d'une attestation et d'une annexe où sont énumérés 37 documents qui y sont décrits. Voici le texte de l'attestation même: 21

[TRADUCTION]

### A T T E S T A T I O N

Je, soussignée, Jocelyne Bourgon, domiciliée en la ville d'Ottawa, dans la municipalité régionale d'Ottawa-Carleton, dans la province d'Ontario, atteste ce qui suit:

1. Je suis la greffière du Conseil privé de la Reine pour le Canada et secrétaire du Cabinet.
2. J'ai personnellement examiné attentivement les documents énumérés à l'annexe A jointe à la présente en vue de déterminer s'ils renferment des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada au sens de l'article 39 de la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5.
3. J'atteste à la Cour, en vertu de l'article 39 de la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, que tous les documents mentionnés dans l'annexe en question constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada pour les motifs exposés dans l'annexe jointe à la présente et je m'oppose à la divulgation des documents en question et des renseignements qui y figurent.
4. J'atteste en outre à la Cour que l'alinéa 39(4)a) de la Loi sur la preuve au Canada ne s'applique à aucun de ces documents, étant donné que l'existence d'aucun d'entre eux ne



have been in existence for more than twenty years and that paragraph 39(4)(b) of the said Act does not apply in respect of any of the documents.

5. If oral evidence were sought to be given on the contents of the documents to the disclosure of which I have in this certificate objected, I would object to such evidence on the same grounds as those herein before set out in relation to the documents in question.

The certificate is then signed by Jocelyne Bourgon, Clerk of the Queen's Privy Council for Canada and Secretary to the Cabinet. The certificate is accompanied by an affidavit sworn by Roseline MacAngus, Office Assistant of Jocelyne Bourgon, Clerk of the Queen's Privy Council for Canada and Secretary to the Cabinet, who attests that she witnessed Ms. Bourgon sign the certificate, and that the signature on the certificate is that of Ms. Bourgon.

22 In the Schedule "A" to the certificate, 37 documents are listed, as noted by a general description that is related to the descriptions of documents included within certain paragraphs of subsection 39(2). Thus, for example, three of the documents listed in Schedule "A" are described as follows:

1. Document #1 is a copy of agenda(um) of Council or a record recording deliberations or decisions of Council within the meaning of paragraph 39(2)(c) of the said Act. [Note: this description is provided for each of documents 1, 8, 15, 18, 21.]

...

9. Document #9 is a copy of a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council within the meaning of paragraph 39(2)(a) of the said Act. [Note: this description is provided for each of documents 2, 3, 5, 7, 9, 14, 16, 19, 22, 29, 30, 33, 35.]

...

34. Document #34 is a copy of a record used for or reflecting communications or discussions between

remonte à plus de vingt ans et j'atteste que l'alinéa 39(4)b) de la Loi en question ne s'applique à aucun de ces documents.

5. Si l'on tentait de faire entendre des témoins au sujet du contenu des documents à la divulgation desquels je me suis opposée dans la présente attestation, je m'opposerais à l'audition de ces témoins pour les mêmes motifs que ceux qui sont exposés à la présente relativement aux documents en question.

L'attestation est ensuite signée par la greffière du Conseil privé et secrétaire du Cabinet, Jocelyne Bourgon. L'attestation est accompagnée d'un affidavit souscrit par Roseline MacAngus, adjointe de bureau de la greffière du Conseil privé et secrétaire du Cabinet, Jocelyne Bourgon. M<sup>me</sup> MacAngus atteste qu'elle a été témoin de la signature de l'attestation de M<sup>me</sup> Bourgon et que la signature apposée sur l'attestation est bien celle de M<sup>me</sup> Bourgon.

À l'annexe A de l'attestation, 37 documents sont énumérés et annotés au moyen d'une brève description qui renvoie aux descriptions de documents contenues dans certains alinéas du paragraphe 39(2). Ainsi, par exemple, voici la description qui est donnée en ce qui concerne trois des documents énumérés à l'annexe A: 22

[TRADUCTION]

1. Le document n° 1 est une copie d'un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal des délibérations ou des décisions du Conseil au sens de l'alinéa 39(2)c) de la loi en question. [Nota: c'est également la description qui est utilisée pour les documents 1, 8, 15, 18 et 21.]

...

9. Le document n° 9 est une copie d'une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil au sens de l'alinéa 39(2)a) de la loi en question. [Nota: c'est également la description qui est utilisée pour les documents 2, 3, 5, 7, 9, 14, 16, 19, 22, 29, 30, 33 et 35.]

...

34. Le document n° 34 est une copie d'un document employé en vue ou faisant état de communications ou

Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy within the meaning of paragraph 39(2)(d) of the Act. [Note: this description is provided for each of documents 10, 11, 25, 34.]

de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise de décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique au sens de l'alinéa 39(2)d) de la loi en question. [Nota: c'est également la description qui est utilisée pour les documents 10, 11, 25 et 34.]

23 Within that Schedule the documents certified are listed by a number, from 1 to 37, which bears no relationship to any document number in the affidavits of documents earlier filed, or to any locator number assigned to documents in the defendants' system for document production. The description of each document listed is taken from the generic descriptions of documents within paragraphs (a), (c), (d), (e) and (f) of subsection 39(2). Thus in document 1 above, the description, "a copy of agenda(um) of Council or a record recording deliberations or decisions of Council", is in words taken directly from paragraph 39(2)(c). Each document description concludes with the words "within the meaning of paragraph 39(2) [(a), or (c), or (d), or (e), or (f)] of the said Act". The Schedule contains only 5 basic descriptions, two of which have modest variations, and, as noted with the example descriptions above, several documents are described, except for the numbers assigned within the Schedule, in the same words. Within each group of documents similarly described there is thus no means of distinguishing one document from another.

23 Dans cette annexe, les documents faisant l'objet de l'attestation sont identifiés par un numéro (de 1 à 37) qui n'a aucun rapport avec les numéros attribués aux documents dans les affidavits déjà produits ou avec les numéros de repérage assignés aux documents dans le système de production de documents des défendeurs. La description de chaque document énuméré est tirée de la description générale des documents que l'on trouve aux alinéas a), c), d), e) et f) du paragraphe 39(2). Ainsi, dans le cas du document 1 susmentionné, la description suivante: [TRADUCTION] «une copie d'un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal des délibérations ou des décisions du Conseil» reprend mot à mot le libellé de l'alinéa 39(2)c). Chaque description de document se termine par les mots «au sens de l'alinéa 39(2)[a), c), d), e) ou f)] de la loi en question». L'annexe ne contient que cinq descriptions de base, dont deux ne comportent que des variantes minimales et, ainsi que nous l'avons fait remarquer au sujet des descriptions citées ci-dessus à titre d'exemple, plusieurs documents sont décrits dans les mêmes termes, sauf en ce qui concerne les numéros qui leur sont assignés dans l'annexe. À l'intérieur de chaque catégorie de documents décrits de façon analogue, il n'y a donc aucun moyen de distinguer un document de l'autre.

24 For the defendants, counsel notes that the certificate filed in this case is substantially the same as that quoted and given approval by the Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*<sup>5</sup> For this reason it is said, as in *Central Cartage*, the Court must accept the certificate, it may not examine the documents certified as immune from disclosure and it may not require more detail about those documents. In *Central Cartage*, where the certificate filed tracked the wording of section 39 of the Act, the Court of Appeal allowed the appeal from the order of the Motions Judge, who had directed that the certificate should state the date

24 L'avocat des défendeurs fait remarquer que l'attestation déposée en l'espèce est en grande partie identique à celle qui a été citée et approuvée par la Cour d'appel dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*<sup>5</sup>. Il affirme que, pour cette raison, la Cour doit, comme dans l'affaire *Central Cartage*, accepter l'attestation, qu'elle ne peut pas examiner les documents qui, selon l'attestation, font l'objet d'un privilège de non-divulgaration et qu'elle ne peut pas exiger plus de détails au sujet de ces documents. Dans l'affaire *Central Cartage*, dans laquelle l'attestation déposée reprenait le libellé de l'article 39 de la Loi, la Cour d'appel a accueilli

of the document, from whom and to whom it was sent and its subject-matter.

### The issues

25 In argument the parties differed in regard to a number of issues which I classify in three general topics. The first concerns underlying principles which provide a framework for resolution of the other issues. These underlying principles include the appropriate approach to construction of section 39 of the Act, and the obligations of the Crown under the Court's Rules, here for pre-trial discovery. The second issue concerns the sufficiency of the certificate filed under section 39 in light of the terms of that provision, an issue which the plaintiffs contend involves both considerations of form and of substance. The third issue concerns oral discovery by examination of the defendants' representatives, particularly with regard to information in documents that have been produced to the plaintiffs and that, upon subsequent review, are later considered to contain Cabinet confidences, but the documents have not yet been included in a certificate filed in accord with section 39.

26 I turn to these general issues, and to minor issues dealt with in argument which relate to one or other of the general issues.

### Underlying Principles—A Framework for Resolving Issues

27 In my view the parties differ in their views of basic underlying principles here applicable. The first difference concerns their respective approaches to the interpretation of section 39. In the plaintiffs' view the provision for absolute immunity from disclosure of information properly certified under section 39 is an extraordinary feature that is contrary to the modern open approach to litigation, even

l'appel interjeté de l'ordonnance par laquelle le juge qui avait entendu la requête avait déclaré que l'attestation devait préciser la date du document, de qui il provenait et à qui il était envoyé, ainsi que son objet.

### Questions en litige

Lors du débat, les parties étaient en désaccord au sujet de plusieurs questions que je classe sous trois grandes rubriques. La première concerne les principes sous-jacents qui créent un cadre permettant de résoudre les autres points litigieux. Ces principes sous-jacents concernent notamment la bonne méthode d'interprétation de l'article 39 de la Loi et les obligations de la Couronne aux termes des Règles de la Cour, en l'occurrence, celles qui concernent l'enquête préalable. La deuxième question concerne la suffisance de l'attestation produite en vertu de l'article 39, compte tenu du libellé de cette disposition, une question qui, selon les demandeurs, implique l'examen du fond et de la forme. La troisième question en litige concerne l'interrogatoire préalable des représentants des défendeurs, particulièrement en ce qui concerne les renseignements contenus dans les documents qui ont été communiqués aux demandeurs et qui, après un examen subséquent, ont été ensuite considérés comme renfermant des renseignements confidentiels du Cabinet sans avoir toutefois encore fait l'objet d'une attestation produite conformément à l'article 39.

Je passe maintenant à l'examen de ces questions générales et à l'étude de points mineurs qui ont été abordés lors du débat et qui se rapportent à l'une ou l'autre des questions générales.

### Principes sous-jacents—Cadre permettant de résoudre les questions en litige

À mon avis, les parties sont en désaccord en ce qui concerne les principes fondamentaux sous-jacents qui s'appliquent en l'espèce. Leur première divergence concerne leur méthode d'interprétation respective de l'article 39. Suivant les demandeurs, le fait de prévoir la possibilité de refuser totalement de divulguer des renseignements qui font l'objet d'une attestation en bonne et due forme en vertu de l'arti-

litigation involving the Crown, and it adversely affects the position of the subject involved in litigation, particularly where that is against the Crown. In this regard the plaintiffs express particular concern for adverse effects upon aboriginal rights arising from the construction of statutes, a matter referred to by the Supreme Court of Canada in *Sparrow*.<sup>6</sup> For these reasons, it is said section 39 ought, in these circumstances, to be strictly construed and given narrow application.

28 In the Crown's view, on the other hand, the longstanding recognition in the courts of public interest immunity, within which Cabinet confidences have a place of special importance, warrants a liberal interpretation consistent with the importance of maintaining that immunity. The defendants refer to English cases<sup>7</sup> which speak of the Crown's responsibility to protect matters of public interest especially Cabinet confidences, by claiming immunity from disclosure.

29 In this country, at least for the federal Crown, Parliament has limited that responsibility and the significance of a claim to immunity, even with regard to confidences of Cabinet, except in limited circumstances. The Crown's general immunity has been reduced, in part by providing for actions against the Crown,<sup>8</sup> and in part by subsequently narrowing the absolute nature of the Crown's claim to public interest immunity in regard to evidence. The evolution of the latter restriction, in regard to evidentiary matters, is traced by Mr. Justice La Forest in *Carey v. Ontario*,<sup>9</sup> in regard to common law developments. There, in the absence of a statutory base comparable to section 39 of the Act, the courts have moved to examining documents claimed as immune from production, balancing the public interests in maintaining confidence and in disclosing

cle 39 constitue une mesure extraordinaire qui va à l'encontre de la conception ouverte moderne des lois, qui s'applique même aux litiges auxquels Sa Majesté est partie. Ils affirment en effet que cette mesure nuit à la cause de la personne qui est partie à un procès, surtout lorsque celui-ci est dirigé contre Sa Majesté. À cet égard, les demandeurs se disent particulièrement préoccupés par les effets préjudiciables que l'interprétation des lois peut avoir sur les droits des autochtones, une question qui a été abordée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sparrow*.<sup>6</sup> Pour ces motifs, les demandeurs soutiennent que l'on devrait, dans ces conditions, donner une interprétation stricte à l'article 39 et lui donner une application étroite.

28 En revanche, Sa Majesté estime que la reconnaissance de longue date que les tribunaux ont donné au principe de l'immunité d'ordre public, au sein duquel les renseignements confidentiels du Cabinet occupent une place importante, justifie une interprétation libérale qui s'accorde avec l'importance que revêt le maintien de cette immunité. Les défendeurs citent des décisions anglaises<sup>7</sup> dans lesquelles les tribunaux parlent de la responsabilité qu'a Sa Majesté de protéger certaines questions d'intérêt public telles que les renseignements confidentiels du Cabinet en invoquant l'immunité qui lui permet de s'opposer à leur divulgation.

29 Au Canada, du moins en ce qui concerne la Couronne fédérale, le législateur fédéral a limité cette responsabilité et la portée de l'immunité, même en ce qui a trait aux renseignements confidentiels du Cabinet, sauf dans des cas limités. L'immunité générale de la Couronne a été réduite, en partie en permettant d'intenter des poursuites contre Sa Majesté<sup>8</sup>, et en partie en tempérant par la suite le caractère absolu de l'immunité d'ordre public de la Couronne en matière de preuve. L'évolution de cette dernière restriction, qui concerne les questions de preuve, est retracée par le juge La Forest dans l'arrêt *Carey c. Ontario*<sup>9</sup>, en ce qui concerne la common law. De là, faute de base légale comparable à celle que l'on trouve à l'article 39 de la Loi, les tribunaux en sont venus à examiner les documents faisant l'objet d'une revendication de privilège de non-divulgence, en

documents in the administration of justice.

mettant en balance l'intérêt public relatif à la protection de la confidentialité et l'intérêt public concernant la divulgation des documents dans le cadre de l'administration de la justice.

30 The evolution of public interest immunity as an evidentiary matter concerning the federal Crown is traced by Mr. Justice Strayer in *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*.<sup>10</sup> In light of that evolution it seems clear that Parliament has moved to restrict Crown immunity, and section 39 of the Act, preserving that immunity where a certificate drawn in accord with the Act is filed. Section 39 does not create an immunity for Cabinet confidences. Rather, those confidences are immune from ordered production of documentary or oral evidence relating to them, provided the requirements of the section are met. In these circumstances, section 39 is to be strictly construed, in my opinion.

L'évolution de l'immunité d'ordre public de la Couronne fédérale en ce qui concerne les questions de preuve est retracée par le juge Strayer dans le jugement *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*<sup>10</sup>. À la lumière de cette évolution, il semble évident que le législateur fédéral a pris des mesures pour restreindre l'immunité de la Couronne et, à l'article 39 de la Loi, qu'il protège cette immunité lorsqu'est déposée une attestation rédigée conformément à la Loi. L'article 39 ne crée pas une immunité en ce qui concerne les renseignements confidentiels du Cabinet. L'immunité prévue à l'article 39 porte plutôt sur les éléments de preuve documentaires et les témoignages qui se rapportent aux renseignements confidentiels en question. L'article 39 permet d'en refuser la divulgation malgré l'ordre qui a été donné à cet effet, pourvu que les conditions prévues à cet article soient respectées. Dans ces conditions, l'article 39 doit, selon moi, être interprété de façon restrictive.

31 The second matter on which the parties' views appear to differ, though this was not directly discussed in argument on the motion, is in regard to the obligations of the Crown as a party to litigation under the Court's Rules. Implicit in the submissions of the plaintiffs is the principle that the Crown as a party to litigation is subject to the Court's Rules, in pre-trial preparations as in other matters, in the same way as other parties, unless there be a specific statutory or regulatory exception. For the defendants it is uncertain whether they perceive that the Crown is still vested with some residue of prerogative authority, beyond statutory provisions, that affect its position in litigation. My uncertainty arises from the emphasis of counsel for the defendants upon the Crown's special responsibility to protect and preserve the public interest and immunity of Cabinet confidences from required disclosure, a responsibility that should not be lost through mere inadvertence, as Crown counsel described the production of documents in this case, a description with which I

La deuxième question sur laquelle les parties semblent en désaccord, même si cette question n'a pas été abordée directement lors du débat sur la requête, concerne les obligations que les Règles de la Cour mettent à la charge de Sa Majesté en tant que partie au procès. Il découle implicitement des observations formulées par les demandeurs qu'en tant que partie au procès, Sa Majesté est assujettie au même titre que les autres parties aux Règles de la Cour, tant en ce qui concerne les mesures préparatoires à l'instruction qu'en ce qui a trait à toutes les autres questions, à moins qu'il n'existe une exception prévue par une loi ou par un règlement. Pour ce qui est des défendeurs, je ne sais pas avec certitude s'ils estiment que la Couronne possède encore un reste de prérogatives—autres que celles qui sont prévues par la loi—qui ont une incidence sur sa position au procès. Mon incertitude s'explique par l'importance que l'avocat des défendeurs accorde à la responsabilité spéciale qui est imposée à Sa Majesté en ce qui concerne la protection et la préserva-

disagree. My uncertainty arises also from counsel's suggestions that section 39 of the Act is not subject to requirements of the Court's Rules as to time or otherwise, as if enforcement of the Court's Rules somehow was in conflict with section 39, and from the suggestion of counsel that an amended affidavit of documents should be filed by defendants, omitting those documents certified under section 39. Interestingly, it was only in connection with that suggestion and the request that the plaintiffs be directed to return documents that once produced might later be included under a section 39 certificate, that counsel indicated defendants would be prepared to identify the documents certified, by reference to descriptions or numbers earlier assigned to them.

32 With respect, these comments might be taken to suggest counsel is not aware of, or is not prepared to accept as applicable to the Crown, the Court's Rules relating to production of documents particularly as these were changed in 1990 by Amending Order 13.<sup>11</sup> Prior to that change, document discovery, subject to the Court's order otherwise, merely required a list of documents which might advance a party's case or rebut that of an opponent. Since 1990, Rule 448 requires full disclosure by an affidavit of documents listing all relevant documents known to a party. The affidavit is sworn and the Rules require a certificate of the solicitor that the necessity of full disclosure has been explained and the possible consequences of failing to provide it have been set out to the affiant.

tion de l'intérêt public et de l'immunité des renseignements confidentiels du Cabinet permettant d'en refuser la divulgation malgré l'ordre qui a été donné en ce sens, une responsabilité qui ne devrait pas être perdue par simple inadvertance, ainsi que l'avocat de la Couronne a qualifié la production des documents en l'espèce (qualification à laquelle je ne souscris pas). Mon incertitude découle aussi du fait que l'avocat affirme que l'article 39 de la Loi n'est pas soumis aux exigences des Règles de la Cour en matière notamment de délais, comme si l'application des Règles de la Cour entraînait en quelque sorte en conflit avec l'article 39. Mon incertitude s'explique également par le fait que l'avocat soutient que les défendeurs devraient déposer un affidavit modifié, omettant ainsi les documents déjà visés par l'attestation délivrée en vertu de l'article 39. Fait intéressant, ce n'est que relativement à cette affirmation et au fait que l'on demandait à la Cour d'ordonner aux demandeurs de remettre les documents qui, une fois produits, pouvaient par la suite être visés par une attestation fondée sur l'article 39, que l'avocat a précisé que les défendeurs seraient prêts à identifier les documents faisant l'objet de l'attestation en fonction des descriptions ou des numéros qui leur avaient déjà été assignés.

J'estime, en toute déférence, que l'on pourrait 32 interpréter ces propos comme permettant de penser que l'avocat n'est pas au courant des Règles de la Cour relatives à la production de documents—d'autant plus que celles-ci ont été modifiées par l'ordonnance modificative n° 13 de 1990<sup>11</sup>—ou encore qu'il n'est pas disposé à accepter qu'elles s'appliquent à Sa Majesté. Avant cette modification, il suffisait, pour communiquer un document au préalable—sous réserve d'une ordonnance contraire de la Cour—de produire une liste des documents qui étaient susceptibles d'aider sa propre cause ou de réfuter celle de la partie adverse. Depuis 1990, la Règle 448 exige la communication intégrale en obligeant chaque partie à l'action à déposer un affidavit énumérant tous les documents pertinents dont elle a connaissance. L'affidavit est fait sous serment et les Règles exigent que le procureur atteste qu'il a expliqué à l'auteur de l'affidavit la nécessité de divulguer tous les documents, ainsi que les conséquences possibles d'un manquement à cette obligation.

33 The Rules relating to discovery of documents, in my opinion, are fully applicable to the Crown when it is a litigant. That was specified in the Rules as they existed up to 1990, for the former Rule 447 provided in part:

*Rule 447.* (1) After the close of pleadings, there shall, subject to an in accordance with the provisions of these Rules, be discovery (including the giving of an opportunity to inspect and make copies) of documents by the parties to an action (including the Crown when it is such a party). . . .

34 While the Rules as amended in 1990 no longer specify that they are applicable to the Crown, in relation to document discovery, the *Crown Liability and Proceedings Act*, as amended in 1990<sup>12</sup> now provides:

27. Except as otherwise provided by this Act or the regulations, the rules of practice and procedure of the court in which proceedings are taken apply in those proceedings.

35 That Act itself makes no exception from the Rules for the Crown as a party. Section 34 [as am. *idem*, s. 32] of that Act authorizes the Governor in Council to make regulations, *inter alia*, prescribing rules of practice and procedure in respect of proceedings by or against the Crown, or making applicable to any proceedings against the Crown all or any of the rules of evidence applicable in similar proceedings. Regulations enacted thus far include the *Crown Liability and Proceedings (Provincial Court) Regulations*,<sup>13</sup> which effectively place the federal Crown in the same position as any other party litigant in provincial courts in regard to filing lists of documents, subject to sections 37 to 39 of the *Canada Evidence Act*. There simply is no statutory or regulatory exception for the Crown from the application of the Court's Rules.

36 While a case like this, involving a vast array of documents, presents special problems for the Crown,

Les dispositions relatives à la communication 33  
préalable de documents s'appliquent entièrement, selon moi à Sa Majesté, lorsqu'elle est partie à un procès. C'est ce que précisait les Règles, dans leur rédaction en vigueur avant 1990, car l'ancienne Règle 447 disposait notamment:

*Règle 447.* (1) Après la clôture des plaidoiries, il doit y avoir, sous réserve et en conformité des dispositions des présentes Règles, communication (y compris la possibilité d'inspecter et de prendre copie) des documents par les parties à l'action (y compris la Couronne quand elle est partie à l'action) . . .

Bien que, depuis les modifications qui leur ont été 34  
apportées en 1990, les Règles ne précisent plus qu'elles s'appliquent à la Couronne en ce qui concerne la communication préalable des documents, la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, modifiée en 1990<sup>12</sup>, prévoit maintenant:

27. Sauf disposition contraire de la présente loi ou de ses règlements, les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi.

La Loi elle-même ne prévoit aucune exception 35  
aux Règles en ce qui concerne la Couronne, lorsqu'elle agit à titre de partie au procès. L'article 34 [mod., *idem*, art. 32] de la cette Loi prévoit que le gouverneur en conseil peut notamment, par règlement, prescrire des règles de pratique et de procédure applicables aux poursuites auxquelles l'État est partie ou rendre applicables aux poursuites visant l'État toute règle de preuve applicable à toute poursuite semblable. Parmi les règlements qui ont été pris jusqu'à maintenant en application de cette disposition, mentionnons le *Règlement sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif (tribunaux provinciaux)*<sup>13</sup>, qui a pour effet de placer la Couronne fédérale dans la même position que tout autre plaideur devant les tribunaux provinciaux en ce qui concerne le dépôt de listes de documents, sous réserve des articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il n'y a tout simplement aucune disposition législative ou réglementaire qui soustrait Sa Majesté à l'application des Règles de la Cour.

Bien qu'un cas comme celui-ci, qui implique une 36  
quantité considérable de documents, pose des diffi-

in my opinion, as a party it is bound by the Rules of this Court in regard to document discovery. Thus, in accord with Rule 448 the Crown must provide an affidavit or affidavits with "lists and sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue", *inter alia*, for which no privilege is claimed, and for which privilege is claimed, and in the latter case it must provide a statement of the grounds for each claim of privilege in respect of a document.

37 In this case, the original affidavits were properly drawn so far as they included relevant documents that were later perceived as containing information of Cabinet confidences, though the defendants did not then, as they might have done, claim immunity or privilege for certain documents under section 39 of the Act. That claim having emerged, but not having been reduced to a formal certificate, the Court's order of September 9, 1994, directing filing of a certificate that is now in question, was designed to facilitate filing of an appropriate amended affidavit of documents. That would state, for all parties, any claims of privilege pursuant to section 39 of the Act while ensuring compliance with the Court's Rules, in particular Rule 448 for full disclosure of relevant documents. That goal of facilitating compliance with the Court's Rules for full disclosure was to have been met, with some further delay, by filing of the certificate on December 16, 1994, in so far as that certificate is consistent with requirements under section 39, and with the Court's Rules.

38 I add two further notes. First, Rule 448 requires lists of documents with "sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue". In my view, the inclusion of detailed descriptive informa-

cultés spéciales à Sa Majesté, j'estime qu'en tant que partie, elle est liée par les Règles de notre Cour concernant la communication préalable des documents. Ainsi, conformément à la Règle 448, Sa Majesté doit, tant en ce qui concerne les documents pour lesquels un privilège est invoqué que pour ceux pour lesquels aucun privilège n'est revendiqué, déposer notamment un ou plusieurs affidavits comprenant «des listes . . . et des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents pertinents à l'affaire en litige». En outre, dans le cas de chacun des documents pour lesquels un privilège est invoqué, Sa Majesté doit exposer le fondement de chaque revendication de privilège à l'égard d'un document.

En l'espèce, les affidavits originaux ont été régulièrement rédigés dans la mesure où ils comprenaient les documents pertinents qui ont par la suite été considérés comme renfermant des renseignements confidentiels du Cabinet, même si les défendeurs n'ont pas alors, même s'ils leur aurait été loisible de le faire, revendiqué d'immunité ou de privilège en vertu de l'article 39 de la Loi relativement à certains documents. Il est par la suite apparu qu'un tel privilège pouvait être invoqué, mais comme il n'a pas été revendiqué dans une attestation officielle, l'ordonnance du 9 septembre 1994 par laquelle la Cour a ordonné le dépôt de l'attestation qui est maintenant en cause était conçue pour faciliter le dépôt d'un affidavit modifié approprié. Cet affidavit préciserait, pour toutes les parties, tous les privilèges invoqués en vertu de l'article 39 de la Loi tout en garantissant l'observation des Règles de la Cour, en particulier de la Règle 448, qui exige la communication intégrale des documents pertinents. L'objectif en question—celui de faciliter l'observation des Règles de la Cour portant sur la communication intégrale des documents—devait être atteint, avec quelques retards supplémentaires, par le dépôt de l'attestation le 16 décembre 1994, dans la mesure où cette attestation satisfait aux exigences de l'article 39 et aux Règles de la Cour.

Je tiens à formuler deux dernières observations. En premier lieu, la Règle 448 exige la production de listes de documents contenant «des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents perti-



tion concerning each document listed in the defendants' original affidavits of documents was consistent with this provision, even for those documents that later became certified under section 39 of the Act. The inclusion of documents in the section 39 certificate by a description that is meaningless in relation to previous lists of documents raises another question dealt with in considering the sufficiency of the certificate. My second note is that I am not persuaded that application of the Court's Rules in relation to discovery of documents in any way conflicts with section 39 of the *Canada Evidence Act*.

#### Sufficiency of the Certificate Filed

39 For the plaintiffs it is urged that the certificate filed in this case on December 16, 1994, is insufficient, both in form and substance, to qualify as an appropriate certificate under section 39 of the Act. The defendants urge that the certificate is drawn in substantially the same form as was expressly approved by the Court of Appeal in *Central Cartage*.<sup>14</sup> The certificate is said to track the language of section 39, a formal requirement in accord with the decision of Mr. Justice Strayer in *Smith, Kline & French*,<sup>15</sup> approved in *Central Cartage*.<sup>16</sup> As Strayer J. noted, that language at least assures that the Clerk, in making the certificate, has addressed her mind to the criteria and limitations set out in section 39. We should take note that both of these decisions were rendered in relation to a certificate filed under section 39 under the Court's Rules prior to 1990 which did not require full disclosure of documents.

40 I am not persuaded the certificate here can be considered insufficient for any of the matters of form in which it is said to be deficient by the plaintiffs. Those deficiencies are said to be a lack of any

nents à l'affaire en litige». À mon avis, l'inclusion de renseignements descriptifs détaillés pour chacun des documents énumérés dans les affidavits initiaux des défendeurs satisfaisait aux exigences de cette disposition, même dans le cas des documents qui ont par la suite fait l'objet d'une attestation fondée sur l'article 39 de la Loi. L'inclusion de documents dans l'attestation signée en vertu de l'article 39 au moyen d'une description qui est dépourvue de sens par rapport aux listes de documents antérieures soulève une autre question qui sera abordée lors de l'examen du caractère suffisant de l'attestation. En second lieu, je ne suis pas persuadé que l'application des Règles de la Cour en ce qui concerne la communication préalable de documents entre de quelque manière en conflit avec l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

#### Suffisance de l'attestation déposée

L'avocat des demandeurs soutient que l'attestation qui a été déposée en l'espèce le 16 décembre 1994 est insuffisante, tant sur le plan de la forme que sur le plan du fond, et qu'en conséquence, elle ne satisfait pas aux exigences de l'article 39 de la Loi. Les défendeurs font valoir que le libellé de l'attestation correspond pour l'essentiel à celui qui a été expressément approuvé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Central Cartage*.<sup>14</sup> Ils affirment que l'attestation reprend le libellé de l'article 39, une exigence formelle qui est conforme à la décision du juge Strayer dans l'affaire *Smith, Kline & French*.<sup>15</sup> qui a été approuvée dans l'arrêt *Central Cartage*.<sup>16</sup> Ainsi que le juge Strayer l'a fait remarquer, l'emploi de ce libellé garantit à tout le moins qu'avant de signer l'attestation, la greffière a pris en considération les critères et les restrictions prévus à l'article 39. Il convient de signaler que ces deux décisions portaient sur une attestation déposée en vertu de l'article 39 sous le régime des Règles de la Cour qui étaient en vigueur avant 1990 et qui n'exigeaient pas la communication intégrale des documents.

Je ne suis pas convaincu que l'attestation dont il s'agit en l'espèce puisse être considérée comme insuffisante en raison des vices de forme dont elle serait, suivant les demandeurs, entachée. Les deman-

39

40

descriptive title on the certificate referring to section 39 of the Act, the lack of any seal, particularly a seal of the Office of Clerk of the Privy Council, the lack of identification of the Clerk except by her own certificate and the affidavit of her assistant, attesting to witnessing her signature. I note that section 39 includes no specific requirements of this nature for a certificate. This Court can take judicial notice of who serves as Clerk of the Queen's Privy Council, and the form of the certificate in my view is a matter for determination by the Clerk, provided it be in a form that is readily seen as a certificate within section 39. In my view none of the deficiencies of form here suggested would raise any serious question that the form is not within section 39.

41 The plaintiffs' claims of substantive deficiencies warrant more consideration. There are essentially three such claims.

42 First it is urged that the certificate filed does not address the question of objection to the disclosure of information, except implicitly as information may be included in the documents certified in paragraph 3 of the certificate as "confidences of the Queen's Privy Council for Canada". Moreover, that paragraph is contrasted with its counterpart in the certificate approved by the Court of Appeal in *Central Cartage*<sup>17</sup> where the comparable paragraph certified that the documents referred to "are confidences of the Queen's Privy Council for Canada as they constitute information contained in" and then there follow 3 generic descriptions tracing the words of what are now paragraphs 39(2)(a),(d) and (e) of the Act. Thus, the wording is different, but in the certificate in this case the comparable paragraph refers to the documents as "confidences of the Queen's Privy Council for Canada for the reasons set out in the Schedule attached hereto" (which is the list of documents described by general words tracking the relevant provisions of subsection 39(2)). Moreover, paragraph 2 of the certificate in this case notes not

deurs prétendent en effet que l'attestation est insuffisante parce qu'elle ne comporte pas d'intitulé descriptif qui renvoie à l'article 39 de la Loi, qu'on y trouve pas de sceau, particulièrement le sceau du Bureau de la greffière du Conseil privé, et que la greffière n'est identifiée que par sa propre attestation et par l'affidavit de son adjointe, qui atteste qu'elle a été témoin de sa signature. Je constate que l'article 39 n'assujettit la validité de l'attestation à aucune de ces conditions. La Cour peut prendre connaissance d'office du nom de la personne qui occupe le poste de greffier du Conseil privé de la Reine, et la question de la forme de l'attestation constitue à mon avis une question qui relève du greffier, à condition qu'on puisse aisément l'identifier comme une attestation visée par l'article 39. À mon avis, aucun des vices de forme reprochés ne permet sérieusement de croire que l'attestation ne respecte pas les dispositions de l'article 39.

Les vices de fond dont l'attestation serait entachée méritent un examen plus approfondi. Selon les défendeurs, l'attestation est essentiellement entachée de trois vices de fond. 41

En premier lieu, les demandeurs affirment que l'attestation qui a été déposée n'aborde pas la question de l'opposition à la divulgation des renseignements, sauf de façon implicite lorsqu'elle parle des renseignements qui peuvent être inclus dans les documents qui, selon le paragraphe 3 de l'attestation, constitueraient des «renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada». De plus, les demandeurs mettent ce paragraphe en contraste avec le paragraphe semblable qui a été approuvé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Central Cartage*<sup>17</sup>, dans lequel le greffier attestait que les documents visés étaient «des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada contenus dans». Suivaient trois descriptions générales qui reprenaient le libellé des alinéas 39(2)(a), (d) et (e) de la Loi. Ainsi donc, le libellé est différent, mais dans la présente attestation, le paragraphe comparable précise que les documents constituent [TRADUCTION] «des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada pour les motifs exposés dans l'annexe jointe à la présente» (qui est la liste 42

only that the documents listed in the Schedule have been reviewed, but also that the purpose of the review was to determine whether they “contain information constituting confidences of the Queen’s Privy Council for Canada pursuant to section 39” of the Act. I agree with counsel for the defendants that the certificate in this case is substantially similar in wording to that approved by the Court of Appeal in *Central Cartage* and that the differences that do exist do not in themselves warrant a conclusion that the certificate in this case is deficient in light of the requirements of section 39.

43 The plaintiffs’ argument properly stresses that it is the information and not the document that ultimately constitutes the confidence to be protected from disclosure by proper objection. Yet, in recognition that as a practical matter it may often be difficult to separate the information from the document containing it, subsection 39(2) defines a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada as including information contained in various forms of documents described in paragraphs (a) to (f) in that subsection. The certificate filed under section 39 must be read as informed by that definition.

44 That definition in subsection 39(2) also has significance for one aspect of the plaintiffs’ second ground of alleged substantive deficiency of the certificate filed. In so far as paragraph 4 of the certificate, certifying “that paragraph 39(4)(a) . . . does not apply in respect of any of these documents as none of the documents have been in existence for more than twenty years”, relates to “documents” and not to “information”, the essence of Cabinet confidences, the certificate is said to be insufficient. The plaintiffs argue that information contained in a document may be more than twenty years old even if the

des documents qui sont décrits en des termes généraux qui reprennent le libellé des dispositions applicables du paragraphe 39(2)). Qui plus est, en l’espèce, au paragraphe 2 de l’attestation, la greffière atteste non seulement qu’elle a examiné les documents énumérés à l’annexe, mais aussi que cet examen avait pour but de déterminer [TRADUCTION] «s’ils renferment des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada au sens de l’article 39» de la Loi. Je suis d’accord avec l’avocat des défendeurs pour dire que, dans le cas qui nous occupe, le texte de l’attestation est en grande partie identique à celui que la Cour d’appel a approuvé dans l’arrêt *Central Cartage* et que les différences qui existent ne justifient pas en elles-mêmes de conclure que la présente attestation est insuffisante compte tenu des exigences de l’article 39.

43 Dans leur plaidoirie, les demandeurs soulignent à juste titre que ce sont les renseignements et non le document qui constituent en fin de compte les communications confidentielles dont la divulgation doit être refusée au moyen de la formulation d’une opposition appropriée. Pourtant, reconnaissant qu’en pratique, il peut être souvent difficile de dissocier le renseignement du document où il se trouve, le paragraphe 39(2) précise qu’un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada s’entend notamment d’un renseignement contenu dans divers types de documents qui sont décrits aux alinéas a) à f) de ce paragraphe. Il faut présumer qu’en signant l’attestation prévue à l’article 39, la greffière a dûment tenu compte de cette définition.

44 La définition contenue au paragraphe 39(2) est également importante en ce qui concerne l’un des aspects du deuxième moyen qu’invoquent les demandeurs pour affirmer que l’attestation qui a été déposée est entachée d’un vice de fond. Ils soutiennent en effet que l’attestation est insuffisante, étant donné que son paragraphe 4—qui atteste [TRADUCTION] «que l’alinéa 39(4)a) . . . ne s’applique à aucun de ces documents, étant donné que l’existence d’aucun d’entre eux ne remonte à plus de vingt ans»—se rapporte à des «documents» et non à des «renseignements», lesquels constituent l’essence

document itself is not. While that is possible it seems clear to me that by the definition in subsection 39(2) Parliament intended to permit objection to disclosure of information as it is found in the types of documents there described, not information at large, or in some document more than twenty years old, which is excluded from certification by paragraph 39(4)(a). As a practical matter objection to disclosure of information may most readily be made by describing the information with reference to certain kinds of documents in which the information is contained. That appears to be what Parliament has here done by subsection 39(2). In the application of paragraphs (a) and (b) of subsection 39(4), relying upon the definition of a confidence as provided by subsection 39(2), the certificate here filed, by its paragraph 4, does meet the statutory requirement.

45 It was urged that in another sense the application of paragraph 39(4)(a) was here not adequately addressed by the certificate filed. The submission was made that the certificate should clearly indicate that the information in the documents here containing confidences of the Privy Council would not be more than twenty years old by the time trial of these actions ended, now expected by late 1997 or early 1998. It may well be argued that documents containing confidences which are more than twenty years old before the end of the trial should then be accessible to the plaintiffs. Nevertheless, the end of the trial is an uncertain date in future. All section 39 does specify in regard to the "aging" of confidences, is as set out in subsection 39(4), that a confidence in existence for more than twenty years, or one contained in a discussion paper within paragraph 39(2)(b) a maximum of four years from the date of decision made, is not subject to objection against

même des renseignements confidentiels du Cabinet. Les demandeurs soutiennent que l'existence des renseignements contenus dans un document peut remonter à plus de vingt ans même si le document lui-même ne remonte pas à vingt ans. Bien que cela soit possible, il est évident pour moi, en raison de la définition contenue au paragraphe 39(2), que le législateur fédéral voulait permettre l'opposition à la divulgation de renseignements que l'on trouve dans les types de documents qui y sont décrits, et non à la divulgation de tout type de renseignements en général, ou à la description des renseignements que l'on trouve dans certains documents dont l'existence remonte à plus de vingt ans, lesquels ne peuvent faire l'objet d'une attestation, selon l'alinéa 39(4)a). En pratique, la façon la plus facile de s'opposer à la divulgation consiste à décrire les renseignements en fonction de certains types de documents dans lesquels se trouvent les renseignements en question. Il semble que ce soit ce que le législateur fédéral a fait en l'espèce par le paragraphe 39(2). Pour l'application des alinéas a) et b) du paragraphe 39(4), l'attestation qui a été déposée en l'espèce satisfait effectivement aux exigences de la Loi, en raison de son paragraphe 4 et de la définition de l'expression «renseignement confidentiel» prévue au paragraphe 39(2).

45 Les demandeurs soutiennent que, dans un autre sens, la question de l'application de l'alinéa 39(4)a) n'a pas été régulièrement abordée dans l'attestation qui a été déposée en l'espèce. Ils affirment que l'attestation devrait indiquer clairement que l'existence des renseignements qui se trouvent dans les documents qui contiennent des renseignements confidentiels du Conseil privé ne remontera pas à plus de vingt ans à la clôture de l'instruction des présentes actions, que l'on prévoit pour le moment pour la fin de 1997 ou le début de 1998. On pourrait fort bien soutenir que les demandeurs devraient alors pouvoir consulter les documents qui contiennent des renseignements confidentiels dont l'existence remontera à plus de vingt ans avant la fin du procès. Néanmoins, la date de la fin du procès est une date future incertaine. La seule chose que l'article 39 dit au sujet du «vieillessement» des renseignements confidentiels, c'est, comme le prévoit le paragraphe 39(4), que le

disclosure.

renseignement confidentiel dont l'existence remonte à plus de vingt ans ou qui est contenu dans un document de travail visé à l'alinéa 39(2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues quatre ans auparavant, ne peut faire l'objet d'une opposition à sa divulgation.

46 In my view the application of subsection 39(4) can only be made with reference to the date of the certificate objecting to disclosure, not to an uncertain date in future when the litigation may be ended. In that sense also paragraph 4 of the certificate filed, in my opinion, meets the statutory requirement. However, if my view of the third claim of the plaintiffs is sound, as set out in the following paragraphs, the date at which a document, said to contain information constituting a Cabinet confidence, becomes twenty years old would be evident, permitting a party once denied access to later claim access, if the age of the confidence comes to exceed twenty years before the trial ends.

46 À mon avis, on ne peut appliquer le paragraphe 39(4) qu'en fonction de la date de l'attestation par laquelle on s'oppose à la divulgation, et non en fonction de la date future incertaine à laquelle il se peut que le procès se termine. J'estime en ce sens que le paragraphe 4 de l'attestation qui a été produite satisfait lui aussi aux exigences de la loi. Toutefois, si la conclusion à laquelle j'en viens dans les paragraphes suivants au sujet du troisième moyen invoqué par les demandeurs est juste, la date à laquelle un document qui renfermerait des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Cabinet «atteint» l'âge de vingt ans s'imposerait d'elle-même, permettant ainsi à la partie qui s'est déjà vu refuser la communication d'un renseignement de le réclamer plus tard, si l'existence de ce renseignement confidentiel en vient à remonter à plus de vingt ans avant la fin du procès.

47 The plaintiffs' third claim that the certificate filed is substantively insufficient arises from the lack of reference in the certificate, or the Schedule A list appended to it, to any previous number or description of documents in either the original affidavits of documents or the amended affidavit filed October 20, 1994. There is no way of identifying from the certificate any document earlier listed and now claimed as immune from disclosure under section 39. The plaintiffs urge that the certificate filed is not in accord with the order of this Court dated September 9, 1994, which directed the defendants to file, by a date subsequently extended to December 16, 1994, an amended affidavit of documents which "shall include in Schedule II all documents previously listed (or subsequently discovered) in separate lists or classifications, as follows: (*inter alia*)

47 Le troisième moyen qu'invoquent les demandeurs pour soutenir que l'attestation est entachée d'un vice de fond découle du fait que ni l'attestation, ni la liste contenue à l'annexe A qui y est jointe ne mentionnent de numéro ou de description de documents déjà utilisés dans les affidavits originaux ou dans l'affidavit modifié qui a été déposé le 20 octobre 1994. L'attestation ne permet absolument pas d'identifier les documents déjà énumérés pour lesquels on revendique maintenant le privilège de non-divulgation prévu à l'article 39. Les demandeurs soutiennent que l'attestation qui a été déposée n'est pas conforme à l'ordonnance du 9 septembre 1994 par laquelle notre Cour a enjoint aux défendeurs de déposer au plus tard à une date qui a par la suite été prorogée au 16 décembre 1994 un affidavit modifié auquel devait être jointe [TRADUCTION] «une annexe II classant tous les documents déjà énumérés (ou découverts par la suite) selon les listes ou catégories distinctes suivantes: (notamment)

Schedule IIB—Documents listed for which privilege is claimed in accord with s. 39 of the *Canada Evidence Act* under a certificate filed in compliance with that section on or before [the date set, as extended]. . . .

48 As earlier noted the defendants urge that the certificate filed in this case is substantially similar to the certificate approved by the Court of Appeal in *Central Cartage*. Moreover, in reliance on that case they assert that once a certificate in this form is filed the Court has no authority to go behind it or to require the provision of descriptive detail such as the date, the addressee and addressor and the nature of the document in question. Thus it is said the Court may not require the minimal routine descriptive data it could require from any other party in relation to documents in discovery.

49 *Central Cartage* does appear to support that proposition. Yet that decision must be read in the context in which it was rendered, with reference to questions asked in oral discovery where the then Clerk certified that documents as described in his certificate were confidences of the Queen's Privy Council for Canada. Those documents had not previously been included in any list of documents provided by the Crown and at the time of the decision, 1988, there was no obligation on the Crown under the Court's Rules to provide full disclosure by separate lists and sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue . . . for which no privilege is claimed . . . (and those) for which privilege is claimed, with a statement of the grounds for each claim of privilege in respect of a document (to paraphrase subsection 448(2) of the Court's Rules).

50 In my view the circumstances of this case are very different. The Crown now has an obligation to

[TRADUCTION]

Annexe IIB—Les documents énumérés pour lesquels un privilège est invoqué conformément à l'article 39 de la *Loi sur la preuve du Canada* en vertu d'une attestation déposée conformément à cet article au plus tard le [date fixée, puis prorogée]. . . .

48 Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, les défendeurs soutiennent que l'attestation déposée en l'espèce est en grande partie semblable à celle qui a été approuvée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Central Cartage*. De plus, en s'appuyant sur cet arrêt, les défendeurs font valoir qu'une fois qu'une attestation ainsi rédigée est déposée, la Cour ne peut plus aller au-delà de son libellé ou exiger qu'on fournisse des détails descriptifs comme la date, le nom de l'expéditeur et du destinataire et la nature du document en question. Ils affirment en conséquence que la Cour ne peut pas exiger que l'on fournisse les données descriptives minimales habituelles qu'elle pourrait exiger de toute autre partie en ce qui concerne les documents fournis dans le cadre de la communication préalable.

49 L'arrêt *Central Cartage* semble effectivement appuyer cette proposition. Pourtant, cette décision doit être interprétée en tenant compte du contexte dans lequel elle a été rendue, c'est-à-dire en tenant compte des questions qui avaient été posées lors de l'interrogatoire préalable, au cours duquel le greffier avait attesté que les documents décrits dans son attestation constituaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Ces documents n'avaient pas auparavant été inclus dans une liste de documents fournie par la Couronne et, au moment de la décision, en 1988, les Règles de la Cour n'obligeaient pas la Couronne à donner communication intégrale des documents en fournissant des listes séparées et des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents pertinents à l'affaire en litige . . . à l'égard desquels aucun privilège n'est revendiqué . . . et, pour ceux à l'égard desquels un privilège est revendiqué, une déclaration exposant le fondement de chaque revendication de privilège à l'égard d'un document (pour paraphraser le paragraphe 448(2) des Règles).

50 À mon avis, les circonstances de la présente affaire sont très différentes. La Couronne est mainte-

fully disclose all documents, with “sufficient description”, relevant to any issue. Initially, it appears, the Crown took that obligation seriously and, in the affidavits filed in March to June 1994 or in the amended affidavit of Gregor MacIntosh filed October 20, 1994, it did list documents with sufficient descriptive detail that they could be identified. Now it claims certain of those documents listed contain Cabinet confidences to be protected from disclosure, but declines to identify the documents in any meaningful way that is of assistance to anybody in this litigation. Clearly the certificate filed can serve no useful purpose for it can mean nothing to the plaintiffs who cannot be expected to comprehend which documents, originally listed as relevant and mostly producible, are now claimed under section 39 of the Act.

nant tenue de donner communication intégrale de tous les documents qui sont pertinents aux questions en litige «avec une description suffisamment détaillée». Il semble que la Couronne ait d’abord pris cette obligation au sérieux et, dans les affidavits qu’elle a déposés entre les mois de mars et de juin 1994 ou dans l’affidavit modifié de M. Gregor MacIntosh qui a été déposé le 20 octobre 1994, elle a effectivement énuméré les documents avec des détails descriptifs suffisants pour qu’ils puissent être identifiés. Elle prétend maintenant que les documents énumérés en question renferment des renseignements confidentiels du Cabinet qui sont protégés, mais elle refuse d’identifier les documents d’une façon qui puisse être utile pour les personnes en cause dans le présent procès. De toute évidence, l’attestation qui a été produite n’est d’aucun secours, car elle ne veut rien dire pour les demandeurs, de qui on ne peut s’attendre à ce qu’ils comprennent quels documents, qui ont d’abord été inscrits sur la liste parce qu’on les jugeait pertinents et qu’on croyait qu’ils étaient ceux qui étaient le plus susceptibles d’être produits, font maintenant l’objet d’une revendication de privilège en vertu de l’article 39 de la Loi.

51 Moreover, the certificate which fails to identify documents already listed or to provide any identification of the individual documents to which it refers, is of no assistance to the Court, which cannot refuse to order disclosure of documents in appropriate circumstances if it is not informed which documents are now claimed to constitute Cabinet confidences. In short, since information identifying documents has already been included in lists of documents disclosed by affidavits, the purpose of section 39 cannot be served unless the Court knows which documents are included in the Clerk’s certificate.

De plus, une attestation qui n’identifie pas les documents déjà énumérés ou qui ne donne aucune identification des documents individuels auxquels elle renvoie n’est d’aucune utilité pour la Cour, qui ne peut refuser d’ordonner la divulgation des documents lorsque les conditions voulues sont réunies si on ne lui précise pas quels documents constitueraient maintenant des renseignements confidentiels du Cabinet. En résumé, étant donné que les renseignements qui identifient les documents ont déjà été inclus dans les listes de documents divulgués par affidavits, l’objectif visé par l’article 39 ne peut être atteint que si le tribunal sait quels documents sont inclus dans l’attestation du greffier.

52 In *Puddister Trading Co. et al. v. Canada et al.*,<sup>18</sup> a recent case dealing with somewhat similar circumstances, the Crown had included in its list of privileged documents, in an affidavit of documents under Rule 448, an entry in the following terms:

Dans le jugement *Puddister Trading Co. et al. c. Canada et al.*<sup>18</sup>, une affaire récente portant sur des circonstances quelque peu similaires, Sa Majesté avait inclus l’inscription suivante dans la liste de documents privilégiés qui était jointe à un affidavit souscrit en vertu de la Règle 448:

5. Documents subject to a confidence of the Queen's Privy Council of Canada and in respect of which a certificate will be filed pursuant to s. 39 of the *Canada Evidence Act*.

The documents referred to in item 5 were not described, but the certificate mentioned in that item was filed and provided to plaintiffs' counsel just before the trial was to resume, following a recess after the first three days of trial. The certificate appears to have been drawn in the same form as that filed in this case, with a schedule "A" listing documents only by the generic descriptions of paragraphs within subsection 39(2) and without any other identifying information referable to any documents or list. In that case, my colleague Madam Justice Simpson said, in part [at pages 95-96]:

... even if the documents for which privilege is claimed had been properly produced in the affidavit on production, the privilege would not have been sustained at trial because it is my view that the Certificate is of no force and effect. This is so because the documents it lists simply cannot be identified. Had the documents described in the text of Schedule "A" to the Certificate in fact tracked the listing in the affidavit of documents, I would have upheld the Certificate, even though on its face it does not give a source for the document numbers it uses. However, when no source reference is given in the Certificate and when the 14 document references in fact have no identifiable source in any of the materials filed in court, the Certificate cannot stand because it is meaningless.

... I am unable to conclude that the Certificate in this case makes any assertion at all because the documents containing the information for which confidence is asserted are unknown.

In the result, Simpson, J. ordered production of documents sought by the plaintiffs since the claim to executive privilege failed.

[TRADUCTION] 5. Les documents qui constituent un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada et à l'égard desquels une attestation a été déposée conformément à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Les documents mentionnés au paragraphe 5 n'étaient pas décrits, mais l'attestation mentionnée dans ce paragraphe avait été déposée et fournie à l'avocat de la demanderesse juste avant la reprise du procès, à la suite d'une suspension ordonnée après les trois premiers jours d'instruction. Il semble que l'attestation ait été rédigée selon la même forme que celle qui a été utilisée en l'espèce et qu'on y ait joint une annexe A où les documents n'étaient désignés qu'au moyen d'une description générale qui reprenait le libellé des divers alinéas du paragraphe 39(2) sans autre renseignement d'identification se rapportant aux documents ou à la liste. Dans cette décision, ma collègue M<sup>me</sup> le juge Simpson a notamment déclaré [aux pages 95 et 96]:

... même si les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué avaient été régulièrement produits dans l'affidavit de production, le privilège n'aurait pu être invoqué au procès parce que j'estime que l'attestation est nulle et de nul effet et ce, parce qu'on ne peut tout simplement pas retracer les documents qui y sont énumérés. Si les documents désignés dans le texte de l'annexe «A» de l'attestation avaient effectivement permis de retracer les documents énumérés dans l'affidavit de documents, j'aurais confirmé la validité de l'attestation, même si elle n'indique pas à première vue la provenance des documents numérotés qui y sont mentionnés. Toutefois, compte tenu du fait que l'attestation ne mentionne pas la provenance des documents et que les quatorze renvois ne correspondent en fait à aucune source repérable dans le dossier soumis à la Cour, la validité de l'attestation ne peut être confirmée parce qu'elle est dépourvue de sens.

... il m'est impossible de conclure que l'attestation en cause en l'espèce renferme quelque revendication que ce soit, parce qu'on ne connaît pas les documents dans lesquels se trouvent les renseignements qui seraient confidentiels.

En conséquence, le juge Simpson a ordonné la production des documents réclamés par la demanderesse, étant donné que la revendication de privilège de l'exécutif était rejetée.

53 In part the issues in *Puddister* were similar to some in this case, that is in so far as the certificate

Les questions en litige dans l'affaire *Puddister* ressemblent en partie à celles qui sont soulevées 53



filed pursuant to section 39 did not identify the documents certified with any reference to any information before the Court. It is the only case discovered that appears to deal with the sufficiency of a certificate filed under section 39 as it relates to an affidavit of documents filed under the current Rule 448, which provides for full disclosure.

dans la présente affaire, dans la mesure où l'attestation déposée en vertu de l'article 39 ne permet pas d'identifier les documents visés par l'attestation en renvoyant à des renseignements déjà portés à la connaissance de la Cour. C'est la seule affaire que j'ai découverte qui semble traiter de la suffisance d'une attestation déposée en vertu de l'article 39 qui se rapporte à un affidavit déposé en vertu de l'actuelle Règle 448, qui exige la communication préalable intégrale des documents.

54 At the hearing of the motion now before the Court counsel for the Crown confirmed, as had been indicated in the written submissions, that in the circumstances of this case advice would be provided to plaintiffs to identify, with reference to earlier lists of documents, which ones are included under the certificate filed December 16, 1994. In my view that would be appropriate. It would meet the spirit of the order requiring documents listed in earlier affidavits to be claimed pursuant to section 39 by filing of an appropriate certificate. I consider the terms of that order are met when the certificate filed is supplemented by counsel's advice identifying the documents earlier listed which are covered by the certificate. That would also meet what I perceive to be the Crown's obligations under the Rules now providing for document discovery by full disclosure of relevant documents while providing a realistic means of exercising its discretion to object to the release of any relevant document on the ground it contains information constituting a confidence of the Queen's Privy Council under section 39 of the Act.

À l'audition de la requête dont la Cour est présentement saisie, l'avocat de Sa Majesté a confirmé, comme il l'avait précisé dans ses observations écrites, que, compte tenu des circonstances de la présente affaire, des conseils seraient donnés aux demandeurs pour les aider à identifier en fonction des listes de documents déjà produites, quels documents sont visés par l'attestation déposée le 16 décembre 1994. À mon avis, cette façon de procéder serait appropriée. Elle respecterait l'esprit de l'ordonnance exigeant que les documents énumérés dans des affidavits déjà produits fassent l'objet d'une revendication conforme à l'article 39 par le dépôt d'une attestation appropriée. J'estime que les conditions de cette ordonnance sont respectées lorsque l'attestation qui a été déposée est complétée par les conseils par lesquels l'avocat identifie les documents déjà énumérés qui sont visés par l'attestation. Cette façon de procéder respecterait aussi ce que j'estime être les obligations que les nouvelles dispositions des Règles mettent à la charge de la Couronne en l'obligeant à *communiquer intégralement les documents pertinents* tout en prévoyant une façon réaliste d'exercer son pouvoir discrétionnaire de s'opposer à la divulgation de tout document pertinent en alléguant qu'il renferme des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine au sens de l'article 39 de la Loi.

55 In sum, my opinion is that in the circumstances of this case, where documents have previously been listed in an affidavit of documents, with the usual minimum descriptive detail, even though the documents themselves or copies have not been produced to the plaintiffs, and the defendants now seek to certify some of the documents previously listed as

En somme, je suis d'avis que, compte tenu des circonstances de la présente affaire, dans laquelle des documents ont déjà été énumérés dans un affidavit avec le minimum habituel de détails descriptifs—même si les documents eux-mêmes ou des copies de ceux-ci n'ont pas été produits aux défendeurs—et dans laquelle les défendeurs demandent maintenant

constituting confidences of Cabinet pursuant to section 39 of the Act, that certificate, in addition to tracking the language of subsection 39(2), should include, or counsel must arrange to provide, sufficient information to identify the particular documents claimed under the certificate.

que la greffière atteste que certains des documents déjà énumérés constituaient des renseignements confidentiels du Cabinet au sens de l'article 39 de la Loi, cette attestation, devrait, en plus de reprendre le libellé du paragraphe 39(2), renfermer suffisamment de renseignements pour permettre d'identifier les documents particuliers visés par la revendication de privilège dans l'attestation ou que l'avocat devrait prendre des mesures pour communiquer les renseignements en question.

56 If it were otherwise, in an era of full disclosure of relevant documents, the certificate would not provide information that would avoid the necessity for further exercise of the Crown's claim to object to disclosure whenever a document is sought, or information about a document is sought in oral discovery, by the plaintiff in this litigation. If it is sought, and objected to, the Crown with each objection will in effect identify a document it claims not to be required to disclose under section 39 of the Act. Ultimately identification of all such documents would be acquired by tenacious counsel, but in two steps, wasting time and energy that could be put to better use.

S'il en était autrement, à une époque où les documents pertinents doivent être communiqués intégralement, l'attestation ne contiendrait pas de renseignements qui éviteraient à Sa Majesté de devoir recourir à nouveau à ses pouvoirs pour s'opposer à la divulgation chaque fois qu'un document ou qu'un renseignement relatif à un document est demandé dans le cadre de l'interrogatoire préalable, en l'espèce, par la partie demanderesse. Si un document est réclamé et que Sa Majesté s'oppose à sa divulgation, Sa Majesté identifiera en fait dans chaque cas le document qu'elle prétend ne pas être tenue de divulguer en vertu de l'article 39 de la Loi. Un avocat tenace finirait ainsi par obtenir l'identification de tous ces documents, mais ne pourrait y parvenir qu'en deux étapes, gaspillant ainsi du temps et des énergies qui pourraient être mieux utilisés.

57 I conclude that in this case, the certificate filed, by failing to identify the documents included in the certificate with reference to documents included in earlier lists of affidavits, was insufficient to meet the requirements of an objection under section 39. That deficiency could be addressed by the defendants providing information identifying the documents earlier listed which are now claimed as confidences of the Privy Council under section 39.

Je conclus qu'en l'espèce, l'attestation qui a été déposée est insuffisante et qu'elle ne respecte pas les conditions prévues pour pouvoir formuler une opposition en vertu de l'article 39, étant donné qu'elle n'identifie pas les documents visés par l'attestation en fonction des documents inclus dans les listes d'affidavits déjà produites. Les défendeurs pourraient corriger cette lacune en communiquant des renseignements qui permettent d'identifier les documents déjà énumérés qui constitueraient maintenant des renseignements privés du Conseil privé au sens de l'article 39.

#### S. 39 in Relation to Documents Produced

#### Application de l'article 39 par rapport aux documents produits

58 The final matter of serious difference between the parties relates to the application of section 39, and

Le dernier point litigieux qui oppose sérieusement les parties concerne l'application et les effets de

its effects, in relation to documents which have already been produced to the plaintiffs. As we have seen, after a number of documents had been produced by the defendants, so that copies were in the hands of the plaintiffs, it appeared to the defendants that certain of them should not have been disclosed, but rather should have been certified under section 39 of the Act and objection made to their disclosure.

59 The position initially adopted by the Crown in relation to these documents was that once they had been disclosed by production to the plaintiffs the documents would not be claimed under a section 39 certificate. Counsel, however, would instruct the defendants' deponents in examination for discovery not to answer any question about any of these documents since it was a document that could have been subject to being objected to under section 39. The document so identified in discovery might speak for itself, but no information would be provided in response to any question arising in relation to such a document. That position was adopted by counsel for the defendants and their deponents declined to answer questions in discovery about any document so identified.

60 A few days before the hearing of this motion counsel for the Crown advised that its position had changed. It now planned, while continuing to object and to decline to answer questions in discovery about documents that might have been, but were not yet, the subject of a certificate under section 39, to file one or more additional certificates pursuant to that provision, certifying the documents in question as constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada. Moreover, it sought return from the plaintiffs of copies of documents once they were included as documents in a certificate filed pursuant to section 39. I note that the documents now to be certified would have to be identified if they were to be recovered, as the defendants here seek to do.

l'article 39 en ce qui concerne les documents qui ont déjà été communiqués aux demandeurs. Ainsi que nous l'avons vu, après que plusieurs documents eurent été produits par les défendeurs et que les demandeurs en eurent reçu copie, les défendeurs se sont aperçus que certains de ces documents n'auraient pas dû être produits mais qu'ils auraient plutôt dû faire l'objet d'une attestation en vertu de l'article 39 et qu'on aurait dû s'opposer à leur divulgation.

59 Au départ, le point de vue que la Couronne a adopté au sujet de ces documents était qu'une fois qu'ils étaient divulgués par suite de leur production aux demandeurs, les documents ne pouvaient faire l'objet d'une revendication de privilège fondée sur l'article 39. L'avocat donnerait toutefois comme directives aux auteurs des affidavits des défendeurs qui seraient entendus lors de l'interrogatoire préalable de ne répondre à aucune question posée au sujet des documents en question, étant donné qu'il s'agissait de documents à la divulgation desquels on aurait pu s'opposer en vertu de l'article 39. Le document ainsi identifié lors de l'enquête préalable pourrait parler de lui-même, mais aucun renseignement ne serait communiqué en réponse aux questions posées au sujet de ce document. L'avocat des défendeurs a adopté ce point de vue et les auteurs des affidavits des défendeurs ont refusé, lors de l'interrogatoire préalable, de répondre à quelque question que ce soit au sujet des documents ainsi identifiés.

60 Quelques jours avant l'audition de la présente requête, l'avocat de Sa Majesté a informé la Cour que son point de vue avait changé. Sa Majesté prévoyait maintenant, tout en continuant à s'opposer à la divulgation et à refuser de répondre lors de l'interrogatoire préalable à toute question portant sur des documents qui auraient pu faire l'objet d'une attestation en vertu de l'article 39 de la Loi mais ne l'avaient pas encore fait, déposer une ou plusieurs attestations supplémentaires en vertu de cette disposition pour attester que les documents en question constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. De plus, l'avocat de Sa Majesté a demandé aux demandeurs de lui remettre les copies des documents une fois qu'ils seraient joints à une attestation déposée en

61 The plaintiffs take the position that once documents have been produced to them it is too late to claim that they constitute Cabinet confidences under section 39. That section, it is said, permits the Crown to claim immunity from disclosure, but the claim must be timely and it must be made before there is disclosure in fact. By analogy once the horse is out of the barn, it is too late to prevent its escape by closing the door. Once a confidence is disclosed, it is said the purpose of section 39 is frustrated, that purpose being to protect confidences of Cabinet from disclosure. The plaintiffs rely in particular upon *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*,<sup>19</sup> which the defendants urge is distinguishable, or if not, it was wrongly decided. Plaintiffs also refer to *Leeds et al. v. Alberta (Minister of Environment) et al.*<sup>20</sup>

62 In *Best Cleaners*, Mr. Justice Mahoney for the Court of Appeal majority held, *inter alia*, that a certificate filed on the eve of trial by the Clerk of the Privy Council, pursuant to then subsection 36.3(1) [R.S.C. 1970, c. E-10 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4)], now subsection 39(1), of the Act, in relation to documents and information freely disclosed by the Crown in discovery, in the circumstances of that case, was not a bar to admission in evidence of documents if they had been produced on discovery, nor was it a bar to evidence from oral discovery about the documents. In the course of his decision Mahoney J.A. commented as follows:<sup>21</sup>

Section 36.3 is predicated on the notion that Her Majesty's Privy Council for Canada will be astute in not divulging information it deems confidential and that it requires a statutory right to maintain confidentiality only in the face of "a court, person or other body with jurisdic-

vertu de l'article 39. Je constate qu'il faudrait identifier les documents qui doivent maintenant être attestés si l'on veut les récupérer, comme les défendeurs le souhaitent en l'espèce.

61 Les demandeurs adoptent le point de vue selon lequel, une fois que les documents leur ont été communiqués, il est trop tard pour prétendre qu'ils constituent des renseignements confidentiels du Cabinet au sens de l'article 39. Ils affirment que cet article permet à Sa Majesté de revendiquer un privilège de non-communication, mais que cette revendication doit être faite en temps opportun et avant que le document ne soit effectivement communiqué. Par analogie, une fois que le cheval est sorti de l'écurie, il est trop tard pour l'empêcher de s'enfuir en fermant la porte. Les demandeurs affirment qu'une fois qu'un renseignement confidentiel est révélé, l'objet de l'article 39, à savoir empêcher la divulgation des renseignements confidentiels du Cabinet, est mis en échec. Les demandeurs invoquent en particulier l'arrêt *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*<sup>19</sup> qui, selon les défendeurs, porte sur des faits différents ou, sinon, est mal fondé. Les demandeurs citent également le jugement *Leeds et al. v. Alberta (Minister of Environment) et al.*<sup>20</sup>.

62 Dans l'arrêt *Best Cleaners*, le juge Mahoney a notamment statué, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, qu'une attestation déposée la veille du procès par le greffier du Conseil privé en vertu du paragraphe 36.3(1) [S.R.C. 1970, ch. E-10 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4)] (maintenant le paragraphe 39(1)) de la Loi, relativement à des documents et à des renseignements librement divulgués par la Couronne lors de l'enquête préalable ne rendaient pas inadmissibles en preuve, eu égard aux circonstances de cette affaire, les documents produits au cours de l'enquête préalable, et qu'ils ne rendaient pas inadmissibles les témoignages portant sur ces documents. Le juge Mahoney a notamment déclaré<sup>21</sup>:

L'article 36.3 repose sur le principe suivant lequel le Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada sera suffisamment avisé pour ne pas divulguer les renseignements qu'il juge confidentiels et suivant lequel ce n'est que devant «le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de

tion to compel the production of information". On a fair reading of the section, it is the compulsion of the disclosure of the information that is protected against, not the receipt of the information in evidence if it is available otherwise than by exercise of the tribunal's power to compel its production.

There is a large measure of unreality in the proposition that the filing of a certificate has the effect of undoing the disclosure of information already lawfully disclosed to the opposing party in a legal proceeding. Everyone with a legitimate interest in the information has it except the Court. Maintenance of confidentiality against only the Court in such a case implies a Parliamentary intention to permit the filing of a certificate to obstruct the administration of justice while serving no apparent legitimate purpose. No such intention is expressed by Parliament; to infer it is repugnant.

63 In *Leeds*, Associate Chief Justice Miller of the Alberta Court of Queen's Bench followed the decision of Mahoney J.A. in *Best Cleaners*, in circumstances where the Crown in right of Alberta had voluntarily and pursuant to an order disclosed a large number of documents, including Cabinet documents, and had not objected to discovery upon them. Shortly before trial the Crown brought a motion for leave to remove many of the documents on the ground they were irrelevant to the issues or were covered by a public interest immunity. The case was not concerned with section 39 of the Act or any provincial statutory equivalent.

64 Both those cases, in a general way, support the principle that once the Crown discloses documents it can no longer raise a claim to public interest immunity to have them excluded from evidence. Nevertheless, I believe that is too broad a reading of the decision in *Best Cleaners* when one considers the text of section 39. In light of the text, which includes no reference to the time when an objection is to be made by filing a certificate, in my opinion *Best Cleaners* must be read as related to its facts including the prior disclosure in oral discovery of

contraindre à la production de renseignements» qu'il est nécessaire d'invoquer le droit à la confidentialité prévu par la Loi. Une lecture objective de cet article révèle qu'il protège de la contrainte de divulguer ces renseignements et non de leur admission en preuve si ils sont obtenus autrement que par l'exercice, par le tribunal, de son pouvoir de contraindre à leur production.

C'est faire preuve de beaucoup d'irréalisme que de prétendre que le dépôt d'un certificat a pour effet d'effacer la production de renseignements déjà légalement divulgués à la partie adverse dans une procédure judiciaire. Tous ceux qui possèdent un intérêt légitime dans ces renseignements les ont en mains sauf la Cour. Le fait de préserver la confidentialité de ces renseignements uniquement vis-à-vis de la Cour, dans un tel cas, sous-entend l'intention du Parlement d'autoriser le dépôt d'un certificat en vue de faire obstruction à l'administration de la justice et ce, sans aucun motif légitime apparent. Le Parlement n'a pas exprimé une telle intention et la lui prêter est tout simplement choquant.

Dans le jugement *Leeds*, le juge en chef adjoint 63 Miller de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a suivi la décision rendue par le juge Mahoney dans l'arrêt *Best Cleaners*, dans des circonstances dans lesquelles Sa Majesté du chef de l'Alberta avait, volontairement et conformément à une ordonnance, divulgué un grand nombre de documents, y compris des documents du Cabinet, et ne s'était pas opposée à ce qu'ils soient divulgués lors de l'enquête préalable. Peu de temps avant le procès, Sa Majesté a présenté une requête en vue d'obtenir l'autorisation de retirer bon nombre des documents au motif qu'ils n'étaient pas pertinents aux questions en litige ou qu'ils étaient protégés par une immunité d'ordre public. Cette affaire ne portait pas sur l'article 39 de la Loi ou sur une disposition législative provinciale équivalente.

Ces deux décisions appuient, de façon générale, le 64 principe qu'une fois que Sa Majesté a communiqué des documents, elle ne peut plus invoquer une immunité d'ordre public pour les faire exclure de la preuve. J'estime néanmoins qu'il s'agit là d'une interprétation trop large de l'arrêt *Best Cleaners* lorsqu'on examine le libellé de l'article 39. À la lumière du libellé de cet article—qui ne précise rien en ce qui concerne le délai dans lequel l'opposition doit être faite au moyen du dépôt d'une attestation—, j'estime que l'arrêt *Best Cleaners* doit être

information subsequently certified under section 39, and including the filing of the certificate late on the day before trial was set to commence.

65 In my opinion subsection 39(1) is clear in its intent: a court or other body with jurisdiction to compel the production of information shall refuse to order disclosure of information, without itself examining it, where disclosure is objected to and the information is certified in writing, by a minister or the Clerk of the Privy Council for Canada. The rest of section 39 sets out definitions and descriptions of documents that may contain such information and restricts the application of subsection 39(1) to information that has been in existence only for a limited period. As we have seen in *Best Cleaners Mahoney J.A.*, referring to the same statutory provision, but then section 36.3, emphasized that “it is the compulsion of the disclosure of the information that is protected against, not the receipt of the information in evidence if it is available otherwise than by exercise of the tribunal’s power to compel its production”.<sup>22</sup> In *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*<sup>23</sup> MacGuigan J.A., describes the purpose of section 39 as follows:

The wording of section 39 of the Act seems to me to be clear enough: an objection to the disclosure of information by a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council is determinative of the matter where the minister or the Clerk certifies in writing that the information constitutes a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada; in that case disclosure of the information is to be denied without further examination.

66 The section does not create confidences of the Queen’s Privy Council. It does not direct how these are to be protected, except to preclude this Court or any other from ordering disclosure of information once a certificate is issued and filed, whenever that may be done in relation to the Court’s own processes for discovery or for the taking of evidence. In

interprété en fonction de ses propres faits, en tenant notamment compte du fait que des renseignements qui avaient par la suite fait l’objet d’une attestation en vertu de l’article 39 avaient déjà été divulgués lors de l’interrogatoire préalable, et en tenant compte du dépôt tardif de l’attestation, la veille de la date fixée pour l’ouverture du procès.

65 À mon avis, l’objet du paragraphe 39(1) est clair: un tribunal ou un autre organisme qui a le pouvoir de contraindre à la production de renseignements doit refuser d’ordonner la divulgation de renseignements, sans les examiner lui-même, lorsqu’un ministre ou le greffier du Conseil privé pour le Canada s’oppose à leur divulgation et que les renseignements en question font l’objet d’une attestation écrite. Le reste de l’article 39 définit et précise le contenu des documents qui peuvent renfermer de tels renseignements et restreint l’application du paragraphe 39(1) aux renseignements dont l’existence ne remonte qu’à peu de temps. Ainsi que nous l’avons vu dans l’arrêt *Best Cleaners*, le juge Mahoney, qui parlait de la même disposition législative—qui était alors l’article 36.3—a souligné que cet article «protège de la contrainte de divulguer ces renseignements et non de leur admission en preuve si ils sont obtenus autrement que par l’exercice, par le tribunal, de son pouvoir de contraindre à leur production»<sup>22</sup>. Dans l’arrêt *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*<sup>23</sup>, le juge MacGuigan, J.C.A., explique l’objet de l’article 39 dans les termes suivants:

Le libellé de l’article 39 de la Loi m’apparaît suffisamment clair: le fait qu’un ministre de la Couronne ou le greffier du Conseil privé se soient opposés à la divulgation de renseignements tranche la question lorsque le ministre ou le greffier attestent par écrit que les informations demandées constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada; dans ce cas, la divulgation des informations doit être refusée sans autre examen.

66 L’article 39 ne crée pas de renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine. Il n’impose pas la façon dont ceux-ci doivent être protégés; il empêche simplement notre Cour ou tout autre tribunal d’ordonner la divulgation des renseignements une fois qu’une attestation a été signée et déposée, chaque fois que cela peut être fait relativement à la

my opinion section 39 may be applied at any stage and, aside from the exceptional circumstances of *Best Cleaners*, once a certificate in compliance with the Act and the Court's Rules is filed, the Court, and the parties to an action, may not thereafter examine the information that is certified. Here the certificate filed, subject to provision of information identifying documents as they were already listed in affidavits of documents, was effective and the Court may not order production or examination of the 37 documents certified, once it can identify those. None of those have been produced and the Crown's deponents have not answered questions about them in discovery. Similarly, documents already produced may yet be subject to inclusion in a further section 39 certificate or certificates. Any certificate filed hereafter, which identifies the documents, with reference to descriptive numbers for information already assigned to them, will be given effect by the Court.

propre procédure d'enquête préalable de la Cour ou à l'audition de la preuve. À mon avis, l'article 39 peut être appliqué à toute étape et, hormis les circonstances exceptionnelles de l'affaire *Best Cleaners*, une fois qu'une attestation conforme à la Loi et aux Règles de la Cour a été déposée, il n'est plus possible à la Cour—et aux parties à l'action—d'examiner par la suite les renseignements qui font l'objet de l'attestation. En l'espèce, l'attestation qui a été déposée était efficace, sous réserve de la communication de renseignements permettant d'identifier les documents déjà énumérés dans les affidavits, et la Cour ne peut pas ordonner la production ou l'examen des 37 documents attestés une fois qu'elle est en mesure de les identifier. Aucun de ces documents n'a été produit et les auteurs des affidavits de Sa Majesté n'ont pas répondu aux questions qui ont été posées à leur sujet lors de l'interrogatoire préalable. De la même façon, les documents déjà produits peuvent toujours être inclus dans une ou plusieurs attestations fondées sur l'article 39. La Cour donnera effet à toute attestation qui sera déposée après le prononcé du présent jugement et qui identifiera les documents en fonction des numéros descriptifs qui leur ont déjà été attribués.

67 In argument, it was urged that this permits the Crown to apply section 39 with retroactive effect. In my view that is not the case. A certificate, when filed, has effect only from and after the date it is filed. If a document is produced voluntarily by the Crown, that does not limit the Crown's capacity to change its mind and object under section 39 to disclosure of Cabinet confidences.

Lors du débat, les demandeurs ont affirmé que cette façon de procéder permettrait à la Couronne d'appliquer l'article 39 rétroactivement. À mon avis, ce n'est pas le cas. Une attestation ne produit ses effets qu'à compter de la date de son dépôt. La communication volontaire d'un document par Sa Majesté ne limite pas le pouvoir de celle-ci de changer d'avis et de s'opposer en vertu de l'article 39 à la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet.

68 That, however, provides no protection against ordered disclosure until a certificate, in compliance with the Act, is filed. Once documents are included in an affidavit of documents and not claimed as privileged, or if claimed as privileged under section 39, but not claimed within a certificate filed in accord with that section, the plaintiffs are entitled under the Rules to examine the defendants' deponents in relation to those documents.

Sa Majesté n'est cependant pas pour autant protégée contre l'ordonnance de divulgation qui est rendue tant qu'une attestation conforme à l'article 39 de la Loi n'est pas déposée. Une fois que les documents sont inclus dans un affidavit et qu'ils ne font pas l'objet d'une revendication de privilège ou, s'ils font l'objet d'une revendication de privilège en vertu de l'article 39 mais que cette revendication n'est pas formulée dans le cadre d'une attestation déposée conformément à l'article 39, les demandeurs ont le

67

68

69 Of course, in an examination for discovery there may be objection or refusal to answer questions. If there is objection or refusal by representatives of the defendants on grounds that to answer a question in relation to a document, or to answer another question, would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada and the document in question or the information sought is not yet included in a certificate under section 39, then completion and filing of a certificate should be done as a matter of course without unreasonable delay. In *I.L.W.U. v. Canada*,<sup>24</sup> Mr. Justice McNair set out a process for certification by the Clerk of the Privy Council of objections to disclosure of information constituting Cabinet confidences sought by questions in discovery. That seems to me appropriate here, subject to establishment of a process, after consultation with counsel, for a necessary certificate to be filed without unreasonable delay.

70 A similar process with a time established for filing of a certificate or certificates may be useful, upon consultation with counsel, in relation to any proposed filing of section 39 certificates in regard to

a) documents produced to plaintiffs prior to December 1994;

b) documents that, after December 1994 were added to the defendants' production process, but may or may not have been included in supplementary affidavits of documents filed in mid-December 1995, either as producible documents or as documents for which privilege is claimed under section 39 of the Act; or

c) documents processed in the defendants' ongoing process after mid-December 1995.

droit en vertu des Règles d'interroger les auteurs des affidavits des défendeurs au sujet de ces documents.

Évidemment, lors de l'interrogatoire préalable, des objections peuvent être formulées et les personnes interrogées peuvent refuser de répondre. Si les représentants des défendeurs formulent une objection ou refusent de répondre au motif que le fait de répondre à une question se rapportant à un document ou de répondre à une autre question aurait pour effet de divulguer un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada et si le document en question ou le renseignement demandé n'est pas encore inclus dans une attestation signée en vertu de l'article 39, la signature et le dépôt de l'attestation devraient tout naturellement être faits dans un délai raisonnable. Dans le jugement *S.I.D.M. c. Canada*<sup>24</sup>, le juge McNair suggère une procédure d'attestation par le greffier du Conseil privé des oppositions à la divulgation de renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Cabinet et qui sont réclamés par le biais de questions posées lors de l'interrogatoire préalable. Cette procédure me semble appropriée en l'espèce, sous réserve de l'établissement, après consultation des avocats, d'une procédure permettant le dépôt de l'attestation requise dans un délai raisonnable.

Une procédure semblable prévoyant un délai pour le dépôt d'une ou de plusieurs attestations peut s'avérer utile, après consultation des avocats, pour ce qui est de tout dépôt projeté d'attestations prévues à l'article 39 en ce qui concerne l'une ou l'autre des catégories suivantes de documents:

a) les documents communiqués aux demandeurs avant décembre 1994;

b) les documents qui, après décembre 1994, ont été ajoutés au processus de communication des défendeurs, mais qui ont ou n'ont pas été inclus dans les affidavits supplémentaires de documents déposés à la mi-décembre 1995, à titre de documents communicables ou de documents faisant l'objet d'une revendication de privilège en vertu de l'article 39 de la Loi;

c) les documents traités dans le processus en cours des défendeurs après la mi-décembre 1995.



### Conclusion

71 In the result, the plaintiffs' motion is allowed in part only. The certificate filed on December 16, 1994, is deficient in its failure to provide any identifying reference, by number or descriptive detail, between the documents as listed in the certificate and those listed in affidavits of documents previously filed. That deficiency may be remedied by provision of information to counsel for the plaintiffs and to the court that will identify the documents now certified. The deficiency arises because, without identifying the documents certified by reference to document descriptions or numbers previously assigned in this action, the Court is in no position to refuse to order disclosure of documents previously listed, unless they be privileged on some other ground. The certificate otherwise meets the requirements of section 39 and of the Court's Rules. If the information identifying the 37 documents certified, by reference to the documents included in earlier lists, is not provided to counsel for the parties within such reasonable time as counsel may agree, or failing agreement as may be set by this Court, then defendants shall produce the documents to the plaintiffs forthwith.

72 In my opinion a certificate made in accord with section 39 of the Act may be filed at any time, before or after disclosure of documents by affidavits of documents or production of the documents themselves, and before questions about them are answered in oral discovery. Aside from very exceptional circumstances such as those in *Best Cleaners*, whenever a certificate is filed it effectively precludes the Court thereafter from examining the information or compelling its disclosure, but only a certificate in accord with section 39 can preclude the Court from ordering disclosure by production of documents or by answering questions in discovery. Only a certificate that identifies the documents to the Court, and the parties, can be expected to be effective in having the Court refuse to order disclosure.

### Dispositif

71 En conséquence, la requête des demandeurs est accueillie en partie seulement. L'attestation déposée le 16 décembre 1994 est insuffisante, étant donné qu'elle ne permet pas d'identifier—que ce soit par numéro ou par détails descriptifs—les documents énumérés dans l'attestation et ceux qui sont énumérés dans les affidavits qui ont déjà été déposés. Les défendeurs peuvent corriger cette lacune en communiquant à l'avocat des demandeurs et au tribunal des renseignements permettant d'identifier les documents qui font l'objet de la présente attestation. Cette lacune s'explique par le fait que, si les documents attestés ne sont pas identifiés en fonction des descriptions ou des numéros qui leur ont déjà été attribués dans la présente action, la Cour n'est pas en mesure de refuser d'ordonner la divulgation des documents déjà énumérés, sauf s'ils sont protégés pour un autre motif. L'attestation satisfait par ailleurs aux exigences de l'article 39 et aux Règles de la Cour. Si les renseignements qui permettent d'identifier les 37 documents visés par l'attestation en fonction des documents inclus dans des listes déjà produites ne sont pas communiqués aux avocats des parties dans un délai raisonnable fixé par les avocats d'un commun accord ou, à défaut d'entente, par la Cour, les défendeurs communiqueront sans délai les documents en question aux demandeurs.

72 À mon avis, une attestation faite conformément à l'article 39 de la Loi peut être déposée en tout temps avant ou après la communication des documents au moyen d'affidavits ou par la production des documents eux-mêmes, et avant que l'on réponde aux questions posées à leur sujet lors de l'interrogatoire préalable. Exception faite de circonstances très exceptionnelles comme celles de l'affaire *Best Cleaners*, le dépôt d'une attestation empêche effectivement la Cour d'examiner par la suite les renseignements ou d'ordonner leur divulgation. Cependant, seule l'attestation qui est conforme à l'article 39 peut empêcher la Cour d'ordonner la divulgation en prescrivant la production des documents ou en ordonnant aux témoins de répondre aux questions qui leur sont posées lors de l'interrogatoire préalable. Seule l'attestation qui permet à la Cour et aux parties d'identifier les documents en cause peut avoir

pour effet d'amener la Cour à refuser d'ordonner la divulgation des renseignements demandés.

73 The defendants' representatives are directed to answer questions asked in discovery so far as the answers do not reveal information constituting a confidence of the Queen's Privy Council for Canada. If the answers are deemed to require revelation of such information any objection that is not related to a document already certified can only properly be confirmed by inclusion in a certificate made in accord with section 39 of the Act, and filed within such reasonable time after the objection or refusal is made as the parties may agree upon or this Court by order will direct.

73 La Cour ordonne aux représentants des défendeurs de répondre aux questions posées lors de l'interrogatoire préalable dans la mesure où les réponses qu'ils donnent n'ont pas pour effet de révéler des renseignements qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Si les réponses sont réputées exiger la révélation de tels renseignements, toute opposition qui ne se rapporte pas à un document faisant déjà l'objet d'une attestation peut régulièrement être confirmée par son inclusion dans une attestation faite conformément à l'article 39 de la Loi et déposée dans le délai raisonnable qui suit la formulation de l'opposition ou le refus et que les parties peuvent fixer d'un commun accord ou que la Cour peut fixer par ordonnance.

74 It may be, as the defendants say, that documents which, after their production, are included in a section 39 certificate are of no use to the plaintiffs for they are subject to an implied undertaking not to use them for any reason other than this litigation, and once certified under section 39 they may not be ordered to be examined or disclosed. Nevertheless, section 39 itself makes no provisions for the return of documents that have been produced. The Court is not disposed to order that documents, once they are produced, be returned to the defendants if they are included under a section 39 certificate. As noted, all documents produced are subject to an implied undertaking restricting their use other than for this action. They are also subject to a confidentiality order earlier issued in these proceedings. The parties may agree upon return of such documents now or after trial.

74 Il se peut, comme l'affirment les défendeurs, que des documents qui, après leur production, sont inclus dans une attestation signée en vertu de l'article 39 ne soient d'aucune utilité pour les demandeurs, étant donné qu'ils sont assujettis à un engagement implicite de ne pas les utiliser à d'autres fins que celles du présent procès et qu'une fois attestés en vertu de l'article 39, la Cour n'ordonne pas qu'ils soient examinés ou divulgués. Néanmoins, l'article 39 lui-même ne renferme aucune disposition en ce qui concerne la remise des documents qui ont été produits. La Cour n'est pas disposée à ordonner qu'une fois produits, les documents soient remis aux défendeurs s'ils sont inclus dans une attestation fondée sur l'article 39. Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, tous les documents qui sont produits sont assujettis à l'engagement implicite de ne les utiliser que pour la présente action. Ils sont également assujettis à l'ordonnance de confidentialité déjà prononcée dans la présente instance. Les parties peuvent s'entendre maintenant ou après le procès sur la remise des documents en question.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. C-5.

<sup>2</sup> Order, dated 9 September 1994, describing documents to be included in Schedule IIB of an amended affidavit of documents.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. C-5, mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5.

<sup>2</sup> Ordonnance du 9 septembre 1994 énumérant les documents devant être inclus à l'annexe IIB jointe à l'affidavit modifié.

<sup>3</sup> *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.), at p. 768.

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. C-5.

<sup>5</sup> [1990] 2 F.C. 641 (C.A.), at pp. 649-650.

<sup>6</sup> *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

<sup>7</sup> *Air Canada v Secretary of State for Trade (No 2)*, [1983] 1 All ER 910 (H.L.), at pp. 917 and 925; *Makanjuola v Commr of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All ER 617 (C.A.), at p. 623.

<sup>8</sup> In the case of the Crown federal, this was effected originally by the *Crown Liability Act*, S.C. 1952-53, c. 30; subsequently amended and re-enacted, now the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 as am., in particular by S.C. 1990, c. 8.

<sup>9</sup> [1986] 2 S.C.R. 637, at pp. 647-654.

<sup>10</sup> [1983] 1 F.C. 917 (T.D.), at pp. 923-927.

<sup>11</sup> SOR/90-846, s. 15.

<sup>12</sup> S.C. 1990, c. 8, s. 31.

<sup>13</sup> SOR/91-604.

<sup>14</sup> *Supra*, note 5.

<sup>15</sup> *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 F.C. 917 (T.D.), at pp. 931-933.

<sup>16</sup> *Supra*, note 5, at p. 654.

<sup>17</sup> *Supra*, note 5, at p. 649.

<sup>18</sup> (1995), 95 F.T.R. 92 (F.C.T.D.), at p. 94.

<sup>19</sup> [1985] 2 F.C. 293 (C.A.).

<sup>20</sup> (1990), 106 A.R. 105 (Q.B.).

<sup>21</sup> *Supra*, note 19, at p. 311.

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> [1992] 2 F.C. 130 (C.A.), at p. 148.

<sup>24</sup> [1989] 1 F.C. 444 (T.D.).

<sup>3</sup> *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), à la p. 768.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. C-5, mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144).

<sup>5</sup> [1990] 2 C.F. 641 (C.A.), aux p. 649 et 650.

<sup>6</sup> *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

<sup>7</sup> *Air Canada v Secretary of State for Trade (No 2)*, [1983] 1 All ER 910 (H.L.), aux p. 917 et 925; *Makanjuola v Commr of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All ER 617 (C.A.), à la p. 623.

<sup>8</sup> Dans le cas de la Couronne fédérale, on y est parvenu d'abord en adoptant la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1952-53, ch. 30, loi qui a été par la suite modifiée et a été rééditée et qui s'intitule maintenant *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, mod., en particulier par L.C. 1990, ch. 8.

<sup>9</sup> [1986] 2 R.C.S. 637, aux p. 647 à 654.

<sup>10</sup> [1983] 1 C.F. 917 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 923 à 927.

<sup>11</sup> DORS/90-846, art. 15.

<sup>12</sup> L.C. 1990, ch. 8, art. 31.

<sup>13</sup> DORS/91-604.

<sup>14</sup> *Supra*, note 5.

<sup>15</sup> *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 C.F. 917 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 931 à 933.

<sup>16</sup> *Supra*, note 5, à la p. 654.

<sup>17</sup> *Supra*, note 5, à la p. 649.

<sup>18</sup> (1995), 95 F.T.R. 92 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 94.

<sup>19</sup> [1985] 2 C.F. 293 (C.A.).

<sup>20</sup> (1990), 106 A.R. 105 (B.R.).

<sup>21</sup> *Supra*, note 19, à la p. 311.

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> [1992] 2 C.F. 130 (C.A.), à la p. 148.

<sup>24</sup> [1989] 1 C.F. 444 (1<sup>re</sup> inst.).

T-2022-89

Chief Victor Buffalo acting on his own behalf and on behalf of all the other members of the Samson Indian Nation and Band and The Samson Indian Band and Nation (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in right of Canada, The Minister of Indian Affairs and Northern Development and The Minister of Finance (*Defendants*)

T-1386-90

Chief Jerome Morin acting on his own behalf as well as on behalf of all the other members of Enoch's Band of Indians and the Residents thereof on and of Stony Plain Reserve No. 135 (*Plaintiffs*)

v.

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

T-1254-92

Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, the elected Chief and Councillors of the Ermineskin Indian Band and Nation suing on their own behalf and on behalf of all the other members of the Ermineskin Indian Band and Nation (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in right of Canada, The Honorable Thomas R. Siddon, Minister of Indian Affairs and Northern Development, The Honourable Donald Mazankowski, Minister of Finance (*Defendants*)

*INDEXED AS: SAMSON INDIAN NATION AND BAND v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, MacKay J.—Calgary, December 14, 1995; Ottawa, March 20, 1996.

T-2022-89

Le chef Victor Buffalo agissant en son nom et au nom de tous les membres de la Nation et de la Bande des Indiens Samson et la Bande et la Nation des Indiens Samson (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le ministre des Finances (*défendeurs*)

T-1386-90

Le chef Jerome Morin agissant en son nom et au nom de tous les membres de la Bande des Indiens Enoch et des résidents de la réserve n° 135 de Stony Plain (*demandeurs*)

c.

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

T-1254-92

Le chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, respectivement chef et conseillers élus de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin, agissant en leur nom et au nom de tous les membres de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, l'honorable Thomas R. Siddon, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, l'honorable Donald Mazankowski, ministre des Finances (*défendeurs*)

*RÉPERTORIÉ: NATION ET BANDE DES INDIENS SAMSON c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge MacKay—Calgary, 14 décembre 1995; Ottawa, 20 mars 1996.

*Practice — Privilege — Application of F.C.A. decision ([1995] 2 F.C. 762) on issue of privilege in breach of trust actions brought by Indian bands relating to Crown management of surrendered oil, gas resources and revenues derived therefrom — Production ordered of documents for which legal advice privilege claimed by Crown in light of trust-like relationship between Crown, plaintiffs where documents related to legal advice referring specifically to trust-related matters — Generic legal advice excluded — Onus in establishing document privileged — Sufficient details to be given in affidavit of documents to support privilege claim.*

*Crown — Trusts — Native peoples — Interest of plaintiffs as beneficiaries of specific trust-like arrangements with Crown warranting disclosure of any document in nature of legal advice received by Crown in administration of surrendered oil, gas resources in reserve lands.*

*Native peoples — Crown claiming privilege in breach of trust actions brought by Indian Bands relating to Crown management of surrendered oil, gas resources and revenues therefrom — Documents for which legal advice privilege claimed ordered to be produced in light of special trust-like relationship between Crown, Indians — Production ordered for documents relating to Crown programs, services including reference to oil and gas assets, or financial resources therefrom.*

Claims of privilege, on solicitor and client basis, were made with respect to documents covered by affidavits of documents filed in actions involving a variety of claims in regard to alleged wrongs by the Crown and its officers, extending over some 50 years, and continuing today. Their essential elements arise from the Crown's management and exploitation of oil and gas resources in reserve lands which the three bands surrendered to Her Majesty in the 1940's, from the Crown's management of the revenues derived therefrom, and from the Crown's funding of programs and services said by the plaintiffs to have been adversely affected because the plaintiff bands were perceived as having financial resources of their own.

*Pratique — Communications privilégiées — Application d'une décision de la C.A.F. ([1995] 2 C.F. 762) sur une question de privilège dans le cadre d'actions pour violation d'obligations dans l'administration d'une fiducie intentées par les bandes indiennes relativement à la gestion par la Couronne de ressources de gaz et de pétrole qui lui avaient été cédées et de revenus tirés de ces ressources — Ordonnance de production des documents à l'égard desquels la Couronne invoquait le privilège des conseils juridiques, compte tenu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existait entre la Couronne et les demandeurs lorsque les documents renfermaient des conseils juridiques traitant précisément de questions touchant la fiducie — Conseils juridiques d'ordre général exclus de l'ordonnance — Fardeau de la preuve du caractère privilégié des documents — L'affidavit de document doit être suffisamment détaillé pour appuyer la revendication de privilège.*

*Couronne — Fiducies — Peuples autochtones — L'intérêt des demandeurs en qualité de bénéficiaires d'arrangements particuliers de nature fiduciaire passés avec la Couronne justifie la communication de tout document qui est de la nature de conseils juridiques reçus par la Couronne relativement à la gestion des ressources de gaz et de pétrole qui lui ont été cédées et qui sont situées sur les terres des réserves.*

*Peuples autochtones — Revendication d'un privilège par la Couronne dans le cadre d'actions pour violation d'obligations dans l'administration d'une fiducie intentées par les bandes indiennes relativement à la gestion par la Couronne de ressources de gaz et de pétrole qui lui ont été cédées et de revenus tirés de ces ressources — Ordonnance de production des documents à l'égard desquels le privilège des conseils juridiques était invoqué, compte tenu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existait entre la Couronne et les Indiens — Ordonnance de production des documents ayant trait aux programmes et services offerts sous l'égide de la Couronne, dans lesquels il est fait référence aux ressources minérales de pétrole et de gaz, ou aux ressources financières en provenant.*

Un privilège a été revendiqué, sur la base procureur-client, au sujet des documents mentionnés dans des affidavits de documents déposés dans des actions comportant une série d'allégations concernant des fautes qu'auraient commises la Couronne et ses représentants, sur une période de plus de 50 ans, et qui se seraient perpétuées jusqu'à aujourd'hui. Leurs éléments essentiels portaient sur la gestion et l'exploitation par la Couronne des ressources de pétrole et de gaz situées sur les terres des réserves que les trois bandes ont cédées à Sa Majesté dans les années 1940, sur la gestion par la Couronne des revenus tirés de ces ressources, et sur le financement par la Couronne de programmes et de services, financement qui aurait été inférieur à ce qu'il aurait dû être, selon les demandeurs, du fait que la Couronne a supposé que les

The issues raised were: whether any documents claimed as privileged by the Crown should be ordered to be produced in light of the special trust-like relationship between the Crown and the plaintiffs; where the onus lay in establishing that a document was privileged and what information had to be provided as to each document in respect which a claim of privilege was asserted.

MacKay J. had made an order that all documents for which privilege was claimed, other than solicitor-client communications advising on this litigation, should be produced. The Court of Appeal varied that ruling by a decision reported at [1995] 2 F.C. 762. The plaintiffs read that decision as supporting substantial disclosure upon discovery of documents here classed as privileged legal advice because of the special trust-like relationship between the Crown and the plaintiffs which the decision recognizes. In the Crown's view there was no aspect of the relationship between the Crown and the plaintiffs that would warrant an order to produce any documents claimed as privileged. Both parties avoided defining any special trust-like arrangements here at issue.

The decision of the Court of Appeal warranted directions by this Court which took into account "the variation of a trust in Indian land" which the respective surrenders of mineral rights by the plaintiff bands to Her Majesty created. For discovery purposes, that particular trust-like arrangement may be taken as imposing upon the Crown responsibility to manage the assets surrendered, the mineral rights, and derivatives from them, for the benefit of the bands, who were the only beneficiaries of the Crown's management. So at least in relation to the Crown's discharge of its responsibilities in relation to these trust-like arrangements, legal advice sought and received by the Crown, in the administration and in carrying out its duties as "trustee", was advice in which the plaintiff bands and peoples have a joint interest, an interest which the Crown could not deny, and which no one else could claim, an interest akin to that of a beneficiary of a private trust. That interest warranted disclosure of any document in the nature of legal advice sought or received by the Crown concerning the administration of the assets, the management of revenues from their exploitation, or decisions on programs or services as those may have been affected by reference to the existence of the assets surrendered and the revenues derived from those assets.

bandes demandresses avaient des ressources financières personnelles.

Les questions en litige étaient les suivantes: les documents au sujet desquels la Couronne revendiquait un privilège devaient-ils être produits, compte tenu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existait entre la Couronne et les demandeurs; à quelle partie incombe la charge d'établir qu'un document est privilégié et quels renseignements devaient être communiqués pour chacun des documents à l'égard desquels un privilège était revendiqué.

Le juge MacKay avait ordonné que tous les documents à l'égard desquels un privilège avait été revendiqué soient produits, à l'exception des documents protégés par le privilège des communications entre avocat et client ayant pris la forme de conseils juridiques se rapportant à l'instance. La Cour d'appel a modifié cette décision dans un arrêt publié dans [1995] 2 C.F. 762. D'après les demandeurs, la décision de la Cour d'appel était favorable à l'étape de l'enquête préalable à une très large communication de documents, classés en l'espèce comme des conseils juridiques privilégiés à cause du rapport spécial de nature fiduciaire qui existait entre la Couronne et les demandeurs, et qui est reconnu dans la décision. De l'avis de la Couronne, aucun des aspects du rapport qui existait entre elle et les demandeurs ne justifiait une ordonnance de produire des documents à l'égard desquels un privilège était revendiqué. Les deux parties ont évité de définir les arrangements spéciaux de nature fiduciaire en cause.

La décision de la Cour d'appel justifiait que la présente Cour émette des directives qui tiennent compte de «la modification d'une fiducie visant des terres indiennes», qui a été créée par les cessions respectives des droits miniers des bandes demandresses à Sa Majesté. Pour répondre aux questions qui se posent au stade de l'enquête préalable, ces arrangements particuliers de nature fiduciaire peuvent être réputés mettre à la charge de la Couronne la responsabilité de gérer les biens cédés, les droits miniers et les revenus tirés de ces cessions et droits au profit des bandes, qui étaient les seuls bénéficiaires des activités de gestion de la Couronne. Pour ce qui a trait, à tout le moins, à l'exécution des responsabilités de la Couronne relativement à ces arrangements de nature fiduciaire, les conseils juridiques qu'elle a demandés et reçus dans l'administration et l'exécution de ses devoirs de «fiduciaire» étaient des conseils à l'égard desquels les bandes demandresses et leurs membres avaient un intérêt conjoint que la Couronne, à mon avis, ne pouvait nier et que personne d'autre ne pouvait revendiquer, c'est-à-dire un intérêt qui s'apparentait fort à celui du bénéficiaire d'une fiducie privée. Cet intérêt justifiait la communication de tout document qui était de la nature de conseils juridiques demandés ou reçus par la Couronne relativement à l'administration des biens, à la gestion des revenus tirés de leur exploitation ou aux décisions concernant des programmes et des services dont le financement a pu être

Where a document heretofore claimed as privileged referred only in part to the specific trust-like arrangements as defined above, this Court would order production of that part, severed from the rest of the document, unless the portion that would be produced was insignificant in the context of the issues raised in these cases.

Generic legal advice, not referable specifically to the plaintiff bands or the "assets" here surrendered or revenues derived therefrom, and legal advice with reference to some other band would not be affected by any direction hereby made. Disclosure was ordered only in relation to any document relating to legal advice that refers specifically to administration of the mineral assets surrendered or management of the moneys derived therefrom, or programs and services which were discussed with any reference to the oil and gas interests or the royalties derived therefrom administered for the benefit of the plaintiff bands under the trusts in Indian land resulting from the surrenders in 1946.

While it was true that the onus of proof is on the party claiming privilege, that onus is generally discharged by that party filing an affidavit that is sufficient in identifying the relevant documents and setting forth, for each document, the particular basis on which the claim of privilege rests. There was no ultimate onus on the defendant here claiming privilege to establish, in this case, reasons why a document so claimed was not to be assumed to be disclosed. There was no presumption favouring disclosure of any legal advice sought or received by the Crown arising from its general relationship with the plaintiffs. It was otherwise for documents ordered to be produced which were related to the special trust-like arrangements arising from the 1946 surrenders.

Finally, there was an issue as to the details of documents claimed as privileged which the Crown should be required to disclose. An affidavit of documents, or related affidavits, must provide sufficient factual basis for the specific claim of privilege, for each document, i.e., whether the party claiming privilege relies upon the litigation privilege where the dominant purpose of the document is related to litigation, actual or contemplated, or upon the legal advice privilege in that it is directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice within the continuum of communication in which the solicitor tenders advice. The information here provided by the Crown about documents claimed to be privileged met

inférieur à ce qu'il aurait dû être du fait de la valeur présumée des biens cédés et des revenus tirés de ces biens.

Lorsqu'un document à l'égard duquel un privilège était revendiqué ne référerait qu'en partie aux arrangements particuliers de nature fiduciaire définis ci-dessus, la Cour aurait ordonné la production de cette portion du document, à l'exclusion du reste, à moins que cette portion n'ait aucune importance dans le contexte des questions soulevées dans les actions.

La directive ne devait aucunement porter atteinte aux conseils juridiques de nature générale, qui ne pouvaient être associés précisément aux bandes demanderesse, aux «biens» cédés ou aux revenus tirés de ces biens, non plus qu'aux conseils juridiques faisant référence à toute autre bande. Ne devaient être communiqués que les documents renfermant des conseils juridiques traitant précisément de l'administration des ressources minérales cédées, ou de la gestion des fonds provenant de l'exploitation de ces ressources, ou de programmes et de services dont la mise en œuvre ou la prestation a été discutée au regard des droits pétroliers et gaziers ou des redevances perçues sur ces droits et qui étaient administrés au profit des bandes demanderesse en vertu des fiducies relatives à des terres indiennes découlant des cessions de 1946.

Il est vrai que la charge de la preuve incombe à la partie qui revendique le privilège. Toutefois, cette partie peut généralement s'en acquitter en déposant un affidavit qui décrit avec suffisamment de détails les documents pertinents et qui énonce, pour chaque document, le fondement particulier de la revendication. La défenderesse, qui revendiquait le privilège, n'était pas tenue, au bout du compte, d'établir les motifs pour lesquels il ne fallait pas présumer qu'un document visé par la revendication devait être communiqué. Il n'y avait pas de présomption qui favorisait la divulgation de conseils juridiques demandés ou reçus par la Couronne du fait de ses rapports généraux avec les demandeurs. Il en était autrement des documents dont la production a été ordonnée et qui avaient trait aux arrangements spéciaux de nature fiduciaire découlant des cessions de 1946.

Enfin, le tribunal devait trancher une question concernant les renseignements que la Couronne devait être tenue de fournir relativement à chaque document à l'égard duquel un privilège était revendiqué. Un affidavit de documents, ou des affidavits connexes, doivent fournir un fondement factuel suffisant pour justifier le privilège revendiqué à l'égard de chaque document, c'est-à-dire indiquer si la partie qui revendique le privilège s'appuie sur le privilège des communications préparées principalement en vue de la poursuite d'une instance en cours ou envisagée, ou sur le privilège des conseils juridiques en ce sens que ce document est directement lié à la demande, à la formulation ou à la prestation de conseils juridiques

the normal requirements, with the possible exception of setting out the basis for the claim of privilege for each document. The Crown was ordered to do so where it had not already been done. Should the plaintiffs question the privilege claimed for any document, the Court would examine it in light of the evidence, including the affidavits of documents or other supporting affidavits.

So that progress might be made even pending consideration by the parties of an appeal from this order, directions were issued that the parties consult with the Court in continuing pre-trial discussions about a) whether the defendants should be instructed to prepare a separate list to include all documents claimed to be privileged under the litigation privilege; b) whether the defendants should be instructed to prepare a separate list for documents thus far claimed under the legal advice privilege; c) whether the plaintiffs question the classification of documents by the Crown as irrelevant.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 448(5) (as am. by SOR/90-846, s. 15).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Creaser v. Warren and Warren* (1987), 77 N.S.R. (2d) 429; 36 D.L.R. (4th) 147; 191 A.P.R. 429 (C.A.); *Roy v. Krilow*, [1995] 7 W.W.R. 130; (1995), 29 Alta. L.R. (3d) 272; 36 C.P.C. (3d) 58 (Q.B.); *Visa International Service Assn. v. Block Brothers Realty Ltd.* (1983), 64 B.C.L.R. (2d) 390; 11 C.P.C. (3d) 147 (C.A.); *Woreta v. Chang* (1994), 156 A.R. 49; 26 C.P.C. (3d) 249 (Q.B.); *Walsh-Canadian Construction Company Limited v. Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 34; 61 A.P.R. 34; 9 C.P.C. 229 (S.C.).

dans le cadre d'une communication continue au cours de laquelle l'avocat fournit des conseils. Les renseignements fournis en l'espèce par la Couronne au sujet des documents à l'égard desquels un privilège était revendiqué répondaient aux exigences normales, à l'exception peut-être de la déclaration exposant le fondement de la revendication pour chacun d'eux. Le tribunal a ordonné à la Couronne de le faire si ce n'était déjà fait. Si les demandeurs contestaient le privilège revendiqué pour chaque document, la Cour examinerait ces documents au vu de la preuve, notamment au vu des affidavits de documents ou d'autres affidavits déposés à l'appui du privilège.

Pour faire avancer la situation, même avant l'expiration du délai d'appel, d'autres directives ont aussi été émises pour que les parties consultent la Cour au cours des entretiens préalables à l'instruction au sujet des points suivants: a) les défendeurs devaient-ils recevoir pour instructions de préparer une liste séparée qui inclurait tous les documents à l'égard desquels le privilège des communications liées à une instance était revendiqué; b) les défendeurs devaient-ils recevoir pour instructions de préparer une liste séparée pour les documents à l'égard desquels ils avaient revendiqué jusqu'alors le privilège des conseils juridiques; c) les demandeurs contestaient-ils l'allégation de non-pertinence avancée par la Couronne.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 448(5) (mod. par DORS/90-846, art. 15).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Creaser v. Warren and Warren* (1987), 77 N.S.R. (2d) 429; 36 D.L.R. (4th) 147; 191 A.P.R. 429 (C.A.); *Roy v. Krilow*, [1995] 7 W.W.R. 130; (1995), 29 Alta. L.R. (3d) 272; 36 C.P.C. (3d) 58 (B.R.); *Visa International Service Assn. v. Block Brothers Realty Ltd.* (1983), 64 B.C.L.R. (2d) 390; 11 C.P.C. (3d) 147 (C.A.); *Woreta v. Chang* (1994), 156 A.R. 49; 26 C.P.C. (3d) 249 (B.R.); *Walsh-Canadian Construction Company Limited v. Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 34; 61 A.P.R. 34; 9 C.P.C. 229 (C.S.).



## CONSIDERED:

*Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer)* (1993), 135 A.R. 363; [1993] 5 W.W.R. 710; 8 Alta. L.R. (3d) 429; 15 C.P.C. (3d) 331; 33 W.A.C. 363 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Delta Electric Co. Ltd. v. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Limited and Morden & Helwig Limited* (1984), 53 N.B.R. (2d) 406; 138 A.P.R. 406 (Q.B.); *Stamper v. Finnigan, Via Rail Canada Inc., Canadian National Railway Company and New Brunswick* (1984), 57 N.B.R. (2d) 411; 148 A.P.R. 411; 1 C.P.C. (2d) 175 (Q.B.); *Procter & Gamble Co. v. Nabisco Brands Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 570; 97 N.R. 379 (F.C.A.).

ORDER with directions for dealing with the defendants' claims of privilege, on solicitor and client basis, for documents covered by affidavits of documents filed in three actions by the plaintiff Indian bands against the Crown, in application of a Court of Appeal decision herein (*Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; 184 N.R. 139 (C.A.); varg *Buffalo et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.* (1994), 86 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)).

## COUNSEL:

*James A. O'Reilly, François Joyal, Edward H. Molstad, Q.C.* and *Judy D. MacLachlan* for plaintiff Samson Band.  
*L. Leighton Decore* for plaintiff Enoch Band.

*Malcolm O. Maclean* for plaintiff Ermineskin Band.

*Alan D. Macleod, Q.C., Mary E. Comeau, Cara Stelmack* and *Barbara S. Ritzen* for defendants.

## SOLICITORS:

*O'Reilly & Associés, Montréal, Parlee & McLaws, Edmonton* and *Rae & Company, Calgary*, for plaintiff Samson Band.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer)* (1993), 135 A.R. 363; [1993] 5 W.W.R. 710; 8 Alta. L.R. (3d) 429; 15 C.P.C. (3d) 331; 33 W.A.C. 363 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Delta Electric Co. Ltd. v. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Limited and Morden & Helwig Limited* (1984), 53 N.B.R. (2d) 406; 138 A.P.R. 406 (B.R.); *Stamper v. Finnigan, Via Rail Canada Inc., Canadian National Railway Company and New Brunswick* (1984), 57 N.B.R. (2d) 411; 148 A.P.R. 411; 1 C.P.C. (2d) 175 (B.R.); *Procter & Gamble Co. c. Nabisco Brands Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 570; 97 N.R. 379 (C.A.F.).

ORDONNANCE accompagnée de directives en vue de régler le privilège revendiqué par les défendeurs, sur la base procureur-client, au sujet des documents mentionnés dans des affidavits de documents déposés dans trois actions intentées par les bandes indiennes demanderesse contre la Couronne, en application d'une décision de la Cour d'appel (*Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; 184 N.R. 139 (C.A.); modifiant *Buffalo et al. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) et al.* (1994), 86 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)).

## AVOCATS:

*James A. O'Reilly, François Joyal, Edward H. Molstad, c.r.* et *Judy D. MacLachlan* pour la Bande des Indiens Samson, demanderesse.

*L. Leighton Decore* pour la Bande des Indiens Enoch, demanderesse.

*Malcolm O. Maclean* pour la Bande des Indiens Ermineskin, demanderesse.

*Alan D. Macleod, c.r., Mary E. Comeau, Cara Stelmack* et *Barbara S. Ritzen* pour les défendeurs.

## PROCUREURS:

*O'Reilly & Associés, Montréal, Parlee & McLaws, Edmonton* et *Rae & Company, Calgary*, pour la Bande des Indiens Samson, demanderesse.

*Biamonte, Cairo & Shortreed*, Edmonton, for plaintiff Enoch Band.

*Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, for plaintiff Ermineskin Band.

*Macleod Dixon*, Calgary and *Deputy Attorney General of Canada* for defendants Her Majesty the Queen and other defendants in all three actions.

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

1 MACKAY J.: These reasons concern an order now issued with directions for dealing with the defendants' claims of privilege, on solicitor and client basis, for documents included in affidavits of documents filed in these three actions. The actions are ordered to be heard together, with trial scheduled to commence in the spring of 1997 and pre-trial preparations are coordinated in case management.

2 These actions include a variety of claims in regard to alleged wrongs by the Crown and its officers, extending over some 50 years, and continuing today. At the risk of oversimplifying the actions, their essential elements may be said to arise from the Crown's management and exploitation of oil and gas resources in reserve lands which the three bands surrendered to Her Majesty in the mid 1940's, from the Crown's management of moneys derived as royalties or other revenues from leases or sales of oil and gas resources surrendered, and from the Crown's funding of programs and services said by the plaintiffs to have been adversely affected because the plaintiff bands were perceived as having financial resources of their own.

#### Document production and claims of privilege

3 The claims for privilege were first made in initial affidavits of documents filed in accord with court

*Biamonte, Cairo & Shortreed*, Edmonton, pour la Bande des Indiens Enoch, demanderesse.

*Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, pour la Bande des Indiens Ermineskin, demanderesse.

*Macleod Dixon*, Calgary, et le *sous-procureur général du Canada* pour Sa Majesté la Reine et les autres défendeurs dans les trois actions.

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

1 LE JUGE MACKAY: Les présents motifs ont trait à une ordonnance maintenant émise et assortie de directives en vue de régler le privilège revendiqué par les défendeurs, sur la base procureur-client, au sujet des documents mentionnés dans des affidavits de documents déposés dans les trois actions. Les actions seront entendues conjointement, l'ouverture de l'instruction étant prévue pour le printemps de 1997, et sa préparation étant coordonnée par les responsables de la gestion des cas.

2 Ces actions comportent toute une série d'allégations concernant des fautes qu'auraient commises la Couronne et ses représentants, sur une période de plus de 50 ans, et qui se seraient perpétuées jusqu'à aujourd'hui. Au risque de simplifier à l'excès les actions, disons que leurs éléments essentiels portent sur la gestion et l'exploitation par la Couronne des ressources de pétrole et de gaz situées sur les terres des réserves que les trois bandes ont cédées à Sa Majesté au milieu des années 1940, sur la gestion par la Couronne des fonds perçus sous forme de redevances ou d'autres revenus tirés de la location ou de la vente des ressources de pétrole et de gaz ainsi cédées, et sur le financement par la Couronne de programmes et de services, financement qui aurait été inférieur à ce qu'il aurait dû être, selon les demandeurs, du fait que la Couronne a supposé que les bandes demanderesse avaient des ressources financières personnelles.

#### Production de documents et revendication de privilège

3 Le privilège a d'abord été revendiqué dans les premiers affidavits de documents déposés conformé-

directions on March 3, 1994, relating to money management issues, on March 30, 1994, relating to oil and gas issues, and on June 15, 1994, in relation to programs and services issues.

4 Thereafter the parties were unable to resolve differences between them about production of documents and issues of privilege, among other issues arising in regard to the affidavits of documents filed by the defendants (hereinafter referred to primarily as the "Crown"). After hearing counsel for the parties in all three actions, on September 9, 1994 I ordered that, in the circumstances of this case, all documents claimed as privileged should be produced, except those arising from solicitor and client communications constituting advice with reference to this particular litigation.<sup>1</sup>

5 The Court of Appeal varied that ruling,<sup>2</sup> allowing an appeal by the Crown. In effect, solicitor and client privilege in relation to documents is to be recognized for all communications between solicitor and client, or with third parties, the dominant purpose of which is related to existing or contemplated litigation, under the so-called litigation privilege. It is also to be recognized in relation to solicitor and client communications directly concerned with seeking, formulating or giving legal advice, under the so-called legal advice privilege, with some possible exception in the special circumstances of this case. I say with possible exception in this case because the parties here do not agree on the interpretation or application of the decision of the Court of Appeal, a matter to which we shall return. The order, as varied on appeal, directed the filing of an amended affidavit of documents identifying in separate lists, Schedules IIC and IIE, described as follows:

Schedule IIC— Documents for which solicitor and client privilege is claimed on the ground they

ment aux directives de la Cour émises le 3 mars 1994 pour les questions relatives à la gestion des fonds, le 30 mars 1994 pour les questions touchant les ressources de pétrole et de gaz, et le 15 juin 1994 pour ce qui a trait aux programmes et services.

4 Par la suite, les parties n'ont pas réussi à régler leurs différends concernant, notamment, la production des documents et les questions de privilège invoquées au sujet des affidavits de documents déposés par les défendeurs (ci-après collectivement appelés la «Couronne»). Après avoir entendu les avocats des parties dans les trois actions, le 9 septembre 1994, j'ai ordonné que, compte tenu des circonstances de l'espèce, tous les documents à l'égard desquels un privilège avait été revendiqué soient produits, à l'exception des documents protégés par le privilège des communications entre avocat et client ayant pris la forme de conseils juridiques se rapportant à la présente instance<sup>1</sup>.

5 La Cour d'appel a modifié cette décision<sup>2</sup> en accueillant un appel interjeté par la Couronne. En fait, le privilège des communications entre avocat et client applicable à des documents doit être reconnu pour toutes les communications entre un avocat et son client ou des tiers faites principalement dans le cadre de la préparation d'une instance en cours ou envisagée, en vertu du privilège des communications liées à une instance. Ce privilège est aussi reconnu pour toutes les communications entre un avocat et son client qui sont directement liées à la demande, à la formulation ou à la prestation de conseils juridiques, en vertu du privilège des conseils juridiques, sous réserve, peut-être, d'une exception dans les circonstances particulières de l'espèce. J'insiste sur le mot «peut-être» parce que les parties ne s'entendent pas sur l'interprétation ou l'application de la décision de la Cour d'appel, point sur lequel nous reviendrons ci-dessous. L'ordonnance, modifiée en appel, enjoignait à la Couronne de déposer un affidavit de documents modifié dressant des listes séparées, sous les annexes IIC et IIE, des documents indiqués ci-dessous:

Annexe IIC— Les documents à l'égard desquels on revendique le privilège des communications entre

were initiated for the dominant purpose of the conduct of litigation. If there is any question or dispute the Court will examine the documents and rule in each case whether it is privileged or is to be produced.

Schedule IIE— Documents for which the defendants claim solicitor and client privilege on the ground that they are protected by the legal advice privilege. If there is any question or dispute the Court will examine the documents and rule in each case, in light of the unique status of the Crown as “trustee” and in light of the unique relationship between the Crown and the Indians, whether it is privileged or is to be produced.

6 I complete the description of document production in these actions. The Crown’s document production process, which is ongoing, resulted in production of some documents not listed at the time in an affidavit of documents filed in the Court. It also resulted, in accord with orders of the Court, in the filing of additional affidavits. Thus an amended affidavit of documents was filed on October 20, 1994, which, as directed, included only those documents earlier listed, or subsequently produced, and claimed as privileged. The original order directed the documents be listed in separate schedules, including IIC for documents claimed under the litigation privilege for this litigation, and IIE for documents claimed under the legal advice privilege. The schedules IIC and IIE filed with the affidavit in October 1994 were made prior to the decision of the Court of Appeal, earlier referred to, which amended this Court’s order as we have seen. So far as I am aware, no amended Schedules IIC and IIE, as varied by the order of the Court of Appeal, have yet been filed.

7 One class of documents directed to be separately listed with the affidavit of October 20, 1994, was those claimed as immune from disclosure by virtue

client et avocat au motif qu’ils ont été préparés principalement en vue de la poursuite d’une instance. Si une question ou un différend surgit, la Cour examinera chaque document et décidera s’il est protégé ou s’il doit être produit.

Annexe IIE— Les documents à l’égard desquels les défendeurs revendiquent le privilège des communications entre avocat et client au motif qu’ils sont protégés par le privilège des conseils juridiques. Si une question ou un différend surgit, la Cour examinera chaque document et elle tiendra compte du statut unique de la Couronne en sa qualité de «fiduciaire» et du rapport unique existant entre la Couronne et les Indiens pour décider s’il est protégé ou s’il doit être produit.

6 Je complète la description des documents dont la production est demandée dans les actions. Dans le cadre de la procédure continue de production de documents par la Couronne, certains documents qui ne figuraient pas à ce moment-là dans un affidavit de documents déposé à la Cour ont été produits. De même, conformément à des ordonnances de la Cour, d’autres affidavits ont été déposés. Ainsi, un affidavit de documents modifié a été déposé le 20 octobre 1994 et, selon les directives de la Cour, ne comprenait que les documents dont la liste avait été dressée antérieurement, ou qui avaient été produits subséquemment, et à l’égard desquels un privilège avait été revendiqué. L’ordonnance initiale enjoignait à la Couronne de dresser des listes séparées des documents, notamment l’annexe IIC pour les documents protégés par le privilège des communications liées à une instance aux fins de la préparation de la présente instance, et l’annexe IIE pour les documents protégés par le privilège des conseils juridiques. Les annexes IIC et IIE déposées en même temps que l’affidavit d’octobre 1994 ont été établies avant la décision de la Cour d’appel, dont il a été question ci-dessus, et qui a modifié l’ordonnance émise antérieurement par la présente Cour, comme nous l’avons vu. Pour autant que je sache, les annexes IIC et IIE, modifiées selon les directives de la Cour d’appel, n’ont pas encore été déposées.

7 Une des catégories de documents dont la liste devait être dressée séparément et produite avec l’affidavit du 20 octobre 1994, concernait des docu-

of section 39 of the *Canada Evidence Act*<sup>3</sup> and a certificate under that provision was filed December 16, 1994. That certificate has been the subject of a separate motion, argument, and ruling.

8 Finally, I note that on or about December 15, 1995, further affidavits of documents were filed by all parties in accord with directions of the Court. The schedules of those affidavits, particularly those on behalf of the Crown, are quite voluminous. That did not complete the defendants' document production, which continues.

9 With the original affidavits filed in May and June, 1994, an estimated 1,000 or more documents were listed as privileged. Most of those, identified by counsel for the Crown as consisting of documents from legal files relating to communications between solicitors in the Department of Justice or elsewhere and officers of the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), or other departments, were classed as privileged by the Crown without further examination or review. Subsequently, when they were reviewed by counsel for the Crown, it was claimed that many of those originally listed related to matters other than the issues raised in these action, and were thus irrelevant. About half of the documents originally classed as privileged in the original affidavits are so described, that is, they are said to be irrelevant in these actions, in one of the separate schedules with the amended affidavit filed October 20, 1994. That still leaves a substantial number of documents listed by the affidavit of October 20, 1994, as relevant, privileged and not revealed already to the plaintiffs, and not claimed as immune from disclosure under section 39 of the *Canada Evidence Act*. The supplementary affidavit of documents filed in mid-December 1995, by the Crown, includes many more documents claimed as privileged.

ments dont la Cour ne pouvait contraindre la production aux termes de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>3</sup> et une attestation établie en vertu de cet article a été déposée le 16 décembre 1994. Cette attestation a fait l'objet d'une requête, de plaidoiries et d'une décision distinctes.

8 Finalement, je note que le ou vers le 15 décembre 1995, d'autres affidavits de documents ont été déposés par toutes les parties conformément aux directives de la Cour. Les annexes jointes à ces affidavits, particulièrement celles déposées au nom de la Couronne, sont assez volumineuses. Cela n'a pas mis fin pour autant à la production des documents par la Couronne, qui se poursuit toujours.

9 Dans les premiers affidavits déposés en mai et juin 1994, un privilège était revendiqué pour au moins 1 000 documents. La plupart de ces documents, que l'avocat de la Couronne décrit comme des documents tirés des dossiers juridiques ayant trait à des communications entre les avocats du ministère de la Justice ou d'ailleurs et les responsables du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) ou d'autres ministères, ont été classés comme privilégiés par la Couronne sans autre forme d'examen ou d'analyse. Par la suite, après les avoir passés en revue, l'avocat de la Couronne a fait valoir que bon nombre des documents figurant dans les listes originales portaient sur des questions étrangères aux questions soulevées dans les présentes actions et qu'ils n'avaient donc aucune pertinence en l'espèce. Près de la moitié des documents classés comme privilégiés dans les premiers affidavits sont ainsi décrits, c'est-à-dire qu'ils n'auraient rien à voir avec les présentes actions, dans l'une des annexes séparées jointes à l'affidavit modifié déposé le 20 octobre 1994. Il reste néanmoins dans l'affidavit du 20 octobre 1994 un bon nombre de documents pertinents et privilégiés qui n'ont pas encore été communiqués aux demandeurs, et qui ne sont pas assujettis à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'affidavit de documents supplémentaire déposé à la mi-décembre 1995 par la Couronne mentionne bon nombre d'autres documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué.

10 This Court has indicated that if there is dispute about the relevance of a document originally listed as privileged and later claimed by the Crown as irrelevant to the issues here, the Court will examine the document and resolve the matter. In the same way the Court recognizes the responsibility noted by the Court of Appeal,<sup>4</sup> as earlier set out by Dickson J., as he then was, in *Solosky v. The Queen*,<sup>5</sup> that “privilege can only be claimed document by document”. Where there is dispute about a claim of privilege the Court can only recognize the privilege claimed after examining the document or documents in dispute.

11 There is no real difference in principle between the parties in relation to claims of privilege for documents relating to communications between solicitor and client concerning litigation or contemplated litigation. The only difference may be in regard to the descriptive detail the Crown should be directed to disclose to provide for the plaintiffs a basis for assessing whether a claim of privilege on this ground should be challenged. The descriptive detail may provide the Court some basis for declining to examine documents if any challenge to a claim for litigation privilege appears unwarranted, or if a challenge should warrant examination of a document, then the affidavit setting out the basic claim of litigation privilege is a matter of evidence for the Court’s consideration in assessing if the document is to be treated as privileged.<sup>6</sup> Since the range of information to be provided for each document claimed as privileged is a matter of dispute I propose to deal with this after referring to the decision of the Court of Appeal on the matter of privilege in this case.

#### The issues

12 The parties raise three basic issues in argument about the implications of the decision of the Court of Appeal. These are, first, whether any documents

La Cour a indiqué que, si les parties ne s’entendent pas sur la pertinence d’un document initialement classé comme privilégié et ensuite écarté par la Couronne comme n’étant pas pertinent aux questions soulevées en l’espèce, elle examinera le document et tranchera la question. De la même façon, la Cour reconnaît la responsabilité mentionnée par la Cour d’appel<sup>4</sup>, dont le principe a été énoncé par le juge Dickson, alors juge puîné, dans l’arrêt *Solosky c. La Reine*<sup>5</sup>, selon laquelle «de privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement». En cas de différend au sujet d’une revendication de privilège, la Cour ne peut reconnaître le privilège invoqué qu’après avoir examiné le ou les documents en question.

11 Il n’y a pas de véritable divergence de principe entre les parties au sujet du privilège revendiqué pour les documents ayant trait aux communications entre avocat et client dans le cadre de la préparation d’une instance en cours ou envisagée. La seule différence se trouve peut-être dans les renseignements descriptifs que la Couronne devrait être tenue de communiquer aux demandeurs pour leur permettre d’évaluer s’il y a lieu de contester le privilège ainsi revendiqué. Ces renseignements descriptifs pourraient fonder jusqu’à un certain point le refus de la Cour d’examiner des documents s’il lui semble qu’une contestation du privilège des communications liées à une instance n’est pas justifiée, ou alors, si une telle contestation justifie l’examen du document, l’affidavit énonçant le fondement du privilège des communications liées à une instance constituerait un élément de preuve dont la Cour pourrait tenir compte pour déterminer si le document doit être considéré comme privilégié<sup>6</sup>. Étant donné que le détail des renseignements à fournir pour chacun des documents à l’égard desquels le privilège est revendiqué fait partie des points en litige, je me propose d’en traiter après avoir fait référence à la décision de la Cour d’appel au sujet du privilège invoqué en l’espèce.

#### Les questions en litige

12 Les parties soulèvent trois questions fondamentales au sujet des répercussions de la décision de la Cour d’appel. Elles se demandent, premièrement, si

claimed as privileged by the Crown should be ordered to be produced in light of the special trust-like relationship of the Crown to the plaintiffs; second, where the onus lies in establishing that a document is privileged; and third, what information is to be provided in this case in the list of privileged documents about each one so claimed.

### The decision of the Court of Appeal

13 In its decision the Court of Appeal stated, in part:<sup>7</sup>

... before us, the respondents, while obviously supporting the order of the Motions Judge, did so essentially on the basis of the “trust principle”.

In order for the trust principle to apply at the discovery stage of an action for breach of duty in the administration of a trust, two conditions, in our view, must be fulfilled: the alleged trust relationship must be established on a *prima facie* basis, and the documents allegedly belonging to the beneficiaries must be documents obtained or prepared by the trustee in the administration of the trust and in the course of the trustee carrying out his duties as trustee. We have here little concern with respect to the first condition. Our concern is, rather, with the second one.

We are prepared, because of the very special relationship between the Crown and the Indians (see *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, and because the Crown is to be held to “a high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal peoples of Canada as suggested by *Guerin et al. v. The Queen et al.*” (see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1109), to accept that whatever may be the precise nature of the relationship between the Crown and the Indians, it would *prima facie* qualify as a trust-type relationship for the purposes of the application of the trust principle at the discovery stage.

That being said, however, it does not necessarily flow that the rules and practices developed with respect to private trusts apply automatically to Crown “trusts” such as those alleged in the present proceedings.

The basis of the trust principle, as appears from Mr. Justice Lederman’s reasons in *Re Ballard Estate*, is the assumption, in cases of private trusts, that legal advice sought by the trustee belongs to the beneficiaries “because

les documents au sujet desquels la Couronne revendique un privilège doivent être produits au vu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existe entre la Couronne et les demandeurs; deuxièmement, à quelle partie incombe la charge d’établir qu’un document est privilégié; et troisièmement, quels renseignements doivent être communiqués en l’espèce pour chacun des documents énumérés dans la liste des documents à l’égard desquels un privilège a été revendiqué.

### La décision de la Cour d’appel

Dans sa décision, la Cour d’appel déclare en 13 partie ce qui suit<sup>7</sup>:

De fait, devant nous, les intimés qui appuient l’ordonnance du juge des requêtes l’ont défendue essentiellement en invoquant le «principe de la fiducie».

Selon nous, le principe de la fiducie ne peut s’appliquer au stade de l’enquête préalable, dans une action pour violation d’une obligation dans l’administration d’une fiducie, que si deux conditions sont respectées: le prétendu rapport fiduciaire doit être établi à première vue et les documents qui appartiendraient aux bénéficiaires doivent être des documents obtenus ou préparés par le fiduciaire dans l’administration de la fiducie et dans le cours de l’exécution de ses devoirs de fiduciaire. En l’espèce, la première condition ne pose pas vraiment de problème. C’est plutôt la deuxième qui nous préoccupe.

Compte tenu du rapport très particulier qui lie la Couronne aux Indiens (voir: *Guerin et autres c. La Reine et autres*, [1984] 2 R.C.S. 335) et du fait que la Couronne doit être tenue au respect «d’une norme élevée—celle d’agir honorablement—dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada, comme le laisse entendre l’arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autres*» (voir: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1109), nous sommes disposés à reconnaître que, peu importe la nature exacte du rapport existant entre la Couronne et les Indiens, il pourrait être considéré à première vue comme un rapport de nature fiduciaire aux fins de l’application du principe de la fiducie à l’étape de l’enquête préalable.

Cela dit, il ne s’ensuit toutefois pas que les règles et les pratiques établies relativement aux fiducies privées s’appliquent automatiquement aux «fiducies» de la Couronne, telle celle alléguée en l’espèce.

Si l’on se reporte aux motifs du juge Lederman dans l’affaire *Re Ballard Estate*, le fondement du principe de la fiducie est la présupposition, dans le cas des fiducies privées, que les conseils juridiques demandés par le fidu-

the very reason that the solicitor was engaged and advice taken by the trustees was for the due administration of the estate and for the benefit of all beneficiaries who take or may take under the will or trust" ([*Ballard Estate* (1994), 20 O.R. (3d) 350 (Gen. Div.)], *supra*, . . . at p. 353).

That assumption cannot be applied to Crown "trusts". The Crown can be no ordinary "trustee". It wears many hats and represents many interests, some of which cannot but be conflicting. It acts not only on behalf or in the interest of the Indians, but it is also accountable to the whole Canadian population. It is engaged in many regards in continuous litigation. It has always to think in terms of present and future legal and constitutional negotiations, be they with the Indians or with the provincial governments, which negotiations, it might be argued, can be equated in these days and ages with continuous litigation. Legal advice may well not have been sought or obtained for the exclusive or dominant benefit of the Indians, let alone that of the three bands involved in these proceedings. Legal advice may well relate to policy decisions in a wide variety of areas which have nothing or little to do with the administration of the "trusts". It is doubtful that payment of the legal opinions given to the Crown is made out of the "private" funds of the "trusts" it administers. . . .

There being many possible "clients" or "beneficiaries", there being many possible reasons for which the Crown sought legal advice, there being many possible effects in a wide variety of areas deriving from the legal advice sought, it is simply not possible at this stage to assume in a general way that all documents at issue, in whole and in part, are documents which were obtained or prepared by the Crown in the administration of the specific "trusts" alleged by the respondents and in the course of the Crown carrying out its duties as "trustee" for the respondents.

As noted by Dickson J. (as he then was) in *Solosky* (*supra* [[1980] 1 S.C.R. 821], at p. 837), "privilege can only be claimed document by document". We have not seen the documents at issue; we do not know what argument nor what line of argument, if any, may be developed by the parties with respect to each of the documents and, eventually, to a class of them. Furthermore, we cannot rely on any practical precedent in the case law, for this is an approach to the law of privilege which is peculiar to the yet unsettled relationship between the Crown and the Indians. It is not possible in the abstract to resolve the conflict between the alleged right of the Crown to privilege and the alleged right of the respondents to disclosure

clair appartiennent aux bénéficiaires «parce que la véritable raison pour laquelle les services de l'avocat ont été retenus et ses conseils ont été reçus par les fiduciaires était la bonne administration de la succession, dans l'intérêt de tous les bénéficiaires qui bénéficient ou peuvent bénéficier du testament ou de la fiducie.» ([*Re Ballard Estate* (1994), 20 O.R. (3d) 350 (Div. gén.)], *supra*, . . . à la p. 353)

Cette présupposition ne peut s'appliquer aux «fiducies» de la Couronne. La Couronne ne saurait être un «fiduciaire» ordinaire. Elle agit à plusieurs titres et elle représente de nombreux intérêts, dont certains sont nécessairement opposés. Non seulement agit-elle au nom ou dans l'intérêt des Indiens, mais encore doit-elle rendre compte à l'ensemble de la population canadienne. Elle participe, à de nombreux égards, à des litiges en instance. Elle doit toujours tenir compte des négociations juridiques et constitutionnelles en cours et à venir, avec les Indiens ou avec les gouvernements provinciaux, et on peut soutenir que ces négociations peuvent, à notre époque, être assimilées à des litiges en instance. Les conseils juridiques en cause peuvent très bien ne pas avoir été demandés, ni obtenus, dans l'intérêt exclusif ou principal des Indiens, et encore moins dans celui des trois bandes qui sont parties à l'instance. Il se peut très bien que ces conseils juridiques soient liés à des décisions en matière de politique, dans une grande diversité de secteurs qui n'ont que peu ou pas de liens avec l'administration des «fiducies». Il est peu probable que le paiement des opinions juridiques données à la Couronne ait été prélevé sur les fonds «privés» des «fiducies» qu'elle administre. . . .

Compte tenu des nombreux «clients» ou «bénéficiaires» possibles, des nombreux motifs pour lesquels la Couronne a pu demander des conseils juridiques, des nombreux effets possibles, dans une grande variété de secteurs, des conseils juridiques obtenus, il est tout simplement impossible à ce stade de l'instance de présumer de façon générale que tous les documents en cause sont, en tout ou en partie, des documents qui ont été obtenus ou préparés par la Couronne dans l'administration des «fiducies» particulières alléguées par les intimés et dans l'exécution, par la Couronne, de ses devoirs de «fiduciaire» au profit des intimés.

Comme l'a précisé le juge Dickson (alors juge puîné) dans *Solosky* (*supra* [[1980] 1 R.C.S. 821], à la p. 837), «le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement». Nous n'avons pas vu les documents en cause; nous ne connaissons pas la plaidoirie, ni l'orientation de la plaidoirie que les parties pourraient élaborer, le cas échéant, relativement à chaque document et, peut-être, à une catégorie de documents. De plus, nous ne pouvons nous en remettre en pratique à aucun précédent, car la façon d'aborder le droit des privilèges en l'espèce est particulière aux rapports entre les Indiens et la Couronne, dont la nature n'a pas encore été établie. Il n'est pas possible de trancher hors contexte le conflit qui



otherwise than in the manner suggested by the Supreme Court in *Descôteaux* (*supra* [*Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860]), i.e. in favour of protecting privilege.

It would be ill-advised for a court of appeal, in the circumstances, to blindly order the production by the Crown of the documents listed in class E, albeit in the presence of a confidentiality order. We would rather err on the side of caution, particularly so when one considers that the respondents will have the opportunity before a motions judge to challenge the claim of privilege document by document.

The Court then set out the amended terms for Schedules IIC and IIE of the order earlier issued.

#### The position of the parties

- 14 For the plaintiffs, in reliance upon the first portion of that passage in the decision of the Court, in particular the first four paragraphs, it is urged that the Court of Appeal recognizes the trust-like relationship between the Crown and the plaintiffs as Indian peoples and bands, and that because of the relationship the Crown is bound by fiduciary duties like those of a trustee when it acts in the administration and discharge of those duties, in the interests of the plaintiffs as beneficiaries. The plaintiffs, it is urged, have a shared or joint interest in legal advice sought by or given to the Crown in the discharge of its fiduciary duties for the benefit of the plaintiffs. Legal advice to the defendants cannot be privileged in these circumstances it is urged.

- 15 That position is said to be strengthened by the decision of the Supreme Court of Canada rendered in *Apsassin*<sup>8</sup> on the day this matter was argued. In that case Mr. Justice Gonthier, speaking for the majority, with La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. concurring, said in part,<sup>9</sup> in relation to a 1945 surrender of Indian reserve lands to the Crown:

oppose le prétendu droit de la Couronne à un privilège et le prétendu droit des intimés à la divulgation, si ce n'est conformément à l'arrêt *Descôteaux* (*supra* [*Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860]) de la Cour suprême, c'est-à-dire en faveur du respect du privilège.

Malgré l'existence d'une ordonnance de confidentialité, une cour d'appel serait mal avisée d'ordonner aveuglément, dans les circonstances, la production par la Couronne des documents énumérés dans la catégorie E. Nous préférons pécher par excès de prudence, plus particulièrement si l'on tient compte que les intimés auront la possibilité de contester la revendication du privilège pour chaque document pris individuellement devant un juge des requêtes.

La Cour énonce ensuite les conditions modifiées relativement aux annexes IIC et IIE de l'ordonnance antérieure.

#### La position des parties

- 14 Au nom des demandeurs, on fait valoir, en s'appuyant sur la première partie de ce passage de la décision de la Cour, plus particulièrement les quatre premiers paragraphes, que la Cour d'appel reconnaît le rapport de nature fiduciaire qui existe entre la Couronne et les demandeurs en tant que peuples autochtones et bandes indiennes, et qu'en raison de ce rapport la Couronne est liée par des obligations fiduciaires semblables à celles qui incombent à un fiduciaire dans l'administration de la fiducie et dans le cours de l'exécution de ses devoirs dans l'intérêt des demandeurs qui en sont les bénéficiaires. Les demandeurs prétendent avoir un intérêt conjoint avec la Couronne pour ce qui concerne les conseils juridiques qu'elle a demandés ou qui lui ont été fournis dans l'exécution des ses devoirs de fiduciaire au profit des demandeurs. Un privilège ne peut donc être revendiqué à l'égard de ces conseils juridiques donnés aux défendeurs.

- 15 Selon les demandeurs, cette position est renforcée par la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Apsassin*<sup>8</sup> le jour même où cette question a été débattue. Dans cet arrêt, le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la majorité, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka souscrivant à ses motifs, déclare<sup>9</sup> en partie ce qui suit, relativement à la cession des terres des réserves indiennes à la Couronne en 1945:

The Band understood that by agreeing to the 1945 surrender, they would be transferring all their rights in I.R. 172 to the Crown in trust, and that the Crown would either sell or lease those rights for the benefit of the Band.

He found that mineral rights were included in the surrender and continued, (with the emphasis here, by underlining, reproduced from the text published by the Supreme Court on December 14, 1995):

... I think that the true nature of the 1945 dealings can best be characterized as a variation of a trust in Indian land. In 1940, the Band transferred the mineral rights in I.R. 172 to the Crown in trust, requiring the Crown to lease those rights for the benefit of the Band. The 1945 agreement was also framed as a trust, in which the Band surrendered all of its rights over I.R. 172 to the Crown "to sell or lease". The 1945 agreement subsumed the 1940 agreement, and expanded upon it in two ways: first, while the 1940 surrender concerned mineral rights only, the 1945 surrender covered all rights in I.R. 172, including both mineral rights and surface rights; and second, while the 1940 surrender constituted a trust "for lease", the 1945 surrender gave the Crown, as trustee, the discretion "to sell or lease". This two-pronged variation of the 1940 trust agreement afforded the Crown considerably greater power to act as a fiduciary on behalf of the Band. Of course, under the terms of the trust, and because of the Crown's fiduciary role in the dealings, the DIA was required to exercise its enlarged powers in the best interests of the Band.

I should add that my reasons should not be interpreted to equate a trust in Indian land with a common law trust. I am well aware that this issue was not resolved in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, and I do not wish to pronounce upon it in this case. However, this Court did recognize in *Guerin* that "trust-like" obligations and principles would be relevant to the analysis of a surrender of Indian lands. In this case, both the 1940 and 1945 surrenders were framed as trusts, and the parties therefore intended to create a trust-like relationship. Thus, for lack of a better label, I think that it is appropriate to refer to these surrenders as trusts in Indian land.

La bande comprenait, d'une part, qu'en acceptant la cession de 1945 elle transférerait à la Couronne, en fiducie, tous les droits qu'elle avait dans la R.I. 172, et, d'autre part, que la Couronne vendrait ou louerait ces droits au profit de la bande.

Il conclut que les droits miniers étaient inclus dans la cession et poursuit (le soulignement apparaît dans le texte original publié par la Cour suprême le 14 décembre 1995):

... je crois que la meilleure façon de décrire la nature véritable des opérations de 1945 est de les qualifier de modification d'une fiducie visant des terres indiennes. En effet, en 1940, la bande a transféré à la Couronne, en fiducie, les droits miniers afférents à la R.I. 172, exigeant de cette dernière qu'elle les loue au profit de la bande. L'accord de 1945 visait également une fiducie, dans laquelle la bande cédait à la Couronne tous les droits qu'elle détenait sur la R.I. 172 à des fins de vente ou de location. L'accord de 1945 subsumait celui de 1940, et il en élargissait la portée à deux points de vue: premièrement, alors que la cession de 1940 ne visait que les droits miniers, celle de 1945 englobait tous les droits afférents à la R.I. 172, y compris les droits miniers et les droits de superficie; deuxièmement, tandis que la cession de 1940 constituait une fiducie [TRADUCTION] «aux fins de [ . . . ] location», celle de 1945 conférait à la Couronne, en qualité de fiduciaire, le pouvoir discrétionnaire «de vendre ou de louer» les terres visées. Cette double modification de l'acte de fiducie de 1940 conférait à la Couronne un pouvoir beaucoup plus grand d'agir à titre de fiduciaire pour le compte de la bande. Certes, compte tenu des conditions de la fiducie et du rôle de fiduciaire qu'assumait la Couronne lorsqu'elle effectuait des opérations, le MAI était tenu d'exercer ses pouvoirs élargis dans l'intérêt de la bande.

Je tiens à ajouter qu'il ne faut pas interpréter mes motifs comme ayant pour effet d'assimiler les fiducies visant des terres indiennes aux fiducies en common law. Je suis bien conscient que cette question n'a pas été tranchée dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, et je ne désire pas le faire en l'espèce. Cependant, notre Cour a, dans cet arrêt, reconnu que des obligations et principes «semblable[s] à [ceux d']une fiducie» étaient pertinents dans le cadre de l'analyse d'une cession visant des terres indiennes. Dans le présent cas, tant la cession de 1940 que celle de 1945 étaient conçues comme des fiducies, et les parties avaient en conséquence l'intention de créer des rapports semblables à ceux créés par une fiducie. En conséquence, à défaut d'un meilleur qualificatif, j'estime approprié d'appeler ces cessions des fiducies visant des terres indiennes.

Gonthier's characterization of the arrangement there in issue as "a variation of a trust in Indian land" or as a "trust in Indian land", preferring to consider the arrangement in terms of the *sui generis* interest of the Band in light of the provisions of the *Indian Act* [R.S.C. 1927, c. 98], rather than by analogy to another area of law. Nevertheless, she did agree that the Crown, in her view by reason of the 1940 surrender of mineral rights in that case, was under a fiduciary duty to the Band with respect to the mineral rights, which, under the terms of the surrender, were to be leased for the benefit of the Band.<sup>10</sup>

17 In the view of the plaintiffs now before the Court, the surrenders of oil and gas mineral rights in their reserve lands in these cases are akin to the surrenders of similar rights in *Apsassin* and, as in that case, so in this, the surrenders created trust-like arrangements, which Mr. Justice Gonthier calls variations of a trust in Indian land, or trusts in Indian land. While there is no evidence before me at this stage of the nature of the surrenders in these cases, the pleadings make clear, in my view, the plaintiffs' claims to trust-like arrangements which created fiduciary obligations for the Crown, to manage the rights surrendered for the benefit of the bands,<sup>11</sup> the basis for the resulting claims of the plaintiffs in these cases. The defence pleaded includes general denials of facts alleged and denies that the Crown's duties were as the plaintiffs allege, and it denies wrongdoing or negligence in discharge of responsibilities of the Crown. As I understand the defence pleaded, the Crown does not dispute that there are responsibilities to be discharged for the benefit of the bands, though the responsibilities were not as the plaintiffs claim, and it denies any responsibilities owed exclusively to these bands.

18 For the Crown the significant portion of the decision of the Court of Appeal earlier quoted is the latter portion, the last four paragraphs quoted above.

manière dont le juge Gonthier décrit l'arrangement contesté en l'espèce, qu'il qualifie de «modification d'une fiducie visant des terres indiennes» ou de «fiducie visant des terres indiennes», et préfère considérer cet arrangement comme un droit *sui generis* de la bande au vu des dispositions de la *Loi des Indiens* [S.R.C. 1927, ch. 98], plutôt que de le qualifier par analogie avec d'autres domaines du droit. Néanmoins, elle accepte que la Couronne, à son avis du fait de la cession des droits miniers en 1940, avait une obligation de fiduciaire à l'égard de la bande concernant ces droits miniers qui, selon les termes de la cession, devaient être loués au profit de la bande<sup>10</sup>.

De l'avis des demandeurs en l'espèce, les cessions des droits miniers concernant le pétrole et le gaz sur les terres des réserves s'apparentent aux cessions de droits semblables dont il est question dans l'arrêt *Apsassin* et, dans cette cause comme en l'espèce, les cessions ont créé des arrangements de nature fiduciaire que le juge Gonthier qualifie de modifications d'une fiducie visant des terres indiennes ou de fiducies visant des terres indiennes. Bien qu'à ce stade la Cour ne soit saisie d'aucun élément de preuve concernant la nature des cessions consenties dans ces affaires, les plaidoiries indiquent clairement, à mon avis, que les allégations des demandeurs concernant les arrangements de nature fiduciaire qui ont créé des obligations fiduciaires pour la Couronne, l'obligeant à gérer les droits cédés au profit des bandes<sup>11</sup>, constituent le fondement de leurs actions. La défense nie de façon générale les faits allégués, de même que la teneur des obligations que lui attribuent les demandeurs, et elle nie également qu'il y ait eu faute ou négligence de sa part dans l'exécution de ses responsabilités. D'après ce que je comprends de la défense, la Couronne ne conteste pas qu'elle a des responsabilités dont elle doit s'acquitter au profit des bandes, bien que ces responsabilités ne soient pas telles qu'elles sont alléguées par les demandeurs, et elle nie que ces responsabilités doivent être acquittées au profit exclusif de ces bandes.

Pour la Couronne, la partie importante de la décision de la Cour d'appel, citée précédemment, se trouve dans la dernière portion, c'est-à-dire les qua-

Thus it is urged that acknowledging a trust-like relationship here does not mean that the principles of the law of private trusts apply, in particular, the principle that legal advice sought by the trustee belongs to the beneficiaries jointly with the trustee, does not apply in this case, as it would if this were a private trust. It is urged that the client here seeking and accepting legal advice is the Crown in one or more of its executive manifestations; the client is not the band or the Indians. The Crown does not seek that advice, or accept it, simply as trustee for these three bands, but, wearing its many hats simultaneously, it seeks to discharge its responsibilities in a multitude of ways, for the benefit not merely of the plaintiffs, but of all native people and indeed of the people of Canada. The Crown seeks and accepts legal advice from its own legal advisers in the Department of Justice, or other lawyers retained for particular or continuing purposes, and it seeks and receives that advice in confidence.

tre derniers paragraphes. Elle fait donc valoir que la reconnaissance d'un rapport de nature fiduciaire en l'espèce ne signifie pas que les principes du droit des fiducies privées s'appliquent, et en particulier que le principe selon lequel les conseils juridiques demandés par le fiduciaire appartiennent conjointement aux bénéficiaires et au fiduciaire ne s'applique pas en l'espèce comme ce serait le cas s'il s'agissait d'une fiducie privée. Elle fait valoir que le client qui a demandé et accepté des conseils juridiques, c'est la Couronne agissant à plusieurs titres; ce ne sont ni la bande ni les Indiens. La Couronne ne demande pas ce genre de conseils, ou ne les accepte pas, simplement en sa qualité de fiduciaire pour ces trois bandes mais, comme elle agit simultanément à plusieurs titres, elle doit s'acquitter de ses responsabilités de multiples façons, au profit non seulement des demandeurs, mais de l'ensemble de la population autochtone et en fait de la population canadienne. La Couronne demande des conseils juridiques aux avocats du ministère de la Justice ou à d'autres avocats dont les services ont été retenus pour des fins particulières ou continues, et ces conseils sont demandés et fournis en toute confidentialité.

19 The affidavit of Bernard Hanssens, counsel with the Department of Justice serving with the Legal Services unit for the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), responsible for providing ongoing legal advice to the latter department, describes the duties and advisory functions of himself and others in providing legal advice to DIAND. That advice is said to be sought and received on the understanding and belief that communications between counsel and the Department are confidential. The costs and funding of the advice is from federal government sources, not from the bands. The affidavit states in part:

6. With respect to DIAND, in some cases, the opinion or advice requested of, and provided by, the Department of Justice, specifically relates to the administration of legislation or policy in relation to a particular Indian Band or person and may indeed have been precipitated by an inquiry from such Band or person. In such cases, as in any other case, the Department of Justice will, in the ordinary course of business, receive a request for an opinion from the particular government official or depart-

L'affidavit de Bernard Hanssens, avocat au ministère de la Justice pour le compte des Services juridiques du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC), et chargé de fournir des conseils juridiques à ce ministère, décrit les fonctions générales et de conseiller que lui-même et d'autres personnes assument relativement à la prestation de conseils juridiques au MAINC. Selon lui, il est entendu et certain que ces conseils sont demandés et acceptés en fonction du principe que les communications entre l'avocat et le Ministère sont confidentielles. Les coûts et le financement de ces conseils sont pris en charge par le gouvernement fédéral, et non par les bandes. L'affidavit indique en partie ce qui suit:

[TRANSDUCTION] 6. En ce qui a trait au MAINC, il arrive que les avis ou conseils demandés au ministère de la Justice, et fournis par lui, traitent spécialement de l'application de la loi ou des politiques ayant trait à une bande indienne ou à un Indien en particulier et peuvent en fait découler d'une demande de renseignements présentée par cette bande ou cette personne. En pareils cas, comme dans tous les autres cas, le ministère de la Justice reçoit, dans le cours normal de ses activités, une demande d'avis

ment involved, and will provide an opinion to that person or department who may also consider the opinion in the administration and enforcement of legislation and policy in respect of other Bands and other issues. As in any other case, such opinions are never provided directly by the Department of Justice to the Band or person affected and are never paid for by the Band or person affected. Also, as in any other case, the communications between the Department of Justice lawyers and the interested government official or department are undertaken on the understanding and belief that they will be kept confidential and will not be disclosed to others.

20 Counsel also referred briefly to policy of DIAND which, from a policy directive revised in 1975, makes clear that the text or substance of a legal opinion shall not be communicated to anyone outside the Department. That directive was not formally before the Court as evidence and I note there had been no opportunity for cross-examination by plaintiffs of Mr. Hanssens on his affidavit.

21 I respect the role and function of legal advisers to Her Majesty. However, the fact that counsel and the operating department concerned may treat correspondence as confidential, and the fact that services to fund advice are paid out of ordinary government funds, are not in themselves determinative of whether legal advice requested or obtained in all circumstances applicable in these cases is privileged and not to be disclosed. Nor am I persuaded, without considering the purpose for which advice flows, that since Her Majesty is the client seeking and receiving legal advice, all of that advice, here claimed as privileged in a list of relevant documents, is not to be disclosed. If those factors were determinative, which is in essence the position of the Crown, the comments of the Court of Appeal concerning the possibility of disclosure of documents in discovery, in recognition of the special trust-like relationship between the plaintiffs and the Crown in this case, would have no meaning at all.

juridique du ministère ou du responsable intéressé et fournit une opinion à cette personne ou à ce ministère qui peut également en tenir compte dans l'application et l'exécution de la loi et des politiques relativement à d'autres bandes indiennes et à d'autres questions. Comme dans tous les autres cas, ces avis ne sont jamais fournis directement par le ministère de la Justice à la bande ou à la personne intéressée et ne sont jamais payés par la bande ou la personne intéressée. De même, comme dans tous les autres cas, les communications entre les avocats du ministère de la Justice et le responsable ou le ministère intéressé s'appuient sur l'entente et l'assurance que ces renseignements demeureront confidentiels et ne seront communiqués à personne.

L'avocat fait brièvement référence à la politique 20 du MAINC qui, d'après une directive d'orientation révisée en 1975, indique clairement que le texte ou la teneur d'un avis juridique ne peut être communiqué à aucune personne extérieure au Ministère. Cette directive n'a pas été déposée formellement devant la Cour comme élément de preuve et je fais observer que les demandeurs n'ont pas eu la possibilité de contre-interroger M. Hanssens au sujet de son affidavit.

Je respecte le rôle et la fonction des conseillers 21 juridiques de Sa Majesté. Toutefois, le fait que les avocats et le ministère concernés puissent traiter leur échange de correspondance de façon confidentielle, et le fait que le financement de ces services provienne des fonds ordinaires du gouvernement ne sont pas en eux-mêmes des éléments qui permettent de déterminer si les conseils juridiques demandés ou obtenus dans toutes les circonstances applicables en l'espèce sont privilégiés et ne peuvent être communiqués. Je ne suis pas non plus convaincu, abstraction faite de la fin pour laquelle les conseils sont demandés, que, puisque Sa Majesté est le client qui demande et reçoit les conseils juridiques, la totalité de ces conseils à l'égard desquels un privilège est revendiqué dans une liste de documents pertinents, ne doit pas être communiquée. Si ces facteurs étaient déterminants, comme le prétend essentiellement la Couronne, les observations de la Cour d'appel concernant la possibilité que des documents soient communiqués à l'étape de l'enquête préalable, compte tenu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existe en l'espèce entre les demandeurs et la Couronne, seraient vides de sens.

22 In part reflecting their different readings of the decision of the Court of Appeal, the parties also have different submissions regarding the onus on the Crown to establish the privilege claimed and they differ also on the detail or information to be provided about each document claimed as privileged. I return to these differences after dealing with the key issue, whether any documents claimed as privileged should here be ordered to be produced, on the principle, by analogy, that the interests of the Crown and the plaintiff bands, in legal advice sought or received by the Crown, are shared or joint interests, so that documents containing such advice may not be withheld from the plaintiffs as beneficiaries of a trust-like relationship with the Crown.

23 I sum up the views of the parties in regard to the issue of disclosure of certain documents. The plaintiffs read the decision of the Court of Appeal as supporting substantial disclosure in discovery of documents here classed as privileged legal advice because of the special trust-like relationship between the Crown and the plaintiffs which the decision recognizes. In the Crown's view there is no aspect of the relationship between the Crown and the plaintiffs that would warrant an order to produce any documents claimed as privileged. Both parties avoid defining any special trust-like arrangements here at issue although the plaintiffs urge that the decision in *Apsassin* is a basis for finding trust arrangements arising from the 1946 surrenders. Unless there be some definition of the trust arrangements, the Court has little guidance in determining, either at this stage or in any examination of documents, which, among all the documents claimed as privileged, "in whole and in part, are documents which were obtained or prepared by the Crown in the administration of the specific 'trusts' alleged by the [plaintiffs] and in the course of the Crown carrying out its duties as 'trustee' for the [plaintiffs]", to turn to the words of the Court of Appeal.<sup>12</sup>

L'interprétation différente que les parties donnent de la décision de la Cour d'appel se reflètent également sur les arguments qu'elles font valoir à propos de la charge qui incombe à la Couronne d'établir l'application du privilège qu'elle invoque; elles ne s'entendent pas non plus sur les détails ou les renseignements qui doivent être fournis au sujet de chaque document à l'égard duquel le privilège est invoqué. Je reviendrai sur ces différends après avoir traité de la question fondamentale, c'est-à-dire la question de savoir s'il convient d'ordonner que soient produits les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué, en application du principe, par analogie, que la Couronne et les bandes demanderesse ont un intérêt conjoint en ce qui concerne les conseils juridiques demandés ou reçus par la Couronne, de sorte que les documents renfermant ces conseils ne peuvent pas être soustraits à la connaissance des bandes demanderesse parce qu'elles sont les bénéficiaires du rapport de nature fiduciaire qui existe entre elles et la Couronne.

Je résume les opinions des parties sur la question de la communication de certains documents. D'après les demandeurs, la décision de la Cour d'appel est favorable à l'étape de l'enquête préalable à une très large communication de documents, classés en l'espèce comme des conseils juridiques privilégiés à cause du rapport spécial de nature fiduciaire qui existe entre la Couronne et les demandeurs, et qui est reconnu dans la décision. De l'avis de la Couronne, aucun des aspects du rapport qui existe entre elle et les demandeurs ne justifie une ordonnance de produire des documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué. Les deux parties évitent de définir les arrangements spéciaux de nature fiduciaire en cause, bien que les demandeurs fassent valoir que l'arrêt *Apsassin* constitue le fondement permettant de conclure à l'existence d'une fiducie découlant des cessions de 1946. À moins que ces arrangements fiduciaires ne soient définis d'une manière quelconque, la Cour dispose de peu d'éléments pour déterminer, soit à ce stade, soit au cours de l'examen des documents, lesquels parmi l'ensemble des documents en cause «sont, en tout ou en partie, des documents qui ont été obtenus ou préparés par la Couronne dans l'administration des "fidu-

The surrenders and a variation of a trust in Indian land

24 In my opinion, the decision of the Court of Appeal warrants directions by this Court which take into account the “variation of a trust in Indian land”, to use the description of Mr. Justice Gonthier in *Apsassin*, which the respective surrenders of mineral rights by the plaintiff bands to Her Majesty created. For purposes of determination of issues relating to discovery, of documents and by examination, that particular trust-like arrangement may be taken to provide for the Crown the responsibility to manage the assets surrendered, the mineral rights, and derivatives from them, for the benefit of the bands. The bands and the peoples concerned in each case were in this sense beneficiaries of the Crown’s management, and there were no other beneficiaries, at least none others so far claimed or acknowledged. At least in relation to the Crown’s discharge of its responsibilities in relation to these trust-like arrangements, legal advice sought and received by the Crown, in the administration and in carrying out its duties as “trustee”, was advice in which the plaintiff bands and peoples have a joint interest, an interest which the Crown, in my opinion, cannot deny, and which no one else could claim, an interest akin to that of a beneficiary of a private trust.

25 That interest of the plaintiffs as beneficiaries of specific trust-like arrangements with the Crown warrants disclosure of any document in the nature of legal advice sought or received by the Crown in the administration of the assets, the management of revenues from their exploitation, or decisions on programs and services as those may have been affected by reference to the existence of the assets surrendered and the revenues derived from those

cies” particulières alléguées par les [demandeurs] et dans l’exécution, par la Couronne, de ses devoirs de “fiduciaire” au profit des [demandeurs]», pour reprendre le texte de la Cour d’appel<sup>12</sup>.

Les cessions et une modification d’une fiducie visant des terres indiennes

À mon avis, la décision de la Cour d’appel justifie 24 que la présente Cour émette des directives qui tiennent compte de la «modification d’une fiducie visant des terres indiennes», pour reprendre l’expression utilisée par le juge Gonthier dans l’arrêt *Apsassin*, qui a été créée par les cessions respectives des droits miniers des bandes demanderesse à Sa Majesté. Pour répondre aux questions qui se posent au stade de l’enquête préalable, concernant la communication des documents et leur examen, ces arrangements particuliers de nature fiduciaire peuvent être réputés mettre à la charge de la Couronne la responsabilité de gérer les biens cédés, les droits miniers et les revenus tirés de ces cessions et droits au profit des bandes. Les bandes et leurs membres intéressés dans chacune des actions sont dans ce sens les bénéficiaires des activités de gestion de la Couronne, et il n’y a pas, du moins à ce stade, d’autres bénéficiaires connus ou présumés. Pour ce qui a trait, à tout le moins, à l’exécution des responsabilités de la Couronne relativement à ces arrangements de nature fiduciaire, les conseils juridiques qu’elle a demandés et reçus dans l’administration et l’exécution de ses devoirs de «fiduciaire» étaient des conseils à l’égard desquels les bandes demanderesse et leurs membres ont un intérêt conjoint que la Couronne, à mon avis, ne peut nier et que personne d’autre ne peut revendiquer, c’est-à-dire un intérêt qui s’apparente fort à celui du bénéficiaire d’une fiducie privée.

Cet intérêt des demandeurs à titre de bénéficiaires 25 d’arrangements particuliers de nature fiduciaire passés avec la Couronne justifie la communication de tout document qui est de la nature de conseils juridiques demandés ou reçus par la Couronne relativement à l’administration des biens, à la gestion des revenus tirés de leur exploitation ou aux décisions concernant des programmes et des services dont le financement a pu être inférieur à ce qu’il aurait dû

assets.

26 For this reason I issue an order directing that the Crown shall produce any document constituting or referring to communications in the nature of legal advice, as defined in the order, that wholly or in part concerns the administration of the specific assets, i.e., mineral rights on reserve lands, surrendered to Her Majesty, or that concerns the administration and management of royalties derived from leases, sales or production from those assets. That order provides for disclosure for purposes of discovery. Subsection 448(5) of the Court's Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846, s. 15)] provides that disclosure of a document in discovery "shall not be taken as an admission of its authenticity or admissibility in the action".

27 In addition, the order directs production of documents relating to programs and services under the aegis of the Crown which documents include reference to the oil and gas mineral assets, or financial resources therefrom, resulting from the surrenders. To the extent that those were factors in considering programs and services for the plaintiff bands, the legal advice provided concerns the administration of the Crown's trustee responsibilities and is a matter in which the plaintiffs as beneficiaries have a joint interest. In its statement of defence to amended statement of claim in these actions the Crown pleads that it has fulfilled all its treaty, statutory or other obligations owed to the bands and that "any distinction between the plaintiffs and other aboriginal peoples with respect to the provision of programs and services, was with respect to the provision of discretionary funding, programs and services. In such cases greater discretionary funding, programs and services were provided to those aboriginal peoples with the greatest need". In my opinion, the plaintiffs are entitled to access to any legal advice obtained by the Crown in relation to programs and services which advice makes reference to the mineral assets surrendered by these bands or moneys derived therefrom. The Crown in its role of trustee

être du fait de la valeur présumée des biens cédés et des revenus tirés de ces biens.

26 Pour cette raison, j'émetts une ordonnance enjoignant à la Couronne de produire tous les documents constituant des communications de la nature de conseils juridiques, ou faisant référence à ce type de communications, selon la définition de l'ordonnance, qui concernent en tout ou en partie l'administration de biens particuliers, c'est-à-dire les droits miniers sur les terres des réserves cédées à Sa Majesté, ou qui concernent l'administration et la gestion des redevances provenant de la location, de la vente ou de l'exploitation de ces biens. L'ordonnance porte sur la communication des documents pour les fins de l'enquête préalable. Le paragraphe 448(5) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/90-846, art. 15)] dispose que la divulgation d'un document à ce stade «ne constitue pas une reconnaissance de son authenticité ou de son admissibilité dans le cadre de l'action».

27 En outre, l'ordonnance enjoint à la Couronne de produire des documents ayant trait aux programmes et services offerts sous l'égide de la Couronne, dans lesquels il est fait référence aux ressources minérales de pétrole et de gaz, ou aux ressources financières en provenant, et qui résultent des cessions. Dans la mesure où ces ressources ont été prises en compte dans l'examen des programmes ou des services à offrir aux bandes demanderesse, les conseils juridiques fournis ont trait à l'administration des responsabilités de fiduciaire de la Couronne et constituent donc une question à l'égard de laquelle les demandeurs ont un intérêt conjoint à titre de bénéficiaires. Dans sa défense à la déclaration modifiée dans les présentes actions, la Couronne fait valoir qu'elle s'est acquittée de toutes les obligations qui lui incombaient en vertu de traités, de lois ou autrement envers les bandes et que [TRADUCTION] «toute distinction entre les demandeurs et les autres peuples aborigènes pour ce qui a trait à la mise en œuvre de programmes et la prestation de services a été faite dans le cadre du financement, des programmes et des services discrétionnaires. En pareils cas, le financement, les programmes et les services discrétionnaires ont été accordés en plus grande quantité aux peuples aborigènes qui en avaient le plus be-



for the plaintiff bands had certain responsibilities. Legal advice, if there was any, about meeting those responsibilities, and any possible conflicting responsibilities of the Crown as provider of programs and services under treaty and statute, in my view, should be disclosed to the plaintiffs as beneficiaries of the Crown's trustee responsibilities arising from the 1946 surrenders.

28 Where a document heretofore claimed as privileged refers only in part to the specific trust-like arrangements as defined above, this Court would order production of that part, severed from the rest of the document, unless the portion that would be produced is insignificant in the context of the issues raised in these cases.

29 Counsel for the Crown stresses that most of the documents classed as privileged concern legal advice in generic terms, not specifically related to the bands in these actions, or to administration of responsibilities of the Crown with particular reference to these bands or their interests. I note the affidavit of Bernard Hanssens, earlier quoted, refers to the possibility of adapting advice, offered with particular reference to one band, to the circumstances of another. Generic legal advice, not referable specifically to the plaintiff bands or the "assets" here surrendered or revenues derived from those assets, and legal advice with reference to some other band would not be affected by any direction hereby made. Disclosure is ordered only in relation to any document relating to legal advice that refers specifically to administration of the mineral assets surrendered, that is, the oil and gas interests administered for the plaintiff bands under the respective surrenders, or management of the moneys derived from

soin». À mon avis, les demandeurs ont le droit d'avoir accès à tous les conseils juridiques qui ont été obtenus par la Couronne relativement à des programmes et à des services, lorsque les conseils font référence aux ressources minérales cédées par ces bandes ou aux fonds qui en proviennent. À titre de fiduciaire pour les bandes demandereses, la Couronne avait certaines responsabilités. Les conseils juridiques, s'il en est, qui ont été obtenus pour lui permettre de s'acquitter de ses responsabilités et de toutes les responsabilités peut-être incompatibles incombant à la Couronne en tant que responsable de la mise en œuvre de programmes et la prestation de services aux termes de traités et de lois devraient à mon avis être communiqués aux demandeurs auxquels la Couronne devait rendre compte puisqu'ils sont les bénéficiaires des arrangements de nature fiduciaire résultant des cessions de 1946.

Lorsqu'un document à l'égard duquel un privilège est revendiqué ne réfère qu'en partie aux arrangements particuliers de nature fiduciaire définis ci-dessus, la Cour ordonne la production de cette portion du document, à l'exclusion du reste, à moins que cette portion n'ait aucune importance dans le contexte des questions soulevées dans les présentes actions.

L'avocat de la Couronne insiste sur le fait que la plupart des documents classés dans la catégorie des documents privilégiés portent sur des conseils juridiques généraux, ne faisant pas précisément référence aux bandes qui ont intenté les présentes actions, ni à l'exécution des responsabilités particulières de la Couronne ayant trait aux bandes ou à leurs intérêts. Je note que l'affidavit de Bernard Hanssens, dont il a été question précédemment, mentionne la possibilité que ces conseils, fournis au sujet d'une bande en particulier, soient adaptés à la situation d'une autre bande. La présente directive ne portera aucunement atteinte aux conseils juridiques de nature générale, qui ne peuvent être associés précisément aux bandes demandereses, aux «biens» ou aux revenus tirés de ces biens, non plus qu'aux conseils juridiques faisant référence à toute autre bande. Ne doivent être communiqués que les documents renfermant des conseils juridiques qui traitent précisément de l'administration des ressources minérales cédées, c'est-à-dire les

those assets, or programs and services which are discussed with any reference to the oil and gas interests or the royalties derived therefrom administered for the benefit of the plaintiff bands under the trusts in Indian land resulting from the surrenders in 1946.

30 That production will treat the plaintiff bands and nations much like beneficiaries of a private trust, entitled to access to legal advice obtained by the Crown as "trustee". This is because, as beneficiaries of a variation of a trust in Indian land, the plaintiffs share an interest in that advice with the Crown, which is responsible for administration and management of the mineral assets and revenues therefrom for the benefit exclusively of the plaintiff bands and nations.

31 The plaintiffs urge that the general fiduciary relationship of the Crown to the Indians, in light of its treaty, statutory and contractual responsibilities has trust-like responsibilities that warrant close examination of any claim to privilege of relevant documents. I am not persuaded at this stage that the general relationship of the parties, aside from relations arising out of the specific variation of a trust in Indian land created by the surrenders of natural resources, and derivative responsibilities arising from the surrenders, warrants an order to produce documents on a wider scale than that now outlined.

The onus on the defendants claiming privilege

32 The plaintiffs urge that the decision of the Court of Appeal accepted that for purposes of examination

droits pétroliers et gaziers administrés pour les bandes demandereses en vertu des cessions respectives, ou de la gestion des fonds provenant de l'exploitation de ces ressources, ou de programmes et de services dont la mise en œuvre ou la prestation est discutée au regard des droits pétroliers et gaziers ou des redevances perçues sur ces droits et qui sont administrés au profit des bandes demandereses en vertu des fiducies relatives à des terres indiennes qui découlent des cessions de 1946.

Pour les fins de la communication de ces documents, les bandes et nations demandereses seront traitées de façon comparable aux bénéficiaires d'une fiducie privée et elles pourront avoir accès aux conseils juridiques qui ont été obtenus par la Couronne à titre de «fiduciaire». La raison en est qu'en tant que bénéficiaires d'une modification d'une fiducie visant des terres indiennes, les demandeurs ont intérêt à prendre connaissance de ces conseils, au même titre que la Couronne qui est responsable de l'administration et de la gestion des ressources minérales et des revenus tirés de ces ressources au profit exclusif des bandes et nations demandereses. 30

Les demandeurs font également valoir que le rapport fiduciaire général qui lie les Indiens et la Couronne, au vu des responsabilités de cette dernière découlant des traités, de lois ou de contrats, comporte des devoirs de nature fiduciaire qui justifient un examen minutieux de toute revendication de privilège touchant des documents pertinents. Je ne suis pas convaincu à ce stade que le rapport général qui existe entre les parties, abstraction faite des rapports qui découlent de la modification spécifique d'une fiducie visant des terres indiennes créée par les cessions des ressources naturelles, et les responsabilités qui découlent de ces cessions justifient l'émission d'une ordonnance de portée plus générale que la présente concernant la production de documents. 31

La charge incombant aux défendeurs qui revendiquent un privilège

Les demandeurs font valoir que la décision de la Cour d'appel reconnaît que, pour les fins de l'inter- 32

for discovery the special relationship between the Crown and the plaintiff bands is a trust relationship. Further, it is urged that in regard to documents said to be relevant by the defendants, the onus is on the Crown to establish that there is not a joint interest in the subject-matter of the communications, and to establish that documents were not obtained or prepared by the Crown in administration of its trustee's duties or in the discharge of its responsibilities to the plaintiffs. Otherwise the documents ought to be ordered to be produced, so it is urged.

rogatoire préalable, le rapport spécial qui existe entre la Couronne et les bandes demandresses est un rapport de fiducie. En outre, ils prétendent que, pour ce qui a trait aux documents que les défendeurs prétendent être pertinents, c'est à la Couronne qu'il incombe d'établir qu'ils n'ont pas d'intérêt conjoint à connaître l'objet de ces communications et que les documents n'ont pas été obtenus ou préparés par la Couronne dans l'exécution de ses devoirs de fiduciaire ou de ses responsabilités envers les demandeurs. Autrement, ces derniers font valoir que l'ordonnance devrait enjoindre à la Couronne de produire ces documents.

33 It is true that the onus of proof is on the party claiming privilege. But that onus is generally discharged by that party filing an affidavit that is sufficient in identifying the relevant documents and setting forth, for each document, the particular basis on which the claim of privilege rests.<sup>13</sup> That affidavit is evidence before the Court. If it is challenged by any evidence offered by the other side, whether from cross-examination of the affiant of an affidavit of documents or otherwise, the Court must examine the document in question. In doing so it must weigh the evidence and if there is any doubt it must determine whether the document is privileged on a balance of probabilities, and in light of the principles enunciated by Mr. Justice Lamer, as he then was, in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*,<sup>14</sup> as relied upon by the Court of Appeal.<sup>15</sup> In my view, there is no ultimate onus on the defendant here claiming privilege to establish, in this case, reasons why a document so claimed is not to be assumed to be disclosed. There is no presumption favouring disclosure of any legal advice sought or received by the Crown arising from its general relationship with the plaintiffs. It is otherwise, in my view, for documents I have ordered produced which are related to the special trust-like arrangements arising from the 1946 surrenders.

Il est vrai que la charge de la preuve incombe à la partie qui revendique le privilège. Toutefois, cette partie peut généralement s'en acquitter en déposant un affidavit qui décrit avec suffisamment de détails les documents pertinents et qui énonce, pour chaque document, le fondement particulier de la revendication<sup>13</sup>. Cet affidavit constitue un élément de preuve produit devant la Cour. Si la partie adverse conteste cet affidavit par une contre-preuve, que ce soit au moyen du contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit de documents ou autrement, la Cour doit examiner le document en question. Ce faisant, elle doit soupeser les éléments de preuve et s'il existe un doute dans son esprit, elle doit déterminer si le document est privilégié d'après la prépondérance des probabilités et au vu des principes énoncés par le juge Lamer, maintenant juge en chef, dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*<sup>14</sup>, comme l'a fait la Cour d'appel<sup>15</sup>. À mon avis, la défenderesse, qui revendique le privilège en l'espèce, n'est pas tenue, au bout du compte, d'établir les motifs pour lesquels il ne faut pas présumer qu'un document visé par la revendication doit être communiqué. Il n'y a pas de présomption qui favorise la divulgation de conseils juridiques demandés ou reçus par la Couronne du fait de ses rapports généraux avec les demandeurs. Il en est autrement, selon moi, des documents dont j'ai ordonné la production et qui ont trait aux arrangements spéciaux de nature fiduciaire découlant des cessions de 1946.

Information concerning documents claimed as privileged

34 Also arising from the special relationship between the parties which the plaintiffs urge the Court of Appeal has recognized, they claim that in the circumstances of this case the Crown should be directed to provide somewhat more than the usual detail describing each document claimed as privileged, so that they may have a proper basis on which to assess the privilege claimed and to object to that claim where that would seem appropriate.

35 The plaintiffs urge that they should be given the following details about each document claimed as privileged. In so far as the defendants do not agree that the information requested should be provided, that matter on the list is underlined as a means of readily identifying matters on which there is no agreement.

1. The date of the document.
2. A description of the document.
3. A detailed description of the claim of privilege including the factual basis upon which the claim for privilege is grounded.
4. The reason for the request for or the providing of the legal advice.
5. The name and status of the person who prepared the document.
6. The name and status of the person who signed the document.
7. The name and status of the person to whom the document was sent.
8. If the document includes legal advice, the name and status of the person who provided the legal advice.
9. The reason for requesting or receiving the document or legal advice.
10. The general subject matter of the document or legal advice.
11. The person or persons for whose benefit the legal advice was obtained.

Renseignements concernant les documents visés par la revendication de privilège

34 Du fait également du rapport spécial qui existe entre les parties et qui, selon les demandeurs, a été reconnu par la Cour d'appel, ces derniers prétendent que dans les circonstances de l'espèce la Couronne devrait être tenue de fournir un peu plus que les détails habituels pour décrire chaque document à l'égard duquel un privilège est revendiqué, de façon à ce qu'ils disposent d'un fondement approprié pour évaluer ce privilège et s'y opposer lorsqu'il leur semble approprié de le faire.

35 Les demandeurs prétendent que les détails suivants devraient être fournis au sujet de chaque document visé par la revendication. Comme les défendeurs n'acceptent pas que les renseignements demandés devraient être fournis, certains éléments de la liste ci-dessous ont été soulignés pour identifier facilement les points sur lesquels les parties ne s'entendent pas.

1. La date du document.
2. Une description du document.
3. Une description détaillée de la revendication de privilège, notamment le fondement factuel sur lequel elle repose.
4. La raison pour laquelle les conseils juridiques ont été demandés ou fournis.
5. Le nom et le titre de la personne qui a préparé le document.
6. Le nom et le titre de la personne qui a signé le document.
7. Le nom et le titre de la personne à qui le document a été envoyé.
8. Si le document renferme des conseils juridiques, le nom et le titre de la personne qui a fourni ces conseils.
9. La raison pour laquelle le document ou les conseils juridiques ont été demandés ou reçus.
10. Le sujet général du document ou des conseils juridiques.
11. La ou les personnes au profit desquelles les conseils juridiques ont été obtenus.

12. Whether the legal advice was obtained by the Crown in relation to the administration of monies, oil and gas properties, or programs and services in relation to the plaintiff bands or any other Indian Bands.
13. Whether the legal advice was obtained by the Crown in its role as trustee or fiduciary to the plaintiff bands or any other Indian Bands. If not, what was the role of the Crown in obtaining legal advice.
14. Whether the plaintiff bands had or have a joint interest with the Crown in the subject matter of the communication.
15. Whether the legal advice was obtained by the Crown in the course of its carrying out its duties as trustee or fiduciary related to the plaintiff bands or any other Indian Bands.
16. Whether the legal advice was given in relation to or in contemplation of litigation and if so, a description of the litigation.
17. Particulars as to when the document was being prepared it was intended that it remain in confidence or whether it was intended to be given either in part or in whole to any of the plaintiff bands or any other Indian Bands.
18. Whether the document or any information in the document was given to any of the plaintiff bands or any other Indian Bands.
12. Si les conseils juridiques ont été obtenus par la Couronne relativement à la gestion des fonds, des droits pétroliers et gaziers, ou des programmes et services ayant trait aux bandes demandereses ou à toute autre bande indienne.
13. Si les conseils juridiques ont été obtenus par la Couronne à titre de fiduciaire des bandes demandereses ou de toute autre bande indienne. Dans la négative, à quel titre la Couronne a obtenu ces conseils juridiques.
14. Si les bandes demandereses avaient ou ont un intérêt conjoint avec la Couronne relativement à l'objet de la communication.
15. Si les conseils juridiques ont été obtenus par la Couronne dans le cours de l'exécution de ses devoirs de fiduciaire relativement aux bandes demandereses ou à toute autre bande indienne.
16. Si les conseils juridiques ont été fournis aux fins d'une instance en cours ou envisagée et, dans l'affirmative, une description de l'instance.
17. Des détails précisant si, à la date à laquelle les documents ont été préparés, les parties avaient l'intention qu'ils demeurent confidentiels ou qu'ils soient communiqués en totalité ou en partie à l'une ou l'autre des bandes demandereses ou à toute autre bande indienne.
18. Si le document ou les renseignements contenus dans le document ont été donnés à l'une ou l'autre des bandes demandereses ou à toute autre bande indienne.

36 The defendants say that items 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, and 15 would provide information considered to be privileged, or in some cases would call for a judgment or conclusion without standards or definition; for item 3 the Crown would provide an "adequate" description; item 5 might be impossible to determine where the preparer and the signatory, as sought in item 6, are different; item 16 so far as it seeks a description of litigation is privileged information in relation to any contemplated litigation; items 17 and 18 may be impossible to determine, they seek privileged information and to the extent documents or information in them was provided to the plaintiff bands the latter are in the best position to know.

Les défendeurs prétendent que les points 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14 et 15 auraient pour effet de divulguer des renseignements considérés comme privilégiés ou, dans certains cas, les obligerait à porter un jugement ou à tirer une conclusion sans disposer de normes ou d'une définition appropriées; pour ce qui est du point 3, la Couronne fournirait une description «adéquate»; quant au point 5, il pourrait être impossible de s'y conformer lorsque la personne qui a préparé les documents et le signataire, dont il est question au point 6, ne sont pas la même personne; le point 16, dans lequel on demande une description de l'instance, porte sur des renseignements privilégiés étant donné qu'ils sont préparés en vue d'une instance; les points 17 et 18 pourraient être impossibles à déterminer puisqu'ils portent sur des renseignements privilégiés; qui plus est, dans la mesure où les renseignements qu'ils contiennent ont été fournis

36

37 I note that in accord with the directions of the order issued herewith, some of the information sought by plaintiffs, in items 12, 13, 14, 15, would be produced, in so far as the legal advice sought or received relates to the administration of the trusts in Indian land created by the surrenders of 1946, the resources derived therefrom or programs and services affected by those assets or resources. In so far as the plaintiffs seek under any of those items legal advice in relation to any other Indian bands, unless part of the advice relates specifically to the plaintiffs, the advice would be generic and beyond the terms of the order.

38 The Crown, indicating the information it is supplying in relation to privileged documents, submits that, in providing information about those, it has complied with the requirements set by jurisprudence, numbering the document, describing its nature or type, the maker and recipient of the document and the basis of the claim for privilege. It points to the affidavit of Mr. Hanssens as indicating that documents claimed under the legal advice privilege are documents relating to the provision of legal advice in the ongoing relations of solicitors to the Crown and it points also to the then draft (now filed) affidavit of Lynda J. Sturney, a research consultant responsible for review and production of the Crown's documents, who describes the process followed, the departments searched, and the measure of completion of document production from DIAND. In accord with this Court's Rule 448 [as am. *idem*], her affidavit includes a schedule II listing relevant documents claimed as privileged, *inter alia*, by either the litigation privilege or a legal advice privilege. All of the legal opinions described in that schedule are said to have been obtained by the Crown from Department of Justice lawyers who gave the opinions in the ordinary course of their duties.

aux bandes demandresses, celles-ci sont les mieux placées pour le savoir.

Je note que, conformément aux directives contenues dans l'ordonnance émise aux termes des présentes, certains des renseignements réclamés par les demandeurs, aux points 12, 13, 14 et 15, seraient produits si les conseils juridiques demandés ou reçus ont trait à l'administration des fiducies visant des terres indiennes créées par les cessions de 1946, des ressources provenant de ces cessions ou des programmes et services financés en fonction de la valeur de ces biens ou de ces ressources. Toutefois, si les demandeurs cherchent à obtenir, sous l'un ou l'autre de ces points, des conseils juridiques ayant trait à toute autre bande indienne, à moins qu'une partie de ces conseils n'ait trait précisément aux demandeurs, les conseils seraient généraux et iraient au-delà de la portée de l'ordonnance.

Au sujet des renseignements qu'elle fournit relativement aux documents privilégiés, la Couronne prétend s'être conformée aux conditions établies par la jurisprudence, c'est-à-dire qu'elle a numéroté les documents, en a décrit la nature, en a désigné l'auteur et le destinataire et a indiqué le fondement du privilège revendiqué. Elle signale que l'affidavit de M. Hanssens précise que les documents visés par le privilège des conseils juridiques ont trait à la fourniture de conseils juridiques dans le cadre des relations continues des avocats avec la Couronne et elle fait également référence à l'affidavit (maintenant déposé) de Lynda J. Sturney, conseillère en recherche responsable de l'analyse et de la production des documents de la Couronne, qui décrit la procédure suivie, les ministères visés par les recherches et le pourcentage de documents produits par le MAINC. Conformément à la Règle 448 [mod., *idem*] de la Cour, son affidavit comporte une annexe II dressant la liste des documents pertinents à l'égard desquels un privilège est revendiqué, soit le privilège des communications liées à une instance ou le privilège des conseils juridiques. La Couronne aurait obtenu tous les avis juridiques dont la liste est dressée dans cette annexe des avocats du ministère de la Justice dans l'exercice normal de leurs fonctions.

37

38

39 For the Crown it is said a list of counsel in the Department of Justice advising DIAND or others has been provided to counsel for the plaintiffs in identifying at least those counsel involved whose names appear in Schedule II. I understand the Crown has no objection to providing the name, and status or office, of any person sending or receiving the documents listed. For the defendants, however, giving of further information beyond that now provided is resisted on the ground that this would provide information from privileged documents, matters not to be disclosed unless the Court determines the document in issue is not to be privileged. In sample listings, the Crown indicates for each document claimed as privileged—a date, a file name, a locator number, a one or two word description (e.g. memoranda, legal opinions, letter), to whom the document was sent, and from whom.

40 Obviously, some descriptions relate to more than one document. Bundles of similar documents may be listed as a single document under a general description, provided “the documents are all of the same nature . . . and the bundle is described in sufficient detail to enable another party to clearly understand its contents”.<sup>16</sup> A description of “Legal Opinions” all classed under file name “Signing authority—Delegation of Authorities”, a description included in the sample list provided by the Crown, may meet that requirement. I note that in *Creaser v. Warren and Warren*<sup>17</sup> the Nova Scotia Court of Appeal affirmed that a listing of bundled documents does not fully meet the requirement, under the rules there applicable, for listing each document.

41 On the basis of the jurisprudence referred to by counsel and examined by the Court,<sup>18</sup> I am persuaded that the information here provided by the Crown about documents claimed to be privileged meets the normal requirements with the possible exception of setting out the basis for the claim of privilege for each document. If that has not yet been

L’avocat de la Couronne prétend qu’une liste des avocats du ministère de la Justice qui ont conseillé le MAINC ou d’autres personnes a été remise aux avocats des demandeurs et qu’à tout le moins le nom des avocats qui ont donné ces conseils figure à l’annexe II. À mon avis, la Couronne ne refuse pas de donner le nom et le titre ou le poste de toute personne qui a envoyé ou reçu les documents énumérés dans la liste. Toutefois, elle refuse de donner des renseignements plus détaillés que ceux qui ont été fournis jusqu’ici au motif qu’il s’agit de renseignements tirés de documents privilégiés, et donc qu’il s’agit de renseignements qui ne peuvent être divulgués à moins que la Cour statue que le document en question n’est pas privilégié. Prenant des listes au hasard, la Couronne indique que chaque document à l’égard duquel elle revendique un privilège est assorti d’une date, d’un nom de dossier, d’un numéro de repère, d’une courte description (p. ex. note de service, avis juridique, lettre), et du nom du destinataire et de l’auteur du document.

De toute évidence, certaines descriptions s’appliquent à plus d’un document. Des liasses de documents semblables peuvent être répertoriées comme un seul document si «les documents sont tous de même nature [et que] la liasse est décrite avec suffisamment de détail, pour qu’une autre partie puisse en comprendre facilement le contenu»<sup>16</sup>. Une description des «avis juridiques» tous répertoriés sous le nom de dossier «Pouvoir de signer—Délégation de pouvoirs», faisant partie de la liste d’échantillons fournie par la Couronne, peut en être un exemple. Je note cependant que, dans l’arrêt *Creaser v. Warren and Warren*<sup>17</sup>, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a statué qu’une liste de documents enliassés ne respecte pas entièrement l’exigence, en vertu des règles applicables dans cette province, concernant l’énumération de chaque document.

D’après la jurisprudence citée par les avocats et examinée par la Cour<sup>18</sup>, je suis convaincu que les renseignements fournis en l’espèce par la Couronne au sujet des documents à l’égard desquels un privilège est revendiqué répondent aux exigences normales, à l’exception peut-être de la déclaration exposant le fondement de la revendication pour chacun d’eux.

done in regard to documents claimed as privileged in the first affidavits filed in the spring of 1994 or in that filed in December 1995, it should be done forthwith, in accord with paragraph 448(2)(b) of the Rules.

Si cela n'a pas encore été fait au sujet des documents à l'égard desquels un privilège a été revendiqué dans les premiers affidavits qui ont été déposés au printemps de 1994 ou dans ceux qui ont été déposés en décembre 1995, ce fondement devrait être énoncé sans délai, conformément à l'alinéa 448(2)b) des Règles.

42 Does the special relationship of the Crown to the plaintiffs here warrant the disclosure of additional information? The plaintiffs argue that it does, that they should be put in a position to argue, document by document, if appropriate, that those claimed as privileged should not be so recognized. They submit that the Court of Appeal's decision in effect means that privilege should not be determined in a general way but only on a document by document basis. I accept that submission, at least for any document claimed as privileged which is questioned by plaintiffs. This does not mean, in my opinion, that detailed information here sought by plaintiffs should be provided for all documents claimed as privileged.

Le rapport spécial qui existe entre la Couronne et les demandeurs en l'espèce justifie-t-il la communication d'autres renseignements? Les demandeurs prétendent que tel est le cas et qu'ils devraient être en mesure de faire valoir, pour chaque document pris individuellement s'il y a lieu, que les documents visés par la revendication ne doivent pas être considérés comme privilégiés. Ils font valoir que la décision de la Cour d'appel signifie en fait que le privilège ne peut être reconnu de façon générale, mais uniquement pour chaque document pris individuellement. J'accepte cet argument, du moins pour ce qui a trait aux documents visés par la revendication de privilège qui sont contestés par les demandeurs. Cela ne signifie pas, à mon avis, que les renseignements détaillés que réclament en l'espèce les demandeurs devraient être fournis pour tous les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué. 42

43 An affidavit of documents, or related affidavits, must provide sufficient factual basis for the specific claim of privilege, for each document,<sup>19</sup> i.e., whether the party claiming privilege relies upon the litigation privilege where the dominant purpose of the document is related to litigation, actual or contemplated, or upon the legal advice privilege in that it is directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice within the continuum of communication in which the solicitor tenders advice. It is in the latter context that the affidavit of Mr. Hanssens, describing the role of counsel in advising DIAND, is here adduced.

Un affidavit de documents, ou des affidavits connexes, doivent fournir un fondement factuel suffisant pour justifier le privilège revendiqué à l'égard de chaque document<sup>19</sup>, c'est-à-dire indiquer si la partie qui revendique le privilège s'appuie sur le privilège des communications préparées principalement en vue de la poursuite d'une instance en cours ou envisagée, ou sur le privilège des conseils juridiques en ce sens que ce document est directement lié à la demande, à la formulation ou à la prestation de conseils juridiques dans le cadre d'une communication continue au cours de laquelle l'avocat fournit des conseils. C'est dans ce dernier contexte que l'affidavit de M. Hanssens, décrivant le rôle des avocats qui ont conseillé le MAINC, a été produit en l'espèce. 43

44 If the factual basis for the claim of privilege is adequately set out by affidavit, it may be contested, as any other affidavit evidence, on the basis of evidence adduced by the plaintiffs, either evidence

Si le fondement factuel du privilège revendiqué est adéquatement énoncé dans l'affidavit, il peut être contesté, comme toute autre preuve par affidavit, par une contre-preuve des demandeurs, soit au moyen 44



that has come to their attention by some other means or evidence of the deponent on cross-examination that may call into question what is set out in his or her affidavit. Obviously the plaintiffs in this case will be at some disadvantage in arguing against the privilege claimed. Whether a document is ultimately determined, when questioned, to be privileged must ultimately be resolved by the Court on the basis of the evidence before it. The affidavit should set forth "a sufficient statement of facts so that a judge may say that, if the facts are true, then as a matter of law the documents are privileged".<sup>20</sup> As in all other matters where the Court depends upon affidavit evidence it relies on the due diligence of counsel, as an officer of the Court, advising the client upon documents to be listed in full disclosure and upon which ones and for what grounds a claim of privilege may be advanced in an affidavit of documents.

45 In *Pocklington Foods Inc.*,<sup>21</sup> a case concerned with privilege claimed for Cabinet documents of Alberta, not with solicitor and client privilege, Mr. Justice Côté commented:

... the law does not call on the Chambers judge to inspect on the theory that he must then answer without more. For example, many documents contain no clue whatever as to when or why they were created. By themselves, they do nothing to prove or disprove privilege. That is why the law has always called for affidavits of documents, or affidavits or certificates by Ministers, giving the facts founding privilege. That is why the more modern law allows the party resisting privilege to cross-examine and to lead evidence of his own. The document itself never need proclaim, let alone prove, its own privilege. Where there is not enough outside evidence of privilege, the court does not even get to inspection. Inspection only arises where there is already enough proof of privilege, by an adequate affidavit or certificate by a Minister. The onus of proof is on the party claiming privilege. So if she does not file a sufficient affidavit or certificate, no inspection is necessary. The document is simply producible for want of evidence that it is not.

d'éléments de preuve portés à leur attention de quelque autre façon, soit par le contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit qui fera ressortir les éléments qui remettent en question ce qui est énoncé dans son affidavit. De toute évidence, en l'espèce, les demandeurs seront quelque peu désavantagés pour s'opposer au privilège revendiqué. La décision finale établissant qu'un document contesté est privilégié est une décision qui doit, au bout du compte, être tranchée par la Cour d'après la preuve dont elle est saisie. L'affidavit doit énoncer [TRADUCTION] «des faits suffisants pour permettre à un juge de déclarer que, si les faits sont authentiques, alors, en droit, les documents sont privilégiés»<sup>20</sup>. Comme dans tous les autres cas où la Cour s'appuie sur une preuve par affidavit, elle compte sur la diligence raisonnable des avocats, en leur qualité d'auxiliaires de la Cour, pour informer leur client des documents qui doivent être communiqués intégralement et de ceux à l'égard desquels un privilège peut être revendiqué, avec les motifs pertinents, dans un affidavit de documents.

Dans l'arrêt *Pocklington Foods Inc.*<sup>21</sup>, traitant d'une revendication de privilège touchant des documents du Cabinet de l'Alberta, et non pas d'une revendication de privilège touchant les communications entre avocat et client, le juge Côté fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] ... la loi n'exige pas du juge en chambre qu'il fasse un examen en s'appuyant sur le principe qu'il doit ensuite fournir une réponse sans plus. Par exemple, bon nombre de documents ne contiennent aucun élément permettant de déterminer la raison pour laquelle ils ont été préparés, ou la date à laquelle ils l'ont été. En eux-mêmes, ces documents ne peuvent justifier ou contredire le privilège revendiqué. C'est pourquoi la loi a toujours exigé que les affidavits de documents, de même que les affidavits ou les attestations déposés par les ministres responsables, énoncent les faits servant de fondement au privilège. C'est pourquoi le droit actuel autorise la partie qui s'oppose au privilège à contre-interroger et à produire ses propres éléments de preuve. Il n'est jamais nécessaire que le document en lui-même démontre, et encore moins prouve, le privilège qui est invoqué à son égard. Quand il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve extrinsèques pour justifier un privilège, la Cour ne se rend pas à l'étape de l'examen. Celui-ci n'est effectué que lorsqu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour établir le privilège, soit par un affidavit approprié, soit par une attestation adéquate fournie par le ministre. Le fardeau de la preuve

Why do judges sometimes inspect the documents? Only to guard against the possibility that the affidavit or other evidence for privilege is not accurate, whether because of clerical error, dishonesty, or misunderstanding of the law. For example, suppose that the Crown claimed privilege (immunity) for Cabinet minutes and high-level policy papers leading to them; but among them the Chambers judge found a month's weighscale records from one branch office of the highway patrol. Then almost certainly something would be wrong. The new evidence yielded by inspection would strongly contradict the affidavit or certificate.

But often the wording of a document itself offers no real guidance as to privilege. The result then is not a mystery. It simply means that the judge ruling on privilege must rely upon the affidavit or certificate claiming privilege, and on any other outside evidence by either side. The judge's inspection is like an external physical examination by a physician. It is a useful check. But it is not a substitute for a careful history or lab test, and the external sights and sounds will often be inconclusive.

46 In my view the cases make clear that the affidavit of documents which includes a claim for privilege must set out the factual basis for that claim with respect to each document claimed. The primary purpose of that aspect of the affidavit is to provide the Court with evidence to assess the claim for privilege if the claim is challenged. The plaintiffs and the Court ultimately rely on the proper preparation of the affidavit on the advice of the solicitor of the Crown as an officer of the Court, in the same way that the Crown and the Court must do in relation to the affidavit produced by the plaintiffs.

### Conclusions

47 The plaintiffs submit the process would be expedited by directing that the particulars they seek

incombe à la partie qui revendique le privilège. Donc, si elle ne dépose pas une attestation ou un affidavit suffisant, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen. Le document devra tout simplement être produit puisqu'il n'y a pas de preuve justifiant qu'il ne le soit pas.

Pourquoi les juges procèdent-ils quelquefois à l'examen des documents? Simplement pour éviter la possibilité que l'affidavit ou d'autres éléments de preuve en faveur du privilège ne soient pas exacts, à cause soit d'une erreur administrative, soit d'un acte malhonnête ou d'une mauvaise interprétation de la loi. Par exemple, supposons que la Couronne revendique un privilège (l'immunité) pour les actes ministériels du Cabinet et les exposés de principes de haut niveau qui s'y rapportent, et que parmi ces documents, le juge en chambre trouve les dossiers de pesée d'un bureau régional de la police routière pour un mois. Très certainement, il en conclurait que quelque chose ne vas pas. Les nouveaux éléments de preuve révélés par l'examen contrediraient fortement l'affidavit ou l'attestation.

Mais bien souvent, le texte même d'un document n'offre pas de véritable indice en faveur du privilège revendiqué. Le résultat qui s'ensuit ne tient pas du mystère. Cela signifie simplement que le juge qui se prononce sur le privilège revendiqué doit s'appuyer sur l'affidavit ou l'attestation dans lequel le privilège est invoqué, et sur tout autre élément de preuve extrinsèque produit par les deux parties. L'examen auquel se livre le juge est semblable à un examen physique externe effectué par un médecin. C'est une vérification utile. Mais cela ne remplace pas un interrogatoire minutieux ou des tests de laboratoire, et les manifestations et bruits externes ne mènent bien souvent à aucune conclusion significative.

À mon avis, la jurisprudence indique clairement 46 que l'affidavit de documents dans lequel un privilège est revendiqué doit énoncer le fondement factuel de ce privilège à l'égard de chaque document visé. L'objectif premier de cet aspect de l'affidavit est de fournir à la Cour les éléments de preuve à partir desquels elle pourra évaluer le privilège revendiqué en cas de contestation. Les demandeurs et la Cour se fient au bout du compte à la préparation adéquate de l'affidavit d'après les conseils donnés par l'avocat de la Couronne en sa qualité d'auxiliaire de la Cour, de la même façon que la Couronne et la Cour doivent pouvoir le faire à l'égard des affidavits produits par les demandeurs.

### Conclusion

Les demandeurs font valoir que la procédure serait 47 accélérée si la Cour ordonnait que les détails qu'ils

be provided for each document claimed as privileged. I am persuaded that to do so would undermine the Crown's claim to privilege by directing that information properly protected from disclosure as privileged be divulged.

48 If that course is not directed plaintiffs say that there are two possible courses to progress in resolving issues concerning privileged documents. First the Court could examine all the documents claimed as privileged which are questioned by plaintiffs, or second, it could do so in relation to documents questioned by plaintiffs after they have examined the deponents of affidavits here filed by the Crown. Of course, the plaintiffs may examine the deponents of affidavits. It may be that course is likely to yield little evidence, presuming the deponent may object to answering questions about privileged documents where the questioner seeks information beyond that provided in the affidavit of documents. There may be greater likelihood of progress in an examination of the questioned documents by the Court and determination as to which documents, or parts of documents are to be considered privileged.

49 That task may be lesser in extent if the directions now issued to defendants to produce certain documents are accepted, or are upheld if appealed. Moreover, the task of examining documents claimed as privileged, in my view, arises only where the claim is questioned by the plaintiffs. If it is not questioned, then, as in the usual case, the Court has no responsibility to conduct a review of documents on its own initiative. It is true that *Solosky*<sup>22</sup> indicates privilege can only be claimed document by document, and that the Court of Appeal in *Procter & Gamble Co. v. Nabisco Brands Ltd.*,<sup>23</sup> in reliance on *Solosky*, held that in that case a claim of privilege could not be upheld where the Court did not first examine the document in which privilege was claimed. In both cases the claim to privilege was

réclament soient fournis pour chacun des documents à l'égard desquels le privilège est revendiqué. Je suis convaincu qu'en agissant ainsi je porterais atteinte au privilège revendiqué par la Couronne puisqu'en fait des renseignements, qui sont à bon droit protégés contre la communication parce qu'ils sont privilégiés, seraient divulgués.

48 Si mes directives ne vont pas dans ce sens, les demandeurs prétendent que deux autres lignes de conduite pourraient accélérer le règlement des questions concernant les documents privilégiés. D'abord, la Cour pourrait examiner tous les documents à l'égard desquels le privilège est revendiqué et qui sont contestés par les demandeurs, ou alors, elle pourrait examiner les documents contestés par les demandeurs après que les auteurs des affidavits déposés en l'espèce par la Couronne auront été interrogés. Bien entendu, les demandeurs peuvent interroger les auteurs des affidavits. Il se peut que cette façon d'agir fournisse peu d'éléments de preuve, parce que l'auteur de l'affidavit peut refuser de répondre à des questions au sujet des documents privilégiés si l'avocat qui l'interroge cherche à obtenir des renseignements qui vont au-delà de ce qui a été fourni dans l'affidavit de documents. La situation pourrait avancer plus rapidement si la Cour procédait à un examen des documents contestés et décidait de ceux qui doivent être considérés, en tout ou en partie, comme privilégiés.

49 La tâche peut être allégée si les défendeurs acceptent les directives leur enjoignant de produire certains documents, ou si ces directives sont confirmées en appel. En outre, l'examen des documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué ne doit être effectué, à mon avis, que lorsque le privilège est contesté par les demandeurs. S'il ne l'est pas, la Cour, comme dans toute autre situation normale, n'est aucunement tenue d'effectuer, de sa propre initiative, un examen des documents. Il est vrai que l'arrêt *Solosky*<sup>22</sup> indique que le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement, et que la Cour d'appel dans *Procter & Gamble Co. c. Nabisco Brands Ltd.*,<sup>23</sup> s'appuyant sur *Solosky*, a statué que le privilège ne pouvait être reconnu si la Cour n'examinait pas tout d'abord les

questioned. If the plaintiffs here question the privilege claimed for any document, the Court would examine it in light of the evidence, including the affidavits of documents or other supporting affidavits.

documents visés par la revendication. Dans les deux cas, la revendication de privilège avait été contestée. Si, en l'espèce, les demandeurs contestent le privilège revendiqué pour chaque document, la Cour examinera ces documents au vu de la preuve, notamment au vu des affidavits de documents ou d'autres affidavits déposés à l'appui du privilège.

50 In order that progress may be made even pending consideration by the parties of an appeal in relation to the order now issued, directions are also issued that the parties consult with the Court in continuing pre-trial discussions about the following:

Pour faire avancer la situation, même avant l'expiration du délai d'appel, d'autres directives sont aussi émises pour que les parties consultent la Cour au cours des entretiens préalables à l'instruction au sujet des points suivants: 50

51 1) Whether the defendants should be instructed to prepare a separate list, comparable to Schedule IIC as discussed and directed by the Court of Appeal, to include all documents claimed to be privileged under the litigation privilege, such list to be filed at a date to be fixed. Any objection to privilege for any or all such documents could be determined by examination by the Court at its early convenience;

1) Pour savoir si la Cour devrait donner instruction aux défendeurs de préparer une liste séparée, comparable à l'annexe IIC dont la production a été discutée et ordonnée par la Cour d'appel, qui inclurait tous les documents à l'égard desquels le privilège des communications liées à une instance a été revendiqué, et qui devrait être déposée à une date qui n'est pas encore fixée. Toute opposition au privilège invoqué touchant une partie ou la totalité des documents figurant sur la liste pourrait être examinée par la Cour dès qu'il lui sera possible de le faire; 51

52 2) Whether the defendants should be instructed to prepare a separate list for documents thus far claimed under the legal advice privilege which would be produced to plaintiffs if the order for production now made is accepted or upheld on appeal. If there be no appeal by defendants, that list would be filed after expiry of the appeal period and the documents so listed would be produced to the plaintiffs forthwith. If that separate list were prepared the balance of documents claimed as privileged, i.e., the rest of the documents that would be classed within Schedule IIE as that was discussed by the Court of Appeal, should also be listed by the defendants, and examination by the Court of any on this list that are questioned by the plaintiffs might begin as soon as that list is filed following the period fixed for an appeal of the order now issued;

2) Pour savoir s'il faut donner instruction aux défendeurs de préparer une liste séparée pour les documents à l'égard desquels elle a revendiqué jusqu'ici le privilège des conseils juridiques et qui serait produite si le présent ordre de production est accepté par les défendeurs ou confirmé en appel. Si les défendeurs décident de ne pas interjeter appel, la liste séparée pourrait être déposée après l'expiration du délai d'appel, et les documents faisant partie de la liste seraient ensuite remis sans délai aux demandeurs. Si cette liste est préparée, le reste des documents visés par le privilège, c'est-à-dire ceux qui seraient classés à l'annexe IIE, selon l'analyse qui en a été faite par la Cour d'appel, devraient également faire l'objet d'une liste séparée, et l'examen par la Cour de tout document figurant sur cette liste, lorsque le privilège est contesté par les demandeurs, pourrait commencer aussitôt que la liste aura été déposée après l'expiration du délai d'appel relatif à l'ordonnance présentement émise; 52

53 3) Whether the plaintiffs question the classification of documents by the Crown as irrelevant, upon review by the Crown of the claims for privilege made with original affidavits of documents, which documents are included in a list as Schedule IID to the affidavit of Gregor MacIntosh, filed October 20, 1994.

54 The order now issued includes directions consistent with these reasons.

<sup>1</sup> *Buffalo et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.* (1994), 86 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

<sup>2</sup> *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.).

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. C-5.

<sup>4</sup> *Supra*, note 2, at p. 775.

<sup>5</sup> [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 837.

<sup>6</sup> See Côté J. A. in *Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer)* (1993), 135 A.R. 363 (C.A.), at p. 370, quoted in the following text and referred to at note 21, below.

<sup>7</sup> *Supra*, note 2, at pp. 773-776.

<sup>8</sup> I.e., *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344.

<sup>9</sup> *Idem.* at pp. 360-362.

<sup>10</sup> *Idem.* at pp. 394-396.

<sup>11</sup> Perhaps the most specific statement of claim as amended is that in the action by the Samson Band and Nation (T-2022-89) which sets out, in paragraphs 27A and 28, explicit conditions said to be express and implied under the surrenders of natural resources by the Band in its reserve lands in 1946, which conditions are said to have been accepted by the Crown by Order in Council P.C. 2662-1946 on June 28, 1946. In its defence to the amended statement of claim the Crown generally traverses all allegations in the amended statement of claim. It does not deal specifically with the plaintiffs' paragraphs 27A and 28, but the Crown states that the relationship between it and the Samson Band, and the extent of the duties flowing therefrom, are not as the plaintiffs allege. Further it is claimed the Crown has no obligation to consider the interests of the Samson Band to the exclusion of all other considerations in performing its functions. Nevertheless, the Crown acknowledges the surrender of minerals in 1946, reciting, apparently from the surrender document itself, the Crown's obligation to take and hold the minerals "in trust" on terms the Government of Canada may deem most conducive to the welfare of the people of the Band.

3) Pour faire savoir si les demandeurs contestent l'allégation de non-pertinence avancée par la Couronne, après qu'elle aura examiné le bien-fondé du privilège invoqué dans les premiers affidavits de documents, ces documents étant inclus dans une liste produite sous l'annexe IID jointe à l'affidavit de Gregor MacIntosh, déposé le 20 octobre 1994.

L'ordonnance maintenant émise inclut des directives conformes aux présents motifs.

<sup>1</sup> *Buffalo et al. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) et al.* (1994), 86 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>2</sup> *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.).

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. C-5, mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. II, n<sup>o</sup> 5.

<sup>4</sup> Précité, note 2, à la p. 775.

<sup>5</sup> [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 837.

<sup>6</sup> Voir le juge Côté, J.C.A., dans *Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer)* (1993), 135 A.R. 363 (C.A.), à la p. 370, reproduit ci-dessous à la note 21.

<sup>7</sup> Précité, note 2, aux p. 773 à 776.

<sup>8</sup> C.-à-d. *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344.

<sup>9</sup> *Idem.* aux p. 360 à 362.

<sup>10</sup> *Idem.* aux p. 394 à 396.

<sup>11</sup> La déclaration modifiée la plus spécifique à cet égard est peut-être celle qui a été déposée dans l'action de la Bande et de la Nation des Indiens Samson (T-2022-89) qui énonce, aux paragraphes 27A et 28, les conditions explicites qui auraient été formulées expressément et implicitement en vertu des cessions des ressources naturelles par la bande sur les terres de la réserve en 1946, conditions qui auraient été acceptées par la Couronne par le décret en conseil C.P. 2662-1946, le 28 juin 1946. Dans sa défense à la déclaration modifiée, la Couronne nie l'ensemble des allégations qui y sont avancées. Elle ne traite pas spécifiquement des paragraphes 27A et 28 de la déclaration des demandeurs, mais déclare que le rapport qui existe entre elle et la bande des Indiens Samson, et l'étendue des obligations qui en découlent, ne sont pas celles qui sont alléguées par les demandeurs. Elle prétend de plus qu'elle n'est nullement obligée de tenir compte des intérêts de la bande Samson à l'exclusion de toutes autres considérations dans l'exercice de ses fonctions. Néanmoins, la Couronne reconnaît qu'il y a eu cession des minéraux en 1946 et reprend, apparemment d'après le texte de l'acte de cession lui-même, l'obligation qui est faite à la Couronne de détenir les ressources minérales «en

<sup>12</sup> *Supra*, note 2, at p. 775.

<sup>13</sup> *Pocklington Foods Inc.*, *supra*, note 6.

<sup>14</sup> [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875.

<sup>15</sup> *Supra*, note 2, at pp. 770 and 775.

<sup>16</sup> *Federal Court Rules*, R. 448(3).

<sup>17</sup> (1987), 77 N.S.R. (2d) 429 (C.A.).

<sup>18</sup> See: *Roy v. Krilow*, [1995] 7 W.W.R. 130 (Alta. Q.B.); *Visa International Service Assn. v. Block Brothers Realty Ltd.* (1983), 64 B.C.L.R. (2d) 390 (C.A.); *Woreta v. Chang* (1994), 156 A.R. 49 (Q.B.).

<sup>19</sup> *Delta Electric Co. Ltd. v. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Limited and Morden & Helwig Limited* (1984), 53 N.B.R. (2d) 406 (Q.B.), at p. 410; *Stamper v. Finnigan, Via Rail Canada Inc., Canadian National Railway Company and New Brunswick* (1984), 57 N.B.R. (2d) 411 (Q.B.), at p. 422.

<sup>20</sup> Per Goodridge J. (as he then was) in *Walsh-Canadian Construction Company Limited v. Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 34 (S.C.), at p. 41.

<sup>21</sup> *Supra*, note 6.

<sup>22</sup> *Supra*, note 5.

<sup>23</sup> (1989), 24 C.P.R. (3d) 570 (F.C.A.).

fiducie» selon les conditions que le gouvernement du Canada peut juger les plus appropriées pour assurer le bien-être des membres de la bande.

<sup>12</sup> Précité, note 2, à la p. 775.

<sup>13</sup> *Pocklington Foods Inc.*, précité, note 6.

<sup>14</sup> [1982] 1 R.C.S. 860, à la p. 875.

<sup>15</sup> Précité, note 2, aux p. 770 et 775.

<sup>16</sup> Règle 448(3) des *Règles de la Cour fédérale*.

<sup>17</sup> (1987), 77 N.S.R. (2d) 429 (C.A.).

<sup>18</sup> Voir: *Roy v. Krilow*, [1995] 7 W.W.R. 130 (B.R. Alb.); *Visa International Service Assn. v. Block Brothers Realty Ltd.* (1983), 64 B.C.L.R. (2d) 390 (C.A.); *Woreta v. Chang* (1994), 156 A.R. 49 (B.R.).

<sup>19</sup> *Delta Electric Co. Ltd. v. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Limited and Morden & Helwig Limited* (1984), 53 N.B.R. (2d) 406 (B.R.), à la p. 410; *Stamper v. Finnigan, Via Rail Canada Inc., Canadian National Railway Company and New Brunswick* (1984), 57 N.B.R. (2d) 411 (B.R.), à la p. 422.

<sup>20</sup> Le juge Goodridge (tel était alors son titre) dans *Walsh-Canadian Construction Company Limited v. Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited* (1979), 23 Nfld & P.E.I.R. 34 (C.S.), à la p. 41.

<sup>21</sup> Précité, note 6.

<sup>22</sup> Précité, note 5.

<sup>23</sup> (1989), 24 C.P.R. (3d) 570 (C.A.F.).

A-65-95

A-65-95

**Norman Spinks** (*Appellant*)**Norman Spinks** (*appelant*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)*INDEXED AS: SPINKS v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: SPINKS c. CANADA (C.A.)*Court of Appeal, Strayer, Linden and McDonald  
J.J.A.—Ottawa, January 9 and March 21, 1996.Cour d'appel, juges Strayer, Linden et McDonald,  
J.C.A.—Ottawa, 9 janvier et 21 mars 1996.

*Public Service — Pensions — Appeal from dismissal of action against employer for provision of erroneous advice — Remedies available under Public Service Superannuation Act, s. 42(10), Public Service Superannuation Regulations, s. 17(1) to contributor receiving erroneous advice concerning counting of service — Appellant employed by Australian government prior to joining Atomic Energy Canada Ltd. — Nothing in sign-on interview, pension administration screening form, pension benefits booklet, suggesting could buy back Australian service — Where party advising, failure to divulge material information as misleading as positive misstatement, especially where information of specialized nature, easily available to advisor, but not to party advised — Advisor's duty to advise competently, accurately, fully — "Advice" contemplating responsible "counselling", requiring material information concerning pension options be divulged — Appellant received erroneous advice because of which failed to elect — Minister should exercise discretion in appellant's favour under Regs., s. 17.*

*Fonction publique — Pensions — Appel du rejet d'une action intentée contre l'employeur pour avis erronés donnés — Recours prévus par l'art. 42(10) de la Loi sur la pension de la fonction publique et par l'art. 17(1) du Règlement sur la pension de la Fonction publique pour le contributeur qui a reçu des avis erronés concernant l'admissibilité du service antérieur — L'appellant a travaillé pour le gouvernement australien avant de se joindre à Énergie atomique du Canada Limitée — Rien dans l'entrevue aux fins d'embauche, ni dans la formule d'admissibilité relative à l'administration du régime de pension, ni dans la brochure portant sur la prestation de retraite ne laisse entendre la possibilité de rachat du service accompli en Australie — Lorsqu'une partie donne des conseils, l'omission de divulguer des renseignements importants peut être aussi trompeuse qu'une déclaration inexacte effectivement faite, particulièrement lorsque les renseignements en question sont spécialisés et peuvent facilement être obtenus par le conseiller, mais non par la partie conseillée — Un conseiller doit donner des avis compétents, exacts et complets — Le mot «avis» consiste à «conseiller» de façon sérieuse, ce qui implique la communication des renseignements importants sur les options de pension — L'appellant a reçu des avis erronés et, de ce fait, il n'a pas fait son choix — Le ministre devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'appellant sous le régime de l'art. 17 du Règlement.*

*Crown — Torts — Appeal from dismissal of action against employer for negligent misrepresentation — Appellant not electing to buy back employment service with foreign government as nothing in sign-on interview, pension administration screening form, pension benefits booklet suggesting could do so — Appellant not contributorily negligent — No reason to believe staffing officer would not provide correct information — Employer-employee relationship entitling appellant to reasonably rely on information received — No damages yet as statutory relief still available — If Minister fails to exercise discretion in appellant's favour within reasonable time, tort action will succeed.*

*Couronne — Responsabilité délictuelle — Appel du rejet d'une action intentée contre l'employeur pour déclaration inexacte faite avec négligence — L'appellant n'a pas choisi de racheter le service accompli pour un gouvernement étranger puisque rien dans l'entrevue aux fins d'embauche, ni dans la formule d'admissibilité relative à l'administration du régime de pension, ni dans la brochure portant sur la prestation de retraite ne laissait entendre qu'il pouvait le faire — Il n'y a pas eu négligence de la part de l'appellant — Il n'y avait aucune raison de croire que l'agent de dotation ne donnerait pas de renseignements exacts — La relation employeur-employé permet à l'appellant de se fier raisonnablement aux renseignements reçus — Aucun dommage n'a encore été subi puisqu'un recours prévu par la loi est toujours*

*Practice — Limitation of actions — Tort action may only be brought within six years of date damage discovered or reasonably ought to have been discovered — Appellant alleging employer negligently misrepresenting right to buy back employment service with foreign government — Running of limitation period not begun as no damages yet, statutory remedy still being available.*

This was an appeal from dismissal of the appellant's action against his employer. The appellant had worked for the Australian federal government for 20 years before commencing work for Atomic Energy of Canada Ltd. (AECL) in 1972. On his first day of work at AECL he attended a routine sign-on interview, the purpose of which was to inform new employees of matters pertaining to their employment, including the AECL pension plan and the options employees might have with regard to it. The appellant was given a form on which he could provide a summary of prior employment to facilitate an "election" to count prior employment service elsewhere as pensionable service under the Canadian federal government plan. None of the types of prior employment referred to in the instructions appeared to include employment with a foreign government. The appellant did not complete the employment summary and did not request an assessment of whether his prior employment was elective. The Trial Judge found that the appellant had entered the meeting believing that he could not buy back his Australian service, and he left the meeting with a clear understanding that such was in fact the case. A booklet given to him at the interview also made no clear reference to employment abroad as pensionable employment.

*Public Service Superannuation Act*, subsection 42(10) and *Public Service Superannuation Regulations*, section 17 provide remedies for contributors who, relying on erroneous advice as to the counting of service, fail to elect under the Act within the prescribed time.

The issues were whether the appellant received erroneous advice, and whether the Crown was tortiously liable for negligently misrepresentation.

*Held*, the appeal should be allowed.

Where one party is advising another, the failure to divulge material information may be just as misleading as

*possible — Si le ministre n'exerce pas son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'appelant dans un délai raisonnable, l'action en responsabilité délictuelle aboutira.*

*Pratique — Prescription — Une action en responsabilité délictuelle peut être intentée seulement dans un délai de six ans suivant la date à laquelle le préjudice a été découvert ou aurait raisonnablement dû l'être — L'appelant prétend que l'employeur a, de façon négligente, fait une déclaration inexacte quant à son droit de racheter le service qu'il avait accompli pour un gouvernement étranger — Le délai de prescription n'a pas commencé à courir puisqu'aucun dommage n'a encore eu lieu, le recours prévu par la loi étant toujours possible.*

Il s'agit d'un appel du rejet de l'action intentée par l'appelant contre son employeur. L'appelant avait travaillé pour le gouvernement fédéral australien pendant 20 ans avant de se joindre à Énergie atomique du Canada Limitée (EACL) en 1972. Le premier jour de son travail chez EACL, il a assisté à une entrevue de routine aux fins d'embauche, qui visait à informer les nouveaux employés des questions concernant leur emploi, notamment du régime de pension chez EACL et des options que les employés pourraient exercer à l'égard de ce régime. On a remis à l'appelant une formule sur laquelle il pouvait donner un résumé des emplois occupés afin de faciliter le «choix» de faire compter le service antérieur accompli ailleurs comme service ouvrant droit à pension sous le régime du gouvernement fédéral canadien. Aucun des types d'emploi antérieur mentionnés dans les directives n'incluait un emploi avec le gouvernement d'un autre pays. L'appelant n'a pas rempli la section des emplois occupés, et il n'a pas demandé qu'une évaluation soit faite pour savoir si son emploi antérieur était accompagné d'option. Le juge de première instance a conclu que l'appelant était arrivé à la réunion en croyant qu'il ne pouvait pas racheter son service accompli en Australie et que, lorsqu'il avait quitté la réunion, il avait compris de façon très nette que tel était, en fait, le cas. De même, à l'entrevue, on a donné à l'appelant une brochure qui ne faisait pas clairement état d'emploi à l'étranger comme emploi ouvrant droit à pension.

Le paragraphe 42(10) de la *Loi sur la pension de la fonction publique* et l'article 17 du *Règlement sur la pension de la Fonction publique* prévoient des recours pour les contributeurs qui, s'étant fiés à des avis erronés quant à l'admissibilité du service antérieur, omettent de faire un choix sous le régime de la Loi dans le délai prescrit.

Il s'agit de savoir si l'appelant a reçu des avis erronés et si la Couronne encourt une responsabilité délictuelle pour déclaration inexacte faite avec négligence.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

Lorsqu'une partie donne des conseils à une autre partie, l'omission de divulguer des renseignements importants



a positive misstatement, especially where, as here, the information is of a specialized nature, which is easily available to the advisor but not to the party being advised. In such a context, the duty of an advisor is to advise competently, accurately, and fully. The word "advice" contemplates responsible "counselling" and requires that material information concerning pension options be divulged. It may be necessary for staffing officers to brief themselves on the background of new employees. The minimum standard of conduct was not met herein. It would have been attractive to, and affordable for, the appellant to have bought back his Australian service in 1972. The appellant was not told about his pension options. The appellant thus received "erroneous advice" because of which he failed to elect under the Act. The Minister should reconsider his decision in accordance with the law as expressed herein and exercise his discretion pursuant to section 17 as to whether the appellant should be allowed to buy back his Australian service at the 1972 cost plus interest.

There are five general requirements that must be met before liability will be imposed for negligent misrepresentation. (1) There must have been a duty of care owed to the claimant. To find a duty of care, there must have been a special relationship between the parties. Foreseeable reliance is sufficient to create a special relationship in most cases. The appellant was in a position of complete reliance upon his employer for the pension information he needed. He was a new employee. He needed information about his pension rights before he could choose his options wisely. The appellant did not have that information and his employer did. The appellant had only to demonstrate that the staffing officer could reasonably have foreseen economic loss to appellant. The risk of economic loss would have been reasonably foreseeable to anyone. The reasonable foresight of reliance, the employment relationship, the personnel management manual, the existence of sign-on interview, the superannuation booklet, and the instructions on the pension screening form suggested that a duty of care existed in the circumstances and that an employee could reasonably rely upon the employer for accurate and full information.

(2) The representation must be untrue, inaccurate or misleading. A person may be "misled" by a failure to divulge as much as by advice that is inaccurate or untrue. The AECL staffing officer failed to disclose an important piece of information, and this failure misled the appellant. The pension administration screening form, by specifically referring to other forms of employment, but not including employment with a foreign government, could only suggest that such was not eligible prior employment. In addition, the booklet given to the appellant disclosed

peut être aussi trompeuse qu'une déclaration inexacte effectivement faite, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, les renseignements en question sont spécialisés et peuvent facilement être obtenus par le conseiller mais non par la partie conseillée. Dans un tel contexte, un conseiller doit donner des avis compétents, exacts et complets. Le mot «avis» consiste à «conseiller» de façon sérieuse et exige la communication des renseignements importants sur les options de pension. Il est peut-être nécessaire pour les agents de dotation de s'informer des antécédents des nouveaux employés. La norme minimale de conduite n'a pas été respectée en l'espèce. Il aurait été intéressant et abordable pour l'appelant de racheter son service accompli en Australie en 1972. On ne lui a pas parlé de ses options de pension. L'appelant a ainsi reçu des «avis erronés» et, de ce fait, il n'a pas fait son choix selon la Loi. Le ministre devrait réexaminer sa décision selon la loi exprimée en l'espèce, et il devrait exercer le pouvoir discrétionnaire qu'il tient de l'article 17 pour déterminer s'il y a lieu de permettre à l'appelant de racheter le service qu'il a accompli en Australie au montant de 1972, plus intérêt.

Cinq conditions générales doivent être remplies avant que la responsabilité ne soit encourue pour déclaration inexacte faite avec négligence. 1) Il doit avoir existé une obligation de diligence à l'égard du réclamant. Pour conclure à l'existence d'une obligation de diligence, il doit avoir existé un lien spécial entre les parties. La confiance prévisible suffit pour créer un lien spécial dans la plupart des cas. L'appelant se fiait complètement à son employeur pour les renseignements en matière de pension dont il avait besoin. Il était un nouvel employé. Il avait besoin des renseignements sur ses droits à la pension avant de pouvoir exercer sagement ses options. Il n'avait pas ces renseignements et son employeur en disposait. L'appelant avait seulement à démontrer que l'agent de dotation aurait pu raisonnablement prévoir une perte économique pour lui. Le risque de perte économique était raisonnablement prévisible pour tous. La prévision raisonnable de la confiance témoignée, la relation d'emploi, le manuel de gestion du personnel, l'existence de l'entrevue aux fins d'embauche, la brochure sur la pension de retraite et les directives qui figurent sur la formule d'admissibilité à la pension laissent entendre qu'il existait une obligation de diligence dans les circonstances, et qu'un employé pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'employeur lui donne des renseignements exacts et entiers.

2) La déclaration doit être fautive, inexacte ou trompeuse. Une personne peut être «induite en erreur» tant par l'omission de divulguer que par des avis inexacts ou faux. L'agent de dotation d'AECL a omis de divulguer un renseignement important, et cette omission a induit l'appelant en erreur. La formule d'admissibilité relative à l'administration du régime de pension, en mentionnant expressément d'autres formes d'emploi sans inclure les emplois auprès du gouvernement d'un autre pays, pouvait seulement faire croire que ces emplois ne constituaient pas des

nothing about the possibility that his Australian service might be bought back. The information given to the appellant by his employer therefore constituted a misleading misrepresentation.

(3) The defendant must have acted negligently in making the misrepresentation. The standard of care is that of the reasonable person. Where an advising person possesses or can easily obtain important and relevant information, and where this advising person fails to divulge this information in circumstances where economic loss is reasonably expected, the standard of care is breached. Information concerning pension election options is not reasonably available to the average employee. And where the employee is of a special class with regard to such elections, the information becomes less accessible still. The failure to inform breached the standard of care in the circumstances. The duty is one of reasonable disclosure, and what is reasonable varies with the circumstances. It was within the competence of the respondent to state clearly the situation concerning the pension options of the appellant, but that was not done. That failure was therefore negligent.

(4) The plaintiff must reasonably have relied upon the representation. The appellant relied on his employer for the pension information uniquely in its possession, and upon the pension administration process set up by the employer to inform him of his options, and to exercise a reasonable degree of care in doing so. This reliance was reasonable. The appellant was not responsible for finding out if he could buy back his Australian pension. An employee cannot be expected to know that employment in another country could be counted towards a Canadian pension. The material contained no hint of that and suggested the opposite. Few, if any employees so situated would even know the questions to be asked in order to elicit information relevant to their circumstances.

(5) Damage must have ensued. No damage has yet materialized. The Minister is still in a position to provide a remedy under the statutory provisions.

The appellant was not contributorily negligent. The information in question was of a specialized nature. Nothing in the screening form, the interview or the pension booklet given to the appellant suggested that the appellant's prior service in Australia could be accommodated under the Canadian scheme. The appellant was not irresponsible about looking after his own interests. There was no reason for concern that the staffing officer would not provide correct information. There was a special relationship, that of employer-employee, between the parties,

emplois antérieurs admissibles. En outre, la brochure remise à l'appelant ne parlait nullement de la possibilité pour lui de racheter son service accompli en Australie. Les renseignements que l'appelant a reçus de son employeur constituaient donc une déclaration inexacte trompeuse.

3) Le défendeur doit avoir agi de façon négligente en faisant la déclaration inexacte. La norme de diligence est celle d'une personne raisonnable. Lorsqu'un conseiller qui possède ou peut obtenir facilement des renseignements importants et pertinents omet de les divulguer dans des circonstances où on s'attend raisonnablement à ce qu'il y ait perte économique, la norme de diligence est violée. Les renseignements concernant les options de pension ne sont pas de ceux auxquels l'employé moyen peut aisément avoir accès. Et lorsque l'employé appartient à une catégorie spéciale relativement à ces options, les renseignements deviennent encore moins accessibles. L'omission d'informer a violé la norme de diligence dans les circonstances. L'obligation est celle de divulgation raisonnable, et ce qui est raisonnable varie selon les circonstances. Il était possible pour l'intimée de décrire clairement la situation concernant les options de pension de l'appelant. Elle ne l'a pas fait. Cette omission constituait donc une négligence.

4) Le demandeur doit s'être raisonnablement fié à la déclaration. L'appelant s'est fié à son employeur pour les renseignements en matière de pension qui se trouvaient uniquement en la possession de celui-ci, et il s'en est remis au processus d'administration des pensions établi par l'employeur pour l'informer de ses options, et pour exercer un degré raisonnable de diligence en le faisant. Ce recours était raisonnable. Il n'incombait pas à l'appelant de se renseigner pour savoir s'il pouvait racheter sa pension australienne. On ne peut s'attendre à ce qu'un employé sache que son emploi dans un autre pays pouvait être compté en vue d'une pension canadienne. Les documents n'y faisaient nullement allusion et laissaient entendre le contraire. Peu d'employés, s'il en est, qui se trouvent dans une situation semblable sauraient même poser les questions appropriées pour obtenir les renseignements qui se rapportent à leurs circonstances.

5) Le préjudice doit avoir été subi. Aucun préjudice ne s'est encore matérialisé. Le ministre est toujours en mesure de donner une réparation en vertu des dispositions législatives.

Il n'y a pas eu négligence de la part de l'appelant. Les renseignements en question étaient spécialisés. Rien dans la formule d'admissibilité, ni dans l'entrevue, ni dans la brochure sur la pension donnée à l'appelant ne laissait entendre que son service antérieur en Australie pouvait avoir droit de cité dans le régime canadien. L'appelant s'est occupé de ses propres intérêts. Il n'y avait aucune raison de se préoccuper de ce que l'agent de dotation ne donnerait pas de renseignements exacts. Il existait un lien spécial, celui d'employeur-employé, entre les parties, qui

which would enable the plaintiff to reasonably rely on the information received. The appellant did not bear the burden of clarification. He had every reason to rely on his employer, who should have informed him of those rights.

A tort action may only be brought within six years of the date that the damage was discovered or reasonably ought to have been discovered. The limitation period has not begun to run because no damage has yet occurred, as everything can be remedied by the Minister's exercise of discretion in appellant's favour.

permettrait au demandeur de se fier raisonnablement aux renseignements reçus. Il n'incombait pas à l'appelant d'obtenir des explications. Il était parfaitement fondé à se fier à son employeur, qui aurait dû l'informer de ces droits.

Une action en responsabilité délictuelle peut être intentée seulement dans un délai de six ans suivant la date à laquelle le préjudice a été découvert ou aurait raisonnablement dû l'être. Aucun dommage n'ayant été subi, le délai de prescription n'a pas commencé à courir, et tout peut être réparé par le fait pour le ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'appelant.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, s. 42(10).  
*Public Service Superannuation Regulations*, C.R.C., c. 1358, s. 17(1).

#### LOIS ET RÉGLEMENTS

*Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, art. 42(10).  
*Règlement sur la pension de la Fonction publique*, C.R.C., ch. 1358, art. 17(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191; (1990), 71 Man. R. (2d) 81; 74 D.L.R. (4th) 636; 5 C.C.L.T. (2d) 1; [1990] I.L.R. 1-2672; 116 N.R. 1; 44 O.A.C. 81; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; (1993), 99 D.L.R. (4th) 626; 45 C.C.E.L. 153; 14 C.C.L.T. (2d) 113; 93 CLLC 14,019; 147 N.R. 169; 60 O.A.C. 1; *Rothwell v. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276; 2 F.T.R. 6 (F.C.T.D.); *Campbell v. Teachers' Retirement Fund (Alta.)* (1993), 147 A.R. 185; 110 D.L.R. (4th) 400; 15 Alta. L.R. (3d) 305 (Q.B.); *Lehune v. Kelowna (City)*, [1993] B.C.J. No. 2451 (S.C.); affd (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 135; 49 B.C.A.C. 313; 5 C.C.P.B. 111; 80 W.A.C. 313 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R. 1; *Couture v. The Queen*, [1972] F.C. 1137 (T.D.); affd (1974), 2 N.R. 494 (F.C.A.); *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, [1970] 1 All ER 1009 (C.A.); *Windsor Motors Ltd. v. District of Powell River* (1969), 4 D.L.R. (3d) 155; 68 W.W.R. 173 (B.C.C.A.); *Gadutsis et al. v. Milne et al.*, [1973] 2 O.R. 503; 34 D.L.R. (3d) 455 (H.C.); *Stein et al. v.*

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191; (1990), 71 Man. R. (2d) 81; 74 D.L.R. (4th) 636; 5 C.C.L.T. (2d) 1; [1990] I.L.R. 1-2672; 116 N.R. 1; 44 O.A.C. 81; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; (1993), 99 D.L.R. (4th) 626; 45 C.C.E.L. 153; 14 C.C.L.T. (2d) 113; 93 CLLC 14,019; 147 N.R. 169; 60 O.A.C. 1; *Rothwell c. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276; 2 F.T.R. 6 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Campbell v. Teachers' Retirement Fund (Alta.)* (1993), 147 A.R. 185; 110 D.L.R. (4th) 400; 15 Alta. L.R. (3d) 305 (B.R.); *Lehune v. Kelowna (City)*, [1993] B.C.J. No. 2451 (C.S.); conf. par (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 135; 49 B.C.A.C. 313; 5 C.C.P.B. 111; 80 W.A.C. 313 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R. 1; *Couture c. La Reine*, [1972] C.F. 1137 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1974), 2 N.R. 494 (C.A.F.); *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, [1970] 1 All ER 1009 (C.A.); *Windsor Motors Ltd. v. District of Powell River* (1969), 4 D.L.R. (3d) 155; 68 W.W.R. 173 (C.A.C.-B.); *Gadutsis et al. v. Milne et al.*, [1973] 2 O.R. 503; 34 D.L.R. (3d) 455 (H.C.);

"Kathy K" et al. (*The Ship*), [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Merban Capital Corp. v. Minister of National Revenue*, [1989] 2 C.T.C. 246; (1989), 89 DTC 5404; 100 N.R. 383 (F.C.A.); *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*, [1988] 1 F.C. 71; (1987), 44 D.L.R. (4th) 680; 83 N.R. 224 (C.A.); affg [1982] 1 F.C. 756; (1981), 129 D.L.R. (3d) 85 (T.D.); *392980 Ontario Ltd. v. City of Welland et al.* (1984), 45 O.R. (2d) 165; 6 D.L.R. (4th) 151; 24 M.P.L.R. 171 (H.C.); *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau-Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50; 8 D.L.R. (4th) 279; 146 A.P.R. 50; 28 C.C.L.T. 280 (Q.B.).

*Stein et autres c. "Kathy K" et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Merban Capital Corp. c. Ministre du Revenu national*, [1989] 2 C.T.C. 246; (1989), 89 DTC 5404; 100 N.R. 383 (C.A.F.); *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, [1988] 1 C.F. 71; (1987), 44 D.L.R. (4th) 680; 83 N.R. 224 (C.A.); conf. [1982] 1 C.F. 756; (1981), 129 D.L.R. (3d) 85 (1<sup>re</sup> inst.); *392980 Ontario Ltd. v. City of Welland et al.* (1984), 45 O.R. (2d) 165; 6 D.L.R. (4th) 151; 24 M.P.L.R. 171 (H.C.); *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau-Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50; 8 D.L.R. (4th) 279; 146 A.P.R. 50; 28 C.C.L.T. 280 (B.R.).

## AUTHORS CITED

Weinrib, Ernest Joseph. *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

APPEAL from dismissal of action against employer for "erroneous advice" concerning the counting of prior employment with a foreign government towards pensionable service with the Canadian government within *Public Service Superannuation Act*, subsection 42(10), and *Public Service Superannuation Regulations*, subsection 17(1) or for negligent misrepresentation (*Spinks v. R.* (1995), 7 C.C.P.B. 63; 90 F.T.R. 129 (F.C.T.D.)). Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Dougald E. Brown* for appellant.  
*Geoffrey S. Lester* for respondent.

## SOLICITORS:

*Nelligan, Power*, Ottawa, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada*, for respondent.

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

## DOCTRINE

Weinrib, Ernest Joseph. *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

APPEL du rejet d'une action intentée contre l'employeur pour des «avis erronés» concernant l'admissibilité du service antérieur accompli chez le gouvernement d'un autre pays en vue d'un service ouvrant droit à pension auprès du gouvernement canadien, au sens du paragraphe 42(10) de la *Loi sur la pension de la fonction publique* et du paragraphe 17(1) du *Règlement sur la pension de la Fonction publique*, ou pour des déclarations inexactes faites avec négligence (*Spinks c. R.* (1995), 7 C.C.P.B. 63; 90 F.T.R. 129 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Dougald E. Brown* pour l'appellant.  
*Geoffrey S. Lester* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Nelligan, Power*, Ottawa, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimée.

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

1 LINDEN J.A.: Two main issues are raised in this appeal. The first concerns whether Atomic Energy of Canada Ltd. (AECL) gave "erroneous advice" as per subsection 42(10) of the *Public Service Superan-*

1 LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Le présent appel soulève deux principales questions. En premier lieu, il s'agit de déterminer si Énergie atomique du Canada Limitée (EAEL) a donné des «avis erronés» selon le

*nuation Act*<sup>1</sup> and subsection 17(1) of the *Public Service Superannuation Regulations*.<sup>2</sup> The second is whether AECL is liable in tort for negligent misrepresentation as a result of certain conduct that occurred during the appellant's employment sign-on interview.

## FACTS

2 The appellant, Norman Spinks, worked for about 20 years as a nuclear engineer for the Australian Atomic Energy Commission (AAEC), a division of the Australian federal government. In 1967, he came to Canada as one of several AAEC employees seconded to AECL. He spent about two years here on secondment, and then returned to Australia in 1970.

3 Soon after his return, the Australian government shelved its plans for a nuclear power program, whereupon Mr. Spinks applied to AECL for permanent employment. He was hired, and emigrated to Canada in 1972. At the time, Mr. Spinks was 38 years old, married, and had four children. He has worked for AECL since that time and continues to do so to this day.

4 Upon arriving on his first day of work at AECL on May 29, 1972, the appellant attended a sign-on interview. The interview was a routine procedure, the purpose of which was to inform new employees about matters pertaining to their employment, including the AECL pension plan and the options employees might have with regard to it. To facilitate this latter, the appellant was presented a pension administration screening form. The form is uncomplicated, and one page in length. At the top are printed the following instructions:

- A. THE EMPLOYING AGENCY MUST COMPLETE PART I AND FORWARD FORM TO EMPLOYEE
- B. THE EMPLOYEE SHALL COMPLETE PART II AND RETURN IMMEDIATELY TO HIS PERSONNEL OFFICER

paragraphe 42(10) de la *Loi sur la pension de la fonction publique*<sup>1</sup> et le paragraphe 17(1) du *Règlement sur la pension de la Fonction publique*<sup>2</sup>. En second lieu, il faut déterminer si EACL encourt une responsabilité délictuelle pour déclaration inexacte faite avec négligence par suite d'un certain comportement qui a eu lieu au cours de l'entrevue que l'appellant a passée en vue de son embauche.

## LES FAITS

L'appellant Norman Spinks a travaillé pendant 20 ans comme ingénieur atomiste pour l'Australian Atomic Energy Commission (AAEC), une division du gouvernement fédéral australien. En 1967, il est venu au Canada comme l'un de plusieurs employés de l'AAEC détachés à EACL. Il y a passé environ deux ans de détachement, et il est alors retourné en Australie en 1970.

Peu de temps après le retour de l'appellant, le gouvernement australien a décidé de ne pas mettre en œuvre son programme d'énergie nucléaire. L'appellant a alors postulé un emploi permanent chez EACL. Il a été engagé et il a émigré au Canada en 1972. À l'époque, M. Spinks avait 38 ans, était marié et avait quatre enfants. Il a travaillé pour EACL depuis cette époque et il continue de le faire.

Le premier jour de son travail chez EACL le 29 mai 1972, l'appellant a assisté à une entrevue aux fins d'embauche. L'entrevue était une procédure de routine et visait à informer les nouveaux employés des questions concernant leur emploi, notamment du régime de pension d'EACL et des options que les employés pourraient exercer à l'égard de ce régime. À cette fin, on a donné à l'appellant une formule d'admissibilité relativement à l'administration du régime de pension. La formule n'est pas compliquée et occupe une page. En haut sont imprimées les instructions suivantes:

- A. L'ORGANISME EMPLOYEUR DOIT REMPLIR LA PARTIE I DE LA PRÉSENTE FORMULE ET L'ENVOYER À L'EMPLOYÉ.
- B. L'EMPLOYÉ DOIT REMPLIR LA PARTIE II ET RETOURNER SANS TARDER LA FORMULE À L'AGENT DU PERSONNEL.

C. THE PERSONNEL OFFICER SHALL ENSURE THAT ALL INFORMATION IS COMPLETE AND ACCURATE AND SHALL FORWARD WITH REQUIRED DOCUMENTATION TO THE SUPER-ANNUATION BRANCH.

C. L'AGENT DU PERSONNEL DOIT VEILLER À CE QUE LES RENSEIGNEMENTS DEMANDÉS SOIENT FOURNIS ENTIÈREMENT AVEC EXACTITUDE AVANT D'ENVOYER LA FORMULE À LA DIRECTION DES PENSIONS DE RETRAITE AVEC LA DOCUMENTATION PERTINENTE.

Part I contains provisions for basic personal and employment information and was completed by a personnel officer according to instruction A. Part II, "to be completed by employee," sought marital and family information, and more importantly, a summary of prior employment. Most of the required marital and family information was supplied on the form by AECL, but the employment summary section was handed to the appellant in blank condition, as contemplated.

La partie I contient des dispositions relatives aux renseignements fondamentaux personnels et professionnels et devait être remplie par l'agent du personnel selon la directive A. La partie II, «à être remplie par l'employé», cherchait à obtenir des renseignements sur l'état matrimonial et familial, et chose plus importante encore, un résumé des emplois occupés. La plupart des renseignements sur l'état matrimonial et familial ont été donnés sur la formule par EACL, mais la partie des emplois occupés a été remise en blanc à l'appelant, comme prévu.

5 The employment summary section was designed to facilitate pension elections. This was a process where an employee was able to "elect" to count prior employment service elsewhere as pensionable service under the Canadian federal government plan. An employment summary supplied by the employee was meant to give the employer the information it required to assess whether a given term of prior employment was elective. This assessment would be carried out if requested by an employee.

La partie des emplois occupés visait à faciliter le choix à l'égard de la pension. Il s'agissait d'un processus permettant à un employé de «choisir» de compter le service antérieur accompli ailleurs comme service ouvrant droit à pension sous le régime du gouvernement fédéral canadien. Le résumé des emplois occupés fourni par l'employé visait à donner à l'employeur les renseignements dont il avait besoin pour déterminer si une période d'emploi antérieur était accompagnée d'option. Cette évaluation était faite sur demande de l'employé.

6 Heading the section was an instruction which reads:

En tête de cette partie, figurait la directive suivante:

EMPLOYMENT SUMMARY—INCLUDE IN CHRONOLOGICAL ORDER (1) ALL FORMER PERIODS OF EMPLOYMENT WITH FEDERAL GOVERNMENT; (2) EMPLOYMENT WITH ANY PROVINCIAL OR MUNICIPAL GOVERNMENT OR PRIVATE BUSINESS FOR WHICH THERE WAS A PENSION PLAN; (3) R.C.M.P. AND MILITARY SERVICE. IN EACH CATEGORY SPECIFY TYPE OF BENEFIT RECEIVED ON TERMINATION WHETHER IMMEDIATE ANNUITY, DEFERRED ANNUITY, RETURN OF CONTRIBUTIONS, GRATUITY, ETC.

EMPLOIS OCCUPÉS—ÉNUMÉREZ, PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE, TOUTES LES PÉRIODES D'OCCUPATION ANTÉRIEURES AU SERVICE 1) DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL, 2) DE GOUVERNEMENTS PROVINCIAUX, DE MUNICIPALITÉS OU D'ENTREPRISES PRIVÉES OÙ IL Y AVAIT UN RÉGIME DE PENSION, 3) LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA OU DES FORCES CANADIENNES. SPÉCIFIEZ, POUR CHAQUE CATÉGORIE DE SERVICE, LE GENRE DE PRESTATIONS DE FIN DE SERVICE: PENSION IMMÉDIATE, PENSION DIFFÉRÉE, REMBOURSEMENT DES COTISATIONS, GRATIFICATION DE RETRAITE ETC.

It will be noted that none of the types of prior employment referred to would on its face appear to include employment with the government of another

On notera qu'aucun des types d'emploi antérieur mentionnés incluait, selon leur formulation, un emploi avec le gouvernement d'un autre pays. Le ques-

country. On the questionnaire several lines were made available on which to list and describe periods of former employment. To the left of the lines was a column where any of the prior employment periods listed could be checked. Checkmarks in this column, in conjunction with two boxes at the bottom of the section, would signal to the employer whether the employee wanted an election inquiry for any of the checked periods of employment. The instructions pertaining to the two boxes read respectively: "I am interested in knowing the cost of electing for the service checked in the left hand column above," and "I am not interested in knowing the cost of electing for the service(s) indicated above."

7 According to the evidence accepted by the Trial Judge [(1995), 7 C.C.P.B. 63], the appellant was given this partially completed screening form during the sign-on interview. He took the form, filled in certain of the missing pieces of information (the maiden name of his wife and her birth date, and the name of his fourth child and his birth date), signed it, and handed it back to the personnel officer. However, he did not complete any aspect of the employment summary section. No prior employment was listed, and no checkmarks were placed in the left hand column. The boxes pertaining to election inquiries were likewise left empty.

8 The Trial Judge made the following findings of fact as to the appellant's state of mind during the sign-on interview [at page 67]:

Mr. Spinks recalls that a meeting took place on May 29, 1972, at which time the screening form was presented to him, but he does not recall what was said at the meeting. He testified that he entered the meeting believing he could not buy back his Australian service and he left the meeting with a clear understanding that he could not buy back his Australian service. I am satisfied that Mr. Spinks was concerned about the amount of his future pension since he would be unable to work long enough with AECL to obtain the maximum pension available. It would have been attractive and affordable for him to buy back his Australian service in 1972. I found Mr. Spinks to be forthright, honest and credible. It certainly is very plausible

tionnaire comportait plusieurs lignes sur lesquelles on pouvait énumérer et décrire les périodes d'emploi antérieur. À gauche des lignes se trouvait une colonne où n'importe laquelle des périodes d'emploi antérieur énumérées pouvait être cochée. Les marques dans cette colonne, conjointement avec deux cases se trouvant à la fin de la partie, faisaient savoir à l'employeur si l'employé voulait être renseigné sur la possibilité d'option pour l'une quelconque des périodes d'emploi cochées. Les directives concernant les deux cases se lisent respectivement: «Combien m'en coûterait-il pour faire compter le service coché dans la colonne de gauche ci-dessus» et «Je ne tiens pas à savoir combien il m'en coûterait pour faire compter le service ci-dessus.»

7 Selon la preuve acceptée par le juge de première instance [(1995), 7 C.C.P.B. 63], on a remis à l'appelant cette formule d'admissibilité en partie remplie au cours de l'entrevue aux fins d'embauche. Ce dernier a pris la formule, y a donné certains des renseignements manquants (le nom de jeune fille de sa femme et sa date de naissance, le nom de son quatrième enfant et sa date de naissance), l'a signée et l'a remise à l'agent du personnel. Toutefois, il n'a rempli aucun aspect de la section des emplois occupés. Aucun emploi antérieur n'a été inscrit, et aucune marque n'a été placée dans la colonne de gauche. Les cases concernant les demandes de renseignements en matière d'option ont été, de même, laissées vides.

8 Le juge de première instance a tiré les conclusions de fait suivantes quant à l'état d'esprit de l'appelant au cours de l'entrevue aux fins d'embauche [à la page 67]:

Monsieur Spinks se rappelle une réunion tenue le 29 mai 1972, au cours de laquelle on lui a présenté la formule d'admissibilité, mais il ne se souvient pas de ce qui a été dit lors de cette réunion. D'après son témoignage, il est arrivé à la réunion en croyant qu'il ne pouvait pas racheter son service accompli en Australie et, lorsqu'il a quitté la réunion, il avait compris de façon très nette qu'il ne pouvait pas racheter son service accompli en Australie. Je suis convaincu que M. Spinks se préoccupait du montant de sa pension future, étant donné qu'il ne serait pas en mesure de travailler assez longtemps chez EACL pour obtenir la pension maximum. Il aurait été intéressant et abordable pour lui de racheter son service

ible that he would not recall the details of a meeting 22 years ago. AECL was unable to determine which of its employees participated in the meeting.

accompli en Australie en 1972. J'ai trouvé M. Spinks franc, honnête et crédible. Il est certes très plausible qu'il ne se souvienne pas des détails d'une réunion tenue il y a 22 ans. EACL n'a pas été en mesure de déterminer lesquels de ses employés ont participé à cette réunion.

9 Also at the interview, the appellant was given a booklet entitled "Your Superannuation Plan: An Explanation of the Public Service Superannuation Act." The booklet stated that its purpose is to "acquaint" new employees with the Public Service pension. Under the subtitle "Obtaining Maximum Benefits," the booklet briefly explained the notion of elective service:

De même, à l'entrevue, on a donné à l'appelant une brochure intitulée «Votre régime de pension: Une explication de la Loi sur la pension du service public». La brochure disait qu'elle visait à «familiatiser» les nouveaux employés avec la pension de la fonction publique. Sous la rubrique «Comment obtenir le maximum de prestations», la brochure expliquait brièvement la notion de service accompagné d'option.

Each continuing year of employment in the Public Service for which you make ordinary contributions is, of course, a year of pensionable service. In addition, if, prior to becoming a contributor under the Act, you had one or more periods of full-time employment, either in the Public Service or with some other employer, you may wish to obtain pension credit for that service, and it may well be possible for you to do so.

Chaque année de service continu dans la Fonction publique pour laquelle vous versez des cotisations ordinaires est, évidemment, une année de service ouvrant droit à pension. De plus, si, avant de devenir cotisant en vertu de la loi, vous aviez eu une ou plusieurs périodes d'emploi à plein temps, soit dans la Fonction publique soit auprès d'un autre employeur, vous désirerez peut-être qu'un tel service vous soit crédité aux fins de pension, et il se peut fort bien que vous puissiez le faire.

Such periods of prior service, if they are recognized under the Act, are considered to be "elective". As the name implies, they are periods of service for which you may make a special election, in order to count them as periods of pensionable service.

De telles périodes de service antérieur, si elles sont reconnues en vertu de la loi, sont considérées comme «service accompagné d'option». Comme le nom l'indique, ce sont des périodes de service pour lesquelles vous pouvez exercer une option spéciale, afin de les compter comme périodes de service ouvrant droit à pension.

Five types of elective service were then listed and described. Two of these are of interest here:

Cinq types de service accompagné d'option ont été alors énumérés et décrits. Deux de ceux-ci revêtent de l'intérêt en l'espèce:

#### 1. Prior Public Service

You may elect to count virtually any prior service in the Public Service during which you were not a contributor, or for which contributions were made and later refunded. The only kinds of prior public service which cannot be counted are certain kinds of part-time service, and, unless you were a contributor, periods of less than ninety days.

#### 1. Service public antérieur

Vous pouvez choisir de compter en somme tout service antérieur dans la Fonction publique pendant lequel vous n'avez pas été cotisant, ou pour lequel des cotisations ont été versées et remboursées par la suite. Les seuls genres de service public antérieur qui ne peuvent être comptés sont certains genres de service à temps partiel, et, à moins que vous n'avez été cotisant, les périodes de moins de quatre-vingt-dix jours.

...

...

#### 4. Employment Outside the Public Service

If you were previously employed with an employer who had a pension plan approved by the Minister, you may be eligible to count any part of that employment during which you were subject to the pension plan. Your eligibil-

#### 4. Emploi hors de la Fonction publique

Si vous exerchiez antérieurement un emploi auprès d'un employeur qui avait un régime de pension approuvé par le Ministre, vous pouvez être admissible à compter toute fraction de cette période d'emploi pendant laquelle vous



ity to count this “pensionable employment” will depend upon whether or not it was “immediately prior”, as defined in the Act. If the employment terminated more than six months before you entered the Public Service, special consideration would be required to determine whether or not the service could be considered “immediately prior”.

Again there is no clear reference here to employment abroad as pensionable employment. The Trial Judge accepted the appellant’s testimony that he read this booklet in its entirety. On the basis of this evidence, the appellant believed he could not buy back his Australian service, and, hence, did not do so.

10 Fourteen years later, in 1986, the appellant, who was by now a long-standing employee of AECL, was on a coffee break with a fellow employee. This employee had come from England some years earlier, and, to the appellant’s surprise told him that he had purchased back certain of his years of service in England. The appellant, shocked by the discovery that he may have all the while been wrong about his pension options, inquired into the cost of buying back his Australian service. He was told that the buy back would cost \$201,697.48. Due to the large amount involved, the appellant did not take any further action at that time.

11 In 1989, the appellant again raised the election issue with AECL, claiming he was misled about his pension options when he first arrived in Canada. The Superannuation Branch responded by stating it was not possible to provide him with the opportunity to purchase prior service at prior salary rates. The appellant then took the matter directly to the President of AECL, who likewise denied his request for relief. In a memo of February 4, 1991, the President stated:

... the *Superannuation Act* would allow for a buy back of this service at this time using your 1972 salary only if you had been given “erroneous advice” at the time you were hired ... “erroneous advice” does not include the absence of advice.

étiez assujetti à ce régime de pension. Votre admissibilité à compter cette «période d’emploi ouvrant droit à pension» dépendra de la question à savoir si elles est survenue «immédiatement avant» ou non, selon la définition que donne la loi. Si cet emploi a pris fin plus de six mois avant votre entrée dans la Fonction publique, il faudrait en faire un examen spécial pour établir si ce service pourrait être considéré comme ayant été «immédiatement avant».

Encore une fois, il n’est pas clairement fait état d’emploi à l’étranger comme emploi ouvrant droit à pension. Le juge de première instance a accepté le témoignage de l’appelant selon lequel il a lu cette brochure dans sa totalité. Selon cet élément de preuve, l’appelant croyait qu’il ne pouvait pas racheter son service accompli en Australie et, en conséquence, il ne l’a pas fait.

10 Quatorze ans plus tard, en 1986, l’appelant, qui était alors un employé de longue date de EACL, prenait une pause avec un collègue. Ce dernier était venu d’Angleterre quelques années plus tôt et, à la surprise de l’appelant, il lui a dit qu’il avait racheté certaines de ses années de service en Angleterre. L’appelant, bouleversé de se rendre compte qu’il s’était peut-être mépris pendant tout ce temps au sujet de ses options de pension, s’est renseigné sur ce qu’il lui en coûterait de racheter son service accompli en Australie. On lui a dit que le rachat coûterait 201 697,48 \$. Puisqu’il s’agissait d’une grosse somme, l’appelant n’a pas fait d’autres démarches à cette époque.

11 En 1989, l’appelant a de nouveau soulevé la question d’option avec EACL, prétendant qu’on l’a induit en erreur au sujet de ses options de pension lorsqu’il est arrivé au Canada. La Direction des pensions de retraite a répondu qu’il n’était pas possible de lui permettre de racheter le service antérieur à des taux salariaux antérieurs. L’appelant a alors déféré la question directement au président d’EACL, qui a de même rejeté sa demande de réparation. Dans une note de service datée du 4 février 1991, le président a dit:

[TRADUCTION] ...La *Loi sur la pension de la fonction publique* permettrait le rachat de son service à l’époque sur la base de votre traitement pour l’année 1972 uniquement si vous avez reçu «des avis erronés» au moment de votre embauche. ...«avis erronés» ne comprend pas l’absence d’avis.

The appellant then brought this action on the two alternative bases described at the outset.

L'appelant a alors intenté la présente action pour les deux différents motifs décrits au début.

## ANALYSIS

### I. ERRONEOUS ADVICE

12 The appellant argues he was given "erroneous advice" according to the relevant provisions of the *Public Service Superannuation Act* and Regulations. Subsection 42(10) of the *Public Service Superannuation Act* reads as follows:

42. . . .

(10) The Governor in Council may make regulations prescribing, in the case of a contributor who in the opinion of the Minister was one of a class of persons who, pursuant to erroneous advice received by one or more persons of that class, from a person in the Public Service whose ordinary duties included the giving of advice respecting the counting of service under this Act or the *Superannuation Act*, that a period of service of such a person before the time he became a contributor thereunder could not be counted by him under that Act, failed to elect under that Act within the time prescribed therefor to pay for that service, the circumstances under which and the manner and time in which the contributor may elect to pay for that service, and the circumstances under which and the terms and conditions (including conditions respecting interest) on which any election made by him under paragraph 6(1)(b) to pay for that service as a period of service described in clause 6(1)(b)(iii)(K), shall be deemed to have been made by him under this Act or the *Superannuation Act*, as the case may be, within the time prescribed therefor by that Act.

Subsection 17(1) of the *Public Service Superannuation Regulations*, passed pursuant to this subsection, reads:

17. (1) The provisions of this section apply only to a contributor who in the opinion of the Minister was one of a class of persons who, pursuant to erroneous advice received by one or more persons of that class, from a person in the Public Service whose ordinary duties included the giving of advice as to the counting of service under the Act or the *Superannuation Act*, that a period of service of such a person before the time he became a contributor thereunder could not be counted by him under the said Act, failed to elect under the said Act within the

## ANALYSE

### I. AVIS ERRONÉS

12 L'appelant prétend qu'on lui a donné des «avis erronés» selon les dispositions applicables de la *Loi sur la pension de la fonction publique*. Le paragraphe 42(10) de celle-ci est ainsi rédigé:

42. . . .

(10) Lorsque, de l'avis du ministre, un contributeur appartient à un groupe de personnes qui, après qu'une ou plusieurs personnes de ce groupe ont eu reçu, de quelqu'un au sein de la fonction publique dont les fonctions ordinaires comprenaient la responsabilité de donner des conseils sur la façon de compter le service selon la présente partie ou la *Loi sur la pension de retraite*, des renseignements erronés selon lesquels ces personnes ne pouvaient pas compter, aux termes de cette loi, une période de leur service antérieur à l'époque où elles sont devenues des contributeurs sous le régime de cette loi, ont négligé de choisir, aux termes de cette loi, dans le délai prescrit pour le faire, de payer pour ce service, le gouverneur en conseil peut prendre des règlements prescrivant les circonstances et le délai dans lesquels le contributeur peut choisir de payer pour ce service, ainsi que la manière de le faire, de même que les circonstances dans lesquelles, et les conditions, y compris les conditions relatives à l'intérêt, auxquelles tout semblable choix fait par lui de payer pour ce service ou tout choix fait par lui aux termes de l'alinéa 6(1)b) de payer pour ce service à titre de période de service décrite à la division 6(1)b)(iii)(K), sera censé avoir été fait par lui aux termes de la présente loi ou de la *Loi sur la pension de retraite*, selon le cas, dans le délai prescrit à cette fin par cette loi.

Le paragraphe 17(1) du *Règlement sur la pension de la Fonction publique* pris en application de ce paragraphe est ainsi conçu:

17. (1) Les dispositions du présent article ne s'appliquent qu'à un contributeur qui, de l'avis du Ministre, relevait d'une catégorie de personnes qui, à la suite d'avis erronés reçus par une ou plusieurs personnes de cette catégorie d'une personne dont les fonctions ordinaires dans la Fonction publique consistaient, entre autres choses, à donner des avis sur l'admissibilité du service en vertu de la Loi ou de la *Loi sur la pension de retraite*, suivant lesquels une telle personne ne pouvait, en vertu de ladite Loi, faire compter une durée de service accompli par une

time prescribed therein to pay for that service.

telle personne avant l'époque où elle est devenue contributeur en vertu de la Loi, a omis d'exercer une option prévue par ladite Loi dans le délai y prescrit pour l'acquittement dudit service.

13 To avail oneself of the remedy offered by these provisions, therefore, a contributor must "in the opinion of the Minister" be one of a class of persons who received erroneous advice concerning the "counting of service." That person, furthermore, must have failed to elect under the Act within the proper period of time because of the erroneous advice that was given to him.

Pour se prévaloir de la réparation prévue par ces dispositions, un contributeur doit donc, «de l'avis du Ministre», relever d'une catégorie de personnes qui ont reçu des avis erronés concernant «l'admissibilité du service». Cette personne doit en outre avoir omis d'exercer une option prévue par la Loi dans le délai y prescrit en raison des avis erronés qu'on lui a donnés.

14 The primary question raised by these provisions concerns the meaning of the phrase "erroneous advice" and whether the appellant was given erroneous advice in the circumstances of his sign-on. The Trial Judge agreed with the Minister and held that "erroneous advice" contemplates a positive misstatement, and that no such misstatement was made to the appellant. He stated [at page 70]:

14 La principale question soulevée par ces dispositions porte sur le sens de l'expression «avis erronés» et la question de savoir si l'appelant a reçu des avis erronés dans les circonstances de son embauche. Le juge de première instance a convenu avec le ministre que l'expression «avis erronés» s'entend des déclarations inexactes concrètes, et qu'aucune déclaration de ce genre n'a été faite à l'appelant. Il a déclaré [à la page 70]:

... Insufficient advice is not erroneous advice. While there may be some circumstances where erroneous advice would include insufficient advice, here the defendant provided information to the plaintiff to put him on notice that he should make enquiries about his previous service with the Australian government. It is insufficient, despite the arguments of counsel for the plaintiff, to have simply left an impression with the plaintiff about his ability to elect credits for his Australian service, in order for there to be erroneous advice. There must be a positive misstatement or an inference of a positive misstatement. Mr. Spinks made no such allegation in his testimony. I am unable to draw any inferences of a positive misstatement by an AECL employee from the facts of the meeting described by Mr. Spinks.

... un avis insuffisant ne constitue pas un avis erroné. Il se peut que, dans certaines circonstances, un avis erroné comprenne un avis insuffisant, mais la défenderesse en l'espèce a transmis de l'information au demandeur pour l'aviser qu'il devait demander des renseignements additionnels concernant son service antérieur pour le gouvernement australien. Malgré les arguments de l'avocat du demandeur, je conclus que le fait de lui avoir simplement laissé une impression, quant à sa possibilité de choisir d'obtenir des crédits pour son service accompli en Australie, n'est pas suffisant pour constituer un avis erroné. Il faut qu'une déclaration inexacte ait effectivement été faite ou qu'on infère qu'elle l'a été. Monsieur Spinks n'a formulé aucune allégation à cet effet dans son témoignage. Je ne puis tirer, à partir des faits décrits par M. Spinks concernant la réunion, aucune inférence selon laquelle un employé d'EAEL aurait effectivement fait une déclaration inexacte.

With respect, this was an error of law. The phrase "erroneous advice" should not be so narrowly construed, especially in remedial legislation such as this. It seems to me that where one party is advising another, the failure to divulge material information may be just as misleading as a positive misstatement. Missing information can be just as harmful as mistaken information. Both types of advice are

Je me permets de dire qu'il s'agissait là d'une erreur de droit. L'expression «avis erronés» ne devrait pas être interprétée de façon si restreinte, surtout dans une loi corrective comme celle dont il s'agit. À mon avis, lorsqu'une partie donne des conseils à une autre partie, l'omission de divulguer des renseignements importants peut être aussi trompeuse qu'une déclaration inexacte effectivement faite. Les rensei-

equally erroneous. This is especially the case where, as here, the information in question is of a specialized nature, which is easily available to the advisor but not easily obtainable by the party being advised. In such a context, the duty of an advisor is to advise competently, accurately, and fully.

- 15 It should be noted that department officials are specifically charged with the duty to advise new employees about their pension rights. To begin with, the personnel management manual gives very clear instructions on the administration of the Public Service pension, and specifically charges each government department with the responsibility of:

... providing a counselling service to employees on all superannuation matters, with particular reference to elections, contributions required during extended periods of leave without pay, benefit entitlements and options, significant amendments to the Act, Regulations, Reciprocal Agreements, etc.

Furthermore, AECL officers were specifically trained in pension administration matters, and the sign-on interview was specifically set up for, among other things, advising new employees of their pension options. In my view, the word "advice" as used in the legislation, contemplates responsible "counselling" that requires that material information concerning pension options be divulged to those whom such information may reasonably affect. This is not an onerous duty for personnel officers to discharge. It simply means telling employees what their pension options are. It may require asking new employees a few questions. It may be necessary to brief oneself on the backgrounds of prospective interviewees. One may have to consult material that is reasonably accessible to the interviewers.

- 16 This minimum standard of conduct was not met in the present circumstances. Accepting the Trial Judge's findings of fact, one can come to no other reasonable conclusion. The Trial Judge found that it would have been attractive to and affordable for the appellant to buy back his Australian service in 1972.

gnements manquants peuvent être tout aussi nuisibles que les renseignements erronés. Les deux types d'avis sont également erronés. Tel est particulièrement le cas lorsque, comme en l'espèce, les renseignements en question sont spécialisés et peuvent facilement être obtenus par le conseiller mais non par la partie conseillée. Dans un tel contexte, un conseiller doit donner des avis compétents, exacts et complets.

- 15 Il convient de noter que les agents ministériels ont l'obligation expresse de conseiller les nouveaux employés sur leurs droits quant à la pension. Tout d'abord, le manuel de gestion du personnel donne des instructions très claires sur l'administration de la pension de la fonction publique, et charge particulièrement chaque ministère gouvernemental de:

...conseiller les employés sur toutes les questions touchant les pensions, notamment les options, les cotisations exigées à l'égard d'un congé non rémunéré prolongé, les droits aux prestations et les choix à faire à leur égard, les modifications importantes à la Loi, aux règlements, aux accords réciproques, etc.

De plus, les agents d'EAEL ont reçu une formation particulière en matière d'administration des pensions, et l'entrevue aux fins d'embauche a été tenue expressément pour, notamment, aviser les nouveaux employés de leurs options de pension. À mon sens, le mot «avis» utilisé dans la loi consiste à «conseiller» de façon sérieuse, ce qui implique la communication des renseignements importants sur les options de pension à ceux que ces renseignements peuvent raisonnablement toucher. Ce n'est pas là une lourde responsabilité pour les agents du personnel. Il s'agit simplement de faire connaître aux employés leurs options de pension. Les agents devront peut-être poser aux nouveaux employés quelques questions, s'informer des antécédents des interrogés éventuels, et consulter des documents qui leur sont raisonnablement accessibles.

- 16 Cette norme minimale de conduite n'a pas été respectée dans les présentes circonstances. Si l'on accepte les conclusions de fait du juge de première instance, on ne peut parvenir à aucune autre conclusion raisonnable. Le juge de première instance a conclu qu'il aurait été intéressant et abordable pour

The Judge also found that the appellant entered the sign-on interview with a sense that he could not buy back his Australian service. The Judge also found that the appellant left the interview with that impression confirmed. The correct information was available to the personnel officer on a list of authorized pensions. The only reasonable inference I can draw from these facts, an inference the Trial Judge failed to draw, was that the staffing officer failed to tell the appellant that his status as a prior employee of the Australian Public Service could be accommodated under the pension election system. In short, the appellant was simply not told about his pension options, which was one of the key reasons for the interview. It can be said that to omit is to err. He was, thus, erroneously advised. He received "erroneous advice". And because of that advice, the appellant failed to elect under the Act within the proper period of time.

l'appelant de racheter son service accompli en Australie en 1972. Il a également conclu que l'appelant s'était présenté à l'entrevue d'embauche en croyant qu'il ne pouvait racheter son service accompli en Australie, et qu'il avait quitté l'entrevue confirmé dans cette impression. L'agent du personnel responsable disposait des renseignements utiles sur une liste de pensions autorisées. La seule conclusion raisonnable que je puisse tirer de ces faits, conclusion que le juge de première instance n'a pas tirée, c'est que l'agent de dotation n'a pas dit à l'appelant que son statut d'employé antérieur de la fonction publique australienne pouvait être rajusté selon le système des options de pension. Bref, on ne lui a tout simplement pas parlé de ses options de pension, ce sujet étant l'une des principales raisons de la tenue de l'entrevue. On peut dire qu'omettre revient à commettre une erreur. Il a donc été erronément conseillé. Il a reçu des «avis erronés». Et en raison de ces avis, l'appelant n'a pas fait de choix selon la Loi dans le délai prescrit.

17 The Minister should, therefore, reconsider his decision according to the correct view of the law as expressed in these reasons and should forthwith exercise his discretion pursuant to subsection 17(1) concerning whether or not the appellant should be allowed to buy back his Australian service at the original 1972 figure, plus the usual interest that would be charged in cases such as this where the Minister favourably exercises his discretion under the Regulations.

Le ministre devrait donc réexaminer sa décision selon la bonne interprétation de la Loi, exprimée dans les présents motifs, et il devrait exercer sur-le-champ le pouvoir discrétionnaire qu'il tient du paragraphe 17(1) pour déterminer s'il y a lieu de permettre à l'appelant de racheter le service qu'il a accompli en Australie au montant initial de 1972, plus l'intérêt habituel qui serait exigé dans des cas tels que l'espèce lorsque le ministre exerce favorablement son pouvoir discrétionnaire sous le régime du Règlement.

## II. NEGLIGENT MISREPRESENTATION

## II. DÉCLARATION INEXACTE FAITE PAR NÉGLIGENCE

18 The second issue raised in the alternative is whether the Crown is tortiously liable for negligent misrepresentation. Tort liability for negligent misrepresentations was first established in the landmark case of *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*<sup>3</sup> Prior to that, liability for misrepresentation was limited to circumstances involving a contractual or fiduciary relation between the parties, or to situations where fraud could be proved. *Hedley Byrne* changed all this, however, and espoused the

La seconde question soulevée subsidiairement consiste à savoir si la Couronne encourt une responsabilité délictuelle pour déclaration inexacte faite avec négligence. La responsabilité civile pour déclarations inexactes faites avec négligence a pour la première fois été établie dans l'affaire qui fait date *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*<sup>3</sup> Antérieurement à cet arrêt, la responsabilité pour déclaration inexacte était limitée aux circonstances mettant en cause une relation contractuelle ou

proposition that economic loss resulting from careless words can lead to tort damages, without any need for contractual, fiduciary or fraudulent circumstances.

19 The case, however, left certain questions unanswered. One question left open was whether the duty it espoused was based on the *Donoghue v. Stevenson* [[1932] A.C. 562 (H.L.)] neighbour principle, or whether it was grounded on something else.

20 Canadian courts have indicated that the duty to take care concerning what one says is very similar to the neighbour principle, but with a few additional limitations. This view is reflected in the recent case of the Supreme Court of Canada, *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*,<sup>4</sup> where Wilson J. stated:

English and Canadian courts have applied Lord Atkin's "neighbour principle" to many types of relationships, including those involving the communication of information. There is now ample authority for the proposition that reasonable reliance by a person on information provided by someone else can ground a duty of care at common law that binds the provider of information.<sup>5</sup>

In harmony with this view is the case of *Queen v. Cognos Inc.*,<sup>6</sup> where Iacobucci J. definitively summed up the Canadian jurisprudence on negligent misrepresentation. In the case, he outlined five general requirements that must from now on be met before liability will be imposed for negligent misrepresentation:

... (1) there must be a duty of care based on a "special relationship" between the representor and the representee; (2) the representation in question must be untrue, inaccurate, or misleading; (3) the representor must have acted negligently in making said representation; (4) the representee must have relied, in a reasonable manner, on said negligent misrepresentation; and (5) the reliance must

fiduciaire entre les parties, ou à des situations où la fraude pouvait être prouvée. L'arrêt *Hedley Byrne* a toutefois changé tout cela en préconisant l'idée que la perte économique découlant de mots irréfléchis peut donner lieu à des dommages-intérêts pour responsabilité délictuelle, indépendamment de toutes circonstances contractuelles, fiduciaires ou frauduleuses.

Cet arrêt a toutefois laissé sans réponse certaines questions. L'une d'elles consiste à savoir si l'obligation qu'il préconisait reposait sur le «principe du prochain» établi dans la décision *Donoghue v. Stevenson* [[1932] A.C. 562 (H.L.)] ou si elle reposait sur quelque chose d'autre.

Les tribunaux canadiens ont indiqué que l'obligation de diligence à l'égard de ce qu'on dit ressemble beaucoup au principe du prochain, mais avec quelques restrictions additionnelles. Ce point de vue se reflète dans l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada *Fletcher c. Société d'assurance publique du Canada*<sup>4</sup>, où le juge Wilson s'est prononcé en ces termes:

Les tribunaux anglais et canadiens ont appliqué le «principe du prochain» à plusieurs types de rapports, dont ceux qui comportent la communication de renseignements. Une jurisprudence abondante permet aujourd'hui d'affirmer que la confiance raisonnable d'une personne dans les renseignements fournis par quelqu'un d'autre peut fonder une obligation de diligence en common law chez celui qui les fournit.<sup>5</sup>

En accord avec ce point de vue est l'arrêt *Queen c. Cognos Inc.*<sup>6</sup>, où le juge Iacobucci a résumé de façon décisive la jurisprudence canadienne sur la déclaration inexacte faite avec négligence. Dans cette affaire, il a mis en relief cinq conditions générales qui doivent désormais être remplies avant que la responsabilité ne soit encourue pour déclaration inexacte faite avec négligence.

... (1) il doit y avoir une obligation de diligence fondée sur un «lien spécial» entre l'auteur et le destinataire de la déclaration; (2) la déclaration en question doit être fautive, inexacte ou trompeuse; (3) l'auteur doit avoir agi d'une manière négligente; (4) le destinataire doit s'être fié d'une manière raisonnable à la déclaration inexacte faite par négligence, et (5) le fait que le destinataire s'est fié à la

19

20

have been detrimental to the representee in the sense that damages resulted.<sup>7</sup>

I will review each of these requirements in turn.

21 Before addressing them, however, I wish to note that this case does not raise the issue of whether the impugned activity was of a policy or operational nature.<sup>8</sup> We are dealing with the manner in which certain government practices, set out in department manuals, were implemented. The practices were of an operational nature and are subject to judicial evaluation. Furthermore, there have been numerous cases deciding that negligent advice given by a government agency may yield tort liability.<sup>9</sup> It should also be mentioned that this Court will interfere with factual findings only where there has been a palpable and overriding error, such as where evidence has been ignored or badly misconstrued.<sup>10</sup> The Court may also draw its own inferences from undisputed facts where credibility is not in issue.<sup>11</sup>

#### A. THE ELEMENTS OF TORT LIABILITY FOR NEGLIGENT MISREPRESENTATION

##### 1. Duty of Care

22 The Court must first find that a duty of care to the claimant arose in the circumstances. To find a duty, there must have been a "special relationship" between the parties. Though the elements of this special relationship have been debated over the years, the law is pretty much settled that foreseeable reliance is sufficient to create a special relationship in most cases.<sup>12</sup> The recognition that reliance is a key factor in assessing whether a duty of care exists is a welcome development. It is now unnecessary, as counsel for the respondent suggested, to revert to rigid contract-like notions of assumption of responsibility, undertaking or intention to be bound, that so confused this area of the law prior to *Cognos*.

déclaration doit lui être préjudiciable en ce sens qu'il doit avoir subi un préjudice<sup>7</sup>.

Je vais tour à tour examiner chacune de ces conditions.

21 Avant de les aborder, je désire toutefois noter que l'espèce ne soulève pas la question de savoir si l'activité contestée était de nature politique ou opérationnelle<sup>8</sup>. Nous traitons de la manière dont certaines pratiques gouvernementales exposées dans des manuels ministériels ont été mises en œuvre. Ces pratiques étaient de nature opérationnelle et sont assujetties à une évaluation judiciaire. De plus, de nombreuses décisions ont statué qu'un avis négligent donné par un organisme gouvernemental peut donner lieu à une responsabilité délictuelle<sup>9</sup>. Il convient de mentionner également que la Cour ne touchera aux conclusions de fait que lorsqu'il a existé une erreur manifeste et dominante, par exemple lorsque les éléments de preuve ont été méconnus ou très mal interprétés<sup>10</sup>. La Cour peut également tirer ses propres conclusions des faits non contestés lorsque la crédibilité n'est pas en question<sup>11</sup>.

#### A. LES ÉLÉMENTS DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE POUR DÉCLARATION INEXACTE FAITE AVEC NÉGLIGENCE

##### 1. Obligation de diligence

22 La Cour doit tout d'abord conclure qu'il existait, dans les circonstances, une obligation de diligence à l'égard du réclamant. Pour conclure à l'existence d'une obligation, il doit exister un «lien spécial» entre les parties. Bien que l'on débâte des éléments de ce lien spécial depuis des années, on reconnaît désormais généralement que la confiance prévisible suffit pour créer un lien spécial dans la plupart des cas<sup>12</sup>. La reconnaissance que la confiance est un facteur clé lorsqu'il s'agit de déterminer si une obligation de diligence existe est une évolution qui tombe à point. Il est maintenant inutile, comme l'a suggéré l'intimée, de revenir à des notions rigides, familières au domaine contractuel, de présomption de responsabilité, d'engagement ou d'intention de s'obliger, qui embrouillaient tellement ce domaine du droit antérieurement à l'arrêt *Cognos*.

23 A duty of care clearly was owed to the appellant in the present circumstances. Mr. Spinks was in a position of complete reliance upon his employer for the pension information he needed. He was a new employee. He needed information about his pension rights before he could choose his options wisely. The employer realized or should have realized this. He did not have that information and his employer did. In these circumstances, he relied on his employer, this reliance was reasonable, his employer foresaw or should have foreseen this, and, therefore a duty of care arose.

24 The Trial Judge came to a different conclusion on this matter, and stated [at page 72]:

Mr. Spinks has to demonstrate that the staffing officer of AECL who signed him on at the meeting had knowledge of the risk of economic loss, and the staffing officer knew that Mr. Spinks was relying on him for advice. It is only then that a duty to enquire and advise could arise. There is no evidence that the staffing officer had knowledge of the risk of economic loss and accordingly the duty to advise did not arise. Mr. Spinks did not rely on the response of the staffing officer of AECL until he was informed in 1989 that there was a responsibility on the staffing officer to counsel. There is also no evidence to show voluntary assumption of responsibilities by the staffing officer. Southey J. in *392980 Ontario Ltd. v. Welland (City)* (1984), 45 O.R. (2d) 165 (H.C.) at p. 172 states that there does not have to be a request of a representor for the *Hedley Byrne* principle to apply. However, in the circumstances of this case where the government booklet specifically instructs the employee to make an enquiry to the employee's personnel office, in my view, *392980 Ontario Ltd.*, supra, can be distinguished. There is a responsibility on the part of the staffing officer to provide counselling where advice is demanded.

These conclusions, with respect, are incorrect in law. The appellant did not have to demonstrate "knowledge of the risk of economic loss," only reasonable foresight of economic loss by the staffing officer in these circumstances. The risk of economic loss was reasonably foreseeable to all. Neither, since *Cognos*, did the appellant have to demonstrate any "voluntary

À l'évidence, une obligation de diligence était due à l'appelant dans les présentes circonstances. M. Spinks se fiait complètement à son employeur pour les renseignements en matière de pension dont il avait besoin. Il était un nouvel employé. Il avait besoin de renseignements sur ses droits à la pension avant de pouvoir exercer sagement ses options. L'employeur s'en est rendu compte ou aurait dû s'en rendre compte. M. Spinks n'avait pas ces renseignements et son employeur en disposait. Dans ces circonstances, il a fait confiance à son employeur, cette foi était raisonnable, son employeur l'a prévu ou aurait dû le prévoir et, en conséquence, une obligation de diligence est née.

Le juge de première instance est parvenu à une conclusion différente à cet égard. Il s'est exprimé en ces termes [à la page 72]:

... M. Spinks doit démontrer que l'agent de dotation d'EAEL qui lui a fait signer la formule à la réunion avait connaissance du risque de perte économique et qu'il savait que M. Spinks se fiait à ses conseils. Ce n'est qu'à ces conditions qu'une obligation de poser des questions et de donner des conseils lui aurait incombé. Aucun élément de preuve n'établit que l'agent de dotation avait connaissance du risque de perte économique et, par conséquent, aucune obligation de conseiller M. Spinks n'a pris naissance. Monsieur Spinks ne s'est pas fié à la réponse de l'agent de dotation d'EAEL avant d'apprendre, en 1989, que l'agent de dotation avait la responsabilité de lui donner des conseils. Aucun élément de preuve n'établit non plus l'acceptation volontaire des responsabilités par l'agent de dotation. Dans la décision *392980 Ontario Ltd. v. Welland (City)* (1984), 45 O.R. (2d) 165 (H.C.), le juge Southey affirme, à la page 172, qu'il n'est pas nécessaire que le destinataire des déclarations formule une demande pour que le principe posé par *Hedley Byrne* s'applique. Toutefois, en l'espèce, la brochure du gouvernement commandait expressément à l'employé de demander des renseignements au bureau du personnel et j'estime qu'il faut donc établir une distinction avec la décision *392980 Ontario Ltd.*, précitée. L'agent de dotation a la responsabilité de fournir des conseils lorsqu'on lui demande un avis.

Avec égards, je dois dire que ces conclusions sont erronées en droit. L'appelant avait à démontrer, de la part de l'agent de dotation dans ces circonstances, non pas une «connaissance du risque de perte économique», mais seulement une prévision raisonnable de cette perte. Le risque de perte économique était raisonnablement prévisible pour tous. Depuis l'arrêt



assumption of responsibilities” by the staffing officer. Furthermore, the staffing officer bore a greater responsibility than simply to advise if requested.<sup>13</sup> He bore the responsibility to advise competently and to take care in providing that advice, whether or not there was a request for advice.

*Cognos*, l'appelant n'avait pas non plus à démontrer une «acceptation volontaire de responsabilités» par l'agent de dotation. De plus, l'agent de dotation avait une plus grande responsabilité que celle consistant simplement à conseiller si on le lui demande<sup>13</sup>. Il lui incombait de conseiller de façon compétente et de faire preuve de vigilance en donnant cet avis, qu'il y ait ou non une demande d'avis.

25 There are several additional factors which support the existence of a duty here. To begin with, the appellant was an employee of the respondent. He required from the respondent certain information needed by him as a new employee. Several cases, of which *Cognos*<sup>14</sup> is one, have decided that, in such circumstances, the employer owes a duty to take care in providing that information. In *Cognos*, the appellant was interviewed for an employment opportunity. In the interview, the appellant was told that certain projects would be the core of his responsibility if he were to gain the position, and that these projects would last for a projected two years or more. The appellant was chosen for the position. He accepted the company's employment offer, and moved his family across the country. Soon after beginning the new employment, however, he was alarmed to learn that, contrary to the impression given him at the interview, funding had not been approved for the projects for which he was hired. The funding, in fact, was never approved. Difficulties ensued, the appellant lost the job, and the appellant sued for damages. The Supreme Court of Canada found the company liable for damages for negligent misrepresentation to its employee.

25 Il existe plusieurs facteurs additionnels qui étayent l'existence d'une obligation en l'espèce. D'abord, l'appelant était un employé de l'intimée. Il lui fallait obtenir de celle-ci certains renseignements dont il avait besoin en tant que nouvel employé. Plusieurs décisions, dont l'arrêt *Cognos*<sup>14</sup>, ont jugé que, dans ces circonstances, l'employeur devait faire preuve de vigilance en fournissant ces renseignements. Dans l'arrêt *Cognos*, l'appelant a passé une entrevue à la suite d'une possibilité d'emploi. Au cours de l'entrevue, on lui a dit que certains projets seraient au centre de ses responsabilités s'il obtenait le poste, et qu'il était prévu que leur réalisation durerait deux ans ou plus. L'appelant a obtenu le poste. Il a accepté l'offre d'emploi de la compagnie et il a déménagé sa famille à l'autre bout du pays. Peu après avoir assumé son nouvel emploi, il a cependant appris avec inquiétude que, contrairement à l'impression qu'on lui avait donnée à l'entrevue, le financement n'avait pas été approuvé pour les projets pour lesquels il avait été engagé. En fait, ce financement n'a jamais été approuvé. Des difficultés se sont ensuivies, l'appelant a perdu son emploi et il a intenté une action en dommages-intérêts. La Cour suprême du Canada a conclu que la compagnie était tenue à des dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite avec négligence à son employé.

26 The *Cognos* case suggests that an employment relationship gives rise to a special relationship on which liability may be found. This applies to contexts where the employer conveys information to the employee. Information received by an employee from an employer may have a strong impact on decisions an employee will make, and the courts now require that an employer take care in such contexts. The fact that the employer is a government body does not make a difference. The key question

26 L'affaire *Cognos* laisse entendre qu'une relation employeur-employé donne lieu à un lien spécial qui peut impliquer une responsabilité. Cela s'applique à des contextes où l'employeur transmet des renseignements à l'employé. Les renseignements que l'employé reçoit de son employeur peuvent influencer énormément sur les décisions qu'il prendra, et les tribunaux exigent maintenant qu'un employeur agisse avec vigilance dans ces contextes. Le fait que l'employeur est un organisme gouvernemental im-

is whether the employee reasonably relied on the employer for the information in question, and whether that could be reasonably foreseen. In any case, whether the employer is private or public, the employer has a duty to take care. This requirement is sensible.

27 Another consideration for holding that a duty was owed is that the obligation was undertaken as department policy. The personnel management manual, which was written for the administration of the Public Service pension, clearly states that government departments are charged with the responsibility of “providing a counselling service to employees on all superannuation matters, with particular reference to elections.” So too, the existence of the sign-on interview procedure also supports the conclusion that a duty to convey information carefully existed. One purpose of the procedure was to inform employees of pension options they might have. This was one of the precise functions for which the staffing officer was provided. Anyone could foretell that if poor advice was given, negative financial consequences could follow. I note further that the information relevant to the appellant’s circumstances was uniquely in the possession of the staffing officer, and not readily available to the employee. The superannuation booklet that was distributed also suggests that a duty of care existed.<sup>15</sup> Similarly, the instructions on the screening form, one of which specifically instructs that “THE PERSONNEL OFFICER SHALL ENSURE THAT ALL INFORMATION IS COMPLETE AND ACCURATE,” point to a duty of care.

28 Each of these factors—the reasonable foresight of reliance, the employment relationship, the personnel management manual, the existence of the sign-on interview, the superannuation booklet, and the instructions on the pension screening form—suggest that a duty of care existed in the circumstances and that an employee could reasonably rely upon the employer for accurate and full information.

porte peu. La question essentielle est de savoir si l’employé s’est raisonnablement fié à l’employeur pour les renseignements en question, et si cela était raisonnablement prévisible. Quoi qu’il en soit, que l’employeur soit privé ou public, ce dernier a une obligation de diligence. Cette condition est sensée.

27 Un autre facteur permettant de conclure à l’existence d’une obligation tient à ce qu’elle résulte d’une politique ministérielle. Le manuel de gestion du personnel, rédigé pour l’administration de la pension de la fonction publique, dit clairement que les ministères gouvernementaux sont chargés de «conseiller les employés sur toutes les questions touchant les pensions, notamment les options». Donc, l’existence de la procédure d’entrevue aux fins d’embauche étaye également la conclusion que l’obligation de transmettre avec soin des renseignements existait. Cette procédure visait notamment à informer les employés de leurs options à l’égard de leur pension. C’était là précisément l’une des fonctions de l’agent de dotation. N’importe qui pouvait prédire que si de mauvais avis étaient donnés, des conséquences financières néfastes pourraient s’ensuivre. Je note en outre que les renseignements se rapportant à la situation de l’appelant étaient de façon unique en la possession de l’agent de dotation, et que l’employé ne pouvait se les procurer facilement. La brochure sur la pension de retraite qui a été distribuée laisse également entendre que l’obligation de diligence existait<sup>15</sup>. De même, les directives figurant sur la formule d’admissibilité, dont l’une dit expressément que «L’AGENT DU PERSONNEL DOIT VEILLER À CE QUE LES RENSEIGNEMENTS SOIENT FOURNIS EN ENTIER ET AVEC EXACTITUDE», indiquent l’existence d’une obligation de diligence.

28 Chacun de ces facteurs—la prévision raisonnable de la confiance témoignée, la relation d’emploi, le manuel de gestion du personnel, l’existence de l’entrevue aux fins d’embauche, la brochure sur la pension de retraite et les directives à l’égard de la pension qui figurent sur la formule d’admissibilité à la pension—laisse entendre qu’il existait une obligation de diligence dans les circonstances, et qu’un employé pouvait raisonnablement s’attendre à ce que

## 2. Untrue, Inaccurate or Misleading Representation

29 The second requirement is that the representation must be untrue, inaccurate or misleading. The Trial Judge found that no misleading representation was made to the appellant. He stated [at page 73]:

[I]n my view, there was no misleading representation made by AECL or its staffing officer. The most that can be said about the meeting and the screening form is that they reinforced the impression in Mr. Spinks' own mind that an election could not be made in respect of service in the Australian public service.

These conclusions, with respect, were wrong in law. A person may be "misled" by a failure to divulge as much as by advice that is inaccurate or untrue. In the same way that absent information can be "erroneous", as discussed above, missing information can be misleading. In *Fletcher*, Wilson J. found a public insurer liable for having inadequately advised the plaintiff about the insurance options available. She stated:

The insurer's duty is to provide sufficient timely, clear and accurate information to its customers about the various options so that they can make informed choices about what level of risk beyond that required by law they want to insure themselves against.<sup>16</sup>

Wilson J. then found that the insurer's communication was "insufficiently clear" to discharge its duty of care.<sup>17</sup> She stated:

I conclude therefore that MPIC failed in its duty to the appellants. MPIC's acts or omissions deprived Mr. Fletcher of the relevant information initially and, given that he was subsequently misled by the renewal form and flyer, he was never in a position to make an informed choice about this optional coverage.<sup>18</sup>

Consequently, the duty may be breached not only by positive misstatements but also by omissions, for

l'employeur lui donne des renseignements exacts et entiers.

## 2. Déclaration fautive, inexacte ou trompeuse

29 La seconde condition est que la déclaration doit être fautive, inexacte ou trompeuse. Le juge de première instance a conclu qu'aucune déclaration trompeuse n'avait été faite à l'appelant. Il a fait cette remarque [à la page 73]:

[J]'estime que ni EACL ni son agent de dotation n'ont fait de déclaration trompeuse. Tout ce qu'on peut affirmer au sujet de la réunion et de la formule d'admissibilité, c'est qu'elles ont renforcé l'impression qu'avait M. Spinks qu'il ne pouvait exercer un choix relativement à son service dans la fonction publique de l'Australie.

J'estime avec égards que ces conclusions sont erronées en droit. Une personne peut être « induite en erreur » tant par l'omission de divulguer que par des avis inexacts ou faux. De même que l'absence de renseignements peut être assimilable à des renseignements « erronés », comme il a été discuté ci-dessus, des renseignements manquants peuvent être trompeurs. Dans l'arrêt *Fletcher*, le juge Wilson a tenu un assureur public pour responsable de ce qu'il a insuffisamment avisé le demandeur des options d'assurance disponibles. Elle a déclaré:

L'obligation de l'assureur est de fournir à ses clients des renseignements suffisamment opportuns, clairs et exacts au sujet des diverses protections facultatives disponibles pour qu'ils puissent faire des choix éclairés quant aux risques contre lesquels ils veulent s'assurer, en plus de ceux contre lesquels la loi les oblige à le faire<sup>16</sup>.

Le juge Wilson a alors conclu que le message de l'assureur « n'était pas assez clair<sup>17</sup> » pour le décharger de son obligation de diligence. Elle s'est prononcée en ces termes:

Je conclus donc que la Société a manqué à son obligation envers les appelants. Les actions et les omissions de la Société ont d'abord privé M. Fletcher des renseignements utiles et, comme il a été par la suite induit en erreur par le formulaire de renouvellement et le prospectus, il n'a jamais été en mesure de faire un choix éclairé quant à cette protection facultative<sup>18</sup>.

En conséquence, l'obligation peut être violée non seulement par des déclarations inexactes effective-

they may be just as misleading.

30 This view was echoed in *Cognos*, where one issue concerned whether an “implied” representation could give rise to tort damages. The representation which was said to be “implied” was that project funding had been secured. About this specific matter the employer was silent. In other words, the case turned on whether an omission to convey an important piece of information—project funding—could yield liability. Iacobucci J. decided it could and stated:

In my opinion, a flexible approach to this issue is preferable. It is arbitrary and premature to declare as a general rule that nothing less than express or direct representations can succeed under the *Hedley Byrne* doctrine. Undoubtedly, there will be cases such as the present one where the surrounding circumstances are such that it makes little difference, if any, how one characterizes the manner in which the representation is made, and where it would be unjust to deny recovery simply because the representation relied on is said to be implied rather than express. It is unnecessary for me to set out in detail the circumstances in which so-called implied representations can be enough to sustain an action in tort for negligent misrepresentation. I prefer leaving this task to trial judges dealing with specific factual situations.<sup>19</sup>

In the present circumstances, it could be said that it was implied that there was no right of buy-back. The Trial Judge found that the appellant entered and left the sign-on interview with an impression that he could not buy back his Australian service. The only reasonable factual inference one can draw from these findings is that the appellant was not told of his options, or he would have exercised his right to buy back his Australian service. The AECL staffing officer failed to disclose an important piece of information, and this failure misled the appellant. The advice was therefore misleading and misrepresented the options available to the appellant. The pension administration screening form, by specifically referring in the “employment summary” part to other forms of employment but not including employment with the government of another country, could only

ment faites, mais aussi par des omissions, car celles-ci peuvent être tout aussi trompeuses.

Ce point de vue trouve un écho dans l’arrêt *Cognos*, où se posait notamment la question de savoir si une déclaration «implicite» pouvait donner lieu à des dommages-intérêts pour responsabilité délictuelle. La déclaration considérée «implicite» était que le financement du projet était assuré. L’employeur n’abordait pas ce sujet. Autrement dit, l’affaire portait sur la question de savoir si l’omission de transmettre un renseignement important—le financement du projet—pouvait entraîner la responsabilité. Le juge Iacobucci a décidé que tel était le cas, et il s’est livré à cette analyse:

À mon avis, il est préférable d’adopter une attitude plus souple à cet égard. Il est arbitraire et prématuré de déclarer qu’en règle générale il faut au moins une déclaration expresse ou directe, selon la doctrine énoncée dans *Hedley Byrne*. Il y a sans doute des cas comme celui-ci où les circonstances sont telles que la façon de qualifier la déclaration importe peu, ou n’importe pas du tout, et où il serait injuste de refuser un redressement simplement parce que la déclaration sur laquelle on s’appuie est jugée implicite plutôt qu’expresse. Il est inutile d’énoncer en détail les circonstances dans lesquelles des déclarations dites implicites peuvent suffire pour soutenir une action en responsabilité délictuelle fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence. Je préfère laisser cette tâche au juge des faits, qui examine des situations de fait précises<sup>19</sup>.

Dans les circonstances actuelles, on pouvait dire qu’il était sous-entendu qu’il n’existait pas de droit de rachat. Le juge de première instance a conclu que l’appelant était arrivé à l’entrevue aux fins d’embauche et l’avait quittée en croyant qu’il ne pouvait racheter son service accompli en Australie. La seule conclusion de fait raisonnable qu’on puisse tirer de ces constatations, c’est qu’on n’avait pas parlé à l’appelant de ses options, sinon il aurait exercé son droit de racheter son service accompli en Australie. L’agent de dotation d’EACL a omis de divulguer un renseignement important, et cette omission a induit l’appelant en erreur. L’avis était donc trompeur et a mal exposé les options qui s’offraient à l’appelant. La formule d’admissibilité relative à l’administration de la pension, en mentionnant expressément dans la partie «emplois occupés» d’autres formes d’emploi

suggest to him that such was not eligible prior employment. In addition, the booklet given to the appellant disclosed nothing about the possibility that his Australian service might be bought back, something that was possible since 1955. The information given to the appellant by his employer, therefore, constituted a misleading misrepresentation.

### 3. Standard of Care

31 The third requirement simply states that the defendant must have acted negligently in making the misrepresentation. The defendant, in other words, must have breached the standard of care required in this context—that of the reasonable person. The standard of care applicable to these cases was discussed by Iacobucci J. in *Cognos*. He stated:

The applicable standard of care should be the one used in every negligence case, namely the universally accepted, albeit hypothetical, “reasonable person”. The standard of care required by a person making representations is an objective one.<sup>20</sup>

In the present context, the defendant employer should have perceived and appreciated the risks of improperly informing the plaintiff about his pension election options. The employer, in fact, was perhaps the only party who could appreciate these risks. To begin with, information concerning pension election options is not of a type reasonably within the grasp of the average employee. And where the employee is of a special class with regard to such elections, the information naturally becomes less accessible still.

32 The appellant’s unique needs should have been recognized by his employer and by the staffing officer. The pension administration form was partially completed by the employer, who knew of the appellant’s previous work experience. The appellant still speaks with an Australian accent and surely did in 1972. The staffing officer should have known of the need to inform the appellant of his rights as a former employee of the Australian government. This data was available to him on the list authorized by

sans inclure les emplois auprès du gouvernement d’un autre pays, pouvait seulement lui faire croire que ces emplois ne constituaient pas des emplois antérieurs admissibles. En outre, la brochure remise à l’appelant ne parlait pas de la possibilité pour lui de racheter son service accompli en Australie, ce qui était possible depuis 1955. Les renseignements que l’appelant a reçus de son employeur constituaient donc une déclaration inexacte trompeuse.

### 3. Norme de diligence

La troisième condition dit simplement que le 31 défendeur doit avoir agi de façon négligente en faisant la déclaration inexacte. Autrement dit, le défendeur doit avoir violé la norme de diligence requise dans ce contexte—celle d’une personne raisonnable. La norme de diligence applicable à ces cas a été discutée par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Cognos*. Il a fait cette remarque:

La norme de diligence applicable devrait être celle qui est utilisée dans toute affaire de négligence, à savoir celle universellement reconnue, quoique hypothétique, de la «personne raisonnable». La norme de diligence requise d’une personne qui fait des déclarations est objective<sup>20</sup>.

Dans le présent contexte, l’employeur défendeur aurait dû percevoir et apprécier les risques auxquels il exposait le demandeur en l’informant incorrectement de ses options de pension. En fait, l’employeur était peut-être la seule partie à pouvoir apprécier ces risques. D’abord, les renseignements concernant les options de pension ne sont pas de ceux auxquels l’employé moyen peut aisément avoir accès. Et lorsque l’employé appartient à une catégorie spéciale relativement à ces options, les renseignements deviennent naturellement encore moins accessibles.

Les besoins uniques de l’appelant auraient dû être 32 reconnus par son employeur et l’agent de dotation. La formule d’administration de la pension a partiellement été remplie par l’employeur, qui connaissait l’expérience de travail antérieure de l’appelant. L’appelant parle toujours avec un accent australien et il l’a sûrement fait en 1972. L’agent de dotation aurait dû se rendre compte de la nécessité d’informer l’appelant de ses droits en tant qu’ancien employé du gouvernement australien. L’agent disposait de ces

the Minister. The failure to inform breached the standard of care in the circumstances. It fell below the standard which would have been exercised by a reasonable person.

33 I might emphasize that the standard of care here is that which is reasonably expected of a staffing officer in the circumstances. I am not suggesting that the failure to divulge every bit of irrelevant and arcane information will breach the standard of care. An advisor's responsibility is not one of complete or perfect disclosure. Trivia need not be mentioned. The duty rather, is one of reasonable disclosure, and what is reasonable varies according to circumstances. The mere failure to divulge is but one factor among others to be considered in deciding whether there has been negligence. This point of view was affirmed in *Cognos*, where Iacobucci J. stated:

There are many reported cases in which a failure to divulge highly relevant information is a pertinent consideration in determining whether a misrepresentation was negligently made.<sup>21</sup>

Thus, where an advising person possesses or can easily obtain important and relevant information, and where this advising person fails to divulge this information in circumstances where economic loss is reasonably expected, the standard of care will have been breached. One of the key questions, here, is whether the supplier of information should have known that the information given or withheld was misleading. Mr. Justice Strayer (as he then was), explained in *Rothwell v. R.*,<sup>22</sup> concerning whether it was within the competence of the defendant and its officers in that case to state the situation clearly:

This representation was clearly negligent because it was easily within the competence of the defendant and his officers to state the situation clearly. It was also foreseeable that a contributor would be confused by the information provided to him. While the defendant contends that the onus was on the plaintiff to ask for clarification, it appears to me that the meaning which the plaintiff attributed to these communications was one which

données qui se trouvaient sur la liste autorisée par le ministre. L'omission d'informer a violé la norme de diligence dans les circonstances. La norme appliquée s'est située au-dessous de celle qu'aurait appliqué une personne raisonnable.

33 Je pourrais insister sur le fait que la norme de diligence en l'espèce est celle qu'on attend raisonnablement d'un agent de dotation dans les circonstances. Je ne suggère pas que l'omission de divulguer chaque renseignement non pertinent et ésotérique viole la norme de diligence. La responsabilité d'un conseiller ne consiste pas dans une divulgation complète ou parfaite. On n'a pas à mentionner les futilités. L'obligation est plutôt celle de divulgation raisonnable, et ce qui est raisonnable varie selon les circonstances. La simple omission de divulguer n'est qu'un facteur parmi tant d'autres dont il faut tenir compte pour décider s'il y a eu négligence. Ce point de vue a été confirmé dans l'arrêt *Cognos*, où le juge Iacobucci a tenu les propos suivants:

Il existe de nombreux arrêts dans lesquels l'omission de divulguer des renseignements très pertinents a été prise en considération lorsqu'il s'est agi de déterminer si une déclaration inexacte avait été faite par négligence<sup>21</sup>.

Ainsi donc, lorsqu'un conseiller qui possède ou peut obtenir facilement des renseignements importants et pertinents omet de les divulguer dans des circonstances où on s'attend raisonnablement à ce qu'il y ait perte économique, la norme de diligence est violée. L'une des principales questions posées en l'espèce est de savoir si le fournisseur de renseignements aurait dû savoir que les renseignements donnés ou retenus étaient trompeurs. Le juge Strayer (tel était alors son titre) a, au sujet de la question de savoir si la défenderesse et ses fonctionnaires avaient la compétence nécessaire pour décrire clairement la situation en l'espèce, donné l'explication suivante dans l'affaire *Rothwell c. R.*<sup>22</sup>:

Cette fausse déclaration résulte clairement de la négligence de la défenderesse et de ses fonctionnaires puisque ceux-ci auraient été facilement en mesure de décrire clairement la situation. Il était également à prévoir que les renseignements fournis au cotisant induiraient celui-ci en erreur. Et même si la défenderesse soutient qu'il appartenait au demandeur d'obtenir des explications, il me semble que le sens attribué par le demandeur à ces renseigne-

appeared sufficiently clear that it was not unreasonable for him to assume he understood them.<sup>23</sup>

I am of the opinion that, in this case, it was well within the competence of the respondent, with little effort and thought, to state clearly the situation concerning the pension options of the appellant. That was not done. That failure was, therefore, negligent.

#### 4. Reasonable Reliance

34 The fourth requirement is that the plaintiff must reasonably have relied upon the representation. This is merely the universal requirement of proof of causation in all negligence cases, for without a causal nexus, there is no valid basis for imposing liability.<sup>24</sup> In dealing with this issue, the Trial Judge concluded that the evidence did not support the conclusion that the plaintiff relied upon the defendant. He stated [at page 75]:

I also note that Mr. Spinks did not testify that he was relying on the advice of the staffing officer at the meeting in 1972 and he only learned of the right to counsel in 1989 so he cannot say retroactively that he relied on the personnel officer.

With respect, the Trial Judge has misconstrued the evidence of the appellant's situation. Looking at the evidence as a whole, one cannot avoid the conclusion that the appellant clearly relied on his employer for the pension information uniquely in its possession. He also relied upon the pension administration process set up by the employer to inform him of his options, and to exercise a reasonable degree of care in doing so. It must have been obvious to anyone that the new employee was at the mercy of the employer with regard to information about pension rights. No other conclusion could be drawn in these circumstances. This reliance, in my view, was reasonable.

35 I do not agree with the contention that the appellant in these circumstances bore the responsibility to find out if he could buy back his Australian pension.

ments paraissait suffisamment clair pour que celui-ci soit fondé à croire qu'il avait bien compris<sup>23</sup>.

J'estime qu'en l'espèce, il était parfaitement possible pour l'intimée, sans trop d'effort et de réflexion, de décrire clairement la situation concernant les options de pension de l'appelant. Elle ne l'a pas fait. Cette omission constituait donc une négligence.

#### 4. Confiance raisonnable

La quatrième condition est que le demandeur doit s'être raisonnablement fié à la déclaration. Il s'agit simplement de la condition universelle de la preuve de causalité dans les affaires de négligence, car, sans lien causal, il n'y a pas lieu à imposition d'une responsabilité<sup>24</sup>. En abordant cette question, le juge de première instance a conclu que la preuve n'étayait pas la conclusion que le demandeur s'était fié à la défenderesse. Il a déclaré [à la page 75]:

Je constate également que M. Spinks n'a pas témoigné du fait qu'il se serait fié à l'avis donné par l'agent de dotation lors de la réunion de 1972; ce n'est qu'en 1989 qu'il a appris qu'il avait droit à des avis, de sorte qu'il ne peut affirmer rétroactivement s'être fié à l'agent du personnel.

Avec égards, j'estime que le juge de première instance a mal interprété la preuve afférente à la situation de l'appelant. Examinant l'ensemble de la preuve, on ne saurait éviter de conclure que l'appelant s'est clairement fié à son employeur pour les renseignements en matière de pension qui se trouvaient uniquement en la possession de celui-ci. Il s'en est également remis au processus d'administration des pensions établi par l'employeur pour l'informer de ses options, et pour exercer un degré raisonnable de diligence en le faisant. Il doit avoir été évident à tous que le nouvel employé était à la merci de l'employeur quant aux renseignements sur les droits à la pension. Aucune autre conclusion ne pouvait être tirée dans ces circonstances. Ce recours, à mon avis, était raisonnable.

Je ne souscris pas à la prétention que, dans ces circonstances, il incombait à l'appelant de se renseigner pour savoir s'il pouvait racheter sa pension

34

35

The appellant was in a unique situation, and this very uniqueness fuels the respondent's duty to inform the appellant of its ramifications. An employee, in my mind, cannot be expected to know that employment in another country could be counted towards a Canadian pension. The material given to him contained no hint of that. Indeed, it suggested the opposite. Few, if any employees so situated would even know to ask the proper questions to elicit the information relevant to their circumstances. To suggest otherwise would be to impute a highly specialized knowledge on immigrant employees, and to effectively relieve staffing officers of their responsibility to inform these new employees.

#### 5. Resulting Damage

36 The final requirement is that damage must have ensued. There can be no liability for negligence unless the plaintiff has suffered some loss as a result. In the present case, because of the unusual situation, no damage has yet materialized. The Minister is still in a position to provide a remedy under the statutory provisions above. If the Minister exercises his discretion to declare the appellant one of the class of persons to whom erroneous advice was given, and gives the appellant the right to buy back his pension at the original price, no damage will have occurred, and this tort action will fail. However, if the Minister does not exercise this right in a reasonable time, the damage will occur and this tort action will succeed.

#### B. CONTRIBUTORY NEGLIGENCE

37 Counsel for the respondent argued that, should there be tort liability for negligent misstatement, this Court should also find that the appellant was contributorily negligent. While it is now established that contributory negligence is available in cases like the present as a partial defence to liability,<sup>25</sup> I do not believe that this is a case where the defence can

australienne. L'appellant se trouvait dans une situation unique, et ce caractère unique même alimentait l'obligation de l'intimée d'informer l'appellant de ses ramifications possibles. À mon avis, on ne peut s'attendre à ce qu'un employé sache que son emploi dans un autre pays pouvait être compté en vue d'une pension canadienne. Les documents qu'il a reçus n'y faisaient nullement allusion. En fait, ils laissaient entendre le contraire. Peu d'employés, s'il en est, qui se trouvent dans une situation semblable sauraient même poser les questions appropriées pour obtenir les renseignements qui se rapportent à leurs circonstances. Suggérer autrement reviendrait à attribuer une connaissance hautement spécialisée aux employés immigrants et, effectivement, à relever les agents de dotation de leur obligation d'informer ces nouveaux employés.

#### 5. Le préjudice subi

36 La dernière condition est que le préjudice ait été subi. Il ne peut y avoir de responsabilité pour négligence à moins que le demandeur ait subi une perte en conséquence. En l'espèce, en raison de la situation inhabituelle, aucun préjudice ne s'est encore matérialisé. Le ministre est toujours en mesure de donner une réparation sous le régime des dispositions législatives précitées. Si le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire pour déclarer que l'appellant relève de la catégorie de personnes à qui des avis erronés ont été donnés, et lui donne le droit de racheter sa pension au prix initial, aucun préjudice n'aura eu lieu, et la présente action en responsabilité délictuelle échouera. S'il n'exerce toutefois pas ce droit dans un délai raisonnable, le préjudice surviendra et la présente action en responsabilité délictuelle aboutira.

#### B. FAUTE PARTAGÉE

37 L'avocat de l'intimée soutient que s'il y avait responsabilité délictuelle pour déclaration inexacte faite avec négligence, la Cour devrait conclure également que l'appellant y était pour quelque chose. Certes, il est maintenant établi que l'on peut invoquer la faute partagée dans des cas comme l'espèce, en tant que défense partielle contre la responsabi-



apply. The information in question in this case was of a very specialized nature. Nothing in the screening form, in the interview or in the pension booklet given to the appellant suggested that the appellant's prior service in Australia could in any way be accommodated under the Canadian scheme. He understandably relied totally on the employer to inform him of this. He was at the employer's mercy. He had no reason to second guess the employer. I am not convinced, therefore, in these circumstances, that the appellant was irresponsible about looking after his own interests, nor that he was contributorily negligent. I find support for my view in three cases cited to the Court.<sup>26</sup> In *Campbell, supra*, the plaintiff was held not contributorily negligent for having relied upon the advising party, for he had "no reason for concern that the Fund's employee would or might not provide accurate information." Similarly, here, there was no "reason for concern" that the staffing officer would not provide correct information. In *Lehune, supra*, the Trial Judge found the plaintiff contributorily negligent but this was reversed on appeal because of the "special relationship" between the parties. Here too there was a special relation, that of employer-employee, which would enable the plaintiff to reasonably rely on the information received. In *Rothwell, supra*, Strayer J. found the defendant employer liable for having negligently misrepresented certain pension requirements as stipulated in the same Act as is in issue here. In deciding the matter, Strayer J. stated that the representation misled the plaintiff, and that the plaintiff bore no responsibility to clarify the situation. He said [at page 282]:

While the defendant contends that the onus was on the plaintiff to ask for clarification, it appears to me that the meaning which the plaintiff attributed to these communications was one which appeared sufficiently clear that it was not unreasonable for him to assume he understood them.

té<sup>25</sup>, mais je ne crois pas que ce soit le cas ici. Les renseignements en question en l'espèce étaient d'une nature très spécialisée. Rien dans la formule d'admissibilité, ni dans l'entrevue, ni dans la brochure sur la pension donnée à l'appellant ne laissait entendre que son service antérieur en Australie pouvait de quelque façon avoir droit de citer dans le régime canadien. On comprend qu'il se soit totalement fié à l'employeur pour l'en informer. Il était à la merci de l'employeur. Il n'avait aucune raison de prêter des intentions à l'employeur. Je ne suis donc pas convaincu que, dans les circonstances, l'appellant ne se soit pas occupé de ses propres intérêts, ni qu'il ait été négligent. Mon point de vue se trouve étayé par trois affaires citées à l'intention de la Cour<sup>26</sup>. Dans l'arrêt *Campbell* précité, il a été jugé qu'il n'y avait pas eu négligence de la part du demandeur pour s'être fié à la partie conseillère, car il n'avait [TRADUCTION] «aucune raison de se préoccuper de ce que l'employé du Fonds ne donnerait pas ou ne pourrait donner de renseignements exacts». De même, en l'espèce, «il n'y avait aucune raison de se préoccuper» de ce que l'agent de dotation ne donnerait pas de renseignements exacts. Dans l'arrêt *Lehune* précité, le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu négligence de la part du demandeur, mais cette décision a été infirmée en appel en raison du [TRADUCTION] «lien spécial» entre les parties. En l'espèce aussi, il existait un lien spécial, celui d'employeur-employé, qui permettrait au demandeur de se fier raisonnablement aux renseignements reçus. Dans l'arrêt *Rothwell* précité, le juge Strayer a conclu que l'employeur défendeur était responsable pour avoir, de façon négligente, présenté sous un faux jour certaines conditions attachées à la pension posées dans la même loi que celle qui nous occupe en l'espèce. En tranchant l'affaire, le juge Strayer a dit que la déclaration avait induit le demandeur en erreur, et qu'il n'incombait pas à ce dernier de demander des éclaircissements. Il s'est exprimé en ces termes [à la page 282]:

Et même si la défenderesse soutient qu'il appartenait au demandeur d'obtenir des explications, il me semble que le sens attribué par le demandeur à ces renseignements paraissait suffisamment clair pour que celui-ci soit fondé à croire qu'il avait bien compris.

While the facts of *Rothwell* are not identical to those in the present case, Strayer J.'s words are applicable here. The appellant, in my view, did not bear the burden of clarification. He was totally unaware of his pension entitlements. He had every reason to rely on his employer, who should have informed him of those rights. The appellant was not contributorily negligent.

### C. STATUTE OF LIMITATIONS

- 38 One further argument raised by counsel for the respondent concerns the statute of limitations. A tort action, arising out of the action on the case, may only be brought within six years of the date that the damage was discovered or reasonably ought to have been discovered. As I have indicated above, no definitive damage has yet occurred in this case, as everything can still be remedied by the Minister's exercise of discretion. If the Minister does not choose to exercise his discretion favourably within a reasonable time, damage will occur and the limitation period would then begin to run.

### D. ASSESSMENT OF DAMAGES

- 39 In the event that the Minister fails to exercise his discretion, and the tort action succeeds, damages would be computable according to the principles set out by the Trial Judge [at page 76]:

I must determine the amount of Australian service that the plaintiff would have bought back in 1972. Mr. Spinks testified that he was sure he would have bought at least 13 years since that amount would have been tax deductible and would have been affordable based on his income at that time. Thus, the damages would be calculated on the difference between the cost of 13 years service as of April 30, 1986 less the cost of 13 years service if it had been purchased in 1972. If 13 years of service had been purchased in 1972, the plaintiff would have earned his maximum pension after working 22 years with AECL which period would have terminated May 31, 1994. Accordingly, the plaintiff should be entitled to compensation for the seven months he has paid since that time towards his superannuation. However, there should also be a deduction from the damages award for the benefit the plaintiff incurred by having the use of the funds from

Bien que les faits de l'affaire *Rothwell* ne soient pas identiques à ceux de l'espèce, les propos du juge Strayer s'appliquent en l'espèce. À mon avis, il n'incombait pas à l'appelant d'obtenir des explications. Il ignorait totalement ses droits à la pension. Il était parfaitement fondé à se fier à son employeur, qui aurait dû l'informer de ces droits. Il n'y avait pas eu négligence de la part de l'appelant.

### C. PRESCRIPTION

- 38 Un autre argument invoqué par l'avocat de l'intimée porte sur le délai de prescription. Une action en responsabilité délictuelle, découlant de l'action principale, peut être intentée seulement dans un délai de six ans suivant la date à laquelle le préjudice a été découvert ou aurait raisonnablement dû l'être. Comme je l'ai indiqué ci-dessus, aucun dommage définitif n'a encore eu lieu en l'espèce, puisque tout peut encore être réparé si le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire. Si le ministre ne choisit pas d'exercer favorablement son pouvoir discrétionnaire dans un délai raisonnable, le préjudice surviendra et le délai de prescription commencerait à courir.

### D. ÉVALUATION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

- 39 Au cas où le ministre n'exercerait pas son pouvoir discrétionnaire, et que l'action en responsabilité délictuelle aboutirait, les dommages-intérêts pourraient être comptés selon les principes énoncés par le juge de première instance [à la page 76]:

Je dois déterminer le nombre d'années de service accompli en Australie que le demandeur aurait rachetées en 1972. Monsieur Spinks a témoigné être sûr qu'il aurait pu racheter au moins 13 années de service car le montant en cause aurait été déductible d'impôt et dans la limite de ses moyens à l'époque. Par conséquent, les dommages-intérêts devraient être calculés en fonction de la différence entre le coût de 13 années de service rachetées le 30 avril 1986 et le coût de 13 années de service rachetées en 1972. Si le demandeur avait racheté 13 années de service en 1972, il aurait pu obtenir une pension maximum après avoir travaillé pendant 22 ans pour EACL, soit jusqu'au 31 mai 1994. En conséquence, le demandeur devrait avoir droit à une indemnité pour le montant qu'il a versé au régime de pension au cours des sept mois qui ont suivi. Toutefois, les dommages-intérêts devraient être réduits pour tenir compte de l'avantage que le demandeur a tiré de l'utilisa-

1972 to 1986. Under PSSA subs. 7(2) the interest rate is 4%. Since it is impossible to trace the funds, the defendant should be given credit for interest of 4% on \$125 per month, being the amount of additional income by which the plaintiff benefited by not having to purchase his Australian service in 1972.

### III. DISPOSITION

40 The appeal on the statutory argument will be allowed and the matter will be sent back to the Minister to exercise his discretion pursuant to subsection 17(1) of the Regulations and to make a fresh determination not inconsistent with these reasons. If the Minister exercises his discretion in favour of the appellant, no damages will have been suffered by the appellant and the appeal on the tort argument will be dismissed.

41 If the Minister fails to make a positive determination within sixty days of the date of this judgment, he will be assumed to have declined to do so and loss will then be suffered by the appellant. In that case, the appeal on the negligent misrepresentation issue will be allowed, the tort action will succeed, and damages will be awarded according to the formula set out by the Trial Judge in his reasons dated January 16, 1995. Costs of this appeal will follow the event.

42 STRAYER J.A.: I agree.

43 McDONALD J.A.: I agree.

tion de ces fonds entre 1972 et 1986. Le taux d'intérêt fixé sous le régime du par. 7(2) de la LPFP s'élève à 4 p. 100. Comme il est impossible de retracer ces fonds, il faudrait porter au crédit de la défenderesse des intérêts de 4 p. 100 sur un montant mensuel de 125 \$, représentant le revenu additionnel dont le demandeur a profité du fait qu'il n'a pas racheté son service accompli en Australie en 1972.

### III. DÉCISION

L'appel fondé sur l'argument prévu par la loi sera 40  
accueilli, et l'affaire renvoyée au ministre pour qu'il  
exerce le pouvoir discrétionnaire qu'il tient du para-  
graphe 17(1) du Règlement et prenne une nouvelle  
décision conforme aux présents motifs. Si le ministre  
exerce son pouvoir discrétionnaire en faveur de  
l'appellant, ce dernier n'aura subi aucun préjudice et  
l'appel fondé sur la responsabilité délictuelle sera  
rejeté.

Si le ministre ne prend pas de décision favorable 41  
dans les soixante jours de la date du présent juge-  
ment, il sera réputé avoir refusé de le faire, et la  
perte sera alors subie par l'appellant. Dans ce cas,  
l'appel fondé sur la question de la déclaration ine-  
xacte faite avec négligence sera accueilli, l'action en  
responsabilité délictuelle aboutira et des dommages-  
intérêts seront accordés selon la formule établie par  
le juge de première instance dans ses motifs datés du  
16 janvier 1995. Les dépens du présent appel sui-  
vront l'issue de la cause.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris aux motifs 42  
ci-dessus.

LE JUGE McDONALD, J.C.A.: Je souscris aux 43  
motifs ci-dessus.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. P-36.

<sup>2</sup> C.R.C., c. 1358.

<sup>3</sup> *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.).

<sup>4</sup> *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191, per Wilson J.

<sup>5</sup> *Ibid.*, at p. 209.

<sup>6</sup> *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87.

<sup>7</sup> *Ibid.*, at p. 110.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. P-36.

<sup>2</sup> C.R.C., ch. 1358.

<sup>3</sup> *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.).

<sup>4</sup> *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, le juge Wilson.

<sup>5</sup> *Ibid.*, à la p. 209.

<sup>6</sup> *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87.

<sup>7</sup> *Ibid.*, à la p. 110.

<sup>8</sup> See *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228.

<sup>9</sup> See, for example, *Couture v. Queen*, [1972] F.C. 1137 (T.D.); *affd* (1974), 2 N.R. 494 (F.C.A.), Crown agent falsely advising that the plaintiff was authorized to run a radio station; *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, [1970] 1 All ER 1009 (C.A.); *Windsor Motors Ltd. v. District of Powell River* (1969), 4 D.L.R. (3d) 155 (B.C.C.A.); *Gadutsis et al. v. Milne et al.*, [1973] 2 O.R. 503 (H.C.).

<sup>10</sup> See *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802.

<sup>11</sup> See *Merban Capital Corp. v. Minister of National Revenue*, [1989] 2 C.T.C. 246 (F.C.A.); *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*, [1988] 1 F.C. 71 (T.D.).

<sup>12</sup> *Fletcher*, *supra*, at p. 212; *Cognos*, *supra*, at p. 116.

<sup>13</sup> See *Rothwell v. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276 (F.C.T.D.) *per* Strayer J.; *392980 Ontario Ltd. v. City of Welland et al.* (1984), 45 O.R. (2d) 165 (H.C.).

<sup>14</sup> *Supra*. See also *Campbell v. Teachers' Retirement Fund (Alta.)* (1993), 147 A.R. 185 (Q.B.); *Lehune v. Kelowna (City)*, [1993] B.C.J. No. 2451 (S.C.); *affd* but varied (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 135 (C.A.).

<sup>15</sup> See *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50 (Q.B.).

<sup>16</sup> *Fletcher*, *supra*, at p. 224.

<sup>17</sup> *Ibid.*, at p. 225.

<sup>18</sup> *Ibid.*, at p. 226.

<sup>19</sup> *Cognos*, *supra*, at p. 131.

<sup>20</sup> *Cognos*, *supra*, at p. 121.

<sup>21</sup> *Cognos*, *supra*, at p. 123.

<sup>22</sup> *Rothwell v. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276 (F.C.T.D.).

<sup>23</sup> *Ibid.*, at p. 282.

<sup>24</sup> See generally Weinrib, Ernest Joseph, *The Idea of Private Law* Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1995.

<sup>25</sup> See *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50 (Q.B.).

<sup>26</sup> See *Rothwell v. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276 (F.C.T.D.), *per* Strayer J.; *Campbell v. Teachers' Retirement Fund (Alta.)* (1993), 147 A.R. 185 (Q.B.); *Lehune v. Kelowna (City)*, [1993] B.C.J. No. 2451 (S.C.); varied to no contributory negligence (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 135 (C.A.). See also *Cognos*, *supra*, where the issue was not raised.

<sup>8</sup> Voir *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228.

<sup>9</sup> Voir, par exemple, l'affaire *Couture c. La Reine*, [1972] C.F. 1137 (1<sup>re</sup> inst.); confirmé par (1974), 2 N.R. 494 (C.A.F.) dans laquelle, un agent de la Couronne avait faussement avisé que le demandeur était autorisé à exploiter une station de radio; *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, [1970] 1 All ER 1009 (C.A.); *Windsor Motors Ltd. v. District of Powell River* (1969), 4 D.L.R. (3d) 155 (C.A.C.-B.); *Gadutsis et al. v. Milne et al.*, [1973] 2 O.R. 503 (H.C.).

<sup>10</sup> Voir *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802.

<sup>11</sup> Voir *Merban Capital Corp. c. Ministre du Revenu national*, [1989] 2 C.T.C. 246 (C.A.F.); *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, [1988] 1 C.F. 71 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>12</sup> *Fletcher*, précité, à la p. 212; *Cognos*, précité, à la p. 116.

<sup>13</sup> Voir *Rothwell c. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Strayer; *392980 Ontario Ltd. v. City of Welland et al.* (1984), 45 O.R. (2d) 165 (H.C.).

<sup>14</sup> Précité. Voir également *Campbell v. Teachers' Retirement Fund (Alta.)* (1993), 147 A.R. 185 (B.R.); *Lehune v. Kelowna (City)*, [1993] B.C.J. n° 2451 (C.S.); confirmé mais modifié par (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 135 (C.A.).

<sup>15</sup> Voir *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50 (B.R.).

<sup>16</sup> *Fletcher*, précité, à la p. 224.

<sup>17</sup> *Ibid.*, à la p. 225.

<sup>18</sup> *Ibid.*, à la p. 226.

<sup>19</sup> *Cognos*, précité, à la p. 131.

<sup>20</sup> *Cognos*, précité, à la p. 121.

<sup>21</sup> *Cognos*, précité, à la p. 123.

<sup>22</sup> *Rothwell c. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>23</sup> *Ibid.*, à la p. 282.

<sup>24</sup> Voir de façon générale Weinrib, Ernest Joseph, *The Idea of Private Law* Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1995.

<sup>25</sup> Voir *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50 (B.R.).

<sup>26</sup> Voir *Rothwell c. R.* (1985), 10 C.C.E.L. 276 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Strayer; *Campbell v. Teacher's Retirement Fund (Alta.)* (1993), 147 A.R. 185 (B.R.); *Lehune v. Kelowna (City)*, [1993] B.C.J. n° 2451 (C.S.); décision modifiée portant qu'il n'y a pas eu faute partagée (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 135 (C.A.). Voir également *Cognos* précité, où la question n'a pas été soulevée.

A-415-95

A-415-95

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

v.

c.

**Bronislawa Cymerman** (*Respondent*)**Bronislawa Cymerman** (*intimée*)*INDEXED AS: CANADA v. CYMERMAN (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. CYMERMAN (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Hugessen and Robertson J.J.A.—Edmonton, February 22; Ottawa, March 28, 1996.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Hugessen et Robertson, J.C.A.—Edmonton, 22 février; Ottawa, 28 mars 1996.

*Unemployment insurance — Claimant holding insurable employment during allocation period of termination benefits from previous employment — No earnings during second employment period — Claimant cannot choose employment in respect of which to make claim as Act, s. 13(2) clearly referring to last 20 weeks of insurable employment.*

*Assurance-chômage — La prestataire avait un emploi assurable durant la période de répartition de l'indemnité de départ provenant d'un emploi antérieur — Elle a gagné aucune rémunération durant le second emploi — La prestataire ne peut pas choisir l'emploi à l'égard duquel elle demande les prestations, attendu que l'art. 13(2) de la Loi mentionne expressément les 20 dernières semaines d'emploi assurable.*

The respondent's first employment was terminated in June 1991 with termination benefits the allocation of which resulted in the postponement of any possible unemployment insurance benefit period to September 1992. During that allocation period, the respondent obtained a second insurable employment as a real estate agent for 32 weeks, from November 1991 to June 1992. She did not earn any commission during that time and hence had no insurable earnings. The Unemployment Insurance Commission ruled that the respondent's benefit rate was nil because of her earnings from her last 20 weeks of insurable employment. The ruling was upheld by the Board of Referees but reversed by the Umpire.

Ayant perdu son premier emploi en juin 1991, la prestataire a reçu une indemnité de départ qui a retardé jusqu'en septembre 1992 toute période de prestations qu'elle aurait pu revendiquer. Durant la période de répartition, elle a trouvé un emploi assurable d'agente immobilière de novembre 1991 à juin 1992, soit 32 semaines au total. Elle n'a gagné aucune commission durant cette période, donc aucune rémunération assurable. La Commission d'assurance-chômage a conclu que le taux de ses prestations était nul parce qu'elle n'avait rien gagné durant ses 20 dernières semaines d'emploi assurable. Cette décision a été confirmée par le conseil arbitral mais infirmée par le juge-arbitre.

This was an application for judicial review of the Umpire's decision.

Il s'agit en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire contre la décision du juge-arbitre.

*Held* (Robertson J.A. *dissenting*), the application should be allowed.

*Arrêt* (le juge Robertson, J.C.A., *dissident*): la demande doit être accueillie.

*Per* Hugessen J.A.: The issue turned on the proper interpretation to be given to subsection 13(2) of the *Unemployment Insurance Act* which provided that the qualifying weeks of a claimant were the last twenty weeks of insurable employment in the claimant's qualifying period. The "qualifying period" was defined in section 7 of the Act, which was, however, of only marginal assistance in resolving the issue herein. The qualifying period was relevant to the question of whether or not benefits could be claimed. The "qualifying weeks" on the other hand were used solely to calculate the amount of the benefits: they had no necessary correlation to the weeks of insurable employment required to qualify for benefits.

Le juge Hugessen, J.C.A.: Le litige est centré sur l'interprétation correcte du paragraphe 13(2) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, aux termes duquel les semaines de référence d'un prestataire sont les vingt dernières semaines d'emploi assurable de sa période de référence. La «période de référence» est définie à l'article 7, lequel ne présente qu'une importance marginale dans la solution du litige. La période de référence entre en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'examiner si le prestataire peut réclamer des prestations. Par contre, les «semaines de référence» ne servent qu'au calcul du montant des prestations: elles n'ont pas nécessairement un rapport avec les semaines d'emploi assurable que doit accumuler le prestataire pour avoir droit aux prestations.

As there was no ambiguity in the wording of subsection 13(2), there was nothing to be gained by a discussion of the various theories of statutory interpretation. The “last twenty weeks of insurable employment” could only refer to the twenty weeks of insurable employment which occurred last in time in the qualifying period, in this case, the last twenty weeks of employment with the realty company. That no remuneration was earned was unfortunate but completely irrelevant.

The subsection could not be read as referring to the “last twenty weeks of insurable employment for which the claim is made”. Claims are not made in respect of particular employments but rather in respect of a loss of employment and a corresponding interruption of earnings. A claimant could not pick and choose which employment or employments in respect of which he or she wished to make a claim. Nothing in section 13 supported such a view and it could not be implied from a supposedly purposive reading of section 7 which deals only with the qualifying period and its possible extension. Though the result in this case may be thought hard for the claimant — because she earned no remuneration in her last twenty weeks of employment —, in other circumstances subsection 13(2) would work in her favour. Even if section 7 were to apply, her benefit rate would nonetheless be based on her last twenty weeks of insurable employment.

The allocation of termination benefits had the effect of postponing the benefit period but it did not prolong the previous employment which, by definition, had been lost. The calculation of the claimant’s benefits therefore could not be based on her employment with the first employer.

*Per* Robertson J.A. (*dissenting*): The application should be dismissed. The law required a contextual approach to interpretation. In applying that approach, the initial error of the Commission lay in the failure to acknowledge the existence of subsections 7(3) and (6) of the Act, and to determine whether the respondent was eligible to receive benefits based on the first employment before turning to the task of calculating the proper benefit rate.

There were two basic questions to be addressed when assessing the unemployment insurance claim: was the claimant eligible to receive benefits, and, if so, what was the weekly benefit rate? Two corollary questions also arose: what was the effect of the claimant obtaining insurable employment during the allocation period and was the benefit rate to be calculated by reference to the first or the second employment?

Comme le texte du paragraphe 13(2) ne souffre d’aucune ambiguïté, il ne servirait à rien d’évoquer en l’espèce les différentes théories d’interprétation des lois. Les «vingt dernières semaines d’emploi de sa période de référence» ne peuvent signifier autre chose que les vingt semaines d’emploi assurable qui viennent en dernier lieu dans la période de référence, savoir, en l’espèce, les vingt dernières semaines d’emploi chez l’agence immobilière. Le fait que la prestataire n’ait gagné aucune rémunération est regrettable, mais n’a absolument aucun effet sur la solution du litige.

Ce paragraphe ne pourrait s’interpréter comme portant sur les «vingt dernières semaines d’emploi assurable visé par la demande de prestations». Les prestataires ne font pas leur demande à l’égard d’un emploi en particulier, mais à la suite d’une perte d’emploi et de l’arrêt de rémunération correspondant. Un prestataire ne peut choisir l’emploi ou les emplois à l’égard desquels il veut faire une demande de prestations. Rien dans l’article 13 ne justifie pareille possibilité, laquelle ne saurait être déduite d’une interprétation soi-disant téléologique de l’article 7 qui ne fait que définir la période de référence et sa prolongation possible. Si on peut penser qu’en l’espèce, l’effet de la loi est impitoyable pour la prestataire—du fait qu’elle n’a gagné aucune rémunération au cours de ses vingt dernières semaines d’emploi—, il se trouve que le paragraphe 13(2) aurait pour effet de l’avantager dans d’autres circonstances. Quand bien même l’article 7 serait applicable, le taux de ses prestations serait toujours fonction de ses vingt dernières semaines d’emploi assurable.

La répartition de l’indemnité de départ a pour effet de retarder la période de prestations mais ne prolonge pas l’emploi antérieur qui, par définition, a été perdu. Le calcul des prestations auxquelles aurait droit la prestataire ne saurait se fonder sur son emploi chez le premier employeur.

Le juge Robertson, J.C.A. (*dissident*): Il faut rejeter la demande. Cette Loi appelle une interprétation en contexte. À la lumière de cette méthode, l’erreur initiale de la Commission tient à son défaut de prendre en compte l’existence des paragraphes 7(3) et (6) de la Loi, et d’examiner en premier lieu si l’intimée avait le droit de recevoir des prestations en vertu du premier emploi, avant de s’atteler à la tâche de calculer le taux de prestations applicable.

Deux questions fondamentales se posent lorsqu’il s’agit d’instruire une demande de prestations d’assurance-chômage: le prestataire a-t-il droit aux prestations et, dans l’affirmative, quel est le taux des prestations hebdomadaires? Il faut encore examiner deux questions connexes: que se passe-t-il quand le prestataire trouve un emploi assurable durant la période de répartition et le taux des prestations se calcule-t-il au regard du premier emploi ou du second?

The claimant has established the two conditions precedent for entitlement to benefits: she had the requisite number of weeks of insurable employment in the qualifying period (20) and had suffered an interruption of earnings. The 52-week qualifying period is extended when there is an allocation of severance pay.

The purpose of subsection 7(3) of the *Unemployment Insurance Act* is to place a claimant in the same position he would have been in were it not for the receipt of severance pay and the deemed non-interruption of earnings. In other words, a claim for benefits made at the expiry of the allocation period is to be treated as though it were made on the day after the claimant lost his employment and as though the claimant was never in receipt of severance pay.

The claimant could establish twenty weeks of insurable employment with her first employer within this period of time. The question then was whether the benefit rate should be calculated with respect to the "last twenty weeks of insurable employment" with the first employer, or with respect to the "last twenty weeks of insurable employment" from any and all employment.

There is an apparent confusion regarding the ordinary meaning, plain meaning and literal rules of construction and the contextual, pragmatic and purposive approaches to construction. In this case, if subsection 13(2) is construed in isolation, without examining how it works in the scheme of the Act, then its meaning is plain and unambiguous and the claim should be disallowed. However, the simple solution herein was illogical when consideration is given to the broader context.

In applying the contextual approach to the construction of subsection 13(2), it became clear that the meaning of the provision was ambiguous when examined in its full context, especially with regard to its relation to section 7. The ambiguity lay in whether the last twenty weeks of insurable employment in the qualifying period related to the first employment held for which the claim was being made, or to the second employment which was not the subject of the claim. In a case involving severance pay, section 13 must be interpreted in light of the purpose and effect of section 7. Where a claimant takes a full or part-time second employment with less pay, he should be permitted to file a claim based on the first and more lucrative employment. The purpose of section 7 being to put the claimant in the position he would have been in but for the allocation of severance pay, the claimant is entitled to make a claim for benefits based on the first employment. To find otherwise is to ignore this objective and effectively to jettison subsections 7(3) and (6), amounting to a redrafting of the Act. The explicit inclusion of section 7 provisions defining the impact of a second employment on a claimant's qualifying period reflected Parliament's intent that the second employment would have no other

La prestataire remplit les deux conditions préalables pour recevoir les prestations: elle justifie du nombre requis de semaines d'emploi assurable au cours de la période de référence (20) et a subi un arrêt de la rémunération. La période de référence de 52 semaines est prolongée lorsqu'il y a répartition de l'indemnité de départ.

Le paragraphe 7(3) de la *Loi sur l'assurance-chômage* a pour objet de placer le prestataire dans l'état où il se serait trouvé n'eût été l'indemnité de départ et la continuation réputée de la rémunération. Autrement dit, une demande de prestations faite à l'expiration de la période de répartition doit être réputée déposée le lendemain de la date où le prestataire perd son emploi, tout comme s'il n'avait jamais touché une indemnité de départ.

La prestataire peut justifier de vingt semaines d'emploi assurable chez son premier employeur durant cette période. Il faut examiner si le taux de prestations doit se calculer au regard des «vingt dernières semaines d'emploi assurable» chez le premier employeur, ou des «vingt dernières semaines d'emploi assurable» chez n'importe quel employeur.

Il y a manifestement confusion entre règles d'interprétation selon le sens courant, le sens évident et le sens littéral, et méthodes d'interprétation contextuelle, pragmatique et téléologique. En l'espèce, si on interprète le paragraphe 13(2) à part, sans en examiner l'effet dans le contexte de la Loi, son sens est évident et sans équivoque, et il faut rejeter la demande de prestations. Cependant, la solution «simple» est illogique en l'espèce lorsqu'on prend en considération le contexte général.

Une interprétation contextuelle du paragraphe 13(2) fait ressortir l'ambiguïté de cette disposition placée en contexte, en particulier à la lumière de l'article 7. L'ambiguïté réside dans la question de savoir si les vingt dernières semaines d'emploi assurable de la période de référence se rapportent au premier emploi en vertu duquel la prestataire fait sa demande, ou au second emploi qui ne fait pas l'objet de cette demande. En cas d'indemnité de départ, l'article 13 doit s'interpréter à la lumière du but et des effets de l'article 7. Dans le cas où le prestataire occupe un second emploi à temps plein ou à temps partiel avec une rémunération inférieure, il doit être autorisé à faire une demande en vertu du premier emploi qui est plus lucratif. L'article 7 ayant pour objet de placer le prestataire dans l'état où il se serait trouvé n'eût été la répartition de l'indemnité de départ, il a le droit de faire une demande de prestations se rapportant au premier emploi. Conclure autrement reviendrait à ignorer cet objectif, à mettre au rebut les paragraphes 7(3) et (6), et à récrire la Loi. L'inclusion explicite dans l'article 7 de dispositions qui définissent l'effet d'un second emploi sur la période de référence du prestataire traduit la volonté du législateur de faire en sorte que le second emploi n'ait aucun autre

effect on a claim. The benefit period, the qualifying period and the allocation period are all fixed according to the first employment. It would simply make no sense to calculate the benefit rate on the basis of the second employment when the claim, and every other element of it, relates to the first.

It was fundamental to the development of case law in this area that the contextual approach to statutory construction be applied. What must be examined is the purpose and object of the particular provision in issue, its related provisions, and how they function together within the scheme of the Act. In the present case, the Court was not dealing solely with a question of benefit rate, but with the effect of the allocation of severance pay with respect to a particular claim.

#### 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].

*Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 6(1) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 5), (2) (as am. *idem*), 7(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 14, s. 1), (3) (as am. *idem*), (6) (as enacted *idem*), (7) (as enacted *idem*), 9(1), 13, 14 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 10), 17 (as am. *idem*, s. 11), 24 (as am. *idem*, s. 17).

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

*Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576, ss. 37 (as am. by SOR/82-778, s. 1; 90-756, s. 8; 92-164, s. 10), 57(2) (as am. by SOR/86-58, s. 1; 89-160, s. 2; 90-756, s. 17; 92-164, s. 15), 58(9) (as am. by SOR/89-550, s. 1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney-General) v. Fortin* (1989), 67 D.L.R. (4th) 564; 30 C.C.E.L. 117; 90 CLLC 14,004; 109 N.R. 385 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Sears*, [1995] 1 F.C. 393; (1994), 118 D.L.R. (4th) 690; 6 C.C.E.L. (2d) 1; 94 CLLC 14,040; 174 N.R. 67 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*ECG Canada Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 415; (1987), 13 C.E.R. 281; [1987] 1 C.T.C. 205; 87 DTC 5133; 9 F.T.R. 1 (T.D.); *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; (1988), 48 D.L.R.

effet sur la demande. La période de prestations, la période de référence et la période de répartition sont toutes définies au regard du premier emploi. Ce serait absurde de calculer le taux des prestations en fonction du second emploi alors que la demande, ainsi que tout élément y afférent, se rapporte au premier.

Il est fondamental pour le développement de la jurisprudence en la matière d'appliquer la méthode d'interprétation contextuelle de la loi. Ce qu'il faut examiner, ce sont le but et l'objet de la disposition en jeu, les dispositions connexes, et leur effet conjugué dans le contexte de la Loi. En l'espèce, ce qui nous occupe, ce n'est pas seulement le taux des prestations, mais l'effet de la répartition de l'indemnité de départ sur une demande spécifique.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

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

*Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 6(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 5), (2) (mod., *idem*), 7(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 14, art. 1), (3) (mod., *idem*), (6) (édicte, *idem*), (7) (édicte, *idem*), 9(1), 13, 14 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 10), 17 (mod., *idem*, art. 11), 24 (mod., *idem*, art. 17).

*Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576, art. 37 (mod. par DORS/82-778, art. 1; 90-756, art. 8; 92-164, art. 10), 57(2) (mod. par DORS/86-58, art. 1; 89-160, art. 2; 90-756, art. 17), 58(9) (mod. par DORS/89-550, art. 1).

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

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Canada (Procureur général) c. Fortin* (1989), 67 D.L.R. (4th) 564; 30 C.C.E.L. 117; 90 CLLC 14,004; 109 N.R. 385 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Sears*, [1995] 1 C.F. 393; (1994), 118 D.L.R. (4th) 690; 6 C.C.E.L. (2d) 1; 94 CLLC 14,040; 174 N.R. 67 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*ECG Canada Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 415; (1987), 13 C.E.R. 281; [1987] 1 C.T.C. 205; 87 DTC 5133; 9 F.T.R. 1 (1<sup>er</sup> inst.); *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; (1988), 48 D.L.R.



(4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86; *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.); *Canada (Attorney General) v. Tucker*, [1986] 2 F.C. 329; (1986), 11 C.C.E.L. 129; 66 N.R. 1 (C.A.); *Bourne (Inspector of Taxes) v. Norwich Crematorium, Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 576 (Ch. D.).

## REFERRED TO:

*Canada (Attorney General) v. Rose* (1993), 164 N.R. 204 (F.C.A.); *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Petts v. The Umpire (Unemployment Insurance)*, [1974] 2 F.C. 225; (1974), 53 D.L.R. (3d) 126; 6 N.R. 346 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.

Fulcher, J. E. "The Income Tax Act: The Rules of Interpretation and Tax Avoidance. Purpose vs. Plain Meaning: Which, When and Why?" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 563.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPLICATION for judicial review of the Umpire's decision allowing an appeal by the claimant from a decision of the Board of Referees which had dismissed the claimant's appeal from a ruling by the Unemployment Insurance Commission. Application allowed.

## COUNSEL:

*Ted Fulcher* for applicant.

## APPEARANCE:

*Bronislawa Cymerman* on her own behalf.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

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

1 HUGESSEN J.A.: This application for judicial review is taken against a decision of the Umpire

(4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86; *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.); *Canada (Procureur général) c. Tucker*, [1986] 2 C.F. 329; (1986), 11 C.C.E.L. 129; 66 N.R. 1 (C.A.); *Bourne (Inspector of Taxes) v. Norwich Crematorium, Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 576 (Ch. D.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Procureur général) c. Rose* (1993), 164 N.R. 204 (C.A.F.); *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Petts c. Le juge-arbitre (Assurance-chômage)*, [1974] 2 C.F. 225; (1974), 53 D.L.R. (3d) 126; 6 N.R. 346 (C.A.).

## DOCTRINE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.

Fulcher, J. E. «The Income Tax Act: The Rules of Interpretation and Tax Avoidance. Purpose vs. Plain Meaning: Which, When and Why?» (1995), 74 *Rev. du Bar. can.* 563.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire contre la décision du juge-arbitre qui a accueilli l'appel formé par la prestataire contre la décision par laquelle le conseil arbitral avait rejeté son appel contre une décision de la Commission d'assurance-chômage. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*Ted Fulcher* pour la requérante.

## A COMPARU:

*Bronislawa Cymerman* pour son propre compte.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la requérante.

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

1 LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il y a en l'espèce demande de contrôle judiciaire contre la décision par

which allowed an appeal by the respondent (claimant) from a decision of the Board of Referees which had dismissed her appeal from a ruling by the Commission. While the facts are complex, it is enough that I simply summarize the key points which give rise to the question before us:

- 1) The claimant's employment with the University of Alberta terminated in June 1991;
- 2) She received severance pay and other benefits on termination in an amount of some \$49,000;
- 3) The allocation of the severance pay and benefits resulted in the postponement of any possible benefit period for the claimant for some fifteen months to September 1992;
- 4) During that allocation period the claimant obtained insurable employment as a commissioned salesperson with Royal LePage from mid-November 1991 to mid-June 1992, a period of thirty-two weeks;
- 5) Although the claimant's employment with Royal LePage was insurable she did not in fact earn any commissions and hence had no insurable earnings;
- 6) The Commission ruled that the claimant's benefit rate was nil because her earnings from her last twenty weeks of insurable employment, i.e. with Royal LePage, were also nil.
- 7) That ruling was upheld by the Board of Referees but reversed by the Umpire.

2 The issue before the Court turns on the proper interpretation to be given to section 13 of the *Unemployment Insurance Act*<sup>1</sup> and in particular subsection (2) thereof. At the relevant time, section 13 read as follows:

13. (1) The rate of weekly benefit payable to a claimant for a week of unemployment that falls in his benefit period is an amount equal to sixty per cent of his average weekly insurable earnings in his qualifying weeks.

(2) The qualifying weeks of a major attachment claimant are the last twenty weeks of insurable employment in his qualifying period.

laquelle le juge-arbitre a accueilli l'appel interjeté par l'intimée (désignée ci-après la prestataire) de la décision du conseil arbitral qui avait rejeté son appel contre une décision de la Commission. Les faits de la cause sont complexes, mais il suffit de résumer les faits essentiels qui sont à l'origine du litige comme suit:

- 1) La prestataire a perdu son emploi à l'Université d'Alberta en juin 1991;
- 2) De ce fait, elle a touché à peu près 49 000 \$ à titre d'indemnité de départ et autres prestations;
- 3) La répartition de ces indemnité de départ et autres prestations a retardé de quelque 15 mois, jusqu'en septembre 1992, toute période de prestations que la prestataire aurait pu revendiquer;
- 4) Durant la période de répartition, la prestataire a trouvé un emploi assurable de vendeuse à commission chez Royal LePage, de mi-novembre 1991 à mi-juin 1992, soit 32 semaines au total;
- 5) Bien que l'emploi de la prestataire chez Royal LePage fût assurable, elle n'a en fait gagné aucune commission, donc aucune rémunération assurable;
- 6) La Commission a conclu que le taux de ses prestations était nul parce qu'elle n'avait rien gagné durant ses 20 dernières semaines d'emploi assurable chez Royal LePage.
- 7) Cette conclusion a été confirmée par le conseil arbitral, mais infirmée par le juge-arbitre.

Le litige soumis à la Cour est centré sur l'interprétation correcte de l'article 13 de la *Loi sur l'assurance-chômage*<sup>1</sup>, en particulier de son paragraphe (2). Voici ce que prévoyait l'article 13, tel qu'il était en vigueur à l'époque:

13. (1) Le taux des prestations hebdomadaires qui peuvent être versées à un prestataire pour une semaine de chômage qui tombe dans sa période de prestations est une somme égale à soixante pour cent de sa rémunération hebdomadaire assurable moyenne au cours de ses semaines de référence.

(2) Les semaines de référence d'un prestataire de la première catégorie sont les vingt dernières semaines d'emploi assurable de sa période de référence.

- (3) The qualifying weeks of a minor attachment claimant are the weeks of insurable employment in his qualifying period.
- 3 Section 13 is the only provision of the Act dealing with the rate of weekly benefit and how it is to be calculated. As can be seen, for a major attachment claimant, like the respondent, the critical calculation is of the average weekly insurable earnings during the claimant's "qualifying weeks" which are defined as the last twenty weeks of insurable employment in her "qualifying period".
- 4 The qualifying period, in its turn, is defined in section 7. Of particular relevance for our purposes are subsections 7(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 14, s. 1], (3) [as am. *idem*], (6) [as enacted *idem*] and (7) [as enacted *idem*]:
7. (1) Subject to subsections (2) to (7), the qualifying period of an insured person is the shorter of
- (a) the period of fifty-two weeks that immediately precedes the commencement of a benefit period under subsection 9(1), and
- (b) the period that begins on the commencement date of an immediately preceding benefit period and ends with the end of the week preceding the commencement of a benefit period under subsection 9(1).
- ...
- (3) Where a person proves in such manner as the Commission may direct that for any week during any qualifying period mentioned in paragraph (1)(a) that person was prevented from establishing an interruption of earnings by virtue of the allocation, pursuant to regulations made under section 44, of earnings paid to that person by reason of the complete severance of the relationship between that person and his former employer, the qualifying period shall, for the purposes of this section, be extended by the aggregate of those weeks.
- ...
- (6) For the purposes of subsection (3) and paragraph 4(b), a week during which a person referred to in that subsection or paragraph was employed in insurable employment shall not be counted.
- (7) No extension shall be made pursuant to any of subsections (2) to (4) to a qualifying period of a person that would provide in respect of that person a qualifying period greater than one hundred and four weeks.
- (3) Les semaines de référence d'un prestataire de la deuxième catégorie sont les semaines d'emploi assurable de sa période de référence.
- L'article 13 est la disposition de la Loi relative au taux des prestations hebdomadaires et au mode de calcul de ce taux. Comme on peut le voir, pour un prestataire de la première catégorie comme l'intimée en l'espèce, le calcul déterminant est celui de la rémunération hebdomadaire assurable moyenne reçue au cours de ses «semaines de référence», lesquelles sont définies comme les vingt dernières semaines d'emploi assurable de sa «période de référence».
- Cette période de référence est définie à l'article 7, dont les paragraphes 7(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 14, art. 1], (3) [mod., *idem*], (6) [édicte, *idem*] et (7) [édicte, *idem*] nous intéressent en particulier en l'espèce:
7. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (7), la période de référence d'un assuré est la plus courte des périodes suivantes:
- a) la période de cinquante-deux semaines qui précède le début d'une période de prestations prévue au paragraphe 9(1);
- b) la période qui débute en même temps que la période de prestations précédente et se termine à la fin de la semaine précédant le début d'une période de prestations prévue au paragraphe 9(1).
- ...
- (3) Lorsqu'une personne prouve de la manière que la Commission peut ordonner qu'au cours d'une période de référence visée à l'alinéa (1)a) elle ne pouvait, pendant une ou plusieurs semaines, établir un arrêt de rémunération à cause de la répartition, aux termes des règlements d'application de l'article 44, de la rémunération qu'elle avait touchée en raison de la rupture de tout lien avec son ancien employeur, cette période de référence sera, pour l'application du présent article, prolongée d'un nombre équivalent de semaines.
- ...
- (6) Pour l'application du paragraphe (3) et de l'alinéa (4)b), toute semaine au cours de laquelle une personne dont il est question dans ces dispositions a exercé un emploi assurable n'entre pas en ligne de compte.
- (7) Il ne sera accordé à une personne, en application des paragraphes (2) à (4), aucune prolongation qui porterait la durée de sa période de référence à plus de cent quatre semaines.

- 5 Applying these provisions to the present claimant's case, her qualifying period is the fifty-two weeks preceding the start of her benefit period in September 1992 (subsection (1)), extended by the number of weeks of allocation of her severance pay, i.e. from June 1991 to September 1992, (subsection (3)) and reduced by the number of weeks of insurable employment during that time, i.e. her thirty-two weeks with Royal LePage (subsection (6)). Her qualifying period could not in any event exceed one hundred and four weeks (subsection (7)).
- 6 While, I have no doubt that section 7 is relevant to an understanding of section 13, it is of only marginal assistance in resolving the issue before us. Section 7 deals with the qualifying period, section 13 with qualifying weeks. The two are not the same. The qualifying period is relevant to the question of whether or not benefits may be claimed: a claimant must have the requisite number (not necessarily the same as the number of qualifying weeks) of weeks of insurable employment in the qualifying period. The qualifying weeks on the other hand are used solely to calculate the amount of the benefit: they have no necessary correlation to the weeks of insurable employment required to qualify for benefits.
- 7 With respect, I do not think that there is anything to be gained in this case by a discussion of the various theories of statutory interpretation. I do not understand the Commission to be suggesting that we should adopt a strict or literal construction of subsection 13(2) or that we should interpret it in isolation. That would indeed be a vain attempt. It is well-settled law that the words of a statute must be read in their total context and with proper regard to the purpose and intent of Parliament as expressed in the statute. It is only in cases of ambiguity, however, that a court needs to look beyond the ordinary meaning and normal construction of the words used by Parliament.
- 8 In my view, and I say this with respect for those who seek to avoid what they see as a harsh result,
- Par application des dispositions ci-dessus, la période de référence de la prestataire est la période de 52 semaines qui précédait le début de sa période de prestations en septembre 1992 (paragraphe (1)), prolongée du nombre de semaines de répartition de son indemnité de départ, c'est-à-dire de la période allant de juin 1991 à septembre 1992 (paragraphe (3)) et diminuée du nombre de semaines d'emploi assurable pendant la même période, c'est-à-dire de ses 32 semaines d'emploi chez Royal LePage (paragraphe (6)). Sa période de référence ne pouvait en aucun cas dépasser un total de 104 semaines (paragraphe (7)).
- S'il est indéniable que l'article 7 éclaire l'article 13, il ne présente qu'une importance marginale dans la solution du litige soumis à la Cour. L'article 7 porte sur la période de référence, l'article 13 sur les semaines de référence. Les deux ne reviennent pas au même. La période de référence entre en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'examiner si le prestataire peut réclamer des prestations: il faut qu'il justifie du nombre requis (qui n'est pas nécessairement le même que le nombre de semaines de référence) de semaines d'emploi assurable durant la période de référence. Par contre, les semaines de référence ne servent qu'au calcul du montant des prestations: elles n'ont pas nécessairement un rapport avec les semaines d'emploi assurable que doit accumuler le prestataire pour avoir droit aux prestations.
- Il ne servirait à rien d'évoquer en l'espèce les différentes théories d'interprétation des lois. À ce que je vois, la Commission ne préconise ni une interprétation restrictive ou littérale du paragraphe 13(2) ni son interprétation abstraction faite des autres dispositions. Ce serait là une vaine tentative. Il est de droit constant que les termes d'une loi se lisent en contexte, compte tenu des fins poursuivies par le législateur et de sa volonté, telles qu'elles s'expriment dans le texte de loi. Ce n'est qu'en cas d'ambiguïté que le juge doit chercher au-delà du sens courant et de l'interprétation normale des termes employés par le législateur.
- À mon avis et sauf le respect que je dois à ceux qui cherchent à contourner ce qui leur paraît un

there is no ambiguity in the wording of subsection 13(2). The reference is to “the last twenty weeks of insurable employment”[underlining added]. Insurable employment is itself a defined term. An employment may be insurable whether or not remuneration is in fact earned or premiums paid. In its ordinary grammatical sense in the English language, subsection 13(2) can only refer to the twenty weeks of insurable employment which occurred last in time in the qualifying period. The French text is equally unambiguous: “*les vingt dernières semaines d’emploi assurable de sa période de référence*” cannot refer to anything but the most recent weeks of insurable employment in the qualifying period.

résultat impitoyable, le texte du paragraphe 13(2) ne souffre d’aucune ambiguïté. Il y est question des «vingt dernières semaines d’emploi assurable» [soulignement ajouté]. La notion d’emploi assurable fait elle-même l’objet d’une définition. Un emploi peut être assurable peu importe qu’il y ait eu ou non dans les faits rémunération ou versement de cotisations. Pris dans son sens grammatical ordinaire, le paragraphe 13(2) dans sa version anglaise ne peut viser que les vingt semaines d’emploi assurable qui viennent en dernier lieu dans la période de référence. Le texte français est tout aussi dénué d’ambiguïté: «les vingt dernières semaines d’emploi de sa période de référence» ne peuvent signifier autre chose que les semaines d’emploi assurable qui clôturent la période de référence.

9 The suggestion that there is ambiguity in subsection 13(2) because the provision might be interpreted as referring to “the last twenty weeks of insurable employment for which the claim is made” is entirely without foundation anywhere in the statute. Claimants do not make claims in respect of particular employments but rather in respect of a loss of employment and a corresponding interruption of earnings. A claimant cannot pick and choose which employment or employments in respect of which he or she wishes to make a claim. That is simply not the law and never has been. One need only think of the case of multiple successive employments (not uncommon in such industries as construction) to see what difficulties would result if it were otherwise. Nothing in section 13 supports such a view and it cannot be implied from a supposedly purposive reading of section 7 which, be it remarked, deals only with the qualifying period and its possible extension. That the qualifying period is extended by the number of weeks in which termination benefits are allocated, reduced by any such weeks in which insurable employment was held, and with an outside maximum of one hundred and four weeks, does not suggest to me that Parliament intended to remove the effect of the allocation or to entitle claimants to make claims for benefit based on earlier and more profitable employment.

L’argument que le paragraphe 13(2) est ambigu du fait qu’il pourrait s’interpréter comme portant sur les «vingt dernières semaines d’emploi assurable visé par la demande de prestations» ne s’appuie sur aucune disposition de la Loi. Les prestataires ne font pas leur demande à l’égard d’un emploi en particulier, mais à la suite d’une perte d’emploi et de l’arrêt de rémunération correspondant. Un prestataire ne peut choisir l’emploi ou les emplois à l’égard desquels il veut faire une demande de prestations. Telle n’est pas et n’a jamais été la loi. Il suffit de songer au cas d’emplois successifs multiples (qui n’est pas inusité dans les secteurs d’activité comme la construction) pour imaginer les difficultés qui s’ensuivent s’il en est autrement. Rien dans l’article 13 ne justifie pareille possibilité, laquelle ne saurait être déduite d’une interprétation soi-disant téléologique de l’article 7 qui, est-il besoin de le rappeler, ne fait que définir la période de référence et sa prolongation possible. Que cette période soit prolongée du nombre de semaines sur lesquelles est répartie l’indemnité de départ et diminuée du nombre de semaines pendant lesquelles le prestataire occupe un emploi assurable, le tout n’excédant pas 104 semaines, ne permet pas de dire que le législateur entendait supprimer l’effet de la répartition ou donner aux prestataires le droit de demander des prestations en fonction d’un emploi antérieur plus avantageux.

10 The claimant’s difficulty in this case arises from the fact that her employment with Royal LePage

Les difficultés confrontant la prestataire en l’espèce tiennent à ce que son emploi chez Royal 10

was determined to be insurable even though it was not in fact remunerated. That determination might have been contested but was not. I would point out, however, that it is in the nature of commission work that remuneration may vary widely and it is not uncommon to have periods with low earnings or none at all. If the claimant had earned hefty commissions from her real estate work so as to give rise to a rate of benefit even higher than that from the earlier employment, she would receive such higher rate not because she had selected the second employment as the basis for calculating her benefits but because subsection 13(2) requires it: her last twenty weeks of insurable employment in her qualifying period were in real estate and that is what determines the benefit rate. Thus, though the result in this case may be thought hard for the claimant, in other circumstances subsection 13(2) would work in her favour. Hard cases should not be allowed to make bad law.

11 Even if there were ambiguity in subsection 13(2), and, in my view, there is not, its resolution would not be aided by a search for the purpose of some of the detailed provisions of section 7 since that section deals with an entirely different subject. The extension of her qualifying period makes the claimant eligible where she would not otherwise have been so; her benefit rate is nonetheless based on her last twenty weeks of insurable employment.

12 This brings me at last to the decision of the Umpire here under review. The core of that decision, whose result was to base the calculation of the claimant's benefits on her employment with the University of Alberta, is found in the following passage:

The allocation of severance payments continued well beyond the date she terminated her employment with Royal LePage. It is my opinion that throughout the period of the allocation she is in effect, because of the allocation,

LePage a été jugé assurable bien que dans les faits, elle n'en eût tiré aucune rémunération. Elle aurait pu contester cette décision, mais ne l'a pas fait. Je tiens cependant à faire remarquer que le propre du travail à commission est que la rémunération peut varier considérablement et il n'est pas rare qu'à certaines périodes, le travailleur gagne très peu ou même rien du tout. La prestataire eût-elle gagné des commissions substantielles dans son emploi d'agente immobilière de façon à donner lieu à un taux de prestations supérieur à celui qui s'attachait à son emploi antérieur, elle aurait reçu des prestations à ce taux supérieur, non pas parce qu'elle aurait fait de son second emploi la base de calcul de ses prestations, mais bien parce que telle est la prescription du paragraphe 13(2): c'est à titre d'agente immobilière qu'elle accumule ses vingt dernières semaines d'emploi assurable au cours de sa période de référence, et c'est cela qui détermine le taux des prestations. Donc, si on peut penser qu'en l'espèce, l'effet de la loi est impitoyable pour la prestataire, il se trouve que le paragraphe 13(2) aurait pour effet de l'avantager dans d'autres circonstances. Il ne faut pas que les cas d'espèce où le justiciable n'est pas favorisé engagent aux mauvais jugements.

À supposer que le paragraphe 13(2) comporte une certaine ambiguïté, et je ne le pense pas, il ne servirait à rien, pour résoudre cette ambiguïté, d'essayer de savoir quel est le but de certaines dispositions détaillées de l'article 7 puisque celui-ci porte sur un sujet complètement différent. La prolongation de sa période de référence rend la prestataire admissible alors qu'elle ne l'aurait pas été; n'empêche que le taux de ses prestations est fonction de ses vingt dernières semaines d'emploi assurable.

Ce qui m'amène à la décision attaquée du juge-arbitre. L'essentiel de cette décision, qui a pour effet de baser le calcul des prestations de la prestataire sur son emploi à l'Université d'Alberta, se trouve dans le passage suivant:

[TRADUCTION] La répartition de l'indemnité de départ s'est poursuivie bien après la date de la cessation de son emploi chez Royal LePage. Je conclus que tout au long de la période de répartition, la Commission la traite, à cause

treated by the Commission as an employee of the University. On that basis she became eligible for benefits in September 1992 when the allocation came to an end. That employment became the lost employment . . . . [Application Record, at p. 61.]

13 With respect, this reasoning cannot be supported. The allocation of termination benefits has the effect of postponing the benefit period but it does not prolong the previous employment which, by definition, has been lost. The Umpire's decision was purportedly based on this Court's decisions in *Canada (Attorney General) v. Fortin*<sup>2</sup> and *Canada (Attorney General) v. Sears*.<sup>3</sup>

14 In my view, *Fortin*, in which I participated, cannot be considered as authority for any proposition other than the result at which it arrived. The two judges in the majority, Marceau J.A. and myself, differed fundamentally from one another and although we arrived at the same conclusion, our paths did not intersect at any point. My own views, which would have supported the Umpire's finding in this case, were, as the report makes clear, based on the applicable text of the Regulations [*Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576] which had, by the time the matter reached us, already been amended. Pratte J.A., who dissented, disagreed specifically with both of us. To put the matter simply, each of the reasons for judgment given by the two members of the majority was disagreed with by the other two members of the panel, being a majority of the Court. The absence of authority of the case was recognized by another panel of this Court in *Canada (Attorney General) v. Rose*.<sup>4</sup>

15 In *Sears*, at page 404, the reasons of Marceau J.A. in *Fortin* were interpreted and adopted as follows:

Throughout the appeal and review process, the respondent in this case has advanced two principal arguments in support of his position. The first hinges on the acceptance of the reasoning of Marceau J.A. in *Fortin*. From those reasons I am able to extract two rules or principles of

de cette répartition, en employée de l'université. Il s'ensuit qu'elle est devenue admissible aux prestations en septembre 1992 lorsque la répartition prit fin. Cet emploi est devenu l'emploi perdu . . . . [Dossier de la demande, à la p. 61.]

Sauf le respect que je lui dois, ce raisonnement ne tient pas. La répartition de l'indemnité de départ a pour effet de retarder la période de prestations mais ne prolonge pas l'emploi antérieur qui, par définition, a été perdu. Les décisions *Canada (Procureur général) c. Fortin*<sup>2</sup> et *Canada (Procureur général) c. Sears*<sup>3</sup> ont été citées à l'appui de la décision du juge-arbitre.

À mon avis, la décision *Fortin*, à laquelle j'ai pris part, ne peut être citée comme règle jurisprudentielle pour aucune autre conclusion que le jugement rendu dans ce cas d'espèce. Les deux juges de la majorité, le juge Marceau, J.C.A. et moi-même, avions des vues diamétralement opposées et, bien que nous fûmes parvenus à la même conclusion, il n'y avait aucun point commun entre nos raisonnements respectifs. Mes propres conclusions, qui eussent confirmé la décision du juge-arbitre en l'espèce, étaient, comme il ressort du recueil de jurisprudence, fondées sur le texte en vigueur du Règlement [*Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576], lequel, au moment où nous étions saisis de l'affaire, avait déjà été modifié. Le juge Pratte, J.C.A. qui donnait des motifs dissidents, était expressément en désaccord avec chacun de nous deux. Bref, les motifs de jugement respectivement prononcés par chacun des deux juges de la majorité ne recueillaient pas l'assentiment des deux autres membres du collège, donc de la majorité de la Cour. Le fait que cette décision ne fait pas jurisprudence a été reconnu par une autre formation de la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Rose*.<sup>4</sup>

Dans *Sears*, à la page 404, les motifs prononcés par le juge Marceau, J.C.A. dans *Fortin* ont été interprétés et adoptés en ces termes:

Tout au long de l'appel et de la procédure en contrôle judiciaire, l'intimé en l'espèce a fait valoir deux arguments principaux à l'appui de sa position. Le premier tient à l'acceptation du raisonnement du juge Marceau, J.C.A., dans l'affaire *Fortin*. Je peux tirer deux règles ou princi-

general application: (1) two employments held concurrently by a claimant should be dealt with separately; and (2) only the employment lost by the claimant should be considered in calculating benefits. Only the latter is of relevance to this application.

16 Manifestly, it was the Court's agreement with and endorsement of the second of the two stated principles which lay at the heart of its decision in *Sears*. At the very conclusion of the reasons we find, at page 406:

... I am driven to the inescapable conclusion, as was Marceau J.A., that it is simply *prima facie* illogical that unemployment benefits be based on employment which has never been lost.

17 This case, of course, differs significantly from both *Sears* and *Fortin*, in that here the claimant did not hold her two employments concurrently and did lose her second employment as well as the first. Neither of the "two principles of general application" identified in *Sears* is of any relevance to us. Thus, we are not called upon in this case to decide if *Sears* was properly decided, for it is clearly distinguishable and can have no application. In my view, however, *Sears* should be restricted to the particular fact situation with which it dealt and to its particular *ratio decidendi*. It should not be extended to cases where successive employments have been lost by a claimant. There is simply no warrant in the statute for doing so.

18 Here, the claimant worked with Royal LePage in insurable employment for more than twenty weeks in her qualifying period. That was her last insurable employment in that period. She lost it prior to the beginning of her benefit period. Her benefits could only be calculated on her insurable earnings in the last twenty weeks of that employment. Since those earnings were nil, the benefit is also nil.

19 For these reasons, I would allow the application, set aside the decision of the Umpire and remit the matter to an umpire to be designated by the Chief Umpire for a new disposition on the basis that the

pes d'application générale de ces motifs: (1) deux emplois occupés simultanément par un prestataire doivent être traités séparément; et (2) seul l'emploi perdu par le prestataire doit être pris en compte pour le calcul des prestations. Seule cette dernière règle est pertinente en l'espèce.

Manifestement, c'était l'adoption par la Cour du second des deux principes évoqués qui était au cœur de sa décision *Sears*. À la toute fin des motifs de décision, nous avons conclu en ces termes, à la page 406:

... je n'ai d'autre choix que de conclure, comme le juge Marceau, J.C.A., qu'il est simplement illogique, à première vue, que les prestations d'assurance-chômage soient établies d'après un emploi qui n'a jamais été perdu.

À l'évidence, l'affaire en instance est bien différente de la cause *Sears* comme de la cause *Fortin* en ce que, en l'espèce, la prestataire n'occupait pas ses deux emplois simultanément et a bien perdu le second emploi ainsi que le premier. Ni l'un ni l'autre des «deux principes d'application générale» dégagés dans *Sears* n'a un rapport avec l'affaire en instance. Nous ne sommes donc pas appelés à dire si la décision *Sears* est judicieuse, car elle porte manifestement sur des faits différents et n'a pas application en l'espèce. À mon avis cependant, la décision rendue dans *Sears* ne s'applique qu'au cas d'espèce et aux motifs qui la sous-tendent. Il ne faut pas l'étendre au cas où le prestataire a perdu des emplois successifs. Il n'y a tout simplement rien dans la loi qui le permette.

En l'espèce, la prestataire a occupé chez Royal LePage un emploi assurable pendant plus de vingt semaines au cours de sa période de référence. Il s'agissait là de son dernier emploi assurable au cours de cette période. Elle l'a perdu avant l'ouverture de sa période de prestations. Ses prestations ne peuvent se calculer qu'en fonction de sa rémunération assurable des vingt dernières semaines de cet emploi. Puisque cette rémunération était nulle, les prestations sont également nulles.

Par ces motifs, je me prononce pour l'accueil de l'appel, l'annulation de la décision du juge-arbitre et le renvoi de l'affaire à un juge-arbitre à désigner par le juge-arbitre en chef pour nouvelle décision par ce



claimant's appeal from the decision of the Board of Referees should be dismissed.

motif qu'il faut rejeter l'appel formé par la prestataire contre la décision du conseil arbitral.

20 ISAAC C.J.: I agree.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris aux motifs 20  
ci-dessus.

\* \* \*

\* \* \*

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

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

21 ROBERTSON J.A. (*dissenting*)

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: (*dissident*) 21

### I—INTRODUCTION

### I—INTRODUCTION

22 This application is brought by the Attorney General on behalf of the Unemployment Insurance Commission (the Commission) to review and set aside the decision of the Umpire dated January 16, 1995. The Umpire concluded that the respondent (the claimant) was entitled to unemployment insurance benefits based on her insurable earnings with the University of Alberta. The skeletal facts leading up to that decision can be traced to the Commission's initial decision to reject the claimant's application for benefits because she was in receipt of severance pay at the time of her lay-off from that institution and, therefore, ineligible. Under the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 (the Act) the receipt of such monies has the effect of deferring a claimant's eligibility for benefits until such time as the severance pay is deemed to be exhausted. In the interim, the claimant found part-time insurable employment as a commissioned real estate salesperson with Royal LePage, which employment she relinquished shortly before re-applying for benefits. During the claimant's tenure with that realtor she received no remuneration whatsoever.

22 La présente demande de contrôle judiciaire introduite par le procureur général du Canada pour le compte de la Commission de l'assurance-chômage (désignée ci-après la Commission) tend à faire annuler la décision en date du 16 janvier 1995, par laquelle le juge-arbitre a jugé que l'intimée (ci-après la prestataire) avait droit aux prestations d'assurance-chômage basées sur la rémunération assurable que lui payait l'Université d'Alberta. Les faits, guère détaillés, qui sous-tendent cette décision remontent à la décision initiale de la Commission qui a rejeté la demande de prestations de la prestataire par ce motif qu'elle avait reçu de cette institution une indemnité de départ au moment de sa mise à pied et que de ce fait, elle n'avait pas droit aux prestations d'assurance-chômage. Sous le régime de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1 (ci-après la Loi), le fait de toucher cette indemnité a pour effet de retarder le droit du ou de la prestataire aux prestations jusqu'au moment où l'indemnité de départ est réputée épuisée. Entre-temps, la prestataire a trouvé un emploi assurable à temps partiel d'agente immobilière à commission chez Royal LePage, emploi qu'elle a quitté peu de temps avant de faire une nouvelle demande de prestations. Durant son travail à l'agence immobilière, elle n'a reçu aucune rémunération.

23 While the claimant sought to establish a claim and benefits based on her employment with the University (the first employment), the Commission calculated her benefit rate as though it were based on her employment with Royal LePage (the second

23 Alors que la prestataire fondait sa demande de prestations sur son emploi à l'Université d'Alberta (le premier emploi), la Commission a calculé le taux de ses prestations en fonction de son emploi chez Royal LePage (le second emploi). La décision de la

employment). The Commission's decision hinged on subsection 13(2) of the Act, which provides that a benefit rate is to be calculated by reference to the last twenty weeks of insurable employment held during a claimant's qualifying period. Since the claimant's last twenty weeks of insurable employment were with Royal LePage and since she had no insurable earnings from that employment, the Commission calculated her benefit rate to be nil. The claimant's appeal to the Board of Referees (the Board) was dismissed. Her appeal to the Umpire was allowed, largely on the basis of the reasoning of this Court in *Canada (Attorney General) v. Sears*, [1995] 1 F.C. 393 (C.A.).

Commission reposait sur le paragraphe 13(2) de la Loi, selon lequel le taux des prestations se calcule au regard des vingt dernières semaines d'emploi assurable au cours de la période de référence du prestataire. Étant donné que les vingt dernières semaines d'emploi assurable de la prestataire étaient celles qu'elle passait chez Royal LePage et qu'elle n'en tirait aucune rémunération assurable, la Commission a conclu que ses prestations étaient nulles. La prestataire a fait appel devant le conseil arbitral et en a été déboutée. Son appel subséquent devant le juge-arbitre a été accueilli, en grande partie par application du raisonnement tenu par la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Sears*, [1995] 1 C.F. 393 (C.A.).

24 The Commission advances two principal arguments. First, it maintains that we must go no further than the "plain meaning" rule of statutory construction in order to reach the correct legal and, therefore, just result. Above all we are asked to reject the "purposive" approach as a means for achieving an equitable result. Second, with respect to the persuasive or binding effect of *Sears*, the Commission seeks to distinguish that case on two grounds.

24 La Commission propose deux principaux arguments. Elle soutient en premier lieu que nous ne devons pas chercher au-delà de la règle d'interprétation des lois «selon le sens évident du texte» afin de parvenir au résultat juridique correct, donc juste. Elle nous engage avant tout à rejeter la méthode d'interprétation «téléologique» en tant que moyen de parvenir à un résultat équitable. En second lieu, pour ce qui est de la valeur jurisprudentielle de l'arrêt *Sears*, elle fait valoir que l'affaire en instance est différente de cette cause à deux égards.

25 In my respectful opinion the learned Umpire reached the right result and, therefore, this application must be dismissed. With respect to the Commission's first argument I am of the view that, in fact, it is advocating the application of the literal rule of interpretation to the exclusion of other methods of interpretation. This is too simple a solution to a very complex problem, one as complex as the Act itself. The law requires a contextual approach. In applying that approach, it is my opinion that the initial error of the Commission lies in the failure to acknowledge the existence of subsections 7(3) and 7(6) of the Act, and to determine whether the respondent was eligible to receive benefits based on the first employment before turning to the task of calculating the proper benefit rate. As will be explained below, the Act makes express provision for the possibility of insurable employment being held during the period a claimant

25 Je pense que le juge-arbitre a vu juste et qu'il faut rejeter cette demande. En ce qui concerne le premier argument de la Commission, j'estime qu'elle préconise en fait l'application de la règle d'interprétation littérale, à l'exclusion des autres méthodes. Voilà une solution trop simple pour un problème très complexe, tout aussi complexe que la Loi elle-même. Cette loi appelle une interprétation en contexte. À la lumière de cette méthode, je pense que l'erreur initiale de la Commission tient à son défaut de prendre en compte l'existence des paragraphes 7(3) et 7(6) de la Loi, et d'examiner en premier lieu si l'intimée avait le droit de recevoir des prestations en vertu du premier emploi, avant de s'atteler à la tâche de calculer le taux de prestations applicable. Comme nous le verrons *infra*, la Loi prévoit expressément la possibilité d'occuper un emploi assurable pendant que le prestataire n'a pas droit aux prestations parce qu'il touche l'indemnité de départ. La

remains ineligible to receive benefits because he or she is in receipt of severance pay. The question of whether the benefit rate is to be calculated by reference to the earnings from the claimant's first employment or second employment does not arise until the eligibility issue is resolved. Then, and only then, can one focus on the proper interpretation of subsection 13(2) of the Act.

question de savoir si le taux de prestations doit se calculer en fonction de la rémunération tirée par le prestataire de son premier ou de son second emploi ne se pose qu'une fois que la question de l'admissibilité aura été résolue. Ce n'est que par la suite qu'on peut s'attacher à l'interprétation correcte du paragraphe 13(2) de la Loi.

26 My analysis begins with the facts and the decisions below. I address the facts in somewhat painstaking detail to show that the Commission treated the claimant as though she was not entitled to apply for benefits with respect to her first employment. Rather, the Commission processed her claim as though it related to the second employment only.

26 Mon analyse commence par les faits de la cause et les décisions des instances inférieures. J'analyserai les faits de façon détaillée afin de montrer que la Commission a traité la prestataire comme si elle n'avait pas le droit de demander des prestations découlant de son premier emploi. Au contraire, la Commission a instruit sa demande comme si elle portait uniquement sur le second emploi.

## II—FACTS AND DECISIONS BELOW

## II—LES FAITS DE LA CAUSE ET LES DÉCISIONS DES INSTANCES INFÉRIEURES

27 The claimant had been employed by the University of Alberta as a dental technician with the Faculty of Dentistry for fourteen years when her employment was terminated on June 28, 1991. Her application for unemployment insurance benefits was, however, rightly denied because she was in receipt of severance pay in the amount of \$48,892. To qualify for benefits a person must suffer an interruption of earnings as required by paragraph 6(2)(b) [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 5] of the Act. Under the Act and the Regulations, the receipt of severance pay has the effect of deferring the date on which it can be said that a claimant has suffered an interruption of earnings. To determine the date of eligibility it is necessary to divide the amount of the severance by the claimant's normal weekly wage (section 37 [as am. by SOR/82-778, s. 1; 90-756, s. 8; 92-164, s. 10] and subsections 57(2) [as am. by SOR/86-58, s. 1; 89-160, s. 2; 90-756, s. 17; 92-164, s. 15] and 58(9) [as am. by SOR/89-550, s. 1] of the Regulations). This establishes the duration of the "allocation period", in this case, June 30, 1991 to September 26, 1992 inclusive (Application Record, at page 39).

27 Après 14 ans de travail comme technicienne dentaire à la Faculté de dentisterie de l'Université d'Alberta, la prestataire a perdu son emploi le 28 juin 1991. Sa demande de prestations a été cependant rejetée à juste titre puisqu'elle recevait une indemnité de départ de 48 892 \$. L'alinéa 6(2)b) [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 5] de la Loi subordonne le droit aux prestations à un arrêt de la rémunération. Sous le régime de la Loi et des règlements pris pour son application, le fait de recevoir une indemnité de départ a pour effet de retarder la date à laquelle la prestataire peut faire valoir l'arrêt de rémunération. Afin de déterminer la date d'admissibilité, il faut diviser le montant de l'indemnité de départ par la rémunération hebdomadaire normale du prestataire (v. l'article 37 [mod. par DORS/82-778, art. 1: 90-756, art. 8; 92-164, art. 10] et les paragraphes 57(2) [mod. par DORS/86-58, art. 1; 89-160, art. 2; 90-756, art. 17] et 58(9) [mod. par DORS/89-550, art. 1] du Règlement). Le quotient représente la durée de la «période de référence», soit, en l'espèce, la période allant du 30 juin 1991 au 26 septembre 1992 inclusivement (Dossier de la demande, à la page 39).

28 During the period in which the severance pay was allocated, the claimant obtained part-time employ-

28 Durant la période sur laquelle l'indemnité de départ était répartie, la prestataire a trouvé un emploi

ment with Royal LePage Realty as a commissioned salesperson. She worked for that realtor one or two days a week from November 14, 1991 to June 16, 1992 (Application Record, at pages 28 and 29), attending meetings and answering telephones for a total of approximately 10 hours a week. During this period the claimant earned no commissions and, therefore, no premiums were payable.

29 The claimant reapplied for benefits on June 15, 1992 in the hope that she would receive benefits based on her first employment. References to the claimant's employment with the University found in the Application for Benefits were, however, crossed out and replaced by references to the work with Royal LePage (Application Record, at page 14). The Commission informed the claimant by letter dated July 20, 1992 that she could not establish a claim as she did not have an interruption of earnings (Application Record, at page 20). Before the Board the Commission admitted that the letter was in error and that the claimant did experience an interruption of earnings when she left her second employment (Application Record, at pages 39-40).

30 The Application Record (at page 35) reveals that on June 18, 1992 the claimant sought an extension of the qualifying period, as provided for under subsection 7(3) of the Act, with respect to her first employment as a result of the severance pay. In fact, an extension was granted for the period from November 10, 1991 to June 13, 1992. This corresponds to the weeks during which the claimant held her second employment. I pause here to note that no explanation is given for why an extension would be granted for this time frame. The Commission seems to fail to appreciate that the insurable employment held by the claimant during the allocation period serves to reduce the extension period, not enlarge upon it (see discussion *infra*). In any event, the extension was granted on November 20, 1992, nearly three weeks after the claimant was informed that she was not entitled to benefits and two days after she filed an appeal with the Board (Application Record, at pages 29 and 32).

à temps partiel comme vendeuse à commission à l'agence immobilière Royal LePage. Elle y a travaillé un ou deux jours par semaine du 14 novembre 1991 au 16 juin 1992 (Dossier de la demande, aux pages 28 et 29), assistant à des réunions et répondant au téléphone pour un total de quelque 10 heures par semaine. Durant cette période, elle n'a gagné aucune commission et, partant, n'a versé aucune cotisation.

29 Elle a fait une nouvelle demande le 15 juin 1992, dans l'espoir de recevoir des prestations se rapportant à son premier emploi. Sur la demande de prestations cependant, la mention de son emploi à l'Université d'Alberta a été rayée et remplacée par la mention de son emploi chez Royal LePage (Dossier de la demande, à la page 14). Par lettre en date du 20 juillet 1992, la Commission l'a informée que sa demande n'était pas fondée puisqu'il n'y avait pas eu arrêt de rémunération (Dossier de la demande, à la page 20). Devant le conseil arbitral, la Commission a reconnu que cette lettre était entachée d'erreur et qu'il y avait eu arrêt de rémunération au moment où la prestataire a quitté son second emploi (Dossier de la demande, aux pages 39 et 40).

30 Il ressort du Dossier de la demande (à la page 35) que le 18 juin 1992, la prestataire s'est fondée sur le paragraphe 7(3) de la Loi pour demander, eu égard à l'indemnité de départ, une prolongation de la période de référence découlant de son premier emploi. En fait, la prolongation a été accordée pour la période allant du 10 novembre 1991 au 13 juin 1992, ce qui correspond aux semaines pendant lesquelles la prestataire occupait son second emploi. Il y a lieu de noter qu'aucune explication n'a été donnée pour la prolongation jusqu'à concurrence de cette période. La Commission ne semble pas se rendre compte que l'emploi assurable occupé par la prestataire durant la période de répartition a pour effet de réduire la prolongation, non pas de l'allonger (nous y reviendrons *infra*). Quoi qu'il en soit, la prolongation a été accordée le 20 novembre 1992, près de trois semaines après que la prestataire eut été informée qu'elle n'avait pas droit aux prestations et deux jours après qu'elle eut interjeté appel devant le conseil arbitral (Dossier de la demande, aux pages 29 et 32).

- 31 On September 15, 1992, the claimant made her final application for benefits based on her first employment. In an effort to secure such, the claimant pursued two courses of action. First, she sought to persuade the Commission that her claim should be antedated to June 28, 1991, the day she lost her employment with the University. That request was denied, and rightly so in my opinion; as of that date the claimant had not suffered an interruption of earnings. The Commission, however, did on its own initiative antedate the claim to the week of June 14, 1992 when the claimant suffered an interruption of earnings from her second employment. Consequently, the Commission concluded that the benefit period commenced the week of June 14, 1992. Second, the claimant also sought a ruling with respect to whether her second employment constituted "insurable employment". The Commission had ruled earlier that the claimant had 29 weeks of insurable employment with that employer (Application Record, at pages 28 and 29). The matter was referred to the Minister of National Revenue who ruled that the claimant had 32 weeks of insurable employment (Application Record, at page 29). The claimant did not appeal that ruling to the Tax Court of Canada.
- 32 Finally, by letter dated November 2, 1992, the Commission advised the claimant that she was not entitled to benefits (Application Record, at page 29). The Commission referred to sections 17 [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 11] and 24 [as am. *idem*, s. 17] of the Act and wrote that while the claimant was able to establish a claim based on the 32 weeks of insurable employment with Royal LePage, her insurable earnings were nil. The claimant appealed that decision to the Board.
- 33 Before the Board the Commission framed the issue in terms of "whether the claimant [had] an interruption of earnings as required by section 6 of the *Unemployment Insurance Act* and, if so, at what point does the interruption of earnings occur" (Application Record, at page 37). With respect to the reasons offered by the Commission in its letter of November 2, 1992, informing the claimant that her application was rejected, the Commission noted
- Le 15 septembre 1992, la prestataire fait sa dernière demande de prestations basée sur son premier emploi. À cette fin, elle a poursuivi deux moyens. En premier lieu, elle a essayé de convaincre la Commission qu'il fallait antedater sa demande au 28 juin 1991, c'est-à-dire à la date où elle a perdu son emploi à l'Université d'Alberta. Cette demande a été rejetée, à juste titre à mon sens, car à cette date, elle n'a souffert d'aucun arrêt de rémunération. Cependant, la Commission a, de son propre chef, antedaté la demande à la semaine du 14 juin 1992, où la prestataire a souffert d'un arrêt de la rémunération au regard de son second emploi. En conséquence, la Commission a conclu que sa période de prestations courait de la semaine du 14 juin 1992. En second lieu, la prestataire a demandé à la Commission de décider si son second emploi était un «emploi assurable». La Commission avait conclu précédemment qu'elle avait accumulé 29 semaines d'emploi assurable chez cet employeur (Dossier de la demande, aux pages 28 et 29). L'affaire a été renvoyée au ministre du Revenu national, qui a conclu que la prestataire avait accumulé 32 semaines d'emploi assurable (Dossier de la demande, à la page 29). La prestataire n'a pas formé appel contre cette conclusion devant la Cour canadienne de l'impôt.
- Enfin, par lettre en date du 2 novembre 1992, la Commission l'a informée qu'elle n'avait pas droit aux prestations (Dossier de la demande, à la page 29). Citant les articles 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 11] et 24 [mod., *idem*, art. 17] de la Loi, elle fait savoir que la prestataire avait certes une demande fondée sur les 32 semaines d'emploi assurable chez Royal LePage, mais que sa rémunération assurable était nulle. La prestataire a interjeté appel de cette décision au conseil arbitral.
- Devant le conseil arbitral, la Commission a formulé la question litigieuse en ces termes: [TRADUCTION] «savoir si la prestataire a souffert d'un arrêt de la rémunération au sens de l'article 6 de la *Loi sur l'assurance-chômage* et, dans l'affirmative, à quel moment s'est produit cet arrêt de la rémunération» (Dossier de la demande, à la page 37). En ce qui concerne les motifs pris dans la lettre du 2 novembre 1992 qui informait la prestataire du rejet de

that it had quoted “irrelevant sections of the *Act*” (Appeal Book, at page 40). In its written submission before the Board, the Commission did not refer to section 7 of the Act.

34 In its reasons for decision the Board offers a summary of the facts and comes to the conclusion that the Commission had not erred in calculating the benefit rate. In response, the claimant appealed that decision to the Umpire.

35 Relying principally on the reasoning of this Court in *Sears*, the Umpire allowed the appeal and directed the Commission to establish a benefit period for the claimant commencing with the end of the allocation period, and to calculate her benefits based on her first insurable employment. In reaching this conclusion, the Umpire stated that during the allocation period the claimant is, in effect, to be treated by the Commission as an employee of the University.

### III—ISSUES

36 At the outset it must be conceded that the learned Umpire erred in concluding that throughout the allocation period the claimant is to be considered as an employee of the University. Severance pay cannot be treated as though a claimant were in receipt of a weekly salary for which unemployment premiums are being paid. Severance pay is, rather, deemed to be received in the pay period in which it was paid: see paragraph 3.1(1)(b) of the *Unemployment Insurance (Collection of Premiums) Regulations*, C.R.C., c. 1575, as amended by S0R/88-584, s. 1, and *Fortin*, *supra*, per Hugessen J.A. at pages 571-575, which is discussed in *Sears*, at page 400 *et seq.* It is only for the purpose of deferring a claimant’s eligibility for benefits that severance pay is allocated over a period of time, reflecting the claimant’s normal weekly earnings.

37 The Commission also disputes the Umpire’s finding that the benefit period commenced with the end

sa demande, la Commission note qu’elle avait cité «des articles non applicables de la Loi» (Dossier d’appel, à la page 40). Dans ses conclusions écrites soumises au conseil arbitral, la Commission n’a pas mentionné l’article 7 de la Loi.

Dans ses motifs de décision, le conseil arbitral donne un résumé des faits de la cause et conclut que la Commission n’avait pas commis une erreur par son calcul du taux des prestations. Par suite, la prestataire a fait appel de cette décision devant le juge-arbitre.

Se fondant au premier chef sur le raisonnement tenu par cette Cour dans *Sears*, le juge-arbitre a fait droit à l’appel et ordonné à la Commission d’établir pour la prestataire une période de prestations commençant à la fin de la période de répartition, et de calculer ses prestations en fonction de son premier emploi assurable. En tirant cette conclusion, il juge que pendant la période de répartition, la prestataire doit être considérée par la Commission comme une employée de l’université.

### III—LES POINTS LITIGIEUX

Il faut reconnaître en tout premier lieu que le distingué juge-arbitre a commis une erreur lorsqu’il a conclu que tout au long de la période de répartition, il faut considérer la prestataire comme une employée de l’université. L’indemnité de départ n’est pas une rémunération hebdomadaire avec versement correspondant de cotisations d’assurance-chômage. Elle est au contraire réputée reçue durant la période de paie au cours de laquelle elle a été reçue; voir l’alinéa 3.1(1)(b) du *Règlement sur l’assurance-chômage (perception des cotisations)*, C.R.C., ch. 1575, modifié par DORS/88-584, art. 1, et l’arrêt *Fortin* susmentionné, motifs prononcés par le juge Hugessen, J.C.A., aux pages 571 à 575, évoqués dans *Sears*, à la page 400 et s. La répartition de l’indemnité de départ sur une période en fonction de la rémunération hebdomadaire normale du prestataire a pour seul objet de retarder l’ouverture de son droit aux prestations.

La Commission conteste aussi la conclusion du juge-arbitre que la période de prestations s’ouvrirait à

of the allocation period (September 26, 1992). Rather the proper date is the week following the claimant's loss of her second employment, beginning the week of June 14, 1992. If one were to assume, as did the Commission, that the claim for benefits was related to the second employment, then the Commission's argument would be valid. The fact of the matter is that the claim relates to the first employment, and the Commission was under an obligation to process it in accordance with the provisions of the Act. I will turn to that matter shortly.

38 In the alternative, the Commission argues, for the first time, that irrespective of whether the claim is based on the first or second employment the result is the same. In calculating the benefit rate one must look to the last twenty weeks of insurable employment, which is the second employment. Subsection 13(2) is unambiguous and admits of only one interpretation. Specifically, as noted, the Commission argues that we must go no further than the "plain meaning rule" of statutory construction in order to reach the correct result and that we must reject what the Commission calls the purposive approach as a means for achieving an equitable result. Finally, with respect to the persuasive or binding effect of *Sears*, the Commission seeks to distinguish that case on several grounds. The claimant, being unrepresented by legal counsel, was unable to respond to the Commission's arguments. She merely affirmed her faith in the correctness of the decision *a quo*.

39 I cannot accede to the Commission's argument that this case can be decided solely by reference to subsection 13(2) of the Act. In my opinion, the Commission argues not for the application of the plain meaning rule of statutory construction, but rather the "literal rule". I propose to pursue a "contextual approach" to the issue which is firmly cemented in the jurisprudence. I begin with the understanding that there are two basic questions to be addressed when assessing an unemployment insurance claim: Is the claimant eligible to receive benefits, and if so, what is the weekly benefit rate?

la fin de la période de répartition (savoir le 26 septembre 1992), en soutenant que la date correcte devait être au contraire la semaine suivant la perte par la prestataire de son second emploi, la semaine du 14 juin 1992. Si on présumait comme l'a fait la Commission, que la demande de prestations se rapportait au second emploi, son argument serait valide. Il se trouve cependant que la demande se rapporte au premier emploi, et que la Commission était tenue de l'instruire conformément aux dispositions de la Loi. J'examinerai cette question un peu plus loin.

38 À titre d'argument subsidiaire, la Commission soutient pour la première fois que, peu importe que la demande soit fondée sur le premier ou sur le second emploi, le résultat est le même. Dans le calcul du taux des prestations, il convient de prendre en compte les 20 dernières semaines d'emploi, lesquelles ont été accumulées en l'espèce durant le second emploi. Le paragraphe 13(2) est sans équivoque et souffre une seule interprétation. Plus spécifiquement, la Commission soutient que nous ne devons pas chercher au-delà de la règle d'interprétation des lois «selon leur sens évident» pour trouver le résultat correct; que nous devons rejeter ce qu'elle appelle la méthode d'interprétation téléologique comme moyen de parvenir à un résultat équitable. Enfin, pour ce qui est de l'autorité ou de la valeur jurisprudentielle de *Sears*, la Commission soutient que cette cause est différente de l'affaire en instance à plusieurs égards. La prestataire, qui n'était pas assistée d'un avocat, n'a pu réfuter les arguments de la Commission. Elle n'a pu qu'affirmer sa foi dans la correction de la décision attaquée.

39 Je ne peux accepter l'argument de la Commission que la solution du litige soit toute contenue dans le paragraphe 13(2) de la Loi. À mon avis, la Commission ne préconise pas l'interprétation des lois selon leur sens évident, mais «l'interprétation littérale». Je me propose d'appliquer en l'espèce la «méthode d'interprétation contextuelle», qui a une solide assise jurisprudentielle. Deux questions fondamentales se posent lorsqu'il s'agit d'instruire une demande de prestations d'assurance-chômage. Le prestataire a-t-il droit aux prestations? Dans l'affirmative, quel est le taux des prestations hebdomadaires? En l'espèce,

In the circumstances of this case we must pursue two corollary questions. First, what is the effect of a claimant obtaining insurable employment during the allocation period? Second, is the benefit rate to be calculated by reference to the first employment or, as is argued by the Commission, the second employment? It follows, however, that if the claimant is ineligible to receive benefits under the first employment, then her only claim to benefits would be with respect to the second. If that were the case then the Commission's decision regarding the benefit rate is unassailable. I turn first to the question of eligibility with respect to the claimant's first employment.

### 1) Eligibility

40 A claimant must meet two conditions precedent to establish entitlement. First, the claimant must establish that he or she has the requisite number of weeks of insurable employment in the qualifying period. In the present case that number is twenty. Second, the claimant must establish that he or she has suffered an interruption of earnings. These conditions precedent are set out in section 6 [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 5] of the Act which reads as follows:

6. (1) Unemployment insurance benefits are payable as provided in this Part to an insured person who qualifies to receive those benefits.

(2) An insured person, other than a new entrant or re-entrant to the labour force, qualifies to receive benefit under this Act if the person

(a) has, during the person's qualifying period, had at least the number of weeks of insurable employment set out in Table 1 of the schedule in relation to the regional rate of unemployment that applies to the person; and

(b) has had an interruption of earnings from employment.

41 In the typical case, that is where there is an interruption in earnings at the time of the lay-off, the claimant must establish twenty weeks of insurable employment in the qualifying period. In turn, subsection 7(1) of the Act defines the qualifying period

nous devons encore examiner deux questions connexes. En premier lieu, que se passe-t-il quand le prestataire trouve un emploi assurable durant la période de répartition? En second lieu, le taux des prestations se calcule-t-il au regard du premier emploi ou, comme le soutient la Commission, au regard du second? Il s'ensuit cependant que si la prestataire n'a pas droit aux prestations en vertu du premier emploi, elle ne peut demander les prestations qu'en vertu du second. Cela eût-il été le cas, la décision rendue par la Commission au sujet du taux des prestations serait inattaquable. Examinons en premier lieu la question du droit aux prestations en vertu du premier emploi de la prestataire.

### 1) Droit aux prestations

Le droit aux prestations est subordonné à deux conditions préalables. En premier lieu, le prestataire doit prouver qu'il justifie du nombre requis de semaines d'emploi assurable au cours de la période de référence. En l'espèce, il s'agit de vingt semaines. En second lieu, il doit prouver qu'il y a eu arrêt de rémunération. Ces conditions préalables sont prévues à l'article 6 [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 5] de la Loi, comme suit:

6. (1) Les prestations d'assurance-chômage sont payables, ainsi que le prévoit la présente partie, à un assuré qui remplit les conditions requises pour recevoir ces prestations.

(2) L'assuré autre qu'une personne qui devient ou redevient membre de la population active remplit les conditions requises pour recevoir les prestations en vertu de la présente loi si:

a) d'une part, il a, au cours de sa période de référence, exercé un emploi assurable pendant au moins le nombre de semaines indiqué au tableau 1 de l'annexe en fonction du taux régional de chômage qui lui est applicable;

b) d'autre part, il y a eu arrêt de la rémunération provenant de son emploi.

Dans un cas typique, c'est-à-dire dans le cas où il y a arrêt de la rémunération au moment de la mise à pied, le prestataire doit prouver qu'il a accumulé vingt semaines d'emploi assurable au cours de sa période de référence. Celle-ci est définie au paragra-



as the 52 weeks preceding the commencement of the benefit period which, pursuant to subsection 9(1), is the week in which the lay-off occurred, or the week in which the claim is filed, whichever is later. Subsection 7(1) reads as follows:

7. (1) Subject to subsections (2) to (7), the qualifying period of an insured person is the shorter of

(a) the period of fifty-two weeks that immediately precedes the commencement of a benefit period under subsection 9(1), and

(b) the period that begins on the commencement date of an immediately preceding benefit period and ends with the end of the week preceding the commencement of a benefit period under subsection 9(1).

42 In cases where there is no interruption of earnings because the claimant is in receipt of severance pay subsection 7(3) of the Act extends the 52-week qualifying period by the number of weeks that a person was prevented from establishing that he or she had suffered an interruption of earnings because of the allocation of severance pay. That section reads as follows:

7. . . .

(3) Where a person proves in such manner as the Commission may direct that for any week during any qualifying period mentioned in paragraph (1)(a) that person was prevented from establishing an interruption of earnings by virtue of the allocation, pursuant to regulations made under section 44, of earnings paid to that person by reason of the complete severance of the relationship between that person and his former employer, the qualifying period shall, for the purposes of this section, be extended by the aggregate of those weeks.

43 The Commission determined that the claimant was ineligible to receive benefits beginning the week of June 30, 1991 and ending the week of September 20, 1992 inclusive, which is a period of 65 weeks (Application Record, at page 20). The duration of the allocation period is determined by dividing the amount of the severance pay received by the claimant (\$48,892) by the claimant's "normal" weekly wage from the first employment, which in this case equals 64.63 weeks. Under subsection 58(9) of the Regulations this results in an allocation period of 65

phe 7(1) de la Loi comme étant la période de 52 semaines qui précède le début de la période de prestations, laquelle est, selon le paragraphe 9(1), la semaine au cours de laquelle la mise à pied s'est produite ou la demande est déposée, si celle-ci vient après. Voici ce que porte le paragraphe 7(1):

7. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (7), la période de référence d'un assuré est la plus courte des périodes suivantes:

a) la période de cinquante-deux semaines qui précède le début d'une période de prestations prévue au paragraphe 9(1);

b) la période qui débute en même temps que la période de prestations précédente et se termine à la fin de la semaine précédant le début d'une période de prestations prévue au paragraphe 9(1).

42 Dans les cas où il n'y a pas arrêt de rémunération du fait que le prestataire reçoit une indemnité de départ, le paragraphe 7(3) de la Loi prolonge la période de référence de 52 semaines du nombre de semaines à l'égard desquelles l'intéressé ne peut faire valoir l'arrêt de la rémunération à cause de la répartition de l'indemnité de départ. Voici ce que prévoit ce paragraphe:

7. . . .

(3) Lorsqu'une personne prouve de la manière que la Commission peut ordonner qu'au cours d'une période de référence visée à l'alinéa (1)a) elle ne pouvait, pendant une ou plusieurs semaines, établir un arrêt de rémunération à cause de la répartition, aux termes des règlements d'application de l'article 44, de la rémunération qu'elle avait touchée en raison de la rupture de tout lien avec son ancien employeur, cette période de référence sera, pour l'application du présent article, prolongée d'un nombre équivalent de semaines.

43 La Commission conclut que la prestataire n'avait pas le droit de recevoir des prestations à partir de la semaine du 30 juin 1991 jusqu'à la fin de la semaine du 20 septembre 1992, ce qui fait une période de 65 semaines (Dossier de la demande, à la page 20). Elle a déterminé la période de répartition en divisant l'indemnité de départ reçue par la prestataire (48 892 \$) par la rémunération hebdomadaire «normale» que celle-ci tirait de son premier emploi, ce qui fait en l'espèce 64,63 semaines. Par application du paragraphe 58(9) du Règlement, il s'ensuit une période de

weeks, which corresponds to the Commission's determination that the claimant was ineligible to receive benefits from June 30, 1991 to September 26, 1992 (Application Record, at page 39).

44 To me it seems obvious that the purpose of subsection 7(3) of the Act is to place a claimant in the same position he or she would have been in were it not for the receipt of severance pay and the deemed non-interruption of earnings. In other words, a claim for benefits made at the expiry of the allocation period is to be treated as though it were made on the day after the claimant lost his or her employment and as though the claimant was never in receipt of severance pay. Had Parliament failed to provide for an extension to the qualifying period, then anyone whose allocation period exceeded 52 weeks would be ineligible to receive benefits because he or she would be unable to establish twenty weeks of insurable employment within that fixed period. I am assuming of course that such a claimant would not have obtained other insurable employment during the allocation period. Parliament, however, anticipated such a possibility.

45 Subsection 7(3) is not the only provision relevant to the matter of extending the number of weeks in a qualifying period. Subsection 7(6) of the Act dictates that the weeks of the extension provided under subsection 7(3) shall be reduced by the number of weeks the claimant held insurable employment during the allocation period. That provision reads as follows:

7. . . .

(6) For the purposes of subsection (3) and paragraph (4)(b), a week during which a person referred to in that subsection or paragraph was employed in insurable employment shall not be counted.

46 In applying subsection 7(6) to the facts of the case, the extension period of 65 weeks must be reduced by the 32 weeks of insurable employment with Royal LePage, thus leaving the claimant with an extension period of 33 weeks. Accordingly, the claimant's qualifying period consists of 52 weeks as extended by the 33 allowed under the foregoing

répartition de 65 semaines, ce qui correspond à la conclusion de la Commission, savoir que la prestataire n'avait pas droit aux prestations pour la période allant du 30 juin 1991 au 26 septembre 1992 (Dossier de la demande, à la page 39).

Je pense qu'il ressort à l'évidence que le paragraphe 7(3) de la Loi a pour objet de placer le prestataire dans l'état où il se serait trouvé n'eût été l'indemnité de départ et la continuation réputée de la rémunération. Autrement dit, une demande de prestations faite à l'expiration de la période de répartition doit être réputée déposée le lendemain de la date où le prestataire perd son emploi, tout comme si celui-ci n'a jamais touché une indemnité de départ. Faute par le législateur de prévoir la prolongation de la période de référence, quiconque dont la période de répartition dépasse les 52 semaines n'aurait pas droit aux prestations parce qu'il lui serait impossible de justifier de 20 semaines d'emploi assurable au cours de cette période fixe. Il faut présumer bien entendu que ce prestataire n'a pas trouvé un autre emploi assurable durant la période de répartition. Le législateur a cependant prévu pareille possibilité.

Le paragraphe 7(3) n'est pas la seule disposition relative à la prolongation de la période de référence d'un certain nombre de semaines. Le paragraphe 7(6) prévoit que la prolongation prévue au paragraphe 7(3) est réduite du nombre de semaines pendant lesquelles le prestataire occupe un emploi assurable au cours de la période de répartition. Voici ce que porte cette disposition:

7. . . .

(6) Pour l'application du paragraphe (3) et de l'alinéa (4)b), toute semaine au cours de laquelle une personne dont il est question dans ces dispositions a exercé un emploi assurable n'entre pas en ligne de compte.

46 Si on applique le paragraphe 7(6) aux faits de la cause, la période de prolongation de 65 semaines doit être réduite des 32 semaines d'emploi assurable chez Royal LePage, ce qui donne à la prestataire une période de prolongation de 33 semaines. En conséquence, sa période de référence consiste en 52 semaines auxquelles s'ajoutent les 33 semaines permi-

provisions for a total of 85 weeks. (Pursuant to subsection 7(7), no qualifying period can exceed 104 weeks.)

ses par les dispositions ci-dessus, ce qui fait un total de 85 semaines. (Selon le paragraphe 7(7), la période de référence ne peut dépasser 104 semaines.)

47 The obvious question is whether the claimant can establish twenty weeks of insurable employment with the University within this period of time. Subtracting the 65 weeks of the allocation period in which she held no such insurable employment from the 85 weeks of the extended qualifying period, the claimant is able to satisfy paragraph 6(2)(a) of the Act, albeit barely so. She has twenty weeks of insurable employment with the University. In conclusion, I am of the view that as of September 26, 1992, the claimant was eligible to receive unemployment insurance benefits with respect to her first employment. It is to the more difficult question that I now turn.

47 La question qui se pose de toute évidence est de savoir si la prestataire peut justifier de 20 semaines d'emploi assurable à l'université durant cette période. Si on soustrait les 65 semaines de la période de référence prolongée au cours desquelles elle n'occupait pas un tel emploi assurable, on voit qu'elle remplit les conditions prévues à l'alinéa 6(2)a) de la Loi, encore que tout juste. Elle justifie de 20 semaines d'emploi assurable à l'université. Je conclus qu'au 26 septembre 1992, la prestataire avait droit aux prestations d'assurance-chômage en vertu de son premier emploi. J'en viens maintenant à la question plus difficile.

## 2) Calculation of Benefit Rate

## 2) Calcul du taux des prestations

48 In a typical case, to calculate the benefit rate one need look no further than section 13. At the relevant time the applicable provisions read as follows:

48 Dans un cas courant, il suffit d'appliquer l'article 13 pour calculer le taux des prestations. Voici ce que prévoit cet article tel qu'il était en vigueur à l'époque considérée:

13. (1) The rate of weekly benefit payable to a claimant for a week of unemployment that falls in his benefit period is an amount equal to sixty per cent of his average weekly insurable earnings in his qualifying weeks.

13. (1) Le taux des prestations hebdomadaires qui peuvent être versées à un prestataire pour une semaine de chômage qui tombe dans sa période de prestations est une somme égale à soixante pour cent de sa rémunération hebdomadaire assurable moyenne au cours de ses semaines de référence.

(2) The qualifying weeks of a major attachment claimant are the last twenty weeks of insurable employment in his qualifying period. [Emphasis added.]

(2) Les semaines de référence d'un prestataire de la première catégorie sont les vingt dernières semaines d'emploi assurable de sa période de référence. [Non souligné dans l'original.]

In the case at bar, however, by virtue of the allocation of the severance pay and the claimant having secured insurable employment during the allocation period, we must determine whether the benefit rate should be calculated with respect to the "last twenty weeks of insurable employment" with the first employer, or with respect to the "last twenty weeks of insurable employment" from any and all employment.

En l'espèce cependant, par suite de la répartition de l'indemnité de départ et de l'emploi assurable occupé par la prestataire pendant la période de répartition, il faut examiner si le taux de prestations doit se calculer au regard des «vingt dernières semaines d'emploi assurable» chez le premier employeur, ou des «vingt dernières semaines d'emploi assurable» chez n'importe quel employeur.

49 During oral argument, counsel addressed the plain meaning rule and the purposive approach of statu-

49 Durant les débats, l'avocat de la requérante a évoqué la règle d'interprétation des lois selon leur

tory interpretation, but made no reference to the contextual approach. This is an issue that cannot and should not be side-stepped. There is an apparent confusion regarding the ordinary meaning, plain meaning and literal rules of construction and the contextual, pragmatic and purposive approaches: see generally R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., (Toronto: Butterworths, 1994) (hereinafter Sullivan) and P.-A. Côté, *Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. (Cowansville, Que.: Les Éditions Yvon Blais, 1991).

50 The purposive approach is the more controversial of the available interpretive tools. Some view it simply as a means of permitting judicial biases to become legal and constitutional doctrine. Its use today is, however, particularly apt in 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]] jurisprudence because the judiciary can draw little assistance from the plain meaning of the words used. As is evident, the language of the Charter is intentionally broad, and the interpretation of that language must be pursued in light of the purpose of the right or freedom in question, the purpose of other associated Charter rights, and the purpose of the Charter itself (see Sullivan, at page 43). The Commission probably looks on this approach as a means of achieving, in the instant case, an equitable result in what can aptly be described as the most sympathetic of cases. One could reason, for example, that the purpose of the Act is to provide people with benefits with respect to lost employment for which unemployment premiums have been paid. As a result, the claimant having lost her first employment, for which she had paid premiums, should receive benefits based on that employment. Obviously, such legal reasoning is too simplistic and unacceptable.

51 My understanding of counsel's argument is that we cannot ignore the plain meaning of the statute simply because the result in this case is harsh. I

sens évident et la règle d'interprétation téléologique, mais n'a rien dit de la méthode d'interprétation contextuelle. Il s'agit là d'une question qu'on ne doit pas et ne peut pas tourner. Il y a manifestement confusion entre règles d'interprétation selon le sens courant, le sens évident et le sens littéral, et méthodes d'interprétation contextuelle, pragmatique et téléologique; voir R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> édition (Toronto: Butterworths, 1994) (ci-après Sullivan) et P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> édition (Cowansville (Québec): Les Éditions Yvon Blais, 1991).

50 La méthode téléologique est la méthode d'interprétation la plus controversée dont on dispose. Certains y voient simplement le moyen de permettre aux tribunaux d'ériger leurs préjugés en doctrine juridique et constitutionnelle. Son emploi est cependant particulièrement indiqué à l'heure actuelle dans les causes mettant en jeu la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44]] puisque les tribunaux ne peuvent guère s'appuyer sur le sens évident des mots qui y figurent. Comme on peut le voir, le législateur y a délibérément employé des termes généraux et leur interprétation doit se faire à la lumière du but qui sous-tend le droit ou la liberté en question, du but qui sous-tend les droits connexes prévus dans la Charte et du but de la Charte elle-même (voir Sullivan, à la page 43). La Commission voit probablement dans cette méthode le moyen de parvenir, en l'espèce, à un résultat équitable dans ce qu'on peut proprement qualifier de cas suscitant la plus grande sympathie. On pourrait raisonner par exemple que la Loi a pour objet d'assurer aux gens des prestations à la suite de la perte d'un emploi à l'égard duquel ils ont versé des cotisations d'assurance-chômage. En conséquence, la prestataire, ayant perdu son premier emploi à l'égard duquel elle avait versé des cotisations, devrait recevoir les prestations se rapportant à cet emploi. Manifestement, pareil raisonnement juridique est trop simpliste et inacceptable.

51 Si je comprends bien l'argumentation de l'avocat de la requérante, nous ne pouvons ignorer le sens évident de la Loi du seul fait que le résultat est

agree. It is always necessary to be on guard against adopting an interpretation that alleviates a harsh result, but does so by doing violence to the words or intent of the provision. One must not create an illogicality or absurdity to avoid one, or in simpler terms, two wrongs do not make a right. However, as noted by Mr. Fulcher in his article "The Income Tax Act: The Rules of Interpretation and Tax Avoidance. Purpose vs. Plain Meaning: Which, When and Why?" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 563, at page 584, in interpreting statutes one should embrace "empiricism not dogmatism, imagination rather than literalness."

52 The history of the plain meaning rule is canvassed by Sullivan (at pages 1-6). Originally, the phrases plain meaning rule, ordinary meaning rule and literal construction rule were essentially interchangeable. The process of interpretation invoked by these rules was, first, to determine the literal meaning of the words used, and then, only if ambiguity remained, resolve the ambiguity by reference to elements such as the mischief the provision was intended to address. This two-pronged approach has gone by the wayside as it is formalistic, technical and narrow. This conclusion is addressed by Sullivan, at page 4, who quotes one of our own judges, Rouleau J. in *ECG Canada Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 415 (T.D.), at page 423:

There is no question that the literal approach is a well established one in statutory interpretation. Nevertheless, it is always open to the Court to look to the object or purpose of a statute, not for the purpose of changing what was said by Parliament, but in order to understand and determine what was said. The object of a statute and its factual setting are always relevant considerations and are not to be taken into account only in cases of doubt.

53 The "ordinary meaning" rule, as defined by Sullivan, simply suggests that the ordinary meaning of words as generally understood provides the best evidence of what meaning Parliament intended to convey. The ordinary meaning is that gleaned on

impitoyable en l'espèce. J'en conviens. Il est toujours nécessaire de se garder d'adopter une interprétation qui atténue un résultat impitoyable en altérant le sens des termes ou le but de la disposition visée. Il ne faut pas produire un résultat illogique ou absurde pour en éviter un autre ou, plus simplement, on ne répare pas une injustice par une autre. Cependant, comme l'a noté M. Fulcher dans son article «The Income Tax Act: The Rules of Interpretation and Tax Avoidance. Purpose vs. Plain Meaning: Which, When and Why?» (1995), 74 *Rev. du Bar. can.* 563, à la page 584, l'interprétation des lois requiert [TRADUCTION] «l'empirisme et non le dogmatisme, l'ouverture d'esprit et non le sens littéral».

52 On peut trouver dans l'ouvrage de Sullivan (aux pages 1 à 6) l'historique de la règle d'interprétation selon le sens évident. À l'origine, les notions d'interprétation selon le sens évident, d'interprétation selon le sens courant et d'interprétation littérale étaient essentiellement interchangeables. Le processus d'interprétation entendu dans ces règles consistait à déterminer le sens littéral des termes employés puis, si l'ambiguïté subsistait, à la résoudre par référence à divers éléments tels que la transgression que la disposition en question était destinée à combattre. Cette méthode à double volet est tombée en désuétude du fait qu'elle est formaliste, superficielle et restrictive. C'est la conclusion tirée par Sullivan à la page 4, où il cite le juge Rouleau de la Cour, qui s'est prononcé en ces termes dans *ECG Canada Inc. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 415 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 423:

Il ne fait aucun doute que l'approche littérale constitue une méthode reconnue dans le domaine de l'interprétation des lois. Néanmoins, la Cour peut toujours examiner l'objet d'une loi non pas pour modifier ce qui a été dit par le législateur, mais afin de comprendre et de déterminer ce qu'il a dit. L'objet de la loi et les circonstances qui entourent son adoption constituent des considérations pertinentes dont il faut tenir compte non seulement lorsqu'il y a un doute, mais dans tous les cas.

53 La règle d'interprétation selon «le sens courant», telle que Sullivan la définit, pose simplement que le sens courant des mots, tels qu'ils s'entendent généralement, traduit le mieux le sens que le législateur entend exprimer. Le sens courant est celui qui se

first impression from the words in their immediate context, that is in the context of the provision in which they appear. Under this approach, if there is no reason to reject it the ordinary meaning will be applied. However, the purpose and scheme of the Act, the consequences of the proposed meaning, and any other source that may point to the legislators' intent must be examined. This examination may lead the court to modify or reject the ordinary meaning if an alternative plausible interpretation exists. Where there is no reason to reject the ordinary meaning, or where there is no plausible alternative meaning, the court must apply the ordinary meaning: Sullivan, at pages 26-28, referring to the reasons of Cory J. in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385.

- 54 The above conclusion is reflected in the jurisprudence of the Supreme Court and of this Court. In *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, an unemployment insurance case, Madam Justice L'Heureux-Dubé speaking for the majority endorsed the contextual approach. At page 549 [quoting Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., at page 87] she stated:

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.

- 55 MacGuigan J.A. addressed the proper approach to statutory interpretation in the context of taxation in *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346, and determined in the oft-quoted passage, at page 352 that "[t]he 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." In an unemployment insurance decision rendered shortly after *Lor-Wes, Canada (Attorney General) v. Tucker*, [1986] 2 F.C. 329 (C.A.), at page 340, MacGuigan J.A. writing for the majority adopted the reasoning in *Bourne (Inspector of Taxes) v. Norwich Crematorium, Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 576 (Ch. D.), at page 578:

dégage d'emblée des mots dans leur contexte immédiat, c'est-à-dire dans le contexte de la disposition où ils figurent. Cette méthode pose que s'il n'y a aucune raison de le rejeter, le sens courant doit s'appliquer. Il faut cependant prendre en considération le but et l'économie de la loi, les conséquences du sens qu'on se propose d'attribuer au texte, et toute autre source qui pourrait éclairer la volonté du législateur. Cet examen peut amener le juge à modifier ou à rejeter le sens courant s'il y a une autre interprétation logique. S'il n'y a aucune raison de rejeter le sens courant ou s'il n'y a aucun autre sens logique, le juge doit appliquer le sens courant: Sullivan, aux pages 26 à 28, citant les motifs prononcés par le juge Cory dans *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385.

- Cette conclusion se retrouve dans la jurisprudence de la Cour suprême et de notre Cour. Dans *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, qui est une affaire d'assurance-chômage, M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé, prononçant le jugement de la majorité, a adopté la méthode contextuelle pour conclure en ces termes, à la page 549 [citant Driedger, E. A. *Construction of Statute*, 2<sup>e</sup> éd., à la page 87]:

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou une seule méthode prévaut pour l'interprétation d'une loi: les mots doivent être interprétés selon le contexte et d'après leur acception logique courante en conformité avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur.

- Le juge MacGuigan de la Cour d'appel, examinant la question de l'interprétation correcte des lois fiscales dans la cause *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346, a tiré à la page 352 cette conclusion bien souvent citée: «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». Dans *Canada (Procureur général) c. Tucker*, [1986] 2 C.F. 329 (C.A.), affaire d'assurance-chômage jugée peu de temps après *Lor-Wes*, le juge MacGuigan, prononçant le jugement de la majorité, a adopté à la page 340 le raisonnement tenu dans *Bourne (Inspector of Taxes) v. Norwich Crematorium, Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 576 (Ch. D.), à la page 578:

English words derive colour from those words which surround them. Sentences are not mere collections of words to be taken out of the sentence, defined separately by reference to the dictionary or decided cases, and then put back again into the sentence with the meaning which you have assigned to them as separate words, so as to give the sentence or phrase a meaning which as a sentence or phrase it cannot bear without distortion of the English language.

56 So, too, you cannot take a section out of the Act, interpret it in isolation from its context and then put it back into the Act with the meaning assigned.

57 Given this discussion of the purposive approach and the plain meaning (literal) and ordinary meaning rules of statutory construction, the method of interpretation we are to follow is, in my view, self-evident. In the context of this case, the supposed “plain meaning” approach advocated by the Commission in the interpretation of subsection 13(2) really amounts to the application of the literal approach. The Commission suggests that the subsection must be construed in isolation, without examining how it works within the scheme of the Act. I agree that if that subsection is interpreted in that fashion, its meaning is plain and unambiguous. It is the last twenty weeks of insurable employment that is relevant, regardless of whether those weeks relate to the first or second employment. Adopting the literal approach would certainly simplify the interpretation of this Act. However, Parliament did not pick the simple solution when it drafted the Act, which is commonly viewed as one of the most complex: see *Petts v. The Umpire (Unemployment Insurance)*, [1974] 2 F.C. 225 (C.A.), at page 233 per Jackett C.J. In this case, as will be demonstrated, the “simple” solution is illogical when consideration is given to the broader context.

58 In applying the contextual approach to the construction of subsection 13(2), it becomes clear that the meaning of the provision is ambiguous when examined in its full context, in particular with regard to its relation to section 7. In light of the interaction between these provisions, there are two plausible interpretations of subsection 13(2). In effect, the Commission argues for the following interpretation: the qualifying weeks of a major attachment claimant

[TRADUCTION] Le sens des mots anglais est influencé par le contexte dans lequel ils baignent. Une phrase n'est pas qu'une série de mots qui doivent être considérés indépendamment de la phrase où ils se trouvent, définis un à un en s'en remettant au dictionnaire et à la jurisprudence, puis replacés dans la phrase en leur donnant le sens qu'on leur a assigné individuellement, de sorte qu'on donne à cette phrase ou à cette expression un sens qu'elle ne peut avoir à moins de dénaturer la langue anglaise.

De même on ne saurait en l'espèce détacher un article, l'interpréter hors contexte puis le remettre dans la Loi avec le sens qu'on lui aura assigné. 56

À la lumière de cette recension des règles d'interprétation téléologique et d'interprétation selon le sens évident (littéral) et le sens courant, celle que nous allons suivre se passe d'explications. En l'espèce, la soi-disant méthode d'interprétation «selon le sens évident» que préconise la Commission pour le paragraphe 13(2) revient dans les faits à appliquer la méthode d'interprétation littérale. Elle tient que ce paragraphe doit être interprété à part, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner l'effet dans le contexte de la Loi. Je conviens que si on l'interprète de cette façon, son sens est évident et sans équivoque. Ce sont les vingt dernières semaines d'emploi assurable qui comptent, peu importe qu'elles se rapportent au premier ou au second emploi. L'adoption de la méthode littérale simplifierait certainement l'interprétation de cette Loi. Cependant, le législateur n'a pas choisi la solution simple pour la rédaction de la Loi, qui est universellement considérée comme l'une des lois les plus complexes; voir *Petts c. Le juge-arbitre (Assurance-chômage)*, [1974] 2 C.F. 225 (C.A.), à la page 233, motifs prononcés par le juge en chef Jackett. Comme nous le verrons plus loin, la solution «simple» est illogique en l'espèce lorsqu'on prend en considération le contexte général. 57

Une interprétation contextuelle du paragraphe 13(2) fait ressortir l'ambiguïté de cette disposition placée en contexte, en particulier à la lumière de l'article 7. Vu l'interaction entre ces deux dispositions, il y a deux interprétations plausibles du paragraphe 13(2). En effet, la Commission fait valoir l'interprétation suivante: les semaines de référence d'un prestataire de la première catégorie sont les vingt dernières semaines de n'importe quel emploi 58

are the last twenty weeks of any insurable employment in his or her qualifying period. On the other hand, the claimant recasts the subsection in the following terms: the qualifying weeks of a major attachment claimant are the last twenty weeks of insurable employment for which the claim is made in his or her qualifying period.

assurable de sa période de référence. De son côté, la prestataire interprète ce paragraphe de la manière suivante: les semaines de référence d'un prestataire de la première catégorie sont les vingt dernières semaines de l'emploi assurable de sa période de référence, à l'égard duquel il demande les prestations.

59 Thus, the ambiguity in the interpretation of subsection 13(2) lies in whether the last twenty weeks of insurable employment in the qualifying period relate to the first employment held for which the claim is being made, or to the second employment which is not the subject of the claim. In my opinion it must be the former. The immediate problem with the Commission's argument is that it sidesteps completely the issue of whether the claimant is entitled to establish a claim based on her first employment. Section 13 is a general provision, while subsections 7(3) and 7(6) of the Act which, as discussed above, deal with the specific impact of severance pay on a claim and the corollary effect of employment being held during the allocation period which Parliament has imposed. As a result, in a case involving severance pay, it makes sense that section 13 be interpreted in light of the purpose and effect of section 7. As the factual background outlined earlier clearly reveals, the Commission assumed that the only claim that could be made was with respect to the second employment. In effect, the Commission is arguing that in every case where a claimant has twenty weeks of insurable employment in the allocation period, he or she is unable to make a claim based on the earlier employment. It must be noted, and counsel for the Commission conceded, there is no legal obligation on a claimant even to seek employment of any kind during the allocation period: section 14 [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 10] of the Act applies only to those who are in receipt of benefits.

Ainsi donc, l'ambiguïté du paragraphe 13(2) réside dans la question de savoir si les vingt dernières semaines d'emploi assurable de la période de référence se rapportent au premier emploi en vertu duquel la prestataire fait sa demande, ou au second emploi qui ne fait pas l'objet de cette demande. À mon avis, ce ne peut être que le premier. Le défaut évident de l'argument de la Commission est qu'il passe tout à fait à côté de la question de savoir si la prestataire a le droit de faire une demande en vertu du premier emploi. L'article 13 est une disposition générale, alors que les paragraphes 7(3) et 7(6) de la Loi prévoient spécifiquement, comme noté *supra*, l'effet de l'indemnité de départ sur la demande de prestations et, partant, l'effet d'un emploi occupé durant la période de répartition imposée par le législateur. Il s'ensuit qu'en cas d'indemnité de départ, l'article 13 doit s'interpréter à la lumière du but et des effets de l'article 7. Il ressort des faits de la cause, tels qu'ils sont résumés *supra*, que la Commission a présumé que la seule demande qui pût se faire se rapportait au second emploi. En effet, elle soutient que dans tous les cas où le prestataire a accumulé vingt semaines d'emploi assurable au cours de la période de répartition, il n'est pas recevable à faire une demande en vertu de l'emploi antérieur. Il y a lieu de noter, et l'avocat de la Commission le reconnaît, que le prestataire n'est nullement tenu par la loi de chercher du travail pendant la période de répartition: l'article 14 [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 10] de la Loi ne s'applique qu'à ceux qui touchent les prestations d'assurance-chômage.

60 Admittedly, in cases where a claimant has twenty weeks of insurable employment where the pay is equal or greater than that of the first employment, then he or she will prefer to make a claim based on the second employment. The interpretation advo-

Il est vrai que dans les cas où le prestataire a accumulé vingt semaines d'emploi assurable pour lesquelles il a reçu une rémunération égale ou supérieure à celle du premier emploi, il préférera faire une demande basée sur le second emploi. Pareil



cated by the Commission would allow this. However, where the claimant takes either full or part-time employment with less pay, then he or she will obviously prefer to file a claim based on the first and more lucrative, employment. The question, of course, is should this be permitted. In my view, the answer, and the result intended by Parliament, is clearly yes. To repeat myself, the purpose of section 7 is to put the claimant in the position he or she would have been in but for the allocation of severance pay. That is to say the claimant is entitled to make a claim for benefits based on the first employment. To accept the Commission's interpretation is to ignore this objective. If any insurable employment counts for the purpose of subsection 13(2), whether it is the employment for which the claim was filed or not, then any time a claimant happens to work twenty insurable weeks with a second employer while in receipt of severance pay subsections 7(3) and 7(6) are effectively jettisoned. Their object, placing the claimant in the same position he or she would have been in but for the allocation of severance, is clearly obviated. The claim will effectively be based on the second employment, and not the first. This amounts to a redrafting of the Act. In effect, the Commission is asking us to amend section 7 by adding a further subsection to the effect that subsections 7(3) and 7(6) do not apply when a claimant has accumulated twenty weeks of insurable employment during the allocation period. The explicit inclusion of the section 7 provisions defining the impact of a second employment on a claimant's qualifying period reflects Parliament's intent that the second employment would have no other effect on a claim. Had Parliament intended that the second employment be used in calculating the benefit rate with respect to the first employment, it would have said so.

choix serait possible dans l'interprétation préconisée par la Commission. Dans le cas contraire où le prestataire occupe un emploi à temps plein ou à temps partiel avec une rémunération inférieure, il préférera certainement faire une demande en vertu du premier emploi qui est plus lucratif. La question qui se pose est bien entendu de savoir si cela devrait être permis. À mon avis, la réponse, et le résultat voulu par le législateur, est clairement oui. Encore une fois, l'article 7 a pour objet de placer le prestataire dans l'état où il se serait trouvé n'eût été la répartition de l'indemnité de départ. Ce qui signifie qu'il a le droit de faire une demande de prestations se rapportant au premier emploi. Accepter l'interprétation faite par la Commission reviendrait à ignorer cet objectif. Si n'importe quel emploi assurable entre en ligne de compte pour l'application du paragraphe 13(2), qu'il s'agisse ou non de l'emploi à l'égard duquel la demande a été faite, cela signifierait que chaque fois qu'un prestataire a accumulé vingt semaines d'emploi assurable chez un second employeur tout en recevant l'indemnité de départ, les paragraphes 7(3) et 7(6) sont effectivement mis au rebut. On obvierrait de cette façon à leur objet qui est de placer le prestataire dans l'état où il se serait trouvé n'eût été la répartition de l'indemnité de départ. La demande sera effectivement basée sur le second emploi, et non sur le premier. Cela reviendrait à récrire la Loi. En effet, la Commission nous engage à modifier l'article 7 par addition d'un autre paragraphe prévoyant que les paragraphes 7(3) et 7(6) ne s'appliquent pas dans les cas où le prestataire a accumulé vingt semaines d'emploi assurable durant la période de répartition. L'inclusion explicite dans l'article 7 de dispositions qui définissent l'effet d'un second emploi sur la période de référence du prestataire traduit la volonté du législateur de faire en sorte que le second emploi n'ait aucun autre effet sur la demande. Le législateur eût-il voulu prévoir que le second emploi sert à calculer le taux des prestations se rapportant au premier, il l'aurait dit.

61 In addition, once you find that a claimant is eligible to receive benefits with respect to one employment which has been lost and for which premiums were paid, why would you calculate the benefit rate for that claim by reference to a second employment.

Qui plus est, une fois qu'on a conclu que le prestataire a le droit de recevoir des prestations en vertu d'un emploi qui a été perdu et à l'égard duquel il avait versé les cotisations, pourquoi calculerait-on le taux des prestations applicables à cette demande en

61

The benefit period, the qualifying period, and the allocation period are all fixed according to the first employment. Why are we being asked to calculate the benefit rate on the basis of the second employment when the claim, and every other element of it, relates to the first? It simply makes no sense to do so. The Commission has proffered no rationale that would justify the interpretation being advanced. Nor has it shown that the interpretation advanced herein will in any way undermine Parliament's intent. As expressed in *Sears*, at page 405:

The underlying purpose of the Act is to provide a claimant with financial support until such time as he or she is able to find comparable employment. It is my understanding that it is not the purpose of the Act to discourage claimants from seeking part-time [or other] employment which is precisely the case before us. As Hugessen J.A. adroitly noted in *Fortin*, at page 573, the Commission's interpretation "would only seem to encourage laziness."

62 It is fundamental to the development of jurisprudence in this area that the contextual approach to statutory construction be applied. It is no longer acceptable simply to argue that the matter is determined by the meaning of one provision read in isolation. When we talk of "purpose", what must be examined is the purpose and object of the particular provision in issue, its related provisions, and how they function together and interact within the scheme of the Act. In the present case, we are not dealing solely with a question of benefit rate, but with the effect of the allocation of severance pay with respect to a particular claim.

63 In conclusion, I am of the view that the Commission's interpretation of subsection 13(2) cannot be accepted. The last twenty weeks of insurable employment within the qualifying period, as contemplated by that section, must be deemed to refer to the first employment. It is with respect to that employment that premiums were paid and benefits are sought. It is illogical to calculate the benefit rate for a claim based on the insurable earnings from employment that is not the subject of the claim.

fonction du second emploi. La période de prestations, la période de référence et la période de répartition sont toutes définies au regard du premier emploi. Pourquoi donc faudrait-il calculer le taux des prestations en fonction du second emploi alors que la demande, ainsi que tout élément y afférent, se rapporte au premier? Ce serait absurde. La Commission n'a proposé aucune justification pour l'interprétation qu'elle préconise. Elle n'a pas démontré non plus que l'interprétation suivie dans les présents motifs va de quelque façon que ce soit à l'encontre de la volonté du législateur. Ainsi qu'il a été conclu dans *Sears*, à la page 405:

L'objet de la Loi est de fournir une aide financière aux prestataires jusqu'à ce qu'ils soient en mesure de trouver un emploi comparable. Selon ma compréhension de la Loi, elle ne vise pas à décourager les prestataires de chercher un emploi à temps partiel [ou autre], ce qui s'est produit en l'espèce. Comme le juge Hugessen, J.C.A., l'a habilement souligné dans l'affaire *Fortin*, à la page 573, l'interprétation de la Commission «semble ne favoriser que l'oisiveté».

Il est fondamental pour le développement de la jurisprudence en la matière d'appliquer la méthode d'interprétation contextuelle de la loi. Il n'est plus acceptable de se contenter de soutenir que la question est tranchée par le sens d'une disposition prise hors contexte. Lorsqu'il est question de «but», ce qu'il faut examiner, ce sont le but et l'objet de la disposition en jeu, les dispositions connexes, et leur effet conjugué dans le contexte de la Loi. En l'espèce, ce qui nous occupe, ce n'est pas seulement le taux des prestations, mais l'effet de la répartition de l'indemnité de départ sur une demande spécifique. 62

En conclusion, j'estime que l'interprétation faite par la Commission du paragraphe 13(2) n'est pas acceptable. Les vingt dernières semaines d'emploi assurable, que vise cette disposition, doivent être réputées se rapporter au premier emploi. C'est à l'égard de cet emploi que la prestataire a versé des cotisations et qu'elle demande des prestations. Il est illogique de calculer le taux des prestations visées par une demande en fonction de la rémunération assurable provenant d'un emploi qui n'a rien à voir avec cette demande. 63

64 In view of the foregoing conclusion, it is unnecessary to address the applicability of the reasoning advanced in *Sears*, nor whether that reasoning can be extended to the case at bar. It follows that I need not address the grounds of distinction advanced by the Commission.

IV—CONCLUSION

65 The application must be dismissed.

---

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. U-1.

<sup>2</sup> (1989), 67 D.L.R. (4th) 564 (F.C.A.).

<sup>3</sup> [1995] 1 F.C. 393 (F.C.A.).

<sup>4</sup> (1993), 164 N.R. 204 (F.C.A.).

Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de s'interroger sur l'applicabilité du raisonnement tenu dans *Sears*, ni de savoir si ce raisonnement s'étend à l'affaire en instance. Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les motifs de distinction pris par la Commission. 64

IV—CONCLUSION

La demande doit être rejetée. 65

---

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. U-1.

<sup>2</sup> (1989), 67 D.L.R. (4th) 564 (C.A.F.).

<sup>3</sup> [1995] 1 C.F. 393 (C.A.).

<sup>4</sup> (1993), 164 N.R. 204 (C.A.F.).

T-1494-93

T-1494-93

**Claude Robinson** (*Plaintiff*)**Claude Robinson** (*demandeur*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada, Jack Linklater, Wendell Headrick, Jim Hayman, Serge Paquette and John Doe One and John Doe Two** (*Defendants*)

**Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, Jack Linklater, Wendell Headrick, Jim Hayman, Serge Paquette et M. Untel un et M. Untel deux** (*défendeurs*)

*INDEXED AS: ROBINSON v. CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: ROBINSON c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Hargrave P.—Edmonton, February 21; Vancouver, April 1, 1996.

Section de première instance, protonotaire Hargrave — Edmonton, 21 février; Vancouver, 1<sup>er</sup> avril 1996.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Motion to strike out statement of claim for want of jurisdiction over individual defendants — Convict moved from general population to segregation unit — Claiming damages for defendants' wrongful action — Defendants challenging jurisdiction under test in ITO case — Case law reviewed — Grant of jurisdiction in Federal Court Act, s. 17(5)(b) — Causes of action mostly based on tort law, not on federal law, laws of Canada — Charter of Rights, Penitentiary Regulations not federal law to nourish jurisdiction — No statutory framework to satisfy test as link to federal law too fragile.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête en radiation de la déclaration pour absence de compétence à l'égard des défendeurs particuliers — Détenu mis à l'écart de la population carcérale générale et placé dans une unité d'isolement — Le détenu en question poursuit les défendeurs en dommages-intérêts pour les actes illicites qu'ils auraient commis — Les défendeurs contestent la compétence de la Cour en vertu du critère posé dans l'arrêt ITO — Examen de la jurisprudence — L'attribution de compétence découle de l'art. 17(5)b de la Loi sur la Cour fédérale — Les causes d'action sont surtout fondées sur la responsabilité délictuelle, et non sur des règles de droit fédérales ou des lois du Canada — La Charte des droits et le Règlement sur les pénitenciers ne sont pas des règles de droit fédérales qui constituent le fondement d'une attribution de compétence — Il n'y a pas de cadre législatif qui satisfasse au critère, étant donné que le lien qui existe avec des règles de droit fédérales est trop ténu.*

*Penitentiaries — Convict placed in dissociation, segregation pending transfer to high maximum security unit in mistaken belief planning escape — Returned to general population — Convict claiming general, special, punitive damages for various torts — Individual defendants challenging Federal Court jurisdiction under R. 401 — Penitentiary Regulations not federal law to nourish jurisdiction — Regulations, ss. 13, 14, 40 general directions to prison staff — Not detailed statutory framework granting rights to inmates.*

*Pénitenciers — Détenu placé en isolement en attendant son transfert dans une unité à sécurité maximale parce que l'on croyait à tort qu'il planifiait une évasion — Le détenu a réintégré la population carcérale générale — Il réclame des dommages-intérêts généraux et spéciaux ainsi que des dommages-intérêts punitifs pour divers délits — Les défendeurs particuliers contestent la compétence de la Cour fédérale en vertu de la Règle 401 — Le Règlement sur les pénitenciers n'est pas une règle de droit fédérale qui constitue le fondement de la compétence de la Cour — Les art. 13, 14 et 40 du Règlement constituent des directives générales destinées au personnel carcéral — Il n'existe pas de cadre législatif détaillé qui confère des droits aux détenus.*

This was a motion for leave to file a conditional appearance under Rule 401 and to strike out the statement of claim under paragraph 419(1)(a) of the Rules on the ground that the Court was without jurisdiction over the individual defendants. In his statement of claim, the plain-

Il s'agit d'une requête visant à obtenir l'autorisation de produire un acte de comparution conditionnelle en vertu de la Règle 401 et à faire radier la déclaration en vertu de l'alinéa 419(1)a) des Règles au motif que la Cour n'a pas compétence à l'égard des défendeurs particuliers. Dans sa

tiff alleged that he had been wrongfully moved from general population at the Edmonton Institution into a segregation unit, pending transfer to a high maximum security unit at the Saskatchewan Penitentiary. The transfer did not occur and the plaintiff was returned to general population at the Edmonton Institution. The convict sought a declaration that his rights had been violated and claimed general, punitive and special damages. The individual defendants challenged the Court's jurisdiction on the basis of the three-part test in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.* The issue was whether that test was met so that the Court could entertain plaintiff's claim.

*Held*, the motion should be allowed.

The three-part test, as the basis of Federal Court jurisdiction, requires first, a grant of jurisdiction, second, federal law to nourish the grant and third, a law of Canada on which to base the case. The first part of the test was satisfied since the individual defendants fall within paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*, as servants or officers of the Crown, that is employees of the Correctional Service. However, the claim against such individuals must be supported by existing and applicable federal law. For the most part, the causes of action set out in the statement of claim were based not upon federal law or the laws of Canada, but on tort law as would be applied by the courts of the provinces. These common law causes of action do not satisfy the three-part test which must be met in order to bring the plaintiff within Federal Court jurisdiction. A proceeding cannot be founded on the Charter alone, but requires some other basis for jurisdiction. The plaintiff could not succeed against the individual defendants either on the basis of the common law tort remedies or on the basis of the Charter.

The mere fact that a tort occurred in a penitentiary setting is not enough to connect it with the institution's statutory underpinnings so as to find the necessary statutory framework required to nourish the Federal Court's statutory grant of jurisdiction. The plaintiff, who has some residual freedom within the prison setting, relied upon various sections of the *Penitentiary Service Regulations*, more particularly sections 13, 14 and 40. These provisions set out the duties of those employed by the penitentiary service and deal with the custody and training of inmates. Subsection 40(1) deals with the maintenance of order and discipline in the institution: it is a duty owed to society,

déclaration, le demandeur, qui faisait partie de la population carcérale générale de l'établissement d'Edmonton, allègue qu'il a été placé à tort à l'écart dans une unité d'isolement en attendant son transfert dans un secteur à sécurité maximale au pénitencier de la Saskatchewan. Le transfert n'a jamais eu lieu et le demandeur a réintégré la population carcérale générale de l'établissement d'Edmonton. Le détenu demande à la Cour de déclarer que ses droits ont été violés et de lui accorder des dommages-intérêts généraux et punitifs ainsi que des dommages-intérêts spéciaux. Les défendeurs particuliers contestent la compétence de la Cour en invoquant le critère à trois volets de l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*. La question en litige était celle de savoir si l'on a satisfait à ce critère de manière à permettre à la Cour de connaître de l'action du demandeur.

*Jugement*: la requête doit être accueillie.

Le critère à trois volets qui fonde la compétence de la Cour fédérale exige d'abord une attribution de compétence, en deuxième lieu, un ensemble de règles de droit fédérales constituant le fondement de l'attribution et, en troisième lieu, une loi du Canada sur laquelle repose l'affaire. Le premier volet du critère est respecté, étant donné que les défendeurs particuliers sont visés par l'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, en tant que préposés ou fonctionnaires de Sa Majesté, c'est-à-dire en tant qu'employés du Service correctionnel. Toutefois, l'action intentée contre ces personnes doit être fondée sur des règles de droit fédérales applicables. En l'espèce, les causes d'action invoquées sont fondées pour la plupart non pas sur le droit fédéral ou sur des lois du Canada, mais plutôt sur les règles de responsabilité délictuelle qu'appliqueraient les tribunaux provinciaux. Ces causes d'action reconnues en common law ne respectent pas le critère à trois volets auquel il faut satisfaire pour que le demandeur relève de la compétence de la Cour fédérale. Une instance ne peut être fondée sur la Charte seulement; la compétence doit provenir d'une autre source. Le demandeur ne peut obtenir gain de cause contre les défendeurs particuliers, que ce soit en se fondant sur la Charte ou sur les règles de common law concernant la responsabilité délictuelle.

Le simple fait qu'un délit a été commis dans un établissement carcéral ne suffit pas pour le lier aux règles constitutives de l'établissement de façon à trouver dans celles-ci le cadre législatif nécessaire au soutien de l'attribution légale de compétence de la Cour fédérale. Le demandeur, qui jouit d'une liberté résiduelle dans le milieu carcéral, se fonde sur plusieurs dispositions du *Règlement sur le service des pénitenciers*, plus particulièrement sur les articles 13, 14 et 40. Ces dispositions énoncent les obligations des personnes qui travaillent pour le Service des pénitenciers et portent sur la garde et le traitement des détenus. Le paragraphe 40(1) concerne le maintien de l'ordre et de la

and perhaps to other inmates wishing predictable surroundings, but neither gives the plaintiff any right nor does it provide a detailed statutory framework upon which to build a case. The Regulations relied upon by the plaintiff are general directions to prison staff and are not directed to giving rights to the plaintiff. The case law does not leave it open as to the amount of detail necessary to provide a statutory framework which must include some right or duty owed and some detail to flesh out that right or duty. That element was missing in the present case. The plaintiff was unable to present the statutory framework necessary to come within the case law, for the link to federal law was too fragile. His action cannot succeed by reason of lack of jurisdiction.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3.  
*Air Regulations*, SOR/61-10.  
*Atlantic Fishing Registration and Licensing Regulations*, C.R.C., c. 808.  
*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. 24.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(5)(b) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 401, 419(1)(a).  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2, ss. 10(1), 12, 15(1) (as am. by S.C. 1976-77, c. 53, s. 28), (2).  
*Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 24(1) (as am. by S.C. 1976-77, c. 53, s. 41).  
*Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5.  
*Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251, ss. 2 "institutional head", "member", 3, 5(1), 13, 14, 16, 40(1),(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1979] 2 F.C. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (T.D.); affd [1980] 1 F.C. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d) 60; 14

discipline dans l'institution; il s'agit d'une obligation envers la société et peut-être envers d'autres détenus qui souhaitent vivre dans un milieu stable. Cependant, ces dispositions ne reconnaissent aucun droit au demandeur ni ne constituent un cadre législatif détaillé qu'il peut invoquer avec succès. Le Règlement invoqué par le demandeur constitue des directives générales qui sont destinées au personnel carcéral et qui ne visent pas à conférer des droits au demandeur. La jurisprudence ne prévoit aucune souplesse quant au degré de précision nécessaire pour conclure à l'existence d'un cadre législatif détaillé, qui doit comprendre un droit ou une obligation et certaines dispositions précises permettant d'étoffer ce droit ou cette obligation. Ces dispositions précises n'existent pas en l'espèce. Le demandeur n'est pas en mesure de se fonder sur le cadre législatif nécessaire pour pouvoir invoquer la jurisprudence, parce que le lien existant en l'espèce avec les règles de droit fédérales est trop ténu. La Cour ne peut accueillir son action parce qu'elle n'a pas compétence à l'égard de celle-ci.

#### 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. 24.  
*Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970, ch. A-3.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(5)(b) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3).  
*Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, ch. P-2, art. 10(1), 12, 15(1) (mod. par S.C. 1976-77, ch. 53, art. 28), (2).  
*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.  
*Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), ch. P-5.  
*Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, ch. P-6, art. 24(1) (mod. par S.C. 1976-77, ch. 53, art. 41).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.  
*Règlement de l'Air*, DORS/61-10.  
*Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., ch. 1251, art. 2 «chef d'institution», «membre», 3, 5(1), 13, 14, 16, 40(1),(2).  
*Règlement sur l'immatriculation et les permis de pêche dans l'Atlantique*, C.R.C., ch. 808.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 401, 419(1)(a).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1979] 2 C.F. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1980] 1 C.F. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d)

C.P.C. 165 (C.A.); *Kigowa v. Canada*, [1990] 1 F.C. 804; (1990), 67 D.L.R. (4th) 305; 10 Imm. L.R. (2d) 161; 105 N.R. 278 (C.A.); *Oag v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 472; (1985), 23 C.C.C. (3d) 20; 22 C.R.R. 171 (T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Cairns v. Farm Credit Corp.*, [1992] 2 F.C. 115; (1991), 7 Admin. L.R. (2d) 203; 49 F.T.R. 308 (T.D.); *Banerd v. Canada et al.* (1994), 88 F.T.R. 14 (C.F.T.D.); *Francoeur et al. and R. et al.* (1987), 15 C.E.R. 349; 18 F.T.R. 47 (F.C.T.D.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Holt v. Canada*, [1989] 1 F.C. 522; (1988), 23 F.T.R. 109 (T.D.); *Hendricks v. Fairweather and Canada* (1991), 45 F.T.R. 171 (F.C.T.D.); *Nichols v. R.*, [1980] 1 F.C. 646; (1979), 106 D.L.R. (3d) 189 (T.D.); *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *Maguire v. Canada*, [1990] 1 F.C. 742; (1989), 66 D.L.R. (4th) 121; 31 F.T.R. 115 (T.D.).

## REFERRED TO:

*Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417; 62 N.R. 364 (F.C.A.); *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471; *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81; *R. v. Moore; Oag v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 658; (1983), 52 A.R. 347; 41 O.R. (2d) 271; 147 D.L.R. (3d) 528; [1984] 1 W.W.R. 191; 29 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.R. (3d) 97; 52 N.R. 258; *The Queen v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; (1985), 52 O.R. (2d) 585; 24 D.L.R. (4th) 9; 16 Admin. L.R. 184; 23 C.C.C. (3d) 97; 49 C.R. (3d) 1; 63 N.R. 321; 14 O.A.C. 33; *Truscott v. Director of Mountain Institution et al.* (1983), 147 D.L.R. (3d) 741; 4 C.C.C. (3d) 199; 33 C.R. (3d) 121 (B.C.C.A.).

## AUTHORS CITED

Strayer, B. L. *The Canadian Constitution and the Courts: The Function and Scope of Judicial Review*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.

60; 14 C.P.C. 165 (C.A.); *Kigowa c. Canada*, [1990] 1 C.F. 804; (1990), 67 D.L.R. (4th) 305; 10 Imm. L.R. (2d) 161; 105 N.R. 278 (C.A.); *Oag c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 472; (1985), 23 C.C.C. (3d) 20; 22 C.R.R. 171 (1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Cairns c. Société du crédit agricole*, [1992] 2 C.F. 115; (1991), 7 Admin. L.R. (2d) 203; 49 F.T.R. 308 (1<sup>re</sup> inst.); *Banerd c. Canada et al.* (1994), 88 F.T.R. 14 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Francoeur et al. et R. et al.* (1987), 15 C.E.R. 349; 18 F.T.R. 47 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Holt c. Canada*, [1989] 1 C.F. 522; (1988), 23 F.T.R. 109 (1<sup>re</sup> inst.); *Hendricks c. Fairweather et Canada* (1991), 45 F.T.R. 171 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Nichols c. R.*, [1980] 1 C.F. 646; (1979), 106 D.L.R. (3d) 189 (1<sup>re</sup> inst.); *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *Maguire c. Canada*, [1990] 1 C.F. 742; (1989), 66 D.L.R. (4th) 121; 31 F.T.R. 115 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée c. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417; 62 N.R. 364 (C.A.F.); *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 9 N.R. 471; *McNamara Construction (Western) Ltée. et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81; *R. c. Moore; Oag c. La Reine et autres*, [1983] 1 R.C.S. 658; (1983), 52 A.R. 347; 41 O.R. (2d) 271; 147 D.L.R. (3d) 528; [1984] 1 W.W.R. 191; 29 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.R. (3d) 97; 52 N.R. 258; *La Reine c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; (1985), 52 O.R. (2d) 585; 24 D.L.R. (4th) 9; 16 Admin. L.R. 184; 23 C.C.C. (3d) 97; 49 C.R. (3d) 1; 63 N.R. 321; 14 O.A.C. 33; *Truscott v. Director of Mountain Institution et al.* (1983), 147 D.L.R. (3d) 741; 4 C.C.C. (3d) 199; 33 C.R. (3d) 121 (C.A.C.-B.).

## DOCTRINE

Strayer, B. L. *The Canadian Constitution and the Courts: The Function and Scope of Judicial Review*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.

MOTION for leave to file a conditional appearance and to strike out the statement of claim, on behalf of the individual defendants, on the ground that the Court is without jurisdiction over them. Motion allowed.

COUNSEL:

*Charles B. Davison* for plaintiff.  
*Kirk Lambrecht* for defendants.

SOLICITORS:

*Charles B. Davison*, Edmonton, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

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

- 1 HARGRAVE P.: These reasons arise out of a motion for leave to file a conditional appearance, on behalf of the individual defendants, and to strike out the statement of claim, again as to the individual defendants, on the ground that the Court is without jurisdiction over those persons.

BACKGROUND

- 2 The statement of claim, which was filed June 18, 1993, alleges that the defendants wrongfully moved the plaintiff, who was in the general prison population at the Edmonton Institution, into a segregation unit, June 21, 1991, in the incorrect belief that he was planning an escape. The plaintiff seeks a declaration that his rights have been violated, general and punitive damages and special damages.
- 3 In response, the defendants agree that the plaintiff was placed in dissociation and segregation for reasonable cause pending transfer to a high maximum security unit at the Saskatchewan Penitentiary. The transfer to the Saskatchewan Penitentiary did not occur and on review, July 15, 1991, it was not approved by the prison administration. The plaintiff

REQUÊTE présentée pour le compte des défendeurs particuliers en vue d'obtenir l'autorisation de produire un acte de comparution conditionnelle et la radiation de la déclaration au motif que la Cour n'a pas compétence à leur égard. Requête accueillie.

AVOCATS:

*Charles B. Davison* pour le demandeur.  
*Kirk Lambrecht* pour les défendeurs.

PROCUREURS:

*Charles B. Davison*, Edmonton, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

1 LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les présents motifs découlent d'une requête par laquelle les défendeurs particuliers demandent à la Cour de les autoriser à produire un acte de comparution conditionnelle et de radier la déclaration, au motif qu'elle n'a pas compétence à leur égard.

CONTEXTE

2 Dans la déclaration déposée le 18 juin 1993, il est allégué que, le 21 juin 1991, les défendeurs ont transféré à tort le demandeur, qui faisait partie de la population carcérale générale de l'établissement d'Edmonton, dans une unité d'isolement, croyant erronément qu'il planifiait une évasion. Le demandeur prie à la Cour de déclarer que ses droits ont été violés et de lui accorder des dommages-intérêts généraux et punitifs ainsi que des dommages-intérêts spéciaux.

3 En guise de réponse, les défendeurs conviennent que le demandeur a été placé à l'écart dans une unité d'isolement pour des motifs raisonnables jusqu'à ce qu'il soit transféré dans une section à sécurité maximale au pénitencier de la Saskatchewan. Le transfert au pénitencier de la Saskatchewan n'a pas eu lieu et, lors de la révision le 15 juillet 1991, il



was returned to the general prison population at the Edmonton Institution on July 17, 1991.

n'a pas été approuvé par l'administration pénitentiaire. Le demandeur a été retourné à la population carcérale générale de l'établissement d'Edmonton le 17 juillet 1991.

4 In the present instance the defendants have referred both to Rule 401 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], a rule providing for a conditional appearance so that, among other things, jurisdiction may be challenged, and to paragraph 419(1)(a) of the Rules, that the statement of claim discloses no reasonable cause of action, in this instance, by reason of the Court's want of jurisdiction over the named individuals.

4 Dans la présente requête, les défendeurs ont invoqué la Règle 401 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], qui prévoit la possibilité de déposer un acte de comparution conditionnelle afin, notamment, de contester la compétence et ils ont soutenu qu'aux termes de l'alinéa 419(1)a) des Règles, la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable en l'espèce, en raison de l'absence de compétence de la Cour à l'endroit des individus désignés.

5 Counsel for the defendants says that the issue underlying the dispute over the presence or absence of the personal defendants is whether there will be multiple examinations for discovery, or only discovery of the Crown. Counsel submits that consideration ought to be given both to avoiding unnecessary discoveries in this action and indeed in other actions with a resulting flood of discoveries against individuals. This may be laudable, but is not a ground for denying a plaintiff a day in court against defendants who are properly within the jurisdiction of the Court.

5 L'avocat des défendeurs fait valoir que la question sous-jacente au différend qui oppose les parties quant à la présence ou à l'absence des défendeurs particuliers est de savoir s'il y aura plusieurs interrogatoires préalables, ou seulement l'interrogatoire préalable de Sa Majesté. Selon l'avocat, il y aurait lieu d'éviter des interrogatoires préalables superflus dans la présente action et même dans d'autres actions qui donnent lieu à une avalanche d'interrogatoires préalables à l'encontre d'individus. Si louable que soit cet objectif, il ne constitue pas un motif suffisant en soi pour empêcher un demandeur de poursuivre en justice des défendeurs qui sont visés par la compétence de la Cour.

6 The jurisdiction of the Federal Court in this instance is circumscribed by the three-part test in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752. I will set out the test in full and due course, however, it may be summarized as requiring first, a grant of jurisdiction, second, federal law to nourish the grant, and third, a law of Canada on which to base the case.

6 La compétence de la Cour fédérale dans la présente affaire est délimitée par le critère à trois volets établi dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752. J'énoncerai le critère de façon détaillée en temps voulu. Pour l'instant, il suffit de dire qu'il exige d'abord une attribution de compétence, en deuxième lieu, un ensemble de règles de droit fédérales constituant le fondement de l'attribution et, en troisième lieu, une loi du Canada sur laquelle repose l'affaire.

7 There is no doubt that the individual defendants fall within paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3)], satisfying the first part of the test. However, the plaintiff has not satisfied the second part of the

7 Il est indéniable que les défendeurs particuliers sont visés par l'alinéa 17(5)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3)], de sorte que le premier volet du critère est respecté. Cependant, le demandeur n'a pas

test, an existing body of federal law to nourish the grant of jurisdiction, which I will deal with in due course. The plaintiff not having met this second aspect, I have not considered the third part of the test.

### CONSIDERATION

#### Procédure

8 In that the Deputy Attorney General of Canada has filed a defence on behalf of all of the defendants, a conditional appearance under Rule 401 is a moot point. However, the individual defendants, in that the motion to strike refers to paragraph 419(1)(a) of the Rules, that the statement of claim discloses no reasonable cause of action, may move to strike out at any time during the proceeding: see for example *Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.), at page 418.

9 Mr. Justice Denault noted in *Cairns v. Farm Credit Corp.*, [1992] 2 F.C. 115 (T.D.) that while Rule 401 is intended to deal with questions as to the Court's jurisdiction and paragraph 419(1)(a) of the Rules is meant to deal with the existence of a reasonable cause of action, a failure to set forth the correct Rule is not fatal to the substance of the motion (at pages 128-129).

10 Mr. Justice Richard pointed out in *Banerd v. Canada et al.* (1994), 88 F.T.R. 14 (F.C.T.D.) that as a matter of practice it is more appropriate, when jurisdiction is challenged and the objective is to strike out a pleading, to proceed on the basis of Rule 401, rather than paragraph 419(1)(a) of the Rules, but then went on to apply the same analysis as under paragraph 419(1)(a) of the Rules, that the facts alleged in the statement of claim are assumed to be true and that it must be plain and obvious that the action cannot succeed in order to strike out a pleading. This is similar to the approach taken by

prouvé l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales constituant le fondement de l'attribution légale de compétence, le deuxième volet, dont je reparlerai. Par conséquent, je n'ai pas examiné le troisième volet du critère.

### EXAMEN

#### Procédure

8 Étant donné que le sous-procureur général du Canada a déposé une défense au nom de tous les défendeurs, la requête visant à obtenir l'autorisation de déposer un acte de comparution conditionnelle en vertu de la Règle 401 est théorique. Cependant, comme la requête en radiation est fondée sur le motif énoncé à l'alinéa 419(1)a) des Règles, c'est-à-dire le fait que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable, les défendeurs particuliers peuvent présenter une requête en radiation en tout temps pendant les procédures: voir, par exemple, l'arrêt *Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée c. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (C.A.F.), à la page 418.

9 Dans l'arrêt *Cairns c. Société du crédit agricole*, [1992] 2 C.F. 115 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Denault a souligné que, bien que la Règle 401 vise à traiter des questions qui mettent en cause la compétence de la Cour et que l'alinéa 419(1)a) des Règles soit destinée à traiter de la question de savoir s'il existe une cause raisonnable d'action, l'omission d'indiquer la Règle exacte ne fait pas échouer le fond de la requête (aux pages 128 et 129).

10 Dans l'arrêt *Banerd c. Canada et al.* (1994), 88 F.T.R. 14 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Richard a souligné qu'en pratique, lorsqu'une partie conteste la compétence dans le but de faire radier un acte de procédure, il est préférable de procéder en application de la Règle 401 plutôt que de l'alinéa 419(1)a) des Règles, mais il a fait l'analyse exigée par cette dernière Règle, c'est-à-dire qu'il a présumé que les faits allégués dans la déclaration étaient exacts et répété que, pour radier un acte de procédure, il doit être évident que l'action ne peut réussir. Ce raisonnement est semblable à celui que le juge Collier a suivi dans

Mr. Justice Collier in *Francoeur et al. and R. et al.* (1987), 15 C.E.R. 349 (F.C.T.D.), in which he considered a claim made by an individual and two companies, against the Crown, in the context of paragraph 419(1)(a) of the Rules. Mr. Justice Collier found that the claims were not based on existing federal law, but rather on tort and breach of contract, thus running afoul of *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654 and *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1979] 2 F.C. 476 (T.D.). For the purposes of the motion he assumed the facts in the pleadings to be true and considered whether it was plain and obvious that the claim could not succeed.

#### Source of Jurisdiction

- 11 In the present instance, if there is jurisdiction it must begin within the statutory grant of jurisdiction to the Court in paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*:

17. . . .

(5) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

. . . .

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown.

- 12 Even if the individual defendants come within this section, as servants or officers of the Crown and these defendants admit that they are employees of the Correctional Service, that alone is insufficient, for the claim against such individuals must be supported by existing and applicable federal law: see for example *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1979] 2 F.C. 476 (T.D.), affirmed [1980] 1 F.C. 86 (C.A.).

- 13 In the *Pacific Western Airlines* case the main claim was founded in tort, both in negligence and in breach of statutory duty. There was a subsidiary

l'arrêt *Francoeur et al. et R. et al.* (1987), 15 C.E.R. 349 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où il a examiné, dans le contexte de l'alinéa 419(1)a des Règles, une action intentée par un particulier et deux sociétés contre Sa Majesté. Le juge Collier a conclu que les demandes d'indemnité n'étaient pas fondées sur des règles de droit fédérales, mais plutôt sur les règles concernant la responsabilité délictuelle et contractuelle, allant ainsi à l'encontre des arrêts *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltée et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654 et *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1979] 2 C.F. 476 (1<sup>re</sup> inst.). Aux fins de la requête, il a présumé que les faits allégués dans les actes de procédure étaient exacts et s'est demandé s'il était évident que l'action ne pouvait réussir.

#### Origine de la compétence

- Dans la présente affaire, s'il y a compétence, elle doit être fondée d'abord et avant tout sur l'alinéa 17(5)b de la *Loi sur la Cour fédérale*: 11

17. . . .

(5) La Section de première instance a compétence concurrente . . .

. . . .

b) contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions.

- Même si les défendeurs particuliers sont visés par cette disposition comme préposés ou fonctionnaires de Sa Majesté et admettent qu'ils sont des employés du Service correctionnel, ce fait à lui seul ne suffit pas, car l'action intentée contre ces personnes doit être fondée sur des règles de droit fédérales applicables: voir, par exemple, l'arrêt *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1979] 2 C.F. 476 (1<sup>re</sup> inst.), confirmé par [1980] 1 C.F. 86 (C.A.). 12

- Dans ce dernier arrêt, la principale demande d'indemnité était fondée sur la responsabilité délictuelle découlant de la négligence et de l'inexécution d'obli- 13

allegation of breach of contract. Mr. Justice Collier had no great difficulty in dismissing the claims to the extent that they were founded on the common law of negligence and/or breach of contract, and not on a law of Canada or on existing federal law.

- 14 As Mr. Justice Collier pointed out in *Pacific Western Airlines*, at page 484, the then equivalent of paragraph 17(5)(b) of the Rules “merely permits the impleading of a Crown servant. For jurisdiction, existing federal law must be found elsewhere”. Mr. Justice Collier was upheld by the Court of Appeal, which referred to the attempt by the plaintiffs to found their action on certain provisions of the *Aeronautics Act* [R.S.C. 1970, c. A-3] and of the *Air Regulations* [SOR/61-10], at pages 88-89:

Those provisions are obviously part of the existing federal law but that does not help the appellants because the causes of action disclosed by the statement of claim, in so far as they are founded on those provisions, are not reasonable causes of action. In my opinion, the Trial Division was right in holding that the provisions of the *Aeronautics Act* and of the *Air Regulations* invoked by the appellants, when they create duties, create public duties only and do not confer any direct right of action on any individual citizen who may suffer damage by reason of their breach.

The Court of Appeal in *Pacific Western Airlines* pointed out that the causes of action of the appellants could not be founded on a breach of statutory duty owed to individuals nor could the action be founded on either negligence or contract, for the laws of negligence and contract are clearly provincial laws ([1980] 1 F.C. 86, at pages 88-89).

- 15 The causes of action set out in the present statement of claim, for the most part, are based not upon federal law or upon the laws of Canada, but rather on tort law as would be applied by the courts of the provinces. In paragraph 4, the plaintiff relies on the tort of combination or civil conspiracy in the transfer of the plaintiff from the general population at the Edmonton Institute to a segregation unit; in para-

gations d'origine législative. La rupture de contrat était également alléguée comme argument subsidiaire. Le juge Collier n'a pas eu beaucoup de mal à rejeter les actions au motif qu'elles étaient fondées sur les règles générales de la négligence et de la rupture de contrat et non sur une règle de droit fédérale ou sur une loi du Canada existante.

- 14 Comme le juge Collier l'a souligné dans l'arrêt *Pacific Western Airlines* à la page 484, la disposition qui équivalait alors à l'alinéa 17(5)b) des Règles «se borne à autoriser à ester contre un fonctionnaire de la Couronne. Pour ce qui est de la compétence, il faut chercher ailleurs le droit fédéral applicable». Confirmant la décision du juge Collier, la Cour d'appel a commenté en ces termes les efforts déployés par les demandeurs pour fonder leur action sur certaines dispositions de la *Loi sur l'aéronautique* [S.R.C. 1970, ch. A-3] et du *Règlement de l'Air* [DORS/61-10], aux pages 88 et 89:

Ces dispositions font, de toute évidence, partie de la législation fédérale applicable, mais elles ne sont d'aucun secours pour les appelantes car les causes d'action que révèle la déclaration, dans la mesure où elles se fondent sur ces dispositions, ne constituent pas des causes raisonnables d'action. À mon avis, la Division de première instance a conclu à bon droit que dans la mesure où ces textes créent des obligations, la *Loi sur l'aéronautique* et le *Règlement de l'Air*, invoqués par les appelantes ne créent que des obligations publiques dont la violation n'ouvre aucune voie de recours directe aux particuliers qui pourraient en souffrir.

La Cour d'appel a souligné que les causes d'action des appelantes ne pouvaient être fondées ni sur l'inexécution d'une obligation d'origine législative ni sur les règles relatives à la faute et aux obligations contractuelles, car celles-ci relèvent indéniablement du droit provincial ([1980] 1 C.F. 86, aux pages 88 et 89).

- 15 Dans la déclaration déposée en l'espèce, les causes d'action invoquées sont fondées, pour la plupart, non pas sur le droit fédéral ou sur les lois du Canada, mais plutôt sur les règles de la responsabilité délictuelle qu'appliqueraient les tribunaux provinciaux. Au paragraphe 4, le demandeur soutient que son transfert de la population générale de l'établissement d'Edmonton dans une unité d'isolement dé-

graph 5 the basis of the claim is wrongful and malicious conduct by the defendants, in the abuse of their authority, a plea similar to that of abuse of process; in paragraph 6 the tort is that of defamation; in paragraph 7 the plea is that the defendants were negligent in performing their duties; in paragraph 9 the plea is that of false imprisonment; and in paragraph 14 the plaintiff says that his Charter rights and freedoms were violated [*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]].

coule d'une coalition ou d'une collusion; au paragraphe 5, le demandeur reproche aux défendeurs leur conduite malveillante et fautive fondée sur un abus de pouvoir, laquelle allégation est semblable à celle de l'abus de procédure; au paragraphe 6, le délit invoqué est celui de la diffamation; au paragraphe 7, le demandeur soutient que les défendeurs ont fait preuve de négligence dans l'exécution de leurs fonctions; selon le paragraphe 9, la faute commise serait celle de la détention arbitraire et, au paragraphe 14, le demandeur allègue que ses droits et libertés reconnus par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] ont été violés.

16 All of these, except the last, are common law causes of action, but not federal law or laws of Canada, as referred to by the Supreme Court of Canada in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.* (*supra*) and thus are not good pleas as against the present individual defendants. These common law causes of action do not satisfy the three-part test that must be satisfied in order to bring the plaintiff within the jurisdiction of the Federal Court, as set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd.* (*supra*), at page 766.

À l'exception du dernier, tous ces motifs renvoient à des causes d'action reconnues en common law, mais non fondées sur une règle de droit fédérale ou une loi du Canada, au sens où l'entend la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre* (*supra*), et ne peuvent donc être invoqués contre les défendeurs particuliers en l'espèce. Ces causes d'action reconnues en common law ne respectent pas le critère à trois volets qui doit être établi pour que le demandeur soit visé par la compétence de la Cour fédérale et que la Cour suprême a énoncé comme suit dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd.* (précité), à la page 766:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.

2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.

2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

#### Charter of Rights as a Federal Law to Nourish Jurisdiction

#### La Charte des droits comme ensemble de règles de droit fédérales constituant le fondement de l'attribution de compétence

17 The reference to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in paragraph 14 of the statement of

Le renvoi, au paragraphe 14 de la déclaration, à la *Charte canadienne des droits et libertés* et la ques-

claim, and whether the Charter and specifically section 24, empowers this Court to give a constitutional remedy, or whether the Federal Court must have an external source of jurisdiction, is a more interesting issue.

- 18 Mr. Justice Strayer (as he then was), discussed this issue in *The Canadian Constitution and the Courts: The Function and Scope of Judicial Review*, 3rd ed. Butterworths, 1988, at page 70 *et seq.* in the context of subsection 24(1):

24.(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this *Charter*, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court seems appropriate and just in the circumstances.

Mr. Justice Strayer then considered whether the words “court of competent jurisdiction”, in this section, implicitly empower a court to give a constitutional remedy which would not normally be within its powers. He answers this question by pointing out that Madam Justice Wilson, in delivering reasons concurred in by Chief Justice Dickson and Justice Lamer (as he then was) dealt with this question in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at page 222, saying that the phrase “a court of competent jurisdiction”, as used in subsection 24(1) of the Charter “premises the existence of jurisdiction from a source external to the *Charter* itself.”

- 19 Similarly, Mr. Justice Strayer pointed out that in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863 the Supreme Court “appears to have adopted the standard test for ‘competent jurisdiction’. To be of competent jurisdiction, a court must by its constitutive laws (normally statutes) have jurisdiction as to the person impleaded before it, the subject matter of the cause, and the remedy being sought” and concluded that “If the Charter had intended to confer general jurisdiction on all courts to adjudicate any Charter matter it would surely have been worded otherwise” (at page 71).

tion de savoir si la Charte, notamment l'article 24, autorise la Cour fédérale à accorder une réparation fondée sur la Constitution ou si la Cour doit pouvoir invoquer une source de compétence externe méritent davantage d'être étudiés.

Dans son ouvrage intitulé *The Canadian Constitution and the Courts: The Function and Scope of Judicial Review*, 3<sup>e</sup> éd. Butterworths, 1988, le juge Strayer (tel était alors son titre) a examiné cette question à la page 70 et suivantes dans le contexte du paragraphe 24(1):

[TRADUCTION]

24.(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente *Charte*, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Le juge Strayer s'est ensuite demandé si les mots «tribunal compétent» de cette disposition autorisent implicitement un tribunal à accorder une réparation d'origine constitutionnelle qui ne relèverait habituellement pas de ses pouvoirs. Il répond à cette question en soulignant que, dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 222, M<sup>me</sup> le juge Wilson, dans des motifs auxquels ont souscrit le juge en chef Dickson et le juge Lamer (alors juge puîné), a mentionné que les mots «tribunal compétent» du paragraphe 24(1) de la Charte «présuppose[nt] . . . l'existence d'une compétence indépendante de la *Charte* elle-même».

Le juge Strayer a ajouté que, dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, la Cour suprême

[TRADUCTION] «semble avoir adopté le critère habituel à l'égard de la compétence. Pour être compétent, un tribunal doit être investi par ses règles habitantes (habituellement une loi) du pouvoir de se prononcer en ce qui a trait à la personne poursuivie devant lui, à l'objet du litige et à la réparation demandée» et a conclu que [TRADUCTION] «Si la *Charte* avait eu pour objet de conférer à tous les tribunaux le pouvoir général de se prononcer sur toute question la concernant, elle aurait certainement été formulée autrement» (à la page 71).

20 Counsel for the defendants referred to *Holt v. Canada*, [1989] 1 F.C. 522 (T.D.) for the proposition, by implication, that the Charter does not nourish a claim, in the Federal Court, over individuals. Mr. Justice McNair, in the *Holt* case, raised the issue, at page 528:

The third criterion of the *ITO* test requires that the law on which the case for jurisdiction is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867* . . . .

It is urged here that the Charter is clearly a matter of federal law, falling within federal legislative competence under the general peace, order and good government power accorded by section 91 of the Act as well as coming within the federal powers with respect to criminal law and the establishment, maintenance and management of penitentiaries under subsections 91(27) and 91(28) respectively.

Counsel quite correctly points out that Mr. Justice McNair, in dismissing the application to add individuals as defendants, did not discuss this point again, but determined, at pages 531-532:

Under the circumstances, I find that the causes of action asserted against the individual defendants are not attributable to any fountainhead source of federal law but rather, if they exist at all, are the emanations of provincial law relating to tortious liability.

21 That a proceeding cannot be founded on the Charter alone, but requires some other basis for jurisdiction, is also a point made by Mr. Justice Mahoney who wrote the principal set of reasons for the Federal Court of Appeal in *Kigowa v. Canada*, [1990] 1 F.C. 804, at pages 810-811.

22 I have concluded that it is beyond doubt that the plaintiff may not succeed against the individual defendants either on the basis of the common law tort remedies or on the basis of the Charter. The plaintiff must find his jurisdiction elsewhere.

Penitentiary Regulations as Federal Law to Nourish Jurisdiction

20 L'avocat des défendeurs a soutenu que l'arrêt *Holt c. Canada*, [1989] 1 C.F. 522 (1<sup>re</sup> inst.), permet de déduire que la Charte ne peut constituer le fondement de la compétence de la Cour fédérale à l'endroit de particuliers. Dans cet arrêt, le juge McNair a soulevé la question en ces termes à la page 528:

Le troisième critère de l'arrêt *ITO* exige que la loi invoquée dans l'affaire doive être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* . . .

En l'espèce, on insiste sur le fait que la Charte est bien une loi fédérale, relevant de la compétence législative fédérale en vertu de l'article 91 de la Loi qui confère le pouvoir d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement, et en vertu des paragraphes 91(27) et 91(28) relativement au droit criminel et à l'établissement, au maintien et à l'administration des pénitenciers.

L'avocat souligne avec raison qu'en rejetant la requête cherchant à faire constituer certaines personnes parties défenderesses, le juge McNair n'est pas revenu sur cette question, mais a conclu comme suit, aux pages 531 et 532:

Dans les circonstances, j'estime que les causes d'action alléguées contre les défendeurs particuliers ne sont pas attribuables à une source de droit fédéral mais proviennent plutôt, s'il en est, du droit provincial en matière de responsabilité délictuelle.

21 Par ailleurs, dans l'arrêt *Kigowa c. Canada*, [1990] 1 C.F. 804 (C.A.), aux pages 810 et 811, le juge Mahoney, qui a rédigé les principaux motifs pour la Cour d'appel fédérale, a reconnu qu'une procédure ne peut être fondée sur la Charte seulement et que la compétence doit provenir d'une autre source.

22 À mon avis, il est indéniable que le demandeur ne peut réussir contre les défendeurs particuliers, que ce soit en se fondant sur la Charte ou sur les règles de la common law concernant la responsabilité délictuelle. Le demandeur doit trouver ailleurs le fondement de la compétence qu'il invoque.

Le Règlement sur le service des pénitenciers comme ensemble de règles de droit fédérales constituant le fondement de l'attribution de compétence

- 23 The mere fact that a tort occurred in a penitentiary setting is not enough to connect it with the institution's statutory underpinnings so as to find the necessary statutory framework required to nourish the Federal Court's statutory grant of jurisdiction.
- 24 Counsel for the plaintiff sought a source for jurisdiction in the *Penitentiary Service Regulations* [C.R.C., c. 1251] enacted under the *Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5, and in several cases, principally *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511 (C.A.). Indeed, counsel for the defendants admits that *Oag* is the case that he must successfully deal with on this aspect of his motion.
- 25 The plaintiff, Mr. Oag, had become entitled to be released on mandatory supervision pursuant to a National Parole Board decision. The Board suspended his mandatory supervision twice, both times the plaintiff being arrested, detained and released. This practice, known as "gating", had been ruled illegal by the Supreme Court of Canada in *R. v. Moore; Oag v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 658. The Trial Judge [[1986] 1 F.C. 472] had struck out Mr. Oag's statement of claim on the ground that the action was not based on federal law and thus Mr. Oag could not pursue claims against individual Parole Board members.
- 26 The Court of Appeal in *Oag* applied the three-part test laid down in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.* (*supra*) and then pointed to the detailed statutory framework, which included mandatory provisions entitling Mr. Oag to a partial degree of freedom which might not be interfered with except as provided in the legislation. This statutory framework, found in the *Penitentiary Act* [R.S.C. 1970, c. P-6] and in the *Parole Act* [R.S.C. 1970, c. P-2] satisfied the second requirement of the *International Terminal Operators* test, that there be an existing body of federal law essential for the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
- Le simple fait qu'un délit a été commis dans un pénitencier ne suffit pas pour le lier aux règles constitutives de l'établissement de façon à trouver dans celles-ci le cadre législatif nécessaire au soutien de l'attribution légale de compétence de la Cour fédérale.
- L'avocat du demandeur a invoqué, comme fondement de la compétence, le *Règlement sur le service des pénitenciers* [C.R.C., ch. 1251] pris en application de la *Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), ch. P-5, et plusieurs décisions, notamment l'arrêt *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511 (C.A.). L'avocat des défendeurs admet effectivement que l'arrêt *Oag* est la décision qu'il doit réussir à écarter pour avoir gain de cause sur cet aspect de sa requête.
- Le demandeur, M. Oag, était devenu admissible à obtenir une libération sous surveillance obligatoire conformément à une décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles. La Commission a suspendu la libération sous surveillance obligatoire du demandeur à deux reprises, le demandeur ayant été arrêté, détenu et libéré à ces deux occasions. Dans l'arrêt *R. c. Moore; Oag c. La Reine et autres*, [1983] 1 R.C.S. 658, la Cour suprême du Canada avait jugé illégale cette pratique appelée «blocage». Le juge de première instance [[1986] 1 C.F. 472] avait radié la déclaration de M. Oag au motif que l'action n'était pas fondée sur les règles de droit fédérales et que M. Oag ne pouvait donc poursuivre des particuliers membres de la Commission des libérations conditionnelles.
- Dans l'arrêt *Oag*, la Cour d'appel a appliqué le critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre* (précité) et fait mention du cadre législatif détaillé, qui comprenait des dispositions impératives donnant à M. Oag le droit à une liberté partielle qui ne pouvait être entravée, sauf suivant les dispositions législatives. Ce cadre législatif, qui se trouvait dans la *Loi sur les pénitenciers* [S.R.C. 1970, ch. P-6] et dans la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* [S.R.C. 1970, ch. P-2], satisfaisait au deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *International Terminal Operators*, soit l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales qui soit



27 One of the difficulties, in considering jurisdiction based on a statutory framework as a source of federal law, is that of reconciling the subsequent case of *Hendricks v. Fairweather and Canada* (1991), 45 F.T.R. 171 (F.C.T.D.) with the *Oag* case. In *Hendricks* the plaintiff, a member of the Immigration and Refugee Board, was advised by the Chairman of the Board, Mr. Fairweather, that he would oppose the renewal of Mr. Hendricks' term of office. As defendant Mr. Fairweather filed a conditional appearance and challenged the jurisdiction of the Court. The plaintiff argued, among other things, that the acts of Mr. Fairweather in opposing the renewal of the plaintiff's term of office, were committed while performing duties assigned under a federal statute and that served as the basis for the Federal Court's jurisdiction. Mr. Justice Denault rejected that argument, adopting, at page 175 of his reasons, the words of Mr. Justice McNair in the *Holt* case (*supra*) at pages 531-532:

In my opinion, the tortious claims asserted against the individual defendants do not derive from an existing body of federal law governing liability in the context of providing a 'detailed framework' sufficient to fasten liability on such defendants. The fact that the defendant Outerbridge was the chief executive officer charged with general supervision over the work and affairs of the National Parole Board is far too fragile a link on which to found jurisdiction against him in his individual capacity. Under the circumstances, I find that the causes of action asserted against the individual defendants are not attributable to any fountainhead source of federal law but rather, if they exist at all, are the emanations of provincial law relating to tortious liability. [Emphasis added by Mr. Justice Denault.]

28 In the *Hendricks* case counsel for the plaintiff had referred to the *Oag* case, but Mr. Justice Denault believed that the National Parole Board legislation was too fragile a link on which to found jurisdiction against an individual board member.

essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

27 Un des problèmes inhérents à l'examen de la compétence fondé sur l'existence d'un cadre législatif comme source de règles de droit fédérales est celui de concilier l'arrêt *Oag* avec la décision subséquente qui a été rendue dans l'affaire *Hendricks c. Fairweather et Canada* (1991), 45 F.T.R. 171 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Dans cette affaire, M. Fairweather, président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, a fait savoir au demandeur, qui était membre de la Commission, qu'il contesterait le renouvellement du mandat de celui-ci. M. Fairweather a alors déposé un acte de comparution conditionnelle comme défendeur et contesté la compétence de la Cour. Le demandeur a soutenu, notamment, que la contestation par M. Fairweather du renouvellement de son mandat avait eu lieu dans le cadre de l'exercice de fonctions en vertu d'une loi fédérale, ce qui constituait le fondement de la compétence de la Cour fédérale. Rejetant cet argument, le juge Denault a adopté, à la page 175 de ses motifs, les commentaires que le juge McNair avait formulés dans l'arrêt *Holt* (précité) aux pages 531 et 532:

À mon avis, les actes délictueux reprochés aux défendeurs particuliers ne découlent pas d'un ensemble de règles de droit fédéral applicable actuellement qui constitue un «cadre législatif détaillé» suffisant pour imputer la responsabilité à ces défendeurs. Le fait que le défendeur Outerbridge était le fonctionnaire exécutif en chef de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui en surveille le travail est un lien trop fragile pour permettre de conclure à la compétence de la Cour à son égard, en sa qualité individuelle. Dans les circonstances, j'estime que les causes d'action alléguées contre les défendeurs particuliers ne sont pas attribuables à une source de droit fédéral mais proviennent plutôt, s'il en est, du droit provincial en matière de responsabilité délictuelle. [Soulignements ajoutés par le juge Denault.]

28 Dans l'arrêt *Hendricks*, l'avocat du demandeur avait cité l'arrêt *Oag*, mais le juge Denault estimait que la loi habilitante de la Commission nationale des libérations conditionnelles constituait un lien trop fragile pour être considéré comme un fondement de la compétence à l'encontre d'un membre de la Commission.

29 At this point it is pertinent to refer to *Nichols v. R.*, [1980] 1 F.C. 646 (T.D.), a decision of Mr. Justice Mahoney, which pre-dated *Oag*. Counsel for the plaintiff submits that since the *Nichols* case the law on misfeasance and public authorities has evolved. While it may be helpful to the plaintiff in pursuing the Crown I do not see that it assists in enlarging the statutory jurisdiction of the Federal Court. In the *Nichols* case the plaintiff had sued for allegedly negligent dental treatment while an inmate in a federal penitentiary. In order to come within the jurisdiction of the Court the plaintiff submitted that he was owed a statutory duty under two sections of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251, which sections were as follows:

3. It is the duty of every member to give effect, to the best of his ability, to the laws relating to the administration of penitentiaries in Canada and to use his best endeavours to achieve the purposes and objectives of the Service, namely, the custody, control, correctional training and rehabilitation of persons who are sentenced or committed to a penitentiary.

...

16. Every inmate shall be provided, in accordance with directives, with the essential medical and dental care that he requires.

Mr. Justice Mahoney pointed out that the duty under section 3 was one owed entirely to Her Majesty and that the obligation under section 16 entirely an obligation of Her Majesty, with neither section giving rise to a cause of action by an inmate against a member of the Penitentiary Service. He went on to say that even accepting that there had been an evolution of the common law, to allow inmates the right to sue their keepers in court, "it did not create or expand a cause of action but rather vested prisoners with the capacity or status to sue in respect, at least in this case, of a cause of action that already existed. The cause of action itself remains the tort of negligence and that does not arise from federal law" (at page 648).

Il convient à ce moment-ci de citer l'arrêt *Nichols c. R.*, [1980] 1 C.F. 646 (1<sup>re</sup> inst.), décision que le juge Mahoney a rendue avant l'arrêt *Oag*. L'avocat du demandeur allègue que, depuis l'arrêt *Nichols*, les règles relatives à la faute d'exécution et aux pouvoirs publics ont évolué. Même si cette décision peut être utile au demandeur dans le cadre de poursuites intentées contre Sa Majesté, elle n'a pas pour effet d'élargir la compétence légale dont la Cour fédérale est investie. Dans l'arrêt *Nichols*, le demandeur a soutenu que des soins dentaires lui ont été fournis avec négligence pendant qu'il était détenu dans un pénitencier fédéral. Alléguant qu'il était visé par la compétence de la Cour, il a invoqué l'existence d'une obligation d'origine législative à son endroit aux termes des deux articles suivants du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., ch. 1251:

29

3. Il incombe à chaque membre de donner effet, au mieux de son habileté, aux lois relatives à l'administration des pénitenciers au Canada et de faire tout en son pouvoir pour réaliser les fins et les objets du Service, savoir la garde, la maîtrise, la formation disciplinaire et la réadaptation des personnes condamnées ou envoyées au pénitencier.

...

16. Tout détenu doit bénéficier, conformément aux directives, des soins médicaux et dentaires essentiels dont il a besoin.

Le juge Mahoney a souligné que l'obligation prévue à l'article 3 était due entièrement à Sa Majesté et que celle qui découlait de l'article 16 était une obligation que seule Sa Majesté pouvait remplir, de sorte qu'aucune de ces dispositions ne créait en faveur d'un détenu un droit d'action à l'encontre d'un membre du Service des pénitenciers. Il a ajouté que, même s'il reconnaissait que les règles de common law avaient évolué de façon à permettre aux détenus d'intenter des poursuites contre leurs gardiens, cette évolution «n'a pas créé ni élargi une cause d'action, mais qu'elle a plutôt conféré aux prisonniers le statut ou la capacité leur permettant d'intenter une action fondée, du moins c'est le cas en l'espèce, sur une cause d'action qui existait déjà. Or, c'est le délit de négligence qui constitue ici la cause d'action et cela ne relève pas du droit fédéral» (à la page 648).

30 In contrast, the plaintiff in *Oag* was in a very different position. First, there was no denying that Mr. Oag, even as a prisoner, was not without some rights or residual liberty of which he could not be deprived of unlawfully: see for example *The Queen v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, at page 637 and *Truscott v. Director of Mountain Institution et al.* (1983), 147 D.L.R. (3d) 741 (B.C.C.A.), at pages 744-745. Second, Mr. Oag had some very specific and indeed mandatory legislation which gave him rights, namely subsection 24(1) [as am. by S.C. 1976-77, c. 53, s. 41] of the *Penitentiary Act* and then several sections of the *Parole Act* [s. 15(1) (as am. *idem*, s. 28)]:

[*Penitentiary Act*]

24. (1) Subject to section 24.2, every inmate may be credited with fifteen days of remission of his sentence in respect of each month and with a number of days calculated on a pro rata basis in respect of each incomplete month during which he has applied himself industriously, as determined in accordance with any rules made by the Commissioner in that behalf, to the program of the penitentiary in which he is imprisoned.

[*Parole Act*]

10. (1) The Board may

...

(b) impose any terms and conditions that it considers desirable in respect of an inmate who is subject to mandatory supervision;

...

12. Where

(a) the Board grants parole to an inmate, or

(b) an inmate is released from imprisonment subject to mandatory supervision,

the Board shall issue a parole certificate or mandatory supervision certificate under the seal of the Board and in a form prescribed by it, and shall cause the certificate to be delivered to the inmate and a copy thereof to be delivered to the inmate's parole supervisor, if any.

Pour sa part, le demandeur dans l'arrêt *Oag* se trouvait dans une situation bien différente. D'abord, il était incontestable que M. Oag, même comme prisonnier, possédait certains droits ou une liberté résiduelle dont il ne pouvait être privé illégalement: voir, par exemple, les arrêts *La Reine c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, à la page 637 et *Truscott v. Director of Mountain Institution et al.* (1983), 147 D.L.R. (3d) 741 (C.A.C.-B.), aux pages 744 et 745. En outre, M. Oag pouvait invoquer des dispositions législatives très précises, voire impératives, qui lui reconnaissaient des droits, en l'occurrence le paragraphe 24(1) [mod. par S.C. 1976-77, ch. 53, art. 41] de la *Loi sur les pénitenciers* et plusieurs dispositions de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* [art. 15(1) (mod., *idem*, art. 28)]:

[*Loi sur les pénitenciers*]

24. (1) Sous réserve de l'article 24.2, chaque prisonnier bénéficie de quinze jours de réduction de peine pour chaque mois, et d'un nombre de jours calculés au prorata pour chaque partie de mois, passés à s'adonner assidûment, comme le prévoient les règles établies à cet effet par le commissaire, au programme du pénitencier où il est emprisonné.

[*Loi sur la libération conditionnelle et détenus*]

10. (1) La Commission peut

...

b) imposer toutes modalités qu'elle juge opportunes concernant un détenu qui est assujéti à une surveillance obligatoire;

...

12. Lorsque

a) la Commission octroie la libération conditionnelle à un détenu, ou que

b) un détenu est libéré de prison mais demeure assujéti à une surveillance obligatoire,

la Commission doit délivrer un certificat de libération conditionnelle ou un certificat de surveillance obligatoire, sous le sceau de la Commission et dans les formes prescrites par elle, et la Commission doit faire remettre le certificat au détenu et une copie de ce certificat doit être remise le cas échéant, au surveillant de liberté conditionnelle du détenu.

15. (1) Where an inmate is released from imprisonment, prior to the expiration of his sentence according to law, solely as a result of remission, including earned remission, and the term of such remission exceeds sixty days, he shall, notwithstanding any other Act, be subject to mandatory supervision commencing upon his release and continuing for the duration of such remission.

(2) Paragraph 10(1)(e), section 11, section 13 and sections 16 to 21 apply to an inmate who is subject to mandatory supervision as though he were a paroled inmate on parole and as though the terms and conditions of his mandatory supervision were terms and conditions of his parole.

31 In *Oag*, the parole legislation granted an inmate a discretionary remission of sentence for industrious application to penitentiary programs and provided that should the Parole Board grant parole, then various mandatory provisions applied, including as to mandatory supervision, so that "so long as the appellant fulfilled the terms of the mandatory supervision he was entitled to enjoy a degree of freedom" (at page 520). Mr. Justice Stone, in writing the reasons for the Court of Appeal, referred to the *Penitentiary Act* and the *Parole Act* as a detailed statutory framework of federal law under which Mr. Oag both acquired a right of limited freedom and also the right to remain so without interference. Thus the Court of Appeal found that the claims of Mr. Oag were provided for in the laws of Canada or federal law meeting the requirement of the second test under the *International Terminal Operators* case.

32 The *Oag* case was summed up by Mr. Justice Hugessen in *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454 (C.A.), at pages 458-459:

... Oag's claim was that the defendant Crown officers had acted illegally and contrary to a federal statute (the *Parole Act* . . .) in such a way as to deprive him of a freedom to which he was entitled solely by the operation of another federal statute (the *Penitentiary Act* . . .). Thus not only did the damage which he suffered consist solely

15. (1) Par dérogation à toute autre loi, le détenu remis en liberté avant l'expiration de sa sentence prévue par la loi, uniquement par suite d'une réduction de peine supérieure à soixante jours, y compris une réduction méritée, doit être assujéti à une surveillance obligatoire dès sa mise en liberté, et pendant tout le temps que dure cette réduction.

(2) L'alinéa 10(1)e), l'article 11, l'article 13 et les articles 16 à 21 s'appliquent à un détenu qui est assujéti à la surveillance obligatoire comme s'il était un détenu à liberté conditionnelle en libération conditionnelle et comme si les modalités de sa surveillance obligatoire étaient des modalités de sa libération conditionnelle.

31 Dans l'arrêt *Oag*, la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* accordait au détenu une réduction de peine discrétionnaire lorsqu'il s'était conformé à la lettre aux programmes du pénitencier et prévoyait que, si la Commission des libérations conditionnelles accordait une libération conditionnelle, différentes dispositions impératives s'appliquaient, notamment en ce qui a trait à la surveillance obligatoire, de sorte que «aussi longtemps que l'appelant satisfaisait aux conditions de sa surveillance obligatoire, il avait le droit de jouir d'une certaine liberté» (à la page 520). S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Stone a dit que la *Loi sur les pénitenciers* et la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* constituaient un cadre législatif détaillé de droit fédéral en vertu duquel M. Oag a acquis non seulement le droit d'être libre, mais également celui de le rester sans entrave. La Cour d'appel a donc conclu que les arguments de M. Oag étaient fondés sur les lois du Canada ou le droit fédéral et satisfaisaient à la deuxième exigence du critère énoncé dans l'arrêt *International Terminal Operators*.

32 Dans l'arrêt *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454 (C.A.), le juge Hugessen a résumé l'arrêt *Oag* en ces termes aux pages 458 et 459:

... Oag soutenait que les fonctionnaires de la Couronne défendeurs avaient agi illégalement et contrairement à une loi fédérale (la *Loi sur les libérations conditionnelles de détenus* . . .) de façon à le priver d'une liberté à laquelle il avait droit uniquement par l'application d'une autre loi fédérale (la *Loi sur les pénitenciers* . . .). Ainsi, non seule-

in the deprivation of a right whose only source was a federal statute, but the deprivation itself was caused solely by the alleged abuse by federal officers of their powers under another federal statute.

The crux of the *Oag* case is that he was wrongly deprived of a statutory right which belonged to him.

ment le préjudice subi par Oag consistait-il uniquement en la privation d'un droit qui trouvait sa seule source dans une loi fédérale, mais cette privation elle-même découlait entièrement de l'abus qu'auraient fait les fonctionnaires fédéraux des pouvoirs que leur conférait une autre loi fédérale.

La décision rendue dans l'affaire *Oag* reposait principalement sur le fait qu'il avait été privé à tort d'un droit d'origine législative qui lui appartenait.

33 The *Oag* case was touched upon in *Maguire v. Canada*, [1990] 1 F.C. 742 (T.D.), in which a fisherman alleged that he had been wrongly deprived of his commercial salmon fishing licence by the actions of two fisheries officers. The fisheries officers moved to be let out of the action by reason of a want of jurisdiction. Mr. Justice McNair found the existence of a detailed statutory framework in the *Fisheries Act* [R.S.C., 1985, c. F-14] governing the terms and conditions for obtaining commercial salmon fishing licences. At the time, on the East Coast, the operative legislation was the *Atlantic Fishing Registration and Licensing Regulations*, C.R.C., c. 808. The regulatory regime set out was a detailed one, which Mr. Justice McNair felt was "amply sufficient to nourish the statutory grant of jurisdiction afforded by paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*" (at page 756).

L'affaire *Oag* a été commentée dans l'arrêt *Maguire c. Canada*, [1990] 1 C.F. 742 (1<sup>re</sup> inst.), où un pêcheur a soutenu qu'il avait été privé à tort de son permis de pêche commerciale du saumon par les agissements de deux agents des pêches. Les agents ont contesté la compétence de la Cour à leur endroit par voie d'exception déclinatoire. Le juge McNair a conclu à l'existence, dans la *Loi sur les pêches* [L.R.C. (1985), ch. F-14], d'un cadre législatif détaillé régissant les conditions d'obtention de permis de pêche commerciale du saumon. À l'époque, sur la côte est, le règlement applicable était le *Règlement sur l'immatriculation et les permis pour la pêche dans l'Atlantique*, C.R.C., ch. 808. Le régime réglementaire énoncé était détaillé et, de l'avis du juge McNair, «suffit amplement pour établir l'attribution de la compétence par l'alinéa 17(5)b de la *Loi sur la Cour fédérale*» (à la page 756).

34 The final case that ought to be mentioned and in which the *Oag* case was referred to is *Kigowa v. Canada*, *supra*, a decision of the Federal Court of Appeal. In that case the plaintiff had a right of movement in Canada governed by the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], a "law of Canada". That right was allegedly infringed by an immigration officer. The Court of Appeal heard a motion by the immigration officer, who had unsuccessfully, at the trial level, tried to have the action dismissed for want of jurisdiction. The Court of Appeal touched on the Charter argument, but pointed out that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* did not qualify as a law of Canada and therefore the Court had to look to the *Immigration Act*. Mr. Justice Mahoney, whose reasons were concurred with by the other judges, pointed out that Mr. Kigowa, while in Canada, had a certain and limited statutory right to be at liberty within Canada while he waited for

La dernière décision qu'il convient de citer et dans laquelle l'arrêt *Oag* a été mentionné est celle de *Kigowa c. Canada*, précité, qui a été rendue par la Cour d'appel fédérale. Dans cette affaire, le demandeur jouissait d'un droit de rester en liberté au Canada qui était régi par la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], une «loi du Canada». Ce droit aurait été enfreint par un agent d'immigration. La Cour d'appel a entendu une requête présentée par l'agent d'immigration, qui avait tenté sans succès en première instance de faire rejeter l'action pour cause d'absence de compétence. Commentant brièvement l'argument lié à la Charte, la Cour d'appel a souligné que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne pouvait être considérée comme une loi du Canada et que la Cour devait se tourner du côté de la *Loi sur l'immigration*. Le juge Mahoney, à l'avis duquel les autres juges ont souscrit, a souligné que, pendant qu'il se trouvait au Canada, M. Kigowa possédait le

an inquiry or for removal, as the case might be (at page 816). Mr. Justice Heald, who wrote short concurring reasons, pointed out that Mr. Kigowa's "right to be in Canada and his right to freedom here emanated entirely from the provisions of the *Immigration Act, 1976*" (at page 808) and that if the torts alleged by the plaintiff "were committed, it was because the plaintiff's right to remain free, pursuant to the provisions of the *Immigration Act, 1976*, were interfered with" (at page 808). Again, in the *Kigowa* case the detailed statutory framework included rights held by the plaintiff.

35 In the present instance the plaintiff, who has some residual freedom within the prison setting, relies upon various sections of the *Penitentiary Service Regulations*. Those provisions and other pertinent provisions are as follows:

*Interpretation*

2. In these Regulations,

...

"institutional head" means the officer who has been appointed under the Act or these Regulations to be in charge of an institution and includes, during his absence or inability to act, his lawful deputy;

...

"member" means an officer or employee of the Service;

...

*Duty of Members*

3. It is the duty of every member to give effect, to the best of his ability, to the laws relating to the administration of penitentiaries in Canada and to use his best endeavours to achieve the purposes and objectives of the Service, namely, the custody, control, correctional training and rehabilitation of persons who are sentenced or committed to penitentiary.

...

5. (1) The institutional head is responsible for the direction of his staff, the organization, safety and security of

droit, sous réserve des restrictions prévues dans la *Loi sur l'immigration*, de rester en liberté au Canada en attendant son enquête ou son renvoi, selon le cas (à la page 816). Le juge Heald, qui a rédigé de brefs motifs concourants, a mentionné que le droit de M. Kigowa «d'être au Canada et son droit d'y être libre émanait entièrement des dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*» (à la page 808) et que, si les délits reprochés par le demandeur «ont été commis, c'est parce qu'il y a eu atteinte au droit du demandeur de rester libre qui lui est conféré par les dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*» (à la page 808). Encore là, dans cette affaire, les droits invoqués par le demandeur découlaient du cadre législatif détaillé.

Dans la présente affaire, le demandeur, qui jouit 35 d'une liberté résiduelle dans le milieu carcéral, se fonde sur plusieurs dispositions du *Règlement sur le service des pénitenciers*. Voici ces dispositions et d'autres dispositions pertinentes:

*Interprétation*

2. Dans le présent règlement,

...

«chef d'institution» désigne le fonctionnaire nommé aux termes de la Loi ou du présent règlement pour administrer l'institution et comprend, en cas d'absence ou d'incapacité d'agir de ce dernier, son adjoint légitime;

...

«membre» désigne un fonctionnaire ou employé du Service;

...

*Devoir des membres*

3. Il incombe à chaque membre de donner effet, au mieux de son habileté, aux lois relatives à l'administration des pénitenciers au Canada et de faire tout en son pouvoir pour réaliser les fins et les objets du Service, savoir la garde, la maîtrise, la formation disciplinaire et la réadaptation des personnes condamnées ou envoyées au pénitencier.

...

5. (1) Le chef d'institution est responsable de la direction de son personnel, de l'organisation, de la sûreté et de

his institution and the correctional training of all inmates confined therein.

...

#### *Custody of Inmates*

13. The inmate shall, in accordance with directives, be confined in the institution that seems most appropriate having regard to

- (a) the degree and kind of custodial control considered necessary or desirable for the protection of society, and
- (b) the program of correctional training considered most appropriate for the inmate.

#### *Classification*

14. The file of an inmate shall be carefully reviewed before any decision is made concerning the classification, reclassification or transfer of the inmate.

...

#### *Dissociation*

40. (1) Where the institutional head is satisfied that

- (a) for the maintenance of good order and discipline in the institution, or
- (b) in the best interests of an inmate

it is necessary or desirable that the inmate should be kept from associating with other inmates, he may order the inmate to be dissociated accordingly, but the case of every inmate so dissociated shall be considered, not less than once each month, by the Classification Board for the purpose of recommending to the institutional head whether or not the inmate should return to association with other inmates.

(2) An inmate who has been dissociated is not considered under punishment unless he has been sentenced as such and he shall not be deprived of any of his privileges and amenities by reason thereof, except those privileges and amenities that

- (a) can only be enjoyed in association with other inmates, or
- (b) cannot reasonably be granted having regard to the limitations of the dissociation area and the necessity for the effective operation thereof.

la sécurité de son institution, y compris la formation disciplinaire des détenus qui y sont incarcérés.

...

#### *Garde des détenus*

13. Le détenu doit, conformément aux directives, être incarcéré dans l'institution qui semble la plus appropriée, compte tenu

- a) du degré et de la nature de la surveillance jugée nécessaire ou désirable pour la protection de la société; et
- b) du programme de traitement disciplinaire jugé le plus approprié au détenu.

#### *Classification*

14. Le dossier d'un détenu doit être soigneusement examiné avant qu'une décision ne soit prise relativement à la classification, première ou nouvelle, ou au transfert du détenu.

...

#### *Interdiction de se joindre aux autres*

40. (1) Si le chef de l'institution est convaincu que,

- a) pour le maintien du bon ordre et de la discipline dans l'institution, ou
- b) dans le meilleur intérêt du détenu,

il est nécessaire ou opportun d'interdire au détenu de se joindre aux autres, il peut le lui interdire, mais le cas d'un détenu ainsi placé à l'écart doit être étudié, au moins une fois par mois, par le Comité de classement qui recommandera au chef de l'institution la levée ou le maintien de cette interdiction.

(2) Un détenu placé à l'écart n'est pas considéré comme frappé d'une peine à moins qu'il n'y ait été condamné, et il ne doit, pour autant, perdre aucun de ses privilèges et agréments, sauf ceux

- a) dont il ne peut jouir qu'en se joignant aux autres détenus; ou
- b) qui ne peuvent pas raisonnablement être accordés, compte tenu des limitations du lieu où le détenu est ainsi placé à l'écart et de l'obligation d'administrer ce lieu de façon efficace.

36 That Mr. Oag was deprived of a right outside of an institution, but Mr. Robinson claims from inside

Le fait que M. Oag a été privé d'un droit alors qu'il se trouvait à l'extérieur d'un établissement 36

an institution, does not assist Mr. Robinson, for the applicable test is whether there is a detailed statutory framework of federal legislation.

tandis que M. Robinson était à l'intérieur d'un établissement n'aide pas ce dernier, car le critère applicable est celui de l'existence d'un cadre législatif fédéral détaillé.

37 In the present instance, the *Penitentiary Service Regulations*, upon which Mr. Robinson relies, set out the duties of those employed by the penitentiary service including the duties of the officers of the facilities. Part II, which contains sections 13 and 14 of the Regulations, deals with the custody and training of inmates.

Dans le cas qui nous occupe, le *Règlement sur le service des pénitenciers*, que M. Robinson invoque, énonce les obligations des personnes qui travaillent pour le Service des pénitenciers, notamment les obligations des agents des établissements. La partie II, qui renferme les articles 13 et 14 du Règlement, concerne la garde et le traitement des détenus.

38 Section 13 of the *Penitentiary Service Regulations* is a directive to those who operate institutions to confine each inmate properly, giving regard both to "the degree and kind of custodial control considered necessary or desirable for the protection of society", which is clearly a requirement of a duty owed to society and to "the program of correctional training considered most appropriate for the inmate", which might be considered an obligation owed to the inmate, however, we are in this instance not concerned with training, but rather only with custodial control for the protection of society. Section 13 is of no help to the plaintiff.

L'article 13 du *Règlement sur le service des pénitenciers* prévoit que les dirigeants des établissements doivent incarcérer chaque détenu dans l'institution qui semble la plus appropriée, compte tenu «du degré et de la nature de la surveillance jugée nécessaire ou désirable pour la protection de la société», ce qui indique nettement l'existence d'une obligation envers la société, et «du programme de traitement disciplinaire jugé le plus approprié au détenu», ce qui pourrait être considéré comme une obligation envers les détenus. Toutefois, la présente affaire porte, non pas sur le traitement disciplinaire, mais uniquement sur la surveillance jugée nécessaire pour la protection de la société. L'article 13 n'est d'aucune utilité au demandeur.

39 Section 14 of the Regulations is a directive as to the handling of an inmate's file, that it "be carefully reviewed before any decision is made concerning the classification, reclassification or transfer of the inmate". It requires those in charge to review an inmate's file in a situation such as that encountered by the plaintiff, but neither does it give any substantive rights to the plaintiff, nor is it a part of detailed statutory framework which might nourish the statutory grant of jurisdiction to the Federal Court in paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*.

Selon l'article 14 du Règlement, le dossier du détenu doit «être soigneusement examiné avant qu'une décision ne soit prise relativement à la classification, première ou nouvelle, ou au transfert du détenu». L'article oblige les personnes responsables à revoir le dossier d'un détenu dans une situation semblable à celle que le demandeur a vécue, mais il n'accorde pas de droits à celui-ci et ne fait pas partie non plus d'un cadre législatif détaillé qui pourrait constituer le fondement de l'attribution de la compétence dont la Cour fédérale est investie en vertu de l'alinéa 17(5)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

40 In the present instance the plaintiff says he was segregated and considered for transfer because the defendants wrongly believed he was planning an escape from the Edmonton Institution. That brings us to section 40 of the Regulations, on which the

Le demandeur soutient en l'espèce qu'il a été placé à l'écart et que son cas a été examiné en vue d'un transfert parce que les défendeurs ont cru à tort qu'il songeait à s'évader de l'établissement d'Edmonton. Cet argument nous amène à examiner l'arti-



plaintiff also relies as nourishing the Court's statutory grant of jurisdiction. In this context, subsection 40(1) allows the head of the institution to order an inmate dissociated where satisfied that it is necessary "(a) for the maintenance of good order and discipline in the institution". This applicable portion of subsection 40(1) deals with maintenance of order and discipline in the institution: it is a duty owed to society, and perhaps to other inmates wishing predictable surroundings, but neither gives Mr. Robinson any right nor does it provide a detailed statutory framework upon which to build a case. In this instance we are not concerned with paragraph 40(1)(b) which would seem to provide for protective custody of an inmate.

cle 40 du Règlement, que le demandeur invoque également comme fondement de l'attribution légale de compétence de la Cour. Dans ce contexte, le paragraphe 40(1) permet au chef de l'institution de placer un détenu à l'écart, lorsqu'il est convaincu que cette mesure est nécessaire «a) pour le maintien du bon ordre et de la discipline dans l'institution». La partie applicable du paragraphe 40(1) concerne le maintien de l'ordre et de la discipline dans une institution; il s'agit d'une obligation envers la société et peut-être envers d'autres détenus qui souhaitent vivre dans un milieu stable. Cependant, cette disposition ne reconnaît aucun droit à M. Robinson ni ne constitue un cadre législatif détaillé que le demandeur peut invoquer avec succès. La présente affaire ne porte pas sur l'alinéa 40(1)b), qui semble viser la protection du détenu.

41 So that there is no misunderstanding subsection 40(2) of the Regulations sets out some brief parameters of dissociation. While I read it as a direction to the institutional head, it may give a segregated inmate some limited rights, however, it certainly stops short of being a detailed statutory framework granting rights to the plaintiff.

Pour éviter tout malentendu, le paragraphe 40(2) du Règlement énonce les grandes lignes de l'interdiction de se joindre aux autres. Même si cette disposition constitue à mon avis une directive à l'endroit du chef de l'institution, il se peut qu'elle accorde au détenu placé à l'écart certains droits restreints; cependant, elle est loin de constituer un cadre législatif détaillé qui accorde des droits au demandeur.

42 Looking at the Regulations relied upon by the plaintiff one is struck by the fact that they are general directions to prison staff and are not directed to giving rights to the plaintiff. This is particularly so when contrasted with the detailed material and rights upon which the plaintiff relied in the *Oag* case. They are two very different legislative schemes.

Un examen du Règlement que le demandeur invoque indique que les dispositions en question constituent des directives générales adressées au personnel des établissements carcéraux et n'accordent pas de droits au demandeur. Cette conclusion ressort encore plus nettement lorsque les droits et les dispositions législatives et réglementaires invoqués en l'espèce sont comparés à ceux que le demandeur a fait valoir dans l'arrêt *Oag*. Ce sont deux cadres législatifs bien différents.

43 I do not agree with the plaintiff's submissions that the case law leaves it open as to the amount of detail necessary to provide a statutory framework, merely requiring an existence and a nourishment of the Federal Court's statutory grant of jurisdiction. While the measure of a "detailed statutory framework" will likely differ in each case, the elements include some right or duty owed and some detail in

Contrairement à ce que soutient le demandeur, je ne crois pas que la jurisprudence permette une certaine souplesse quant au degré de précision nécessaire pour conclure à l'existence d'un cadre législatif détaillé et qu'elle exige simplement un fondement de base de l'attribution légale de compétence de la Cour fédérale. Certes, le contenu du «cadre législatif détaillé» variera probablement d'un cas à l'autre,

the statutory framework to flesh out that right or duty. In the present instance that is missing. Having found that there is no existing body of federal law, in the nature of a federal statutory framework in this instance, I need not deal with the third test in *ITO—International Terminal Operators*, that the law on which the case is based must be a law of Canada. I must now decide whether it is plain and obvious that the action cannot succeed, by reason of lack of jurisdiction, that being the test applied in *Francoeur et al. and R. et al. (supra)*.

mais il comprend un droit ou une obligation et certaines dispositions précises permettant d'étoffer ce droit ou cette obligation. Ces dispositions précises n'existent pas en l'espèce. Comme j'en suis arrivé à la conclusion qu'il n'existe aucun ensemble de règles de droit fédérales pouvant être considéré comme un cadre législatif détaillé en l'espèce, il n'est pas nécessaire que j'examine le troisième volet du critère énoncé dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators*, selon lequel la loi invoquée dans l'affaire doit être une loi du Canada. Je dois maintenant déterminer s'il est évident que l'action ne peut réussir en raison de l'absence de compétence, soit le critère appliqué dans l'arrêt *Francoeur et al. et R. et al. (précité)*.

44 In coming to a conclusion I must keep in mind that to deny a person a day in court is a serious matter, but that ours is a statutory Court, which must not seek to extend its jurisdiction beyond that which is clearly intended: even the convenience or advantage of being able to sue individuals and the Crown together, in the same proceeding, is not a reason to extend the given jurisdiction. With this in mind and given the clear principle set out in the case law, including by the Federal Court of Appeal, it is plain and obvious that the plaintiff is not able to present the statutory framework necessary to come within the *Oag* case, for the link in the present case, to federal law, is too fragile.

Je n'ignore pas que refuser à une personne le droit d'ester en justice est une décision grave, mais la Cour fédérale est un tribunal constitué par une loi et ne doit pas élargir sa compétence au-delà des pouvoirs que le législateur désirait manifestement lui conférer: même l'avantage ou l'aspect pratique, inhérent à la possibilité de poursuivre des particuliers et Sa Majesté ensemble, dans la même procédure, n'est pas une raison pour élargir la compétence accordée. Compte tenu de cette règle et du principe clair énoncé dans la jurisprudence, notamment les décisions de la Cour d'appel fédérale, il est évident que le demandeur n'est pas en mesure de présenter le cadre législatif nécessaire pour pouvoir invoquer l'arrêt *Oag*, parce que le lien existant en l'espèce avec les règles de droit fédérales est trop fragile.

45 As to the outcome, it will be disappointing to the plaintiff. However, the plaintiff still has an action against the Crown and the Crown is vicariously responsible for the acts and neglects of Her employees. That the plaintiff will be able to examine for discovery only one person on behalf of the Crown is not an improper result.

Le résultat sera sans doute décevant pour le demandeur. Cependant, il pourra toujours poursuivre Sa Majesté, qui est responsable des actes et de la négligence de ses employés. Le fait que le demandeur ne pourra interroger au préalable qu'une seule personne représentant Sa Majesté n'est pas un résultat inapproprié.

46 At the conclusion of submissions we did not deal with costs. In the event that counsel are unable to resolve that issue, costs may be spoken to.

La question des dépens n'a pas été débattue après la présentation des arguments. Si les avocats ne peuvent s'entendre à ce sujet, ils pourront présenter des observations.

T-1181-95

**Indian Manufacturing Limited and 951268 Ontario Limited (Plaintiffs)**

v.

**Kin Ming Lo, Phillip Bannon and Jane Doe and John Doe and Other Persons, Names Unknown, Who Offer for Sale, Sell, Import, Manufacture, Print, Distribute, Advertise, Promote, Ship, Store, Display or Otherwise Deal in Unauthorized Merchandise Bearing the Trademark Indian Motorcycle or Indian Motorcycle in Canada (Defendants)**

**INDEXED AS: INDIAN MANUFACTURING LTD. v. LO (T.D.)**

Trial Division, Reed J.—Toronto, February 19; Ottawa, March 25, 1996.

*Barristers and Solicitors — Counsel obtaining Anton Piller order obliged to ensure order not overstepping bounds of client's legitimate rights, order fairly executed, and on return of any motion relating thereto, material before Court accurate, well-founded — Obligations not fulfilled as motion to review Anton Piller order not served on, and no attempt to add as named defendants, those against whom seeking to have interlocutory injunctions issued; Anton Piller order not limited to wares for which trade-mark registered.*

*Trade marks — Plaintiffs' trade-mark registered for use in association with specific wares — Anton Piller order not limited to those wares — Items not covered by trade-mark seized — Obligation on counsel obtaining Anton Piller order to ensure order not overstepping bounds of client's legitimate rights — Anton Piller order vacated.*

*Injunctions — Motion to have interlocutory injunctions issued against two individuals, business, against whom Anton Piller order executed — Nature of Anton Piller orders — Special obligations of counsel not fulfilled — Motion not served on, no attempt to add as named defendants, those against whom injunctions sought; validity of trade-mark questioned; Anton Piller order not limited to wares for which trade-mark registered.*

T-1181-95

**Indian Manufacturing Limited et 951268 Ontario Limited (demandereses)**

c.

**Kin Ming Lo, Phillip Bannon et Madame Une Telle et Monsieur Un Tel et d'autres personnes dont les noms sont inconnus, qui mettent en vente, vendent, importent, fabriquent, impriment, distribuent, annoncent, lancent, expédient, entreposent ou affichent des marchandises non autorisées portant la marque de commerce Indian Motorcycle ou Indian Motorcycle in Canada ou en font d'une autre manière le commerce (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: INDIAN MANUFACTURING LTD. c. LO (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 19 février; Ottawa, 25 mars 1996.

*Avocats et procureurs — L'avocat qui obtient une ordonnance Anton Piller est tenu de s'assurer qu'elle n'excède pas les limites des droits légitimes de son client, qu'elle soit exécutée équitablement et que, lors de la présentation de toute requête connexe, les documents soumis à la Cour soient exacts et bien fondés — Ces obligations n'ont pas été remplies puisque la requête présentée en vue de réviser l'ordonnance Anton Piller n'a pas été signifiée aux personnes à l'encontre desquelles l'émission d'injonctions interlocutoires était sollicitée et qu'aucune tentative n'a été faite en vue de les ajouter à titre de défendeurs désignés; l'ordonnance Anton Piller n'est pas limitée aux marchandises à l'égard desquelles la marque de commerce a été déposée.*

*Marques de commerce — Marque de commerce des demandereses enregistrée pour emploi en liaison avec des marchandises déterminées — Ordonnance Anton Piller non limitée à ces marchandises — Objets saisis non visés par la marque de commerce — Obligation de l'avocat qui obtient une ordonnance Anton Piller de s'assurer qu'elle n'excède pas les limites des droits légitimes de son client — Ordonnance Anton Piller annulée.*

*Injonctions — Requête en vue d'obtenir l'émission d'injonctions interlocutoires à l'encontre de deux personnes physiques et d'une entreprise, à l'encontre desquelles une ordonnance Anton Piller a été exécutée — Nature des ordonnances Anton Piller — Obligations particulières de l'avocat non remplies — Requête non signifiée, aucune tentative d'ajouter à titre de défendeurs désignés les personnes à l'encontre desquelles les injonctions sont*

This was a motion to review an Anton Piller order dated June 5, 1995 and to have interlocutory injunctions issued against two individuals and The Key Place, none of whom appeared or were represented. The motion relates to executions of the Anton Piller order which took place on February 11 and 12, 1996. There were many difficulties with the motion. The notice of motion was served neither on the two individuals, nor on the store's owner whose identity was known, and there was no indication that The Key Place was a corporate entity. The plaintiffs were seeking interlocutory injunctions which were to last until trial, but were not adding those persons to the action as named defendants after their identities became known. Assuming that they were parties before they were served with the Anton Piller order because they were "persons, names unknown who offer for sale", any action against them was dropped. There was also no support for most of the assertions. The documents on file did not support the allegation that the plaintiffs had a strong prima facie case. There were many reasons to doubt the validity of the plaintiffs' registered trade-mark. Finally, there was no limitation in the Anton Piller order to the specific wares for which the trade-mark was registered. Consequently items which were not covered by the plaintiffs' registered trade-mark were seized.

*Held*, the motion should be dismissed and the Anton Piller order should be vacated.

The Court is not well adapted to accommodate rolling Anton Piller orders which, by their nature, usually involve representations from one side only. They constitute a procedure which essentially authorizes execution without judgment. In such circumstances, counsel who obtain a rolling Anton Piller order have an obligation to ensure that the orders they seek do not overstep the bounds of the rights their clients can legitimately claim. They have an obligation to ensure that any order which is obtained is fairly executed and that on the return of any motion relating thereto the material put before the Court is accurate and well-founded. This did not occur in this case.

An order issued ordering (1) return of the goods seized on February 11 and 12; (2) deposit with the Registry of the Court of all seized merchandise, documentation, data and equipment, together with the names and addresses of the individuals from whom they were seized; (3) the

*sollicitées; validité de la marque de commerce mise en doute; ordonnance Anton Piller non limitée aux marchandises à l'égard desquelles la marque de commerce a été déposée.*

Il s'agit d'une requête en vue de réviser une ordonnance Anton Piller datée du 5 juin 1995 et de faire émettre des injonctions interlocutoires à l'encontre de deux personnes physiques et de The Key Place. Aucune de ces personnes n'a comparu ou n'était représentée. La requête concerne l'exécution de l'ordonnance Anton Piller qui a eu lieu les 11 et 12 février 1996. La requête soulève plusieurs problèmes. L'avis de requête n'a pas été signifié aux deux personnes physiques ni au propriétaire du magasin dont l'identité était connue et rien n'indique que The Key Place est une personne morale. Les demanderesse sollicitaient des injonctions interlocutoires devant durer jusqu'au procès mais elles n'ont pas ajouté ces personnes à titre de défendeurs désignés à l'action après que leur identité eut été connue. En supposant qu'elles étaient parties à l'action avant que l'ordonnance Anton Piller leur soit signifiée parce qu'elles étaient des «personnes dont les noms sont inconnus qui mettent en vente», toute action contre elles a été abandonnée. La plupart des assertions n'étaient pas appuyées sur une preuve. Les documents versés au dossier n'appuyaient pas l'allégation que les demanderesse disposaient d'une preuve convaincante à première vue. Plusieurs raisons permettaient de douter de la validité de la marque de commerce déposée des demanderesse. Enfin, l'ordonnance Anton Piller ne comportait aucune limite quant aux marchandises déterminées à l'égard desquelles la marque de commerce a été déposée. En conséquence, des objets qui n'étaient pas visés par la marque de commerce déposée des demanderesse ont été saisis.

*Jugement*: la requête doit être rejetée et l'ordonnance Anton Piller annulée.

La Cour ne s'adapte pas bien aux ordonnances Anton Piller renouvelables qui, de par leur nature, ne reposent que sur les arguments d'une seule partie. Il s'agit essentiellement d'une procédure qui autorise une exécution sans jugement. Dans ces circonstances, les avocats qui obtiennent de la Cour une ordonnance Anton Piller renouvelable ont l'obligation de veiller à ce que les ordonnances qu'ils sollicitent n'excèdent pas les limites des droits auxquels leurs clients peuvent légitimement prétendre. Ils sont aussi tenus de voir à ce qu'une ordonnance obtenue soit exécutée équitablement et que, lors de la présentation de toute requête connexe, les documents soumis à la Cour soient exacts et bien fondés. Cela ne s'est pas produit en l'espèce.

Une ordonnance a été émise pour enjoindre (1) de restituer les marchandises saisies les 11 et 12 février; (2) de déposer auprès du greffe de la Cour l'ensemble des marchandises, des documents, des données et du matériel saisis, de même que les noms et adresses des personnes de

plaintiffs to file a list of any other agents used to enforce the Anton Piller order and the names and addresses of the individuals from whom property was seized; (4) the plaintiffs to notify all persons from whom merchandise, documentation, data or equipment was seized that it has been delivered into the custody of the Court and to provide them with a copy of the reasons herein.

qui ces biens ont été saisis; (3) les demandereses doivent déposer une liste de tous les autres mandataires aux services desquels elles ont eu recours pour exécuter l'ordonnance Anton Piller, ainsi que les noms et adresses des personnes de qui des biens ont été saisis; (4) les demandereses doivent aviser toutes les personnes de qui de la marchandise, des documents, des données ou du matériel ont été saisis que ces biens ont été remis à la garde de la Cour et leur fournir une copie des motifs de l'ordonnance.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Nintendo of America, Inc. v. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 F.C. 189; (1982), 69 C.P.R. (2d) 122 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Cooper v. Barakett International Inc.* (1992), 46 C.P.R. (3d) 74; 57 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

MOTION to review an Anton Piller order and to have interlocutory injunctions issued against two individuals and a business against whom the Anton Piller order had been executed. Motion dismissed and the Anton Piller order vacated.

##### COUNSEL:

*Joseph S. Garten* for plaintiffs.  
No one appearing for defendants.

##### SOLICITORS:

*Joseph S. Garten*, Toronto, for plaintiffs.

No solicitor of record for defendants.

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

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Nintendo of America, Inc. c. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 C.F. 189; (1982), 69 C.P.R. (2d) 122 (C.A.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Cooper c. Barakett International Inc.* (1992), 46 C.P.R. (3d) 74; 57 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

REQUÊTE en vue de réviser une ordonnance Anton Piller et de faire émettre des injonctions contre deux personnes physiques et une entreprise à l'encontre desquelles une ordonnance Anton Piller a été exécutée. Requête rejetée et ordonnance Anton Piller annulée.

##### AVOCATS:

*Joseph S. Garten* pour les demandereses.  
Personne n'a comparu pour les défendeurs.

##### PROCUREURS:

*Joseph S. Garten*, Toronto, pour les demandereses.

Aucun procureur pour les défendeurs.

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

1 REED J.: This is a motion to review an Anton Piller order issued by this Court on June 5, 1995, and to have interlocutory injunctions issued against Anuva Dutta, Maria Teresa Hadgett and against The Key Place. None of the three, against whom an interlocutory injunction is sought, appeared or were represented before me on the hearing of the motion.

1 LE JUGE REED: Il s'agit d'une requête présentée en vue de réviser une ordonnance Anton Piller rendue par la Cour le 5 juin 1995, et d'obtenir des injonctions interlocutoires contre Anuva Dutta et Maria Teresa Hadgett, ainsi que contre The Key Place. Aucune de ces trois «personnes», à l'encontre desquelles une injonction interlocutoire est sollicitée,

n'a comparu ou n'était représentée lors de l'audition de la requête qui s'est déroulée devant moi.

2 There are many difficulties with the motion. In the first place, it is not clear that it was served on all three "persons" against whom the orders are sought. It is addressed to "The Administrator, the Federal Court of Canada" and to "Jane Doe and John Doe and other persons unknown". It relates to executions of the Anton Piller order, dated June 5, 1995, which executions took place on February 11 and February 12, 1996. An affidavit of Jack Hunter states that the notice of motion returnable February 19, 1996 was served on Anuva Dutta on February 11, 1996 and on Maria Teresa Hadgett on February 12, 1996. The notice of motion before me is dated February 14, 1996. It clearly has not been served on those two individuals. The notice of motion which was served on the two individuals, as appears from the attachments to the affidavit of Jack Hunter, is dated August 23, 1995. It does not refer to them by name, as the motion before me does, but it gives notice that the plaintiffs will be making a motion before the Court on February 19, 1996 for an injunction "in respect of the Respondents or Defendants personally served". Whether this is sufficient to constitute notice to the particular individuals, I leave unanswered. I note, however, that there is no reason the individuals could not have been served with the same motion that was placed before me. There was adequate time to do so between the filing of the motion on February 14, 1996, and its hearing on February 19, 1996.

3 The second difficulty with the motion is more substantial. An interlocutory injunction is sought against "The Key Place". There is no indication that that entity is a corporate person. The only information concerning The Key Place is found in Mr. Hunter's affidavit. That affidavit states that Maria Teresa Hadgett was "the person apparently responsible for wares on display . . . at a kiosk under the signage The Key Place". Mr. Hunter states that he was told by Maria Teresa Hadgett that the store's

2 La requête soulève plusieurs problèmes. En premier lieu, il n'est pas évident qu'elle a été signifiée aux trois «personnes» à l'encontre desquelles des ordonnances sont sollicitées. La requête est adressée à [TRADUCTION] l'«Administrateur, Cour fédérale du Canada» et à «Madame Une Telle et Monsieur Un Tel et d'autres personnes dont les noms sont inconnus» et concerne une ordonnance Anton Piller datée du 5 juin 1995 et exécutée les 11 et 12 février 1996. Un affidavit signé par Jack Hunter indique que l'avis de la requête devant être présentée le 19 février 1996 a été signifié à Anuva Dutta le 11 février 1996 et à Maria Teresa Hadgett le 12 février 1996. Or l'avis de requête qui m'a été présenté est daté du 14 février 1996. Il est évident qu'il n'a pas été signifié à ces deux personnes. Il appert des pièces jointes à l'affidavit de Jack Hunter que l'avis de requête signifié à ces deux personnes est daté du 23 août 1995. Contrairement à la requête qui m'est soumise, cet avis ne mentionne pas le nom de ces deux personnes, mais indique que les demandresses présenteront une requête devant la Cour le 19 février 1996 en vue d'obtenir une injonction [TRADUCTION] «à l'égard des intimés ou des défendeurs ayant reçu signification à personne». Je ne me prononce pas sur la question de savoir si cette façon de procéder constitue un avis suffisant aux personnes concernées. Toutefois, je souligne qu'il n'y a pas de raison pour laquelle on n'aurait pu signifier à ces personnes la requête qui m'a été soumise. Les demandresses disposaient d'assez de temps pour le faire entre le dépôt de la requête le 14 février 1996 et l'audition de celle-ci le 19 février 1996.

3 Le deuxième problème que soulève la présente requête est plus important. Une injonction interlocutoire est demandée à l'encontre de «The Key Place». Rien n'indique que cette entité est une personne morale. Les seuls renseignements concernant The Key Place se trouvent dans l'affidavit de M. Hunter. Ce document indique que Maria Teresa Hadgett était [TRADUCTION] «la personne apparemment responsable des marchandises en montre . . . dans un kiosque et sous l'enseigne de The Key Place». Hunter déclare

owner was Claudio Stellato, who was not there at that time. Not only is there no indication that The Key Place is a corporate entity but there was no service on Mr. Stellato when it is known that he is the store's owner, and Ms. Hadgett is described as "the person apparently responsible" (underlining added).

que Maria Teresa Hadgett lui avait dit que le propriétaire du magasin était Claudio Stellato, lequel était absent à ce moment-là. Non seulement n'y a-t-il aucune indication que The Key Place est une personne morale mais Stellato n'a pas reçu signification de la requête, alors qu'on sait qu'il est le propriétaire de la boutique et que Hadgett est désignée comme étant [TRADUCTION] «la personne apparemment responsable» (non souligné dans l'original).

4 Thirdly, the plaintiffs are seeking interlocutory injunctions against the three "persons", which injunctions are to last until trial. At the same time, those persons are not being added to the action as named defendants. Assuming they were parties to the action before they were served with the Anton Piller order, because they fell within the description of defendants, being "persons, names unknown, who offer for sale", the plaintiffs did not move to add them as named defendants after their identity became known. Thus any action as against them has been dropped. At the same time, the plaintiffs seek interlocutory injunction orders against them until trial.

4 En troisième lieu, les demanderesse sollicitent des injonctions interlocutoires contre les trois «personnes», lesquelles injonctions doivent rester en vigueur jusqu'au procès. Pourtant, le nom de ces personnes n'a pas été ajouté à titre de défendeurs désignés à l'action. En supposant qu'elles étaient parties à l'action avant que l'ordonnance Anton Piller leur soit signifiée parce qu'elles étaient visées par la description des défendeurs, à savoir [TRADUCTION] «les personnes, dont les noms sont inconnus, qui mettent en vente», les demanderesse n'ont pas demandé qu'elles soient ajoutées à titre de défendeuses désignées après que leur identité a été connue. Ainsi, toute action contre elles a été abandonnée. Pourtant, les demanderesse sollicitent à leur rencontre des injonctions interlocutoires devant durer jusqu'au procès.

5 A fourth difficulty is found in the grounds on which the request for the interlocutory injunctions are sought. They are enumerated in several paragraphs of the notice of motion. There is no support for most if not all of the assertions made. In particular, the plaintiffs assert, in five of the relevant paragraphs, that they have a strong prima facie case. The documents on the file do not support that allegation. The affidavit of Steven Richman, dated June 4, 1995, refers to litigation between the plaintiffs (or their predecessors in title) and Barakett International Inc. (file T-1569-92) [*Cooper v. Barakett International Inc.*]. The plaintiffs were granted an interlocutory injunction in that litigation on September 16, 1992. A review of the reasons given by Mr. Justice Rothstein, which are reported at (1992), 46 C.P.R. (3d) 74, reveal the challenges to which the validity of the plaintiffs' trade-mark is susceptible. The defendants, in that proceeding, noted that the word

5 Le quatrième problème concerne les motifs sur lesquels s'appuie la demande d'injonctions interlocutoires. Ceux-ci sont énumérés dans plusieurs paragraphes de l'avis de requête. La plupart sinon l'ensemble des assertions qui y sont faites ne sont pas appuyées sur une preuve. Plus précisément, dans cinq des paragraphes pertinents, les demanderesse affirment qu'elles disposent d'une preuve convaincante à première vue. Or, les documents versés au dossier n'appuient pas cette allégation. L'affidavit de Steven Richman, daté du 4 juin 1995, renvoie à un litige entre les demanderesse (ou leurs prédécesseurs en titre) et Barakett International Inc. (numéro du greffe T-1569-92) [*Cooper c. Barakett International Inc.*]. Dans le cadre de cette instance, les demanderesse se sont vu accorder une injonction interlocutoire le 16 septembre 1992. Une étude des motifs du juge Rothstein, publiés à (1992), 46 C.P.R. (3d) 74, révèle les contestations auxquelles la validité de

“Indian” and “Indian Motorcycle” had been used by a number of companies in Canada for many years. They noted that the name “Indian Motorcycle” was not dreamt up out of thin air, that it is meant to be linked to old vintage Indian motorcycles. The validity of the mark was challenged because it was not distinctive and distinctiveness is a requirement for a valid trade-mark. Mr. Justice Rothstein granted the plaintiffs an interlocutory injunction, not because the plaintiffs had a *prima facie* case, but because he was persuaded that if the plaintiffs were successful at trial, and an interlocutory injunction was not granted, they would suffer damages which could not be quantified. Mr. Justice Rothstein noted, on several occasions, that in so far as the strength of the plaintiffs’ case was concerned, he was only finding that there was a serious question to be tried. He noted that this was a much lower threshold than the *prima facie* case standard. After the interlocutory injunction was granted, the defendants, Barakett *et al.*, entered into a consent agreement in the plaintiffs’ favour. It would be wrong to consider this as a concession that the plaintiffs’ trade-mark was valid. Parties enter into consent judgments for a variety of reasons, one often being the cost of pursuing the litigation. In any event, there are serious issues concerning the validity of the plaintiffs’ mark which have never been resolved. In *Nintendo of America, Inc. v. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 F.C. 189 (C.A.), it was held that the plaintiff was entitled to an Anton Piller order because it had demonstrated: (1) an extremely strong *prima facie* case; (2) very serious actual or potential damage would occur if an injunction were not granted; and (3) a real possibility existed that the defendants would destroy the goods or documents if they were not seized. In the present case, there are many reasons to doubt the validity of the plaintiffs’ registered trade-mark. Also, it is not clear to me that the other conditions exist in the case of all the occasions on which the order has been executed.

la marque de commerce des demandesses est exposée. Les défendeurs ont souligné que les mots «Indian» et «Indian Motorcycle» avaient été employés par un certain nombre de sociétés au Canada pendant de nombreuses années. Ils ont souligné que le nom «Indian Motorcycle» n’avait pas été inventé de toutes pièces et qu’il était censé évoquer d’anciens modèles de motocyclettes de marque «Indian». La validité de la marque a été contestée parce qu’elle n’était pas distinctive et que le caractère distinctif est une condition de validité d’une marque de commerce. Le juge Rothstein a accordé aux demandesses une injonction interlocutoire non pas parce que celles-ci disposaient d’une preuve convaincante à première vue, mais parce qu’il était persuadé que si elles avaient gain de cause au procès et qu’une injonction interlocutoire ne leur était pas accordée, elles subiraient un préjudice qui ne pourrait être quantifié. À plusieurs occasions, le juge Rothstein a souligné qu’en ce qui concernait le bien-fondé de la cause des demandesses, il concluait seulement qu’il y avait une question sérieuse à trancher. Il a souligné qu’il s’agissait d’un critère beaucoup moins sévère que la norme de l’apparence de droit. Après le prononcé de l’injonction interlocutoire, les défendeurs, Barakett et autres., ont signé un consentement en faveur des demandesses. Il serait erroné de considérer qu’il s’agit d’une concession relative à la validité de la marque de commerce des demandesses. Les parties signent des confession de jugement pour différents motifs, dont l’un est souvent le coût de la poursuite de l’instance. Quoi qu’il en soit, des questions importantes concernant la validité de la marque de commerce des demandesses ont été soulevées et n’ont jamais été résolues. Dans l’arrêt *Nintendo of America, Inc. c. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 C.F. 189 (C.A.), la Cour d’appel fédérale a statué que la demandresse avait droit à une ordonnance Anton Piller parce qu’elle avait démontré: 1) l’existence d’un commencement de preuve extrêmement solide; 2) qu’un préjudice réel ou possible très grave risquait d’être subi si une injonction n’est pas accordée; et 3) l’existence d’une possibilité réelle qu’à moins d’être saisis, les marchandises ou les documents soient détruits par les défendeurs. En l’espèce, plusieurs raisons permettent de douter de la validité de la marque de commerce



déposée des demanderessees. Aussi, il ne m'apparaît pas évident que les autres conditions ont été remplies dans tous les cas où l'ordonnance a été exécutée.

6 There is another difficulty with the order. The plaintiffs' trade-mark is registered for use in association with specific wares (e.g., sweat shirts, rugger shirts, leather jackets, baseball hats, mugs, wall clocks, belt buckles, lapel pins, wallets). This is set out in the statement of claim, which is the foundation for the Anton Piller order. It is also referred to, indirectly, in the Anton Piller order itself because certain paragraphs thereof refer to restraining the defendants from dealing in wares "in infringement of Canadian Trademark Registration Number 364,615". At the same time, other paragraphs of the Anton Piller order require individuals to deliver up to the persons enforcing the order "all merchandise bearing Indian Motorcycle Intellectual Property or and trademark confusingly similar therewith". Indian Motorcycle Intellectual Property is defined as "the trademark 'Indian Motorcycle' or any other trademark confusing with the trademark 'Indian Motorcycle'". There is no limitation in this definition to the specific wares for which the trade-mark received registration.

L'ordonnance soulève un autre problème. La 6  
marque de commerce des demanderessees est enregistrée pour emploi en liaison avec des marchandises déterminées (par exemple, des sweat-shirts, des chandails de rugby, des vestes de cuir, des casquettes de baseball, des tasses, des horloges murales, des boucles de ceinture, des épingles et des portefeuilles). Cette énumération figure dans la déclaration qui constitue le fondement de l'ordonnance Anton Piller. Il en est aussi question indirectement dans l'ordonnance Anton Piller elle-même puisque certains paragraphes de celle-ci traitent de l'interdiction, pour les défenderesses, de faire le commerce des marchandises en «violation de la marque de commerce canadienne numéro 364,615». Parallèlement, d'autres paragraphes de l'ordonnance Anton Piller exigent que certaines personnes remettent aux personnes exécutant l'ordonnance [TRADUCTION] «toutes les marchandises portant la propriété intellectuelle Indian Motorcycle ou toute marque de commerce semblable au point de créer de la confusion avec celle-ci». L'expression «propriété intellectuelle Indian Motorcycle» désigne [TRADUCTION] «la marque de commerce "Indian Motorcycle" ou toute autre marque de commerce susceptible de créer de la confusion avec la marque de commerce "Indian Motorcycle"». Or, cette définition ne se limite pas aux marchandises déterminées à l'égard desquelles la marque de commerce a été déposée.

7 On reviewing this file, I noted that on January 6, 1996, the Anton Piller order of June 5, 1995, was executed against Nostalgic Toy Creations Ltd. Twenty-five toy automobiles, trucks and a motorcycle were seized from a stall in the International Centre, 6900 Airport Road, Mississauga. These items are not a type of ware covered by the plaintiffs' registered trade-mark. On the hearing of the motion before me on February 19, 1996, I raised with Mr. Joseph Garten whether on that earlier occasion he may have had the Anton Piller order used to seize goods that do not fall within the type

En étudiant le présent dossier, j'ai remarqué que 7  
le 6 janvier 1996, l'ordonnance Anton Piller du 5 juin 1995 a été exécutée contre Nostalgic Toy Creations Ltd. Vingt-cinq automobiles, camions et motocyclettes jouets ont été saisis d'un stand au International Centre, 6900 Airport Road à Mississauga. Ces biens ne constituent pas un type de marchandises visé par la marque de commerce déposée des demanderessees. Lors de l'audition du 19 février 1996, j'ai demandé à M. Joseph Garten s'il s'était déjà servi de l'ordonnance Anton Piller pour saisir des biens ne correspondant pas au type de marchandises

of wares for which his clients' claim trade-mark rights. His response was that if merchandise had been improperly seized he could return it. He subsequently filed a written memorandum relying on the broad terms of the Anton Piller order. He also asserted that 951268 Ontario Limited was the holder of a trade-mark extension application for "miniatures, namely scaled down models". I can find no reference to such an application in the material on file. In addition, I am not persuaded that an application for a trade-mark can confer rights to an Anton Piller order, allowing the applicant to search the premises of others and seize merchandise, data, documentation and manufacturing equipment belonging to that other.

8 It is clear from the above that not only must the motion of February 19, 1996 be dismissed but the Anton Piller order of June 5, 1995, should also be vacated. I realize that many of my colleagues have been asked to review the June 5, 1995 order before now. I recognize that many interlocutory injunction orders have been issued against persons who have been served with the June 5, 1995 order, and from whom merchandise has been seized, without adding them as named defendants to the action.

9 Anton Piller orders of the "rolling" variety and the accompanying interim injunctions, which this Court has developed a practice of issuing, have a number of unique features. They are typically issued by one judge and subsequently reviewed by many others. They are expressed to last for a year. They are often extended on an annual basis for several years. They are executed during that time against a variety of individuals, often street vendors and flea market stall attendants. These will include not only the persons who blatantly and knowingly sell counterfeit goods they will also include the person who unwittingly is doing so, and perhaps against someone who is not infringing at all. The value of the goods seized, at least, in the street vendor and flea market situation, is usually not great. In the motion

à l'égard desquelles ses clients revendiquent des droits de marque de commerce. Il a répondu que si des marchandises avaient été saisies sans droit, il pourrait les retourner. Il a par la suite déposé un mémoire fondé sur les termes généraux de l'ordonnance Anton Piller. M. Garten a également affirmé que 951268 Ontario Limited était titulaire d'une demande d'extension de marque de commerce visant des [TRADUCTION] «modèles miniatures, c'est-à-dire des modèles réduits». Je ne trouve aucune mention de cette demande dans les documents versés au dossier. En outre, je ne suis pas convaincue qu'une demande de marque de commerce puisse conférer le droit d'obtenir une ordonnance Anton Piller permettant au requérant de fouiller les locaux d'autres personnes et de saisir de la marchandise, des données, des documents et du matériel de fabrication appartenant à ces personnes.

8 Il ressort clairement de ce qui précède non seulement que la requête du 19 février 1996 doit être rejetée mais que l'ordonnance du 5 juin 1995 devrait être annulée. Je suis consciente qu'il a déjà été demandé à plusieurs de mes collègues de réviser l'ordonnance du 5 juin 1995. Je reconnais que de nombreuses ordonnances d'injonction interlocutoire ont été rendues contre les personnes auxquelles l'ordonnance du 5 juin 1995 a été signifiée et desquelles des marchandises ont été saisies sans que leurs noms aient été ajoutés à titre de défendeurs à l'action.

9 Les ordonnances Anton Piller du type «renouvelable» et les injonctions provisoires que la Cour a l'habitude de rendre comportent certaines caractéristiques particulières. Habituellement, elles sont rendues par un juge et ensuite révisées par plusieurs autres. Leur durée est d'un an. Elles sont souvent prolongées annuellement pendant plusieurs années. Au cours de cette période, elles sont exécutées contre différentes personnes, souvent des marchands ambulants et des préposés de stands dans des marchés aux puces, parmi lesquels se trouvent non seulement ceux qui, de manière flagrante et sciemment, vendent des marchandises contrefaites, mais aussi celui qui le fait sans le savoir, et même une personne ne portant aucunement atteinte aux droits du requérant. Dans le cas des marchands ambulants et

before me on February 19, 1996, the goods seized consisted of, from Anuva Dutta, seven belt buckles and two T-shirts, from Maria Teresa Hadgett, five T-shirts. It is highly unlikely those individuals would contest the plaintiffs' application to have an injunction issued against them (if they really understand what is happening) or attempt to regain possession of the property, which, at least, before it was seized, they considered was theirs or their employers.

des marchés aux puces, les marchandises saisies sont habituellement de peu de valeur. En ce qui concerne la requête qui m'a été soumise le 19 février 1996, les biens saisis de Anuva Dutta consistaient en sept boucles de ceinture et deux T-shirts et, pour ce qui est de Maria Teresa Hadgett, en cinq T-shirts. Il est très peu probable que ces personnes contestent la requête des demanderessees visant à obtenir une injonction contre elles (si elles comprennent vraiment de quoi il s'agit) ou qu'elles tentent de reprendre possession des biens qu'elles considéraient, du moins avant qu'ils soit saisis, comme les leurs ou ceux de leur employeur.

10 Anton Piller orders are often issued following an *in camera* hearing and on an *ex parte* basis. The Anton Piller orders which this Court has been granting are in general drafted by counsel. They are long and complex in nature. They are placed before a judge without much notice being given. Representations are usually made that they are needed urgently to protect the plaintiff's rights. There is no real opposition to them, either when they are first issued, or when they are executed. In addition, once a judge has issued an order, or reviewed an order without comment, there is deference paid thereafter to that decision by other members of the Court. Thus, if counsel presents a judge with a draft order, with an explanation that this kind of order has been issued or approved many times before, by other members of the Court, the principle of judicial comity encourages that judge to grant the order, which is being requested.

10 Les ordonnances Anton Piller sont souvent rendues à la suite d'une audience à huis clos et *ex parte*. Les ordonnances Anton Piller qu'accorde la présente Cour sont en général rédigées par des avocats. Longues et complexes, elles sont soumises à un juge sans grand préavis. On invoque habituellement l'urgence de les accorder afin de protéger les droits du demandeur. Il n'y a pas véritablement opposition à ces ordonnances, ni au moment du prononcé initial ni à celui de l'exécution. En outre, une fois qu'un juge a rendu une ordonnance, ou révisé une ordonnance sans y ajouter de commentaires, les autres membres de la Cour font par la suite preuve de retenue à l'égard de cette décision. Ainsi, lorsqu'un avocat présente à un juge un projet d'ordonnance en expliquant que ce type d'ordonnance a été rendu ou approuvé maintes fois auparavant par d'autres membres de la Cour, le principe de la courtoisie judiciaire incite ce juge à accorder l'ordonnance demandée.

11 The Court is used to disputes being brought before it which are adversarial in nature. It is not well adapted to accommodate rolling Anton Piller orders which, by their nature, usually involve representations from one side only. They constitute a procedure which essentially authorizes execution without judgment. In such circumstances, counsel who obtain from this Court a rolling Anton Piller order have special responsibilities. Among those responsibilities is the obligation to ensure that the orders they seek from the Court do not overstep the bounds of the rights their clients can legitimately

11 La Cour est habituée à ce que les litiges qui lui sont soumis soient de nature contradictoire. Elle ne s'adapte pas bien aux ordonnances Anton Piller renouvelables qui, de par leur nature, ne reposent que sur les arguments d'une seule partie. Il s'agit essentiellement d'une procédure qui autorise une exécution sans jugement. Dans ces circonstances, les avocats qui obtiennent de la Cour une ordonnance Anton Piller renouvelable ont des responsabilités particulières, dont l'obligation de veiller à ce que les ordonnances qu'ils sollicitent de la Cour n'excèdent pas les limites des droits auxquels leurs clients peu-

claim. Also, they have an obligation to ensure that any order which is obtained is fairly executed and that on the return of any motion relating thereto the material put before the Court is accurate and well founded. This did not occur in this case. As indicated, the motion made on February 19, 1996, will be denied. The Anton Piller order dated June 5, 1995, will be set aside.

12 That leaves for consideration what consequences flow therefrom. Clearly the goods seized on February 11 and 12 must be returned to the individuals from whom they were seized. Any merchandise, documentation, data or manufacturing equipment which has been seized pursuant to the various previous executions of the Anton Piller order, since June 5, 1995, are, under the terms of the order, being retained to be "utilized solely for the purpose of civil proceedings in relation to the enforcement of the Plaintiff's trademark and copyright rights".

13 In the motion before me the search and seizure of the merchandise and the service of the Anton Piller order was effected by Jack Hunter and another member of Hallmark Investigation Services. The order of June 5, 1995, requires that respondents who are served with the order shall "deliver up to the PERSONS ENFORCING THIS ORDER for delivery into the interim custody of the PERSONS ENFORCING THIS ORDER" the merchandise, documentation, data and equipment that is being seized. The order further states that such merchandise, documentation, data or manufacturing equipment shall "be deposited for safe keeping with the Registry of the Court in Toronto or elsewhere, or be deposited with the PERSONS ENFORCING THIS ORDER". The "PERSONS ENFORCING THIS ORDER" are defined in paragraph 1(a) of the preamble to the order as being the persons who serve the order.

14 A review of the file indicates that on many occasions besides those of February 11 and February 12,

vent légitimement prétendre. Les avocats sont aussi tenus de voir à qu'une ordonnance obtenue soit exécutée équitablement et que, lors de la présentation de toute requête connexe, les documents soumis à la Cour soient exacts et bien fondés. Cela ne s'est pas produit en l'espèce. Ainsi que je l'ai indiqué, la requête présentée le 19 février 1996 sera rejetée. L'ordonnance Anton Piller en date du 5 juin 1995 sera annulée.

12 Il reste à examiner les conséquences découlant de ces décisions. À l'évidence, les biens saisis les 11 et 12 février doivent être restitués aux personnes de qui ils ont été saisis. L'ensemble des marchandises, des documents, des données ou du matériel de fabrication saisis lors des différentes exécutions antérieures de l'ordonnance Anton Piller depuis le 5 juin 1995 sont, aux termes de l'ordonnance, conservés pour être [TRADUCTION] «utilisés uniquement aux fins de l'instance civile relative au respect de la marque de commerce et des droits d'auteur de la demanderesse».

13 Quant à la requête qui m'est soumise, la perquisition et la saisie des marchandises ainsi que la signification de l'ordonnance Anton Piller ont été faites par Jack Hunter et un autre membre de Hallmark Investigation Services. L'ordonnance du 5 juin 1995 exige que les intimés à qui l'ordonnance est signifiée [TRADUCTION] «remettent aux PERSONNES EXÉCUTANT LA PRÉSENTE ORDONNANCE, pour être confiés à la garde provisoire des PERSONNES EXÉCUTANT LA PRÉSENTE ORDONNANCE» les marchandises, les documents, les données et le matériel saisis. L'ordonnance mentionne en outre que ces marchandises, ces documents, ces données et ce matériel de fabrication doivent [TRADUCTION] «être déposés pour être confiés à la garde du greffe de la Cour à Toronto ou ailleurs ou déposés auprès des PERSONNES EXÉCUTANT LA PRÉSENTE ORDONNANCE». L'expression [TRADUCTION] «PERSONNES EXÉCUTANT LA PRÉSENTE ORDONNANCE», définie au paragraphe 1(a) du préambule de l'ordonnance, s'entend des personnes qui signifient l'ordonnance.

14 Il ressort de l'étude du dossier que les demandereses ont retenu les services de Hunter et de son

it has been Mr. Hunter and his agency that have been employed by the plaintiffs. An order will accordingly issue requiring Mr. Hunter to deposit with the Registry of the Federal Court in Toronto all merchandise, documentation, data and equipment which he has seized on behalf of the plaintiffs, pursuant to the order of June 5, 1995, together with the names and addresses of the individuals from whom these have been seized. When goods were seized from individuals whose names were not obtained the goods seized shall be delivered to the Registry of the Court with this fact noted. The plaintiffs will be ordered to file with the Court a list of any other enforcement agencies, officers or agents that they have used to enforce the Anton Piller order and the names and addresses of individuals from whom property was seized, to the extent that they have knowledge of this. The plaintiffs shall also file with the Court a list of the names and addresses of all persons from whom goods were seized, of whom it has knowledge, together with a description of the quantity and nature of the merchandise, documentation, data or equipment that has been seized. The plaintiffs shall notify all persons from whom merchandise, documentation, data or equipment has been seized that it has been delivered into the custody of the Registry of the Federal Court and shall provide them with a copy of these reasons. The plaintiffs will of course be at liberty to add the individuals who have been served as defendants to the action, in the normal way. If this is done, a list of the names and addresses of all those who are being so added shall be provided to each.

agence en maintes occasions, en plus des 11 et 12 février. En conséquence, une ordonnance sera rendue pour enjoindre à Hunter de déposer auprès du greffe de la Cour fédérale à Toronto l'ensemble des marchandises, des documents, des données et du matériel saisis pour le compte des demanderesse en vertu de l'ordonnance du 5 juin 1995, de même que les noms et adresses des personnes de qui ces biens ont été saisis. Dans le cas où des marchandises ont été saisies auprès de personnes dont les noms n'ont pas été obtenus, les marchandises en question doivent être remises au greffe de la Cour, avec mention de ce fait. Il sera ordonné aux demanderesse de déposer auprès de la Cour une liste des autres agences, préposés ou mandataires dont ils ont retenu les services pour exécuter l'ordonnance Anton Piller, ainsi que les noms et adresses des personnes de qui des biens ont été saisis dans la mesure où elles en ont connaissance. Les demanderesse doivent également déposer auprès de la Cour une liste des noms et adresses de toutes les personnes de qui, à leur connaissance, des biens ont été saisis, de même qu'une indication de la quantité et de la nature des marchandises, des documents, des données ou du matériel saisis. Les demanderesse doivent aviser toutes les personnes de qui des marchandises, des documents, des données ou du matériel ont été saisis que ces biens ont été confiés à la garde du greffe de la Cour fédérale, et leur fournir une copie des présents motifs. Naturellement, il sera loisible aux demanderesse d'y ajouter les personnes ayant reçu signification de l'ordonnance à titre de défendeurs à l'action, en suivant la procédure normale. Dans un tel cas, une liste des noms et adresses de toutes les personnes ainsi ajoutées doit être fournie à chacune de ces personnes.

T-1181-95

**Indian Manufacturing Limited and 951268 Ontario Limited (Plaintiffs)**

v.

**Kin Ming Lo, Phillip Bannon and Jane Doe and John Doe and Other Persons, Names Unknown, Who Offer for Sale, Sell, Import, Manufacture, Print, Distribute, Advertise, Promote, Ship, Store, Display, or Otherwise Deal in Unauthorized Merchandise Bearing the Trademark Indian Motorcycle or Indian Motocycle in Canada (Defendants)**

*INDEXED AS: INDIAN MANUFACTURING LTD. v. LO (T.D.)*

Trial Division, Nadon J.—Ottawa, March 27 and April 1, 1996.

*Injunctions — Application to stay order vacating Anton Piller order pending appeal — Anton Piller order in effect until June 3, 1996, unless set aside, renewed, varied by Court; permitting persons served therewith to move Court to vary or discharge order on 72 hours' notice — Judge vacating order on own volition when plaintiffs seeking to convert interim injunction into interlocutory injunction — None of 60 persons served with order applying to set aside, vary order — Application allowed — Serious issue, irreparable harm to plaintiffs if stay not granted, balance of convenience favouring plaintiffs.*

*Practice — Judgments and orders — Stay of execution — Application to stay order vacating Anton Piller order pending appeal — Application allowed as serious issue, irreparable harm to plaintiffs if stay not granted, balance of convenience favouring plaintiffs — Suggesting Rules Committee consider whether motions to stay Trial Division order pending appeal should be presented to Court of Appeal.*

*Judges and Courts — T.D. Judge granting Anton Piller order — Second T.D. Judge vacating order upon applica-*

T-1181-95

**Indian Manufacturing Limited et 951268 Ontario Limited (demandereses)**

c.

**Kin Ming Lo, Phillip Bannon et M. et M<sup>me</sup> Untel et toute autre personne dont l'identité est inconnue, qui met en vente, vende, importe, fabrique, imprime, distribue, annonce, promeut, expédie, entrepose, met à l'étalage des marchandises non autorisées portant la marque Indian Motorcycle ou Indian Motocycle au Canada, ou fait de la publicité pour de telles marchandises ou en fait le commerce (défendeurs)**

*RÉPERTORIÉ: INDIAN MANUFACTURING LTD. c. LO (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Nadon—Ottawa, 27 mars et 1<sup>er</sup> avril 1996.

*Injonctions — Demande de suspension d'une ordonnance donnant mainlevée de l'ordonnance de type Anton Piller en attendant l'appel — Ordonnance de type Anton Piller en vigueur jusqu'au 3 juin 1996 à moins d'être annulée, renouvelée ou modifiée par la Cour: autorisant les personnes avisées par signification de présenter une requête à la Cour pour faire modifier ou annuler l'ordonnance sur préavis de 72 heures — Le juge a donné mainlevée de l'ordonnance de son propre chef alors que les demandereses voulaient faire convertir l'injonction provisoire en injonction interlocutoire — Aucune des soixante personnes avisées par signification n'a demandé l'annulation ou la modification de l'ordonnance — Demande accueillie — Question grave, préjudice irréparable pour les demandereses si la suspension n'est pas accordée, prépondérance des inconvénients penche du côté des demandereses.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Suspension d'exécution — Demande de suspension de l'ordonnance donnant mainlevée de l'ordonnance de type Anton Piller en attendant l'appel — Demande accueillie: question très grave, préjudice irréparable pour les demandereses si la suspension n'est pas accordée, prépondérance des inconvénients penchant du côté des demandereses — Suggestion que le Comité des règles s'interroge sur la question de savoir si les requêtes en suspension d'une ordonnance de la Section de première instance en attendant un appel devraient être adressées à la Cour d'appel.*

*Juges et tribunaux — Juge de première instance accordant une ordonnance de type Anton Piller — Deuxième*

*tion to convert interim to interlocutory injunction as counsel not living up to special responsibilities where rolling Anton Piller order granted — Application to third T.D. Judge to stay second Judge's order — Rules Committee might consider whether motion to stay T.D. order pending appeal should be heard by F.C.A.*

This was an application to stay an order vacating an Anton Piller order pending the outcome of an appeal. On June 5, 1995 the plaintiffs applied *ex parte* for, and were granted, an interim injunction and an Anton Piller order against the defendants. That order provided that it would have effect until June 3, 1996 unless it was set aside, renewed or varied by the Court. It also permitted those served therewith to move the Court on 72 hours' notice to vary or discharge the order. Thereafter the plaintiffs served the order on 60 persons, and on 10 occasions the Court reviewed the order and converted the interim injunctions into interlocutory orders in respect of the persons served with the order. On the last application Reed J. dismissed the application and set aside the Anton Piller order.

The issue was whether it had been open to Reed J. to set aside the Anton Piller order on her own volition upon an application to convert the interim injunction into an interlocutory injunction.

*Held*, the application should be allowed in part.

There was a serious issue herein. The terms of the order provided that it was effective unless set aside, reviewed or varied by the Court, and it clearly permitted those served therewith to apply to have it set aside or varied. No such application had been made. The plaintiffs would suffer irreparable harm if the stay was not granted, and the balance of convenience favoured the plaintiffs. As the Court did not have the benefit of argument against the application, counsel for the plaintiffs was expected to pursue the appeal diligently. Any delay would not be looked upon favourably by the Court.

It would appear that motions to stay an order of a judge of the Trial Division, pending an appeal, should be presented before the Court of Appeal. The Rules Committee might wish to entertain this suggestion.

*juge de première instance donnant mainlevée de l'ordonnance sur demande de conversion de l'injonction provisoire en injonction interlocutoire au motif que l'avocat n'avait pas été à la hauteur de ses responsabilités spéciales qui lui incomblait lorsqu'une ordonnance renouvelable de type Anton Piller est accordée — Demande adressée à un troisième juge de première instance en vue d'une suspension de l'ordonnance du deuxième juge — Le Comité des règles pourrait envisager la question de savoir si les requêtes en suspension d'une ordonnance de la Section de première instance en attendant un appel devraient être entendues par la C.A.F.*

Il s'agit d'une demande de suspension d'une ordonnance donnant mainlevée d'une ordonnance de type Anton Piller en attendant le résultat d'un appel. Le 5 juin 1995, les demanderesse ont demandé unilatéralement et obtenu une injonction provisoire et une ordonnance de type Anton Piller contre les défendeurs. Les conditions de l'ordonnance étaient censées être applicables jusqu'au 3 juin 1996 à moins que l'ordonnance soit annulée, renouvelée ou modifiée par la Cour. Elle autorisait également les personnes avisées par signification à présenter une requête à la Cour pour faire modifier ou annuler l'ordonnance sur préavis de 72 heures. Par la suite, les demanderesse ont signifié l'ordonnance à soixante personnes, et la Cour, à dix reprises, a réexaminé l'ordonnance et converti les injonctions provisoires en injonctions interlocutoires à l'égard des personnes avisées de cette ordonnance par signification. Le juge Reed a rejeté la dernière demande et annulé l'ordonnance de type Anton Piller.

La question est de savoir s'il était loisible au juge Reed d'annuler de son propre chef l'ordonnance de type Anton Piller à l'occasion d'une demande de conversion de l'injonction provisoire en injonction interlocutoire.

Jugement: la demande doit être accueillie en partie.

Il se pose en l'espèce une question grave. Les conditions de l'ordonnance prévoyaient qu'elle serait applicable à moins d'être annulée, renouvelée ou modifiée par la Cour, et elle autorisait clairement les personnes avisées par signification à demander son annulation ou sa modification. Aucune demande en ce sens n'a été présentée. Les demanderesse subiraient un préjudice irréparable si la suspension ne leur était pas accordée, et la prépondérance des inconvénients penche de leur côté. Comme la Cour n'a pas eu la possibilité d'entendre d'arguments contre la demande, l'avocat des demanderesse est prié de prendre les dispositions nécessaires pour que l'appel soit entendu le plus tôt possible. Tout retard sera considéré défavorablement par la Cour.

Il semblerait que les requêtes en suspension d'une ordonnance d'un juge de première instance en attendant un appel devraient être adressées à la Cour d'appel. Le Comité des règles devrait peut-être envisager cette procédure.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13.

APPLICATION to stay an order vacating an Anton Piller order pending the outcome of an appeal. Application allowed in part.

## COUNSEL:

*Joseph S. Garten* for plaintiffs.  
No one appearing for defendants.

## SOLICITORS:

*Joseph S. Garten*, Toronto, for plaintiffs.  
No solicitor of record for defendants.

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

1 NADON J.: The plaintiffs seek an order staying the order of Reed J., rendered on March 25, 1996 [[1996] 2 F.C. 647] pending the outcome of an appeal which the plaintiffs intend to launch.

2 Briefly put, the relevant facts are the following. On June 5, 1995, the plaintiffs filed a statement of claim against a number of named defendants and also against Jane Doe, John Doe and other persons, names unknown. By their statement of claim, the plaintiff, 951268 Ontario Limited, alleges ownership of Canadian trade-mark registration number 384,615 (trade-mark 615), by assignment effective July 26, 1991. The other plaintiff, Indian Manufacturing Limited, alleges that it is the licensee, with the exclusive right to sub-licence, of trade-mark 615, by agreement effective January 1, 1993.

3 The plaintiffs further allege by the statement of claim that the original owner of trade-mark 615, for the trade-mark "Indian Motorcycle", registered under

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13.

DEMANDE de suspension d'une ordonnance donnant mainlevée d'une ordonnance de type Anton Piller en attendant le résultat d'un appel. Demande accueillie en partie.

## AVOCATS:

*Joseph S. Garten* pour les demanderesse.  
Personne n'a comparu pour les défendeurs.

## PROCUREURS:

*Joseph S. Garten*, Toronto, pour les demanderesse.  
Aucun procureur pour les défendeurs.

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

1 LE JUGE NADON: Les demanderesse cherchent à obtenir une ordonnance suspendant l'ordonnance de M<sup>me</sup> le juge Reed en date du 25 mars 1996 [[1996] 2 C.F. 647], en attendant le résultat de l'appel qu'elles ont l'intention d'interjeter.

2 Rappelons brièvement les faits importants. Le 5 juin 1995, les demanderesse ont déposé une déclaration contre un certain nombre de défendeurs identifiés et anonymes. Dans sa déclaration, la demanderesse 951268 Ontario Limited allègue qu'elle est propriétaire du numéro d'enregistrement de la marque de commerce 384 615 au Canada (marque de commerce 615), qui lui a été attribué par contrat de cession le 26 juillet 1991. L'autre demanderesse, Indian Manufacturing Limited, allègue être titulaire du permis de la marque de commerce 615 et posséder le droit exclusif de sous-traitance, en vertu d'un accord entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1993.

3 Les demanderesse allèguent également dans leur déclaration que le propriétaire initial de la marque de commerce 615 était Mark Cooper pour ce qui est de



the provisions of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 on May 17, 1991, was Mark Cooper.

la marque «Indian Motorcycle», enregistrée le 17 mai 1991 en vertu des dispositions de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13.

4 The plaintiffs further allege that the named defendants have, without the consent of the plaintiffs, offered for sale, sold, imported, manufactured, printed, distributed, advertised, promoted, shipped, stored, displayed or otherwise dealt in unauthorized merchandise bearing the trade-mark "Indian Motorcycle".

4 Les demanderses allèguent en outre que les défendeurs identifiés ont, sans le consentement des demanderses, mis en vente, vendu, importé, fabriqué, imprimé, distribué, annoncé, promu, expédié, entreposé, mis à l'étalage des marchandises non autorisées portant la marque «Indian Motorcycle» ou a fait de la publicité pour de telles marchandises ou en a fait le commerce.

5 In addition, the plaintiffs further allege that "there are many others in Canada whose identities are unknown to the Plaintiffs" who were, are, or will be engaged in conduct similar to that of the named defendants.

5 Les demanderses allèguent enfin que «de nombreuses autres personnes au Canada, dont l'identité est inconnue des demanderses», ont, sont ou seront engagés dans les mêmes activités que les défendeurs identifiés.

6 In the conclusion to their statement of claim, the plaintiffs seek, *inter alia*, a declaration that plaintiff 951268 Ontario Limited is the owner of trade-mark 615 and that the registration is valid and subsisting and has been infringed by the defendants. The plaintiffs further seek a permanent injunction restraining the defendants, named and unknown, from pursuing the conduct referred to hereinabove.

6 En conclusion, les demanderses cherchent à obtenir, entre autres, un jugement déclaratoire attestant que la demanderesse 951268 Ontario Limited est propriétaire de la marque de commerce 615, que l'enregistrement est valide et toujours en vigueur et que les défendeurs y ont porté atteinte. Elles demandent également une injonction permanente interdisant aux défendeurs, identifiés et anonymes, de poursuivre les activités reprochées précédemment.

7 On June 5, 1995 the plaintiffs applied *ex parte* to obtain an order for an interim injunction and an order in the nature of an Anton Piller injunction against the defendants. With their *ex parte* application, the plaintiffs filed an undertaking to the effect that they would be bound by any order of this Court with regard to damages arising from the execution of the order which they sought, should the order be set aside at a later date.

7 Le 5 juin 1995, les demanderses ont présenté une demande *ex parte* pour obtenir une ordonnance d'injonction provisoire et une injonction de type Anton Piller contre les défendeurs. Avec cette demande, les demanderses ont déposé un engagement attestant qu'elles se considéreraient liées par une ordonnance de la Cour à l'égard des dommages-intérêts faisant suite à l'exécution de l'ordonnance qu'elles demandaient, si celle-ci devait être annulée ultérieurement.

8 On June 5, 1995 Jerome A.C.J. granted the order sought by the plaintiffs. Paragraphs 4, 12(a) and (b), 14 and 15 of his order read as follows:

8 Le 5 juin 1995, le juge en chef adjoint Jerome accordait aux demanderses l'ordonnance demandée. En voici les paragraphes 4, 12a) et b), 14 et 15:

[TRANSLATION]

4. The terms of this Order shall have effect until June 3, 1996, unless set aside, renewed or otherwise varied by Order of this Honourable Court.

4. Les conditions de la présente ordonnance seront applicables jusqu'au 3 juin 1996, à moins que l'ordonnance de la Cour soit annulée, renouvelée ou d'autre façon modifiée entre-temps.

- ... ..
12. At any time that this Order is enforced against any persons from whom merchandise, documentation, data or manufacturing equipment is seized:
- a) The PERSONS ENFORCING THIS ORDER shall effect service of this Order, or the Statement of Claim or any Notice of Motion in this action by serving a certified copy or a photocopy of this Order or the Statement of Claim or any Notice Of Motion. If requested by them the persons so served shall be shown an original or certified copy of the original of this Order or the Statement of Claim herein or any Notice of Motion, as soon as practicable; and
- b) The PERSONS ENFORCING THIS ORDER shall explain, if requested, the nature and effect of the Order in ordinary language and inform that person that he or she may apply to the Court for the return of any merchandise, documentation, data or manufacturing equipment seized, a review of this Order or an Order that the Plaintiffs post security.
- ... ..
14. The persons served with this Order may move the Court, at any sittings of the Court to:
- (a) vary or discharge this Order; or
- (b) require that security be posted;
- on 72 hours notice to the Plaintiffs' counsel, together with service upon them of any supporting material to be relied upon in connection with such motion and, in any event, all aspects of this matter shall be subject to review of this Court on Monday, June 3, 1996, in Toronto at 330 University Avenue, 9th Floor, 10:00 a.m. or soon thereafter as this matter may be heard.
15. The PERSONS ENFORCING THIS ORDER shall also serve upon each person so served a Notice of Motion to have this interim *ex parte* Order made interlocutory. This Notice of Motion may be returnable either by way of telephone conference at 250 University Avenue, Toronto, Ontario M5H 3E5, within approximately 10 days of the service of this
12. Lorsque la présente ordonnance est exécutée contre des personnes dont les marchandises, documentation, données ou matériel de fabrication ont été saisis:
- a) Les PERSONNES EXÉCUTANT CETTE ORDONNANCE signifieront l'ordonnance ou la déclaration ou tout autre avis de requête dans cette instance en notifiant une copie ou une photocopie certifiée conforme desdites ordonnances, déclaration ou avis de requête. Si les destinataires de la notification le demandent, on leur signifiera un exemplaire original ou une copie certifiée conforme de l'original de l'ordonnance, de la déclaration ou de tout avis de requête aussitôt que possible; et
- b) Les PERSONNES EXÉCUTANT CETTE ORDONNANCE expliqueront, sur demande, la nature et les conséquences de l'ordonnance dans un langage ordinaire et informeront les intéressés qu'ils peuvent s'adresser à la Cour pour demander le renvoi de toute marchandise, documentation, données ou matériel de fabrication saisis, ainsi que pour demander une révision de l'ordonnance ou une ordonnance imposant aux demanderessees de fournir garantie.
- ... ..
14. Les personnes avisées de cette ordonnance par signification peuvent présenter une requête à la Cour, à n'importe quelle séance de celle-ci, pour:
- a) faire modifier ou annuler l'ordonnance; ou
- b) exiger que garantie soit fournie;
- sur préavis de 72 heures à l'avocat des demanderessees et signification à celles-ci de tout document d'appui relatif à cette requête et, dans tous les cas, tous les aspects de cette instance seront réexaminés par la Cour le 3 juin 1996 à Toronto, au 330, av. University, 9<sup>e</sup> étage, à 10h, ou aussitôt qu'il sera possible d'entendre cette instance par la suite.
15. Les PERSONNES EXÉCUTANT CETTE ORDONNANCE signifieront également aux personnes avisées de l'ordonnance un avis de requête demandant de rendre interlocutoire la présente ordonnance *ex parte*. Cet avis de requête peut être présentable soit par conférence téléphonique au 250, av. University, Toronto (Ontario), M5H 3E5, dans un délai d'environ

Order and the said Notice of Motion or so soon thereafter as the motion may be heard or alternatively, at the Plaintiffs' discretion, in person, at the regular sittings of this Honourable Court in Toronto, within approximately 10 days of the service of this Order and the said Notice of Motion or soon thereafter as the motion may be heard.

9 Between June 5, 1995 and March 25, 1996 i.e. the date of Reed J.'s order, the plaintiffs, following service of the June 5, 1995 order upon approximately sixty persons, applied on 11 occasions to the Court to review the order of June 5, 1995, as required therein, and to convert the interim injunction order into an interlocutory order in respect of the persons served with the June 5, 1995 order. Orders dated June 21, 1995, July 25, 1995, September 9, 1995, October 16, 1995, October 30, 1995, November 28, 1995, December 11, 1995, January 15, 1996 and January 22, 1996 were rendered by judges of this Court allowing the plaintiffs' applications.

10 On September 28, 1995 Reed J., faced with one of these applications, refused to make the order requested by the plaintiffs i.e. to make the interim injunction interlocutory in respect of five persons served with the June 5, 1995 order. The March 25, 1996 order of Reed J., which the plaintiffs ask me to stay, was concerned with the plaintiffs' application to convert the interim injunction into an interlocutory injunction in respect of three persons served with the June 5, 1995 order. Reed J. dismissed the application and also set aside the order of June 5, 1995.

11 The plaintiffs, in requesting a stay of Reed J.'s order, submit that Reed J. erred in law in setting aside the June 5, 1995 order. Specifically, the plaintiffs argue that since the motion before Reed J. sought only, in effect, to convert the interim injunction into an interlocutory injunction, Reed J. could not, of her own volition, proceed to set aside the June 5, 1995 order. The plaintiffs submit that this could only be done upon an application made by one of the persons served with the June 5, 1995 order. In that respect, the plaintiffs refer to paragraph 14 of the June 5, 1995 order which expressly

10 jours suivant la signification de la présente ordonnance ou dès que la requête pourra être entendue, ou encore, à la discrétion des demanderesse, en personne, aux séances ordinaires de la Cour à Toronto, dans un délai d'environ 10 jours suivant la signification de la présente ordonnance et dudit avis de requête ou dès que la requête pourra être entendue.

9 Entre le 5 juin 1995 et le 25 mars 1996 (date de l'ordonnance de M<sup>me</sup> le juge Reed), les demanderesse, suivant la signification de l'ordonnance du 5 juin 1995 à une soixantaine de personnes, ont demandé, à onze reprises, à la Cour de réexaminer l'ordonnance du 5 juin 1995 et de convertir l'ordonnance d'injonction provisoire en ordonnance interlocutoire à l'égard des personnes ayant reçu signification de l'ordonnance du 5 juin 1995. Les juges de la Cour ont accueilli ces demandes dans les ordonnances des dates suivantes: 21 juin 1995, 25 juillet 1995, 9 septembre 1995, 16 octobre 1995, 30 octobre 1995, 28 novembre 1995, 11 décembre 1995, 15 janvier 1996 et 22 janvier 1996.

10 Le 28 septembre 1995, M<sup>me</sup> le juge Reed a été saisie de l'une de ces demandes et a refusé de rendre l'ordonnance demandée, c'est-à-dire de faire de l'injonction provisoire une injonction interlocutoire à l'égard de cinq personnes ayant reçu signification de l'ordonnance du 5 juin 1995. L'ordonnance du juge Reed en date du 25 mars 1996, que les demanderesse me demandent de suspendre, avait trait à la conversion de l'injonction provisoire en injonction interlocutoire à l'égard de trois personnes ayant reçu signification de l'ordonnance du 5 juin 1995. Le juge Reed a rejeté la demande et annulé l'ordonnance du 5 juin 1995.

11 Les demanderesse, dans leur requête en suspension de l'ordonnance du juge Reed, soutiennent que le juge Reed a commis une erreur de droit lorsqu'elle a annulé l'ordonnance du 5 juin 1995. Elles font plus précisément valoir que, comme la requête adressée au juge Reed ne concernait que la conversion de l'injonction provisoire en injonction interlocutoire, le juge ne pouvait pas, de son propre chef, annuler l'ordonnance du 5 juin 1995. Les demanderesse soutiennent que cela n'aurait été possible que si l'une des personnes ayant reçu signification de l'ordonnance du 5 juin 1995 en avait fait la deman-

provides that any person served with the order may apply to the Court to vary or discharge the order, on 72 hours notice to plaintiffs' attorneys. Paragraph 14 of the June 5, 1995 order further provides that "all aspects of this matter shall be subject to review of this Court on Monday, June 3, 1996". The plaintiffs also refer to paragraph 15 of the June 5, 1995 order which provides that upon enforcement thereof against any person, service upon such person of a notice of motion, returnable within approximately 10 days of the service of the June 5, 1995 order, to have the interim *ex parte* injunction made interlocutory must be made.

- 12 Thus, the plaintiffs argue that the purpose of the motion, made returnable on February 19, 1996 at Toronto, was to convert the interim *ex parte* injunction into an interlocutory injunction against Anuva Dutta, The Key Place, and Maria Teresa Hadgett. As I have already indicated, Reed J. dismissed that motion, as she had dismissed, on September 28, 1995, a similar motion made by the plaintiffs. For clarity, I hereby reproduce, in part, the plaintiffs' notice of motion made returnable in Toronto on February 19, 1996. This notice is, in effect, very similar to the previous ten notices of motions filed by the plaintiffs.

#### NOTICE OF MOTION

**TAKE NOTICE** that the Plaintiffs will make a Motion to this Honourable Court, on Monday, the 19th day of February 1996 at 10:00 o'clock in the forenoon or so soon thereafter as counsel may be heard at the Federal Court, 330 University Avenue, 9th Floor, Toronto, Ontario

**THE MOTION** is for:

- (a) A review of the Order of the Honourable Associate Chief Justice dated Monday, June 5, 1995, as required therein;
- (b) the following parties, personally served, shall include (57) Anuva Dutta; (58) The Key Place; (59) Maria Teresa Hadgett;

de. À cet égard, les demandresses invoquent le paragraphe 14 de l'ordonnance du 5 juin 1995, qui prévoit expressément que toute personne ayant reçu signification de l'ordonnance peut s'adresser à la Cour pour faire modifier ou annuler l'ordonnance sur préavis de 72 heures aux avocats des demandeurs. Le paragraphe 14 de l'ordonnance du 5 juin prévoit également que «tous les aspects de cette instance seront réexaminés par la Cour le 3 juin 1996». Les demandresses ont également renvoyé au paragraphe 15 de l'ordonnance du 5 juin 1995, qui prévoit que, sur exécution de ladite ordonnance, il faut signifier à toute personne touchée par cette exécution un avis de requête, présentable dans un délai d'une dizaine de jours suivant la signification de l'ordonnance du 5 juin 1995, en vue de convertir l'injonction provisoire *ex parte* en injonction interlocutoire.

Les demandresses estiment donc que l'objet de la requête, présentable le 19 février 1996 à Toronto, était de convertir l'injonction provisoire *ex parte* en injonction interlocutoire à l'endroit de Anuva Dutta, The Key Place et Maria Teresa Hadgett. Comme je l'ai déjà dit, le juge Reed a rejeté cette requête, comme elle avait, le 28 septembre 1995, rejeté une requête semblable des demandresses. Pour plus de clarté, je reproduis ci-dessous une partie de l'avis de requête des demandresses présentable le 19 février 1996 à Toronto. Cet avis est en effet très semblable aux dix précédents que les demandresses ont déposés.

[TRADUCTION]

#### AVIS DE REQUÊTE

**VEUILLEZ PRENDRE AVIS** que les demandresses adresseront une requête à la Cour le lundi 19 février 1996, à 10h du matin ou dès que la Cour fédérale pourra entendre l'avocat, au 330, av. University, 9<sup>e</sup> étage, Toronto (Ontario).

**LA REQUÊTE** a trait aux questions suivantes:

- a) Réexamen de l'ordonnance du juge en chef adjoint en date du 5 juin 1995, tel que demandé ici;
- b) Les parties suivantes ont été personnellement notifiées: (57) Anuva Dutta, (58) The Key Place et (59) Maria Hadgett;

- (c) an Order that the interim *ex parte* Order of the Honourable Associate Chief Justice dated June 5, 1995, be made an interlocutory Order in respect of the Respondent personally served, their directors, officers, servants, agents, employees or distributors and all those under their control or any person having notice of this Order until further order of this Court in this action and that they be restrained from:
- (i) using, offering for sale, selling, importing, manufacturing, printing, distributing, advertising, promoting, shipping, storing, displaying or otherwise dealing with wares in infringement of Canadian Trademark Registration Number 384,615;
  - (ii) using, offering for sale, selling, importing, manufacturing, printing, distributing, advertising, promoting, shipping, storing, displaying or otherwise dealing with wares in association with the trademark "Indian Motorcycle" or any other trademark confusing with the trademark "Indian Motorcycle";
  - (iii) directing public attention to its wares or business in such a way as to cause confusion with the wares or business of the Plaintiffs;
  - (iv) passing-off its wares as the wares of the Plaintiffs; and
  - (v) making false and misleading statements to the public concerning the Respondent's alleged trademark rights and those of the Plaintiffs, for the purpose of promoting their own products and business and tending to discredit those of the Plaintiffs;
- (d) an Order abridging the time for filing the Notice of Motion and of material in support of the Motion herein, outside the two (2) clear day period prescribed, if necessary;
- (e) an order that an appointment of a special time and place for a sitting of this Honourable Court be set on an expedited basis to hear the Plaintiffs' Motion for an interlocutory injunction and setting a schedule expediting the proceedings to accomplish this, if necessary, and
- (f) such further and other relief as to this Honourable Court may seem just.
- c) Ordonnance convertissant l'ordonnance *ex parte* du juge en chef adjoint en date du 5 juin 1995 en ordonnance interlocutoire à l'égard des intimés personnellement notifiés et de leurs administrateurs, agents, employés, ou distributeurs et tous ceux qui relèvent de toute personne ayant reçu signification de l'ordonnance, en attendant toute autre ordonnance de la Cour, et interdisant auxdites personnes
- i) d'utiliser, de proposer à la vente, de vendre, d'importer, de fabriquer, d'imprimer, de distribuer, d'annoncer, de promouvoir, d'expédier, d'entreposer, d'exposer ou d'autre façon de faire le commerce de marchandises protégées par le numéro d'enregistrement de marque de commerce 384 615 au Canada;
  - ii) d'utiliser, de proposer à la vente, de vendre, d'importer, de fabriquer, d'imprimer, de distribuer, d'annoncer, de promouvoir, d'expédier, d'entreposer, d'exposer ou d'autre façon de faire le commerce de marchandises associées à la marque «Indian Motorcycle» ou à toute autre marque prêtant à confusion avec la marque «Indian Motorcycle»;
  - iii) d'attirer l'attention du public sur leurs marchandises ou leur entreprise d'une façon qui puisse les faire confondre avec celles des demandereses;
  - iv) de faire passer leurs marchandises pour celles des demandereses; et
  - v) de faire des déclarations fausses ou trompeuses concernant les prétendus droits commerciaux des intimés et les droits des demandereses en vue de faire la promotion de leurs propres produits et entreprises et de discréditer celles des demandereses;
- d) Ordonnance abrégant le délai de dépôt de l'avis de requête et des documents à l'appui, hors la période de deux (2) jours prescrits, s'il y a lieu;
- e) Ordonnance déterminant le lieu et la date d'une séance de la Cour pour régler rapidement la requête des demandereses en vue d'une injonction interlocutoire et établissant un emploi du temps permettant de procéder rapidement, s'il y a lieu; et
- f) Tout autre redressement jugé équitable par la Cour.

13 By point (a) of their notice of motion, the plaintiffs seek a review of the June 5, 1995 order, "as required therein". The plaintiffs' submission is that point (a) must be read in conjunction with paragraphs 14 and 15 of the June 5, 1995 order. In other words, the plaintiffs argue that they were seeking a review of the June 5, 1995 order in order to convert the interim injunction to an interlocutory injunction.

14 It appears to me that there is a very serious issue in regard to this matter since the terms of the June 5, 1995 order, by reason of paragraph 4 thereof, were made effective until June 3, 1996 unless set aside, reviewed or otherwise varied by order of this Court. The June 5, 1995 order clearly provides that the persons served with a copy thereof are at liberty to apply to the Court to have the order set aside or varied. Thus, any of the approximately sixty persons served with the order, could have applied to the Court to set aside the June 5, 1995 order or ask that the said order be varied. So far, none of these persons have applied to the Court. In fact, no party has yet filed a statement of defence to the plaintiffs' action.

15 The issue appears to be whether, in these circumstances, it was open to Reed J. to set aside the June 5, 1995 order. The plaintiffs submit that it was not so open and that they did not ask the learned Judge to set aside the June 5, 1995 order.

16 After careful consideration of the submissions made by the plaintiffs' counsel and the affidavits in support of this motion, I have come to the conclusion that there is a serious issue and that the plaintiffs would suffer irreparable harm if the stay was not granted. I am also of the view that the balance of inconvenience is in favour of the plaintiffs.

17 For these reasons, I will allow, in part, the plaintiffs' application. The order rendered on March 25, 1996 by Madam Justice Reed in so far as concerns paragraphs 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 and 10 thereof, shall be stayed pending the plaintiffs' appeal.

Selon le paragraphe a) de leur requête, les demanderessees souhaitent obtenir un réexamen de l'ordonnance du 5 juin 1995 «tel que demandé ici». Elles estiment que le paragraphe a) doit être lu à la lumière des paragraphes 14 et 15 de ladite ordonnance. Autrement dit, les demanderessees soutiennent qu'elles demandaient un réexamen de l'ordonnance du 5 juin 1995 en vue de convertir l'injonction provisoire en injonction interlocutoire.

Il m'apparaît que c'est là une question très grave à l'égard de cette instance, puisque les conditions de l'ordonnance du 5 juin 1995, par l'énoncé de son paragraphe 4, devaient rester en vigueur jusqu'au 3 juin 1996 à moins d'annulation, de réexamen ou de modification de l'ordonnance par la Cour. L'ordonnance du 5 juin 1995 indique clairement que les personnes en ayant reçu signification sont libres de s'adresser à la Cour pour faire annuler ou modifier ladite ordonnance. C'est ainsi que la soixantaine de personnes notifiées auraient pu s'adresser à la Cour pour faire annuler ou modifier l'ordonnance du 5 juin 1995. Jusqu'à présent, aucune de ces personnes ne s'est adressée à la Cour. En fait, aucune partie n'a encore déposé de défense à l'égard de l'action des demanderessees.

La question semble être de savoir si, dans les circonstances, le juge Reed pouvait annuler l'ordonnance du 5 juin 1995. Les demanderessees soutiennent qu'elle n'avait pas cette liberté et qu'elles n'ont pas demandé au juge de le faire.

Après examen attentif des observations de l'avocat des demanderessees et des affidavits à l'appui de la requête, j'en suis venu à la conclusion que les demanderessees risquent de subir un préjudice irréparable si la suspension ne leur est pas accordée. Je suis également d'avis que la prépondérance des inconvénients penche du côté des demanderessees.

Pour les motifs précités, j'accueillerai en partie la demande des demanderessees. L'ordonnance de M<sup>me</sup> le juge Reed en date du 25 mars 1995 sera suspendue en attendant le résultat de l'appel des demanderessees pour ce qui est des paragraphes 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 et 10.

18 The plaintiffs will pursue their appeal in the most expeditive manner and in that respect, plaintiffs' counsel shall take all necessary steps to have his clients' appeal heard at the earliest possible time. I should point out that, in deciding upon the plaintiffs' application, I did not have the benefit of arguments against the application because there are, for the time being, no opponents to the plaintiffs. I therefore wish to make it clear that counsel for the plaintiffs is expected to prosecute his appeal diligently. Any delay, unless clearly outside counsel's control, will not be looked upon favourably by this Judge and, I trust, by other judges of this Court who might be called upon to hear further applications brought by the plaintiffs in order to enforce the June 5, 1995 order.

19 Lastly, it would appear to me that motions to stay an order of a judge of the Trial Division, pending an appeal, should be presented before the Court of Appeal. Perhaps, the Rules Committee might entertain this suggestion.

Les demandereses entreprendront la procédure d'appel le plus rapidement possible et, à cet égard, leur avocat est prié de prendre toutes les dispositions nécessaires pour que l'appel soit entendu le plus tôt possible. Je fais remarquer que, dans ma décision à l'égard de la présente demande, je n'ai pas eu la possibilité d'entendre d'arguments contre la demande, parce qu'il n'y a, pour l'instant, pas d'adversaires aux demandereses. L'avocat des demandereses doit donc comprendre que je m'attends à ce qu'il procède avec diligence. Tout retard, à moins qu'il soit complètement indépendant de la volonté de l'avocat, sera considéré défavorablement par moi-même et, j'en suis sûr, par les autres juges de la Cour qui pourraient être appelés à entendre d'autres demandes des demandereses en vue de l'exécution de l'ordonnance du 5 juin 1995.

Enfin, il me semble que les requêtes en suspension d'une ordonnance d'un juge de la Section de première instance en attendant un appel devraient être adressées à la Cour d'appel. Le Comité des règles devrait peut-être envisager cette procédure.

18

19

T-154-96, T-156-96, T-157-96,  
 T-158-96, T-159-96, T-160-96,  
 T-161-96, T-163-96, T-164-96,  
 T-165-96, T-166-96, T-167-96,  
 T-168-96, T-169-96, T-177-96

T-154-96, T-156-96, T-157-96,  
 T-158-96, T-159-96, T-160-96,  
 T-161-96, T-163-96, T-164-96,  
 T-165-96, T-166-96, T-167-96,  
 T-168-96, T-169-96, T-177-96

\* The Attorney General of Canada, Dr. Albert Joseph Liston, Dr. Alastair James Clayton, Dr. Norbert Gilmore, Dr. Denise Leclerc, Jake Epp, Dr. Gordon A. Jessamine, Dr. Wark Boucher, Dr. David Pope, Monique Bégin, Dr. John Furesz, Dr. Maureen M. Law, David Kirkwood, Dr. Denys Cook, Dr. Emmanuel Somers, Dr. J. W. Davies, Bruce Rawson, J. L. Fry, and Dr. A. B. Morrison, Bayer Inc., Craig A. Anhorn, The Canadian Red Cross Society, George Weber, Dr. Roger A. Perrault, Dr. Martin G. Davey, Dr. Elizabeth Ross, Dr. Morris A. Blajchman, Dr. Terry Stout, Dr. Joseph Ernest Come Rousseau, Dr. Noel Adams Buskard, Dr. Raymond M. Guevin, Dr. John Sinclair MacKay, Dr. Max Gorelick, Dr. Roslyn Herst, and Dr. Andrew Kaegi, Armour Pharmaceutical Company and Rhone-Poulenc Rorer Inc., Connaught Laboratories Limited, Baxter Corporation, Le Procureur général du Québec et l'Honorable Camille Laurin, The Honourable Dennis Timbrell, The Honourable Larry Grossman, The Honourable Keith Norton, The Honourable Alan Pope, The Honourable Murray Elston, The Honourable Phillip Andrewes and The Honourable Elinor Caplan, Le Procureur Général du Québec et l'Honorable Thérèse Lavoie-Roux, Le Procureur Général du Québec et l'Honorable Pierre-Marc Johnson, Le Procureur général du Québec et l'Honorable Marc-Yvan Côté, Le Procureur Général du Québec, Le Procureur Général du Québec et l'Honorable Guy Chevrette, Her Majesty the Queen in Right of British Columbia, Her Majesty the Queen in Right of Alberta, Her Majesty the Queen in Right of Manitoba, Her Majesty the Queen in Right of Nova Scotia, Her Majesty the Queen in Right of New Brunswick, Her Majesty the Queen in Right of Prince Edward Island, Her Majesty the Queen in Right of Newfoundland, Her Majesty the Queen in Right of the Yukon Territories, Her Majesty the

\* The Attorney General of Canada, Dr. Albert Joseph Liston, Dr. Alastair James Clayton, Dr. Norbert Gilmore, Dr. Denise Leclerc, Jake Epp, Dr. Gordon A. Jessamine, Dr. Wark Boucher, Dr. David Pope, Monique Bégin, Dr. John Furesz, Dr. Maureen M. Law, David Kirkwood, Dr. Denys Cook, Dr. Emmanuel Somers, Dr. J. W. Davies, Bruce Rawson, J. L. Fry, and Dr. A. B. Morrison, Bayer Inc., Craig A. Anhorn, The Canadian Red Cross Society, George Weber, Dr. Roger A. Perrault, Dr. Martin G. Davey, Dr. Elizabeth Ross, Dr. Morris A. Blajchman, Dr. Terry Stout, Dr. Joseph Ernest Come Rousseau, Dr. Noel Adams Buskard, Dr. Raymond M. Guevin, Dr. John Sinclair MacKay, Dr. Max Gorelick, Dr. Roslyn Herst, and Dr. Andrew Kaegi, Armour Pharmaceutical Company and Rhone-Poulenc Rorer Inc., Connaught Laboratories Limited, Baxter Corporation, Le Procureur Général du Québec et l'Honorable Camille Laurin, The Honourable Dennis Timbrell, The Honourable Larry Grossman, The Honourable Keith Norton, The Honourable Alan Pope, The Honourable Murray Elston, The Honourable Phillip Andrewes and The Honourable Elinor Caplan, Le Procureur Général du Québec et l'Honorable Thérèse Lavoie-Roux, Le Procureur Général du Québec et l'Honorable Pierre-Marc Johnson, Le Procureur Général du Québec et l'Honorable Marc-Yvan Côté, le Procureur général du Québec, Le Procureur Général du Québec et l'Honorable Guy Chevrette, Her Majesty the Queen in Right of British Columbia, Her Majesty the Queen in Right of Alberta, Her Majesty the Queen in Right of Manitoba, Her Majesty the Queen in Right of Nova Scotia, Her Majesty the Queen in Right of New Brunswick, Her Majesty the Queen in Right of Prince Edward Island, Her Majesty the Queen in Right of Newfoundland, Her Majesty the Queen in Right of the Yukon Territories, Her Majesty the Queen in Right of



Queen in Right of the Northwest Territories, The Honourable Stephen Rogers, The Honourable Jim Nielsen, The Honourable Peter Dueck, The Honourable John Jansen, The Honourable David Russell, The Honourable Marv Moore, The Honourable Nancy Betkowski, The Honourable Larry Desjardins, The Honourable Donald Orchard, The Honourable Charles Gallagher, The Honourable Nancy Clark Teed, The Honourable Raymond Frenette, The Honourable Gerald Sheehy, The Honourable Ronald Frenette, The Honourable Joel Matheson, The Honourable Albert Fogarty, The Honourable Joseph Ghiz, The Honourable Keith Milligan, The Honourable Wayne Cheverie, The Honourable John Collins, and Denise Leclerc-Chevalier (*Applicants*)

v.

The Honourable Horace Krever, Commissioner of the Inquiry on the Blood System in Canada (*Respondent*)

and

Canadian Hemophilia Society, Canadian AIDS Society, HIV-T Group (Blood Transfused), Janet Conners (Infected Spouses and Children), Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, Committee for HIV Affected and Transmitted, Association of Hemophilia Clinic Directors of Canada, Hepatitis C Survivors Society, Gignac, Sutts Group, Guy Henri-Godin and Jean-Daniel Couture, The Hepatitis C Group, The Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society (*Intervenors*)

**\* EDITOR'S NOTE:**

The style of cause is the result of an order of joinder of proceedings and of the amalgamation of fifteen styles of cause established, in each case, by the applicant or applicants. The Judge herein has decided to abide strictly by the designation of the parties as originally established by the parties, in the language of their choice.

the Northwest Territories, The Honourable Stephen Rogers, The Honourable Jim Nielsen, The Honourable Peter Dueck, The Honourable John Jansen, The Honourable David Russell, The Honourable Marv Moore, The Honourable Nancy Betkowski, The Honourable Larry Desjardins, The Honourable Donald Orchard, The Honourable Charles Gallagher, The Honourable Nancy Clark Teed, The Honourable Raymond Frenette, The Honourable Gerald Sheehy, The Honourable Ronald Frenette, The Honourable Joel Matheson, The Honourable Albert Fogarty, The Honourable Joseph Ghiz, The Honourable Keith Milligan, The Honourable Wayne Cheverie, The Honourable John Collins, and Denise Leclerc-Chevalier (*requérants*)

c.

L'Honorable Horace Krever, ès qualité de Commissaire de l'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada (*intimé*)

et

Canadian Hemophilia Society, Canadian AIDS Society, HIV-T Group (Blood Transfused), Janet Conners (Infected Spouses and Children), Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, Committee for HIV Affected and Transmitted, Association of Hemophilia Clinic Directors of Canada, Hepatitis C Survivors Society, Gignac, Sutts Group, Guy Henri-Godin et Jean-Daniel Couture, The Hepatitis C Group, The Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society (*intervenants*)

**\* NOTE DE L'ARRÊTISTE:**

L'intitulé de la cause est le résultat d'une ordonnance de jonction d'instances et de la fusion d'une quinzaine d'intitulés de cause établis, dans chaque cas, par la ou les parties requérantes. En l'espèce, le juge a décidé de s'en tenir strictement à la désignation des parties telle qu'établie, à l'origine, par les parties dans la langue de leur choix.

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (COMMISSIONER OF THE INQUIRY ON THE BLOOD SYSTEM) (T.D.)**

Trial Division, Richard J.—Toronto, March 6 and 12, 1996.

*Administrative law — Judicial review — Practice — Motion under R. 1613(3), (4) for directions as to procedure for making submissions concerning Commissioner's objection to production of material requested under R. 1612, and to require production of certified copies thereof — Commissioner, investigating blood system in Canada, issuing misconduct notices under Inquiries Act, s. 13 — Notices based on privileged submissions, public record, documents for which solicitor-client, deliberative privilege claimed — R. 1612 not requiring production of documents in party's possession or preparation of new documents — Evidentiary material before Commissioner relevant to decision to issue notices, not notes passing between counsel — Administrative tribunals can rely on deliberative secrecy — Analysis, opinion in staff memoranda irrelevant to ascertainment of tribunal's decision as no assumption adopted by it — Must show amounts to additional evidence — Objection to production of legal advice, analysis valid — Nothing indicating existence of new evidentiary material or list of written material on which decision to issue notice based.*

This was a motion under subsections 1613(3) and (4) of the Rules for directions as to the procedure for making submissions with respect to the Commissioner's objection to the production of certain material requested under Rule 1612 and to require production of certified copies thereof. The Court was called upon to determine the validity of the Commissioner's objection to production of (1) all correspondence, notes, memoranda, notes of minutes of meetings or discussions between Commission counsel relating to misconduct notices and (2) a list of all other material that the Commissioner and his staff, including counsel, have reviewed that may bear upon any of the charges contained in the notices, including any position papers prepared by Commission counsel on any of the issues raised therein. The Commissioner was appointed under the *Inquiries Act* to review and report on Canada's blood system. Public hearings spanned two years and the evidentiary record was voluminous. Misconduct notices were issued under *Inquiries Act*, section 13 indicating that

**RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (COMMISSAIRE DE L'ENQUÊTE SUR L'APPROVISIONNEMENT EN SANG AU CANADA) (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Richard—Toronto, 6 et 12 mars 1996.

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Pratique — Requête en vertu de la Règle 1613(3) et (4) en vue d'obtenir des directives sur la procédure à suivre pour présenter des observations au sujet de l'opposition du Commissaire à la production de certaines pièces demandées en vertu de la Règle 1612 et en vue de demander la production de copies certifiées conformes de ces pièces — Le Commissaire, qui fait enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada, a donné des avis d'inconduite en vertu de l'art. 13 de la Loi sur les enquêtes — Les avis sont fondés sur des observations privilégiées, le dossier public et des documents à l'égard desquels le privilège du secret professionnel de l'avocat et le privilège délibératif sont invoqués — La Règle 1612 n'oblige pas le Commissaire à produire des documents qui sont en la possession d'une partie ni à en préparer de nouveaux — Les éléments de preuve présentés au Commissaire sont pertinents relativement à sa décision de donner les avis, mais des notes que les avocats se sont échangés ne le sont pas — Les tribunaux administratifs peuvent invoquer le secret du délibéré — L'analyse et les opinions contenues dans les notes de service internes n'aidaient aucunement à déterminer les motifs de la décision du tribunal parce qu'on ne pouvait à bon droit présumer qu'il les avait reprises dans ses motifs — Il aurait fallu démontrer qu'elles équivalaient à une preuve supplémentaire — L'opposition du Commissaire à la production des avis ou des analyses juridiques était valide — Rien n'indiquait qu'il existait des éléments de preuve nouveaux ou une liste de pièces écrites sur lesquels le Commissaire avait fondé sa décision de donner les avis.*

Il s'agissait d'une requête présentée sous le régime des paragraphes 1613(3) et (4) des Règles en vue d'obtenir des directives sur la procédure à suivre pour présenter des observations au sujet de l'opposition du Commissaire à la production de certaines pièces demandées en vertu de la Règle 1612 et en vue de demander la production de copies certifiées conformes de ces pièces. La Cour devait évaluer la validité de l'opposition du Commissaire à la production de (1) toutes les lettres, notes, mémorandums et procès-verbaux des réunions ou des discussions entre les avocats de la Commission relativement aux avis d'inconduite et de (2) la liste de toutes les autres pièces que le Commissaire et les membres de son personnel, dont les avocats, ont examinées, et qui peuvent avoir un rapport avec l'une ou l'autre des fautes qui sont imputées dans les avis, y compris les exposés de principe rédigés par les avocats de la Commission sur toute question soulevée à cet égard. Le Commissaire a été nommé en vertu de la *Loi sur les enquêtes* pour faire enquête et rapport sur le système

the Commissioner may make findings that may amount to misconduct within that Act. The Commissioner stated that the notices were based on privileged submissions by parties, disclosure of which was no longer sought; the public record and exhibits, disclosure of which was unnecessary; and material and documents passing between the Commissioner and his counsel, in respect of which solicitor-client and adjudicative or deliberative privilege was claimed. The applicants suggested that there must be other material because the Commissioner had in November 1993 adverted to the availability of facts derived from sources other than evidence given at a public hearing. The Commissioner responded that no such material was considered in preparing the notices.

Rule 1612 allows a party to request material relevant to the application for judicial review in the possession of a federal tribunal by filing a written request with the Registry and serving the request on the federal tribunal and the other parties. This request may also be included in the originating motion. A federal tribunal served with a request under Rule 1612 must either forward the requested material to the requesting party and the Registry or advise all the parties and the Registry that it objects to the request. Where the federal tribunal objects to the request, subsections 1613(3) and (4) of the Rules provides a process for determining the validity of the objection.

*Held*, the motion under subsection 1613(4) of the Rules for an order that a certified copy of the required material be forwarded to the applicant should be dismissed.

Rule 1612 does not require the Commissioner to produce documents which are in a party's possession or to prepare new documents. Further, it is the evidentiary material before the Commissioner that is relevant to the decision to issue the section 13 notices, not any notes or memoranda passing between counsel.

Administrative tribunals can rely on deliberative secrecy, although to a lesser extent than judicial tribunals. The former Rule 1402, which required the tribunal after receipt of a section 28 originating notice to send to the Registry all material as defined by subsection 1402(1) of the Rules, including all relevant papers that were in the tribunal's possession or control, did not provide a discovery procedure, nor was it intended to authorize a

canadien d'approvisionnement en sang. Les audiences publiques se sont échelonnées sur deux ans et le dossier de la preuve est volumineux. Les avis d'inconduite ont été donnés sous le régime de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* en vertu duquel le Commissaire peut formuler des conclusions qui équivalent à des conclusions d'inconduite au sens de la Loi. Le Commissaire a déclaré que les avis étaient fondés sur des observations privilégiées faites par les parties et dont la communication n'était plus demandée; le dossier public et des pièces dont la production n'était pas nécessaire; des pièces et des documents échangés par le Commissaire et ses avocats, au sujet desquels le privilège du secret professionnel de l'avocat et le privilège juridictionnel et délibératif étaient invoqués. Les requérants ont donné à entendre qu'il devait exister d'autres pièces au dossier puisque, en novembre 1993, le Commissaire avait fait allusion à la disponibilité de faits dérivant de sources autres que la preuve produite lors d'une audience publique. Le Commissaire a répondu qu'aucune pièce de cette nature n'avait été considérée dans la préparation des avis.

La Règle 1612 permet à une partie de demander des documents pertinents quant à la demande de contrôle judiciaire et qui sont en possession d'un office fédéral en déposant une demande écrite au greffe et en signifiant cette demande à l'office fédéral et aux autres parties. Cette demande peut également être incorporée à la requête introductive d'instance. L'office fédéral qui reçoit signification d'une demande en vertu de la Règle 1612 doit remettre les pièces demandées à la partie intéressée et au greffe de la Cour fédérale ou alors aviser toutes les parties et le greffe qu'il s'oppose à la demande. Lorsque l'office fédéral s'oppose à la demande, les paragraphes 1613(3) et (4) des Règles prévoient la procédure à suivre pour déterminer la validité de l'opposition.

Jugement: la requête présentée en vertu du paragraphe 1613(4) des Règles en vue d'obtenir une ordonnance prescrivant la communication au requérant d'une copie certifiée conforme des pièces demandées doit être rejetée.

La Règle 1612 n'oblige pas le Commissaire à produire des documents qui sont en la possession d'une partie ni à en préparer de nouveaux. En outre, ce sont les éléments de preuve présentés au Commissaire qui sont pertinents relativement à sa décision de donner les avis visés à l'article 13, non pas des notes ou mémorandums que les avocats se sont échangés.

Les tribunaux administratifs peuvent invoquer le secret du délibéré, quoique dans une moindre mesure que les tribunaux judiciaires. L'ancienne Règle 1402, qui obligeait le tribunal administratif qui avait reçu un avis introductif d'instance en vertu de l'article 28 à transmettre au greffe toutes les pièces énumérées au paragraphe 1402(1) des Règles, y compris tous les documents pertinents que le tribunal avait en sa possession ou sous son contrôle, ne

fishing expedition. The analysis and opinion in staff memoranda are irrelevant to the ascertainment of the tribunal's reasons for decision because they cannot be assumed to have been adopted by it as its reasons. It would have to be shown that they amounted to additional evidence.

The Commissioner's objection to the production of written material, consisting of legal advice or analysis, passing between him and his counsel was valid. However, if legal counsel had provided written material to the Commissioner containing new facts or information, i.e. evidentiary material not previously disclosed, on which the Commissioner based his decision to issue the notices, then such written material should be produced pursuant to Rule 1613 and included in the record. There was nothing in the record indicating that such was the case. Nor was there anything in the record indicating that a list of all the written material relied on by the Commissioner for the purpose of reaching the decision relating to the issuance and contents of the section 13 notices existed, and the respondent was not under any obligation to prepare new documents.

prévoyait pas d'interrogatoire préalable et ne visait pas à autoriser que l'on se lance dans des recherches à l'avou-lette. L'analyse et les opinions contenues dans les notes de service internes n'aidaient aucunement à déterminer les motifs de la décision du tribunal parce qu'on ne pouvait à bon droit présumer qu'il les avait reprises dans ses motifs. Il aurait fallu démontrer qu'elles équivalaient à une preuve supplémentaire.

L'opposition du Commissaire à la production des pièces écrites échangées entre lui et ses avocats et qui consistaient en des avis ou des analyses juridiques était valide. En revanche, si les avocats avaient fourni au Commissaire des pièces écrites qui contenaient des faits ou des renseignements nouveaux, c'est-à-dire des éléments de preuve qui n'avaient pas été auparavant communiqués, et sur lesquels le Commissaire avait fondé sa décision de donner les avis, alors ces pièces écrites auraient dû être produites conformément à la Règle 1613 et faire partie du dossier. Or, rien dans le dossier n'indiquait que c'était le cas. Rien dans le dossier n'indiquait non plus qu'il existait une liste de toutes les pièces écrites sur lesquelles le Commissaire s'était fondé pour arriver à sa décision de donner les avis visés à l'article 13 et pour en déterminer le contenu et l'intimé n'avait pas l'obligation de préparer de nouveaux documents.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 39.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 1600 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1601 (as enacted *idem*), 1602 (as enacted *idem*; SOR/94-41, s. 14), 1603 (as enacted by SOR/92-43, s. 19; SOR/94-41, s. 15), 1604 (as enacted by SOR/92-43, s. 19; SOR/94-41, s. 16), 1605 (as enacted *idem*), 1606 (as enacted *idem*), 1607 (as enacted *idem*), 1608 (as enacted *idem*), 1609 (as enacted *idem*), 1610 (as enacted *idem*), 1611 (as enacted *idem*), 1612 (as enacted *idem*), 1613 (as enacted *idem*), 1614 (as enacted *idem*; SOR/94-41, s. 17), 1615 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1616 (as enacted *idem*), 1617 (as enacted *idem*), 1618 (as enacted *idem*), 1619 (as enacted *idem*), 1620 (as enacted *idem*).

*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, s. 13.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Quebec Ports Terminals Inc. v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 17 Admin. L.R. (2d) 16; 164 N.R. 60 (F.C.A.); *Canada (Human Rights Com-*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

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

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144).

*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 13.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 1600 (édicte par DORS/92-43, art. 19), 1601 (édicte, *idem*), 1602 (édicte, *idem*; DORS/94-41, art. 14), 1603 (édicte par DORS/92-43, art. 19; DORS/94-41, art. 15), 1604 (édicte par DORS/92-43, art. 19; DORS/94-41, art. 16), 1605 (édicte, *idem*), 1606 (édicte, *idem*), 1607 (édicte, *idem*), 1608 (édicte, *idem*), 1609 (édicte, *idem*), 1610 (édicte, *idem*), 1611 (édicte, *idem*), 1612 (édicte, *idem*), 1613 (édicte, *idem*), 1614 (édicte, *idem*; DORS/94-41, art. 17), 1615 (édicte par DORS/92-43, art. 19), 1616 (édicte, *idem*), 1617 (édicte, *idem*), 1618 (édicte, *idem*), 1619 (édicte, *idem*), 1620 (édicte, *idem*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)* (1993), 17 Admin. L.R. (2d) 16; 164 N.R. 60 (C.A.F.); *Canada (Com-*

*mission*) v. *Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.); *Tremblay v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169; *Trans Québec & Maritimes Pipeline Inc. v. National Energy Board*, [1984] 2 F.C. 432 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.P.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81.

## REFERRED TO:

*Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)* (1992), 88 D.L.R. (4th) 575; 5 Admin. L.R. (2d) 269; 140 N.R. 315 (F.C.A.).

MOTION under subsections 1613(3) and (4) of the Rules for directions as to the procedure for making submissions concerning the Commissioner's objection to the production of material requested under Rule 1612, and to require production of certified copies of the requested material. Motion dismissed.

## COUNSEL:

*Donald J. Rennie* for applicants The Attorney General of Canada *et al.*

*Randal T. Hughes* and *Tracey N. Patel* for applicant Bayer Inc.

No one appearing for applicant Craig Anhorn.

*Earl A. Cherniak, Q.C., Maureen B. Currie* and *Christopher I. Morrison* for applicants The Canadian Red Cross Society *et al.*

*William Thomas McGrenere, Q.C.* for applicant Armour Pharmaceutical Company.

*Stephen T. Goudge, Q.C.* and *Monica J. E. McCauley* for applicant Connaught Laboratories Limited.

*Philip Spencer, Q.C.* and *Tim Farrell* for applicant Baxter Corporation.

*Michelle M. Smith* for applicants the Honourable Dennis Timbrell *et al.*

*mission des droits de la personne c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.); *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169; *Trans Québec & Maritimes Pipeline Inc. c. Office national de l'énergie*, [1984] 2 C.F. 432 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.P.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81.

## DÉCISION CITÉE:

*Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)* (1992), 88 D.L.R. (4th) 575; 5 Admin. L.R. (2d) 269; 140 N.R. 315 (C.A.F.).

REQUÊTE présentée sous le régime des paragraphes 1613(3) et (4) des Règles en vue d'obtenir des directives sur la procédure à suivre pour présenter des observations au sujet de l'opposition du Commissaire à la production de pièces demandées en vertu de la Règle 1612 et en vue de demander la production d'une copie certifiée conforme de ces pièces. Requête rejetée.

## AVOCATS:

*Donald J. Rennie* pour le procureur général du Canada et autres, requérants.

*Randal T. Hughes* et *Tracey N. Patel* pour la Bayer Inc., requérante.

Personne n'a comparu pour Craig Anhorn, requérant.

*Earl A. Cherniak, c.r., Maureen B. Currie* et *Christopher I. Morrison* pour la Société canadienne de la Croix-Rouge et autres, requérants.

*William Thomas McGrenere, c.r.* pour la Armour Pharmaceutical Company, requérante.

*Stephen T. Goudge, c.r.* et *Monica J.E. McCauley* pour la Connaught Laboratories Limited, requérante.

*Philip Spencer, c.r.* et *Tim Farrell* pour la Baxter Corporation, requérante.

*Michelle M. Smith* pour l'honorable Dennis Timbrell et autres, requérants.

*Serge Kronström* for applicants Procureur général du Québec *et al.*

*William G. Craik* for applicants Her Majesty the Queen in Right of British Columbia *et al.*

*Paul S. A. Lamek, Q.C.* and *Angus T. McKinnon* for respondent the Honourable Horace Krever, Commissioner of the Inquiry on the Blood System in Canada.

*Bonnie A. Tough* for intervenor Canadian Hemophilia Society.

*R. Douglas Elliott* for intervenor Canadian AIDS Society.

*Lori A. Stoltz* for intervenor HIV-T Group (Blood Transfused).

No one appearing for intervenor Janet Conners (Infected Spouses and Children).

No one appearing for intervenor Canadian Hemophiliacs Infected with HIV.

No one appearing for intervenor Committee for HIV Affected and Transmitted (CHAT).

*Mary M. Thomson* for intervenor Association of Hemophilia Clinic Directors of Canada.

*Douglas Elliott* as Agent for intervenor Hepatitis C Survivors Society.

No one appearing for intervenor Gignac, Sutts Group.

No one appearing for intervenors Jean-Daniel Couture and Guy-Henri Godin.

No one appearing for intervenor The Hepatitis C Group.

*David G. Harvey* for intervenor Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society.

#### SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicants the Attorney General of Canada *et al.*

*Fraser & Beatty*, Toronto, for applicant Bayer Inc.

*Roebuck, Garbig*, Toronto, for applicant Craig Anhorn.

*Lerner & Associates*, Toronto, for applicants The Canadian Red Cross Society *et al.*

*Serge Kronström* pour le procureur général du Québec et autres, requérants.

*William G. Craik* pour Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique et autres, requérants.

*Paul S. A. Lamek, c.r.* et *Angus T. McKinnon* pour l'honorable Horace Krever, Commissaire à l'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada, intimé.

*Bonnie A. Tough* pour la Société canadienne de l'hémophilie, intervenante.

*R. Douglas Elliott* pour la Société canadienne du Sida, intervenante.

*Lori A. Stoltz* pour le HIV-T Group (Blood Transfused), intervenant.

Personne n'a comparu pour Janet Conners (Infected Spouses and Children), intervenante.

Personne n'a comparu pour la Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, intervenante.

Personne n'a comparu pour le Committee for HIV Affected and Transmitted (CHAT), intervenant.

*Mary M. Thomson* pour l'Association of Hemophilia Clinic Directors of Canada, intervenante.

*Douglas Elliott* à titre de mandataire de la Hepatitis C Survivors Society, intervenante.

Personne n'a comparu pour le Gignac, Sutts Group, intervenant.

Personne n'a comparu pour Jean-Daniel Couture et Guy-Henri Godin, intervenants.

Personne n'a comparu pour l'Hepatitis C Group, intervenant.

*David G. Harvey* pour la Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society, intervenante.

#### PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le procureur général du Canada et autres, requérants.

*Fraser & Beatty*, Toronto, pour la Bayer Inc., requérante.

*Roebuck, Garbig*, Toronto, pour Craig Anhorn, requérant.

*Lerner & Associates*, Toronto, pour la Société canadienne de la Croix-Rouge et autres, requérants.

*Lawson, McGrenere, Wesley, Rose & Clemenhagen*, Toronto, for applicant Armour Pharmaceutical Company.

*A. N. West*, Toronto, for applicant Connaught Laboratories Limited.

*Blaney, McMurtry, Stapells, Friedman*, Toronto, for applicant Baxter Corporation.

*Ministry of the Attorney General*, Toronto, for applicants the Honourable Dennis Timbrell *et al.*

*Kronström, Desjardins, Ste-Foy*, Québec for applicants Procureur général du Québec *et al.*

*Woloshyn Mattison*, Saskatoon, Saskatchewan, for applicants Her Majesty the Queen in Right of British Columbia *et al.*

*Genest, Murray, DesBrisay, Lamek*, Toronto, for respondent the Honourable Horace Krever, Commissioner of the Inquiry on the Blood System in Canada.

*Blake, Cassels & Graydon*, Toronto, for intervenor Canadian Hemophilia Society.

*Elliott, Rodrigues*, Toronto, for intervenor Canadian AIDS Society.

*Goodman and Carr*, Toronto, for intervenor HIV-T Group (Blood Transfused).

*Buchan, Derrick & Ring*, Halifax, for intervenor Janet Connors (Infected Spouses and Children).

*Kapoor, Selnes, Klimm & Brown*, Melfort, Saskatchewan for intervenor Canadian Hemophiliacs Infected with HIV.

*Kenneth Arenson*, Toronto, for intervenor Committee for HIV Affected and Transmitted (CHAT).

*McCarthy Tétrault*, Toronto, for intervenor Association of Hemophilia Clinic Directors of Canada.

*Tinkler, Morris*, Toronto, for intervenor Hepatitis C Survivors Society.

*Gignac, Sutts*, Windsor, for intervenor Gignac, Sutts Group.

*Marchand, Magnan, Melançon, Forget*, Montréal, for intervenors Jean-Daniel Couture and Guy-Henri Godin.

*Lawson, McGrenere, Wesley, Rose & Clemenhagen*, Toronto, pour la Armour Pharmaceutical Company, requérante.

*A. N. West*, Toronto, pour la Connaught Laboratories Limited, requérante.

*Blaney, McMurtry, Stapells, Friedman*, Toronto, pour la Baxter Corporation, requérante.

*Ministère du procureur général*, Toronto, pour l'honorable Dennis Timbrell et autres, requérants.

*Kronström, Desjardins, Ste-Foy* (Québec), pour le procureur général du Québec et autres, requérants.

*Woloshyn Mattison*, Saskatoon (Saskatchewan), pour Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique et autres, requérants.

*Genest, Murray, DesBrisay, Lamek*, Toronto, pour l'honorable Horace Krever, Commissaire à l'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada, intimé.

*Blake, Cassels & Graydon*, Toronto, pour la Société canadienne de l'hémophilie, intervenante.

*Elliott, Rodrigues*, Toronto, pour la Société canadienne du Sida, intervenante.

*Goodman and Carr*, Toronto, pour le HIV-T Group (Blood Transfused), intervenant.

*Buchan, Derrick & Ring*, Halifax, pour Janet Connors (Infected Spouses and Children), intervenante.

*Kapoor, Selnes, Klimm & Brown*, Melfort (Saskatchewan), pour la Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, intervenante.

*Kenneth Arenson*, Toronto, pour le Committee for HIV Affected and Transmitted (CHAT), intervenant.

*McCarthy Tétrault*, Toronto, pour l'Association of Hemophilia Clinic Directors of Canada, intervenante.

*Tinkler, Morris*, Toronto, pour la Hepatitis C Survivors Society, intervenante.

*Gignac, Sutts*, Windsor, pour le Gignac, Sutts Group, intervenant.

*Marchand, Magnan, Melançon, Forget*, Montréal, pour Jean-Daniel Couture et Guy-Henri Godin, intervenants.

*Pierre R. Lavigne*, Ottawa, for intervenor The Hepatitis C Group.

*David G. Harvey*, Burlington, Ontario, for intervenor Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society.

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

1 RICHARD J.: This is a motion under subsections 1613(3) and (4) [of the Federal Court Rules, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] to determine the validity of the objection of the respondent Commissioner to produce certain material requested by the applicants under Rule 1612 [as enacted *idem*].

2 The request originated in a letter dated February 29, 1996, and filed in the Federal Court on March 1, 1996, by counsel for the Canadian Red Cross Society. In this letter, counsel applied, pursuant to subsection 1613(3) of the Rules, for directions as to the procedure for making submissions with respect to the objection of the Commission to produce certain material requested by the Canadian Red Cross Society.

3 The letter reads in part as follows:

Re: Rule 1612 Production of Documents—Federal Court of Canada (Trial Division) Court file no. T-158-96

In our Originating Notice of Application my clients made a request for documents in the possession of the Commission pursuant to Federal Court Rule 1612.

On February 16, 1996 we sent a letter to Mr. Angus T. McKinnon, counsel for the respondent further clarifying our request for production of documents. We attach a copy of that letter.

On February 19, 1996, Mr. McKinnon responded with a blanket refusal to produce any of the documents which were requested. A copy of Mr. McKinnon's response is enclosed along with our response to Mr. McKinnon's letter of February 19, 1996.

Pursuant to Rule 1613(3) we request directions as to the procedure for making submissions with respect to this objection.

*Pierre R. Lavigne*, Ottawa, pour l'Hépatite C Group, intervenant.

*David G. Harvey*, Burlington (Ontario) pour la Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society, intervenante.

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

1 LE JUGE RICHARD: La présente requête soumise en vertu des paragraphes 1613(3) et (4) [des Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663 (édités par DORS/92-43, art. 19)] vise à déterminer la validité de l'opposition du Commissaire intimé à la production de certaines pièces demandées par les requérants en vertu de la Règle 1612 [éditée, *idem*].

2 La requête a été introduite par lettre en date du 29 février 1996 et déposée à la Cour fédérale le 1<sup>er</sup> mars 1996 par l'avocat de la Société canadienne de la Croix-Rouge. Dans cette lettre, conformément au paragraphe 1613(3) des Règles, l'avocat demandait des directives quant à la façon de présenter des observations au sujet de l'opposition de la Commission à la production de certaines pièces demandées par la Société canadienne de la Croix-Rouge.

3 La lettre se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION]

Objet: Règle 1612 Production de pièces—Cour fédérale du Canada (Section de première instance) n° du greffe T-158-96

Dans notre avis introductif d'instance, mes clients ont demandé à la Commission de produire certaines pièces qui sont en sa possession, conformément à la Règle 1612 de la Cour fédérale.

Le 16 février 1996, nous avons fait parvenir une lettre à M. Angus T. McKinnon, avocat de l'intimé, pour préciser davantage notre demande de production de certaines pièces. Nous joignons une copie de cette lettre.

Le 19 février 1996, M. McKinnon a répondu par un refus général de produire l'une ou l'autre des pièces demandées. Une copie de la réponse de M. McKinnon est jointe, de même que notre réponse à sa lettre du 19 février 1996.

Conformément à la Règle 1613(3), nous demandons des directives quant à la façon de présenter des observations au sujet de cette opposition.



It is important that this matter be dealt with as expeditiously as possible.

Il importe que cette question soit résolue le plus rapidement possible.

4 As the Judge of this Court designated by the Associate Chief Justice to dispose of all motions and issue any directions required in this application for judicial review, the application was referred to me and on March 1, 1996, I issued the following directions:

4 Ayant été désigné par le juge en chef adjoint pour statuer sur toutes les requêtes et donner toutes les directives requises dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire, la demande m'a été soumise et, le 1<sup>er</sup> mars 1996, j'ai donné les directives suivantes:

**DIRECTIONS**

(Rule 1613)

**UPON** a written request received by this Court on March 1, 1996, by counsel for the Canadian Red Cross Society, for directions, pursuant to Rule 1613(3), as to the procedure for making submissions with respect to the respondent's objection to a request for a certified copy of certain material made under Rule 1612, all as more particularly set out in a letter to counsel for the respondent dated February 16, 1996, the following directions are given as to the procedure for making submissions with respect to the objection.

[TRANSDUCTION]

**DIRECTIVES**

(Règle 1613)

**SUR** demande écrite transmise à la Cour le 1<sup>er</sup> mars 1996 par l'avocat de la Société canadienne de la Croix-Rouge en vue d'obtenir des directives conformément à la Règle 1613(3) quant à la façon de présenter des observations au sujet de l'opposition de l'intimé à une demande, formulée en vertu de la Règle 1612, de produire une copie certifiée conforme de certaines pièces, le tout étant exposé avec davantage de précisions dans une lettre envoyée à l'avocat de l'intimé le 16 février 1996, les directives suivantes se rapportent à la façon de présenter des observations au sujet de l'opposition.

- 1) True copies of the written request, the written objection of the respondent and the written request for directions shall be filed and served on all parties;
- 2) The hearing of this matter shall take place before this Court at the Canada Life Building, 8th floor, 330 University Avenue, in the City of Toronto, on Wednesday the 6th day of March 1996 at 10:00 o'clock in the forenoon;
- 3) Any parties who wish to participate in the hearing should inform the Toronto Registry by 1:00 p.m. on March 5, 1996.<sup>1</sup>

- 1) Des copies certifiées conformes de la demande écrite, de l'opposition écrite de l'intimé et de la demande écrite de directives devront être déposées et signifiées à toutes les parties;
- 2) L'audition de la présente affaire se tiendra devant la Cour à l'édifice Canada Life, 8<sup>e</sup> étage, 330, University Avenue, à Toronto, le mercredi 6 mars 1996 à 10 h;
- 3) Toute partie souhaitant participer à l'audition doit en informer le greffe de Toronto d'ici le 5 mars 1996 à 13 h<sup>1</sup>.

5 In its originating motion dated January 19, 1996, (Court File No.: T-158-96), the Canadian Red Cross Society made the following request:

5 Dans sa requête introductive d'instance du 19 janvier 1996, (n<sup>o</sup> du greffe: T-158-96), la Société canadienne de la Croix-Rouge a formulé la demande suivante:

THE APPLICANTS REQUEST, PURSUANT TO RULES 1612 AND 1613, THE COMMISSIONER, THROUGH HIS COUNSEL, TO SEND A CERTIFIED COPY OF THE FOLLOWING MATERIAL THAT IS IN HIS POSSESSION TO THE APPLICANTS AND TO THE REGISTRY:

[TRANSDUCTION]

LES REQUÉRANTS DEMANDENT, CONFORMÉMENT AUX RÈGLES 1612 ET 1613, QUE, PAR L'ENTREMISE DE SES AVOCATS, LE COMMISSAIRE TRANSMETTE AUX REQUÉRANTS ET AU GREFFE UNE COPIE CERTIFIÉE CONFORME DES PIÈCES SUIVANTES QUI SONT EN SA POSSESSION:

1. The written submissions and briefs made on an *ex parte* basis to Commission counsel concerning what

1. Les observations et les exposés écrits présentés *ex parte* aux avocats de la Commission concernant ce que

should be contained in the misconduct notices and who should receive them.

2. All correspondence, notes, memoranda, notes of minutes of meetings or discussions between Commission counsel relating to the Notices.
3. Such other parts of the evidence given at the Inquiry and the exhibits filed therein as are necessary for this application.
4. A list of all other material that the Commissioner and his staff, including counsel, have reviewed that may bear upon any of the charges contained in the Notices, including any position papers prepared by Commission counsel on any of the issues raised therein.

6 Most, if not all, of the remaining applicants made a similar request for material. However, all of the remaining applicants supported the request of the Canadian Red Cross Society on the proceedings under Rule 1613 brought before me.

7 Counsel for the Canadian Red Cross Society subsequently withdrew the request for the material described in paragraphs 1 and 3 set out above and only pursued the request for material described in paragraphs 2 and 4. The remaining applicants also agreed to proceed on that basis. With respect to the withdrawal of the request for the material specified in paragraph 1 of the request, counsel for the Canadian Red Cross Society wrote to counsel for the respondent on February 29, 1996, advising as follows:

However, in view of your position on behalf of the Commissioner that these submissions were received on a privileged and confidential basis and that a public interest immunity protects their production because of their prejudicial content, my clients will not pursue their production notwithstanding their view of their relevance. Rather, you can take this letter as notice of that [*sic*] the circumstances surrounding the securing and use of the submissions and the privilege, confidentiality and immunity claimed in respect thereof will be used in support of the grounds upon which the judicial review application is based.

8 In these circumstances, I have not been called upon, on this application under Rule 1613, to deter-

doivent contenir les avis d'inconduite et qui doit les recevoir.

2. Toutes les lettres, notes, mémorandums et procès-verbaux des réunions ou des discussions entre les avocats de la Commission relativement aux avis.
3. Tous les autres éléments de preuve présentés à l'enquête et les pièces déposées à cet égard qui sont nécessaires à la présente demande.
4. La liste de toutes les autres pièces que le Commissaire et les membres de son personnel, dont les avocats, ont examinées, et qui peuvent avoir un rapport avec l'une ou l'autre des fautes qui sont imputées dans les avis, y compris les exposés de principe rédigés par les avocats de la Commission sur toute question soulevée à cet égard.

6 La plupart des autres requérants, voire tous, ont formulé une demande semblable de production de pièces. Par ailleurs, tous les autres requérants ont appuyé la demande de la Société canadienne de la Croix-Rouge dans les procédures introduites devant moi en vertu de la Règle 1613.

7 L'avocat de la Société canadienne de la Croix-Rouge a subséquemment retiré sa demande relativement aux pièces décrites aux paragraphes 1 et 3 reproduits précédemment et n'a maintenu sa demande que relativement aux pièces décrites aux paragraphes 2 et 4. Les autres requérants ont également convenu de poursuivre la procédure sur ce fondement. En ce qui concerne le retrait de la demande pour ce qui est des pièces énumérées au paragraphe 1, l'avocat de la Société canadienne de la Croix-Rouge a écrit aux avocats de l'intimé le 29 février 1996 pour les informer de ce qui suit:

[TRADUCTION] Cependant, compte tenu de la prétention que vous faites valoir pour le compte du Commissaire, portant que ces observations étaient confidentielles et privilégiées et qu'une immunité d'intérêt public protège leur production en raison de leur contenu préjudiciable, ma cliente n'en demande plus la production en dépit de son opinion quant à leur pertinence. Vous pouvez plutôt considérer la présente lettre comme un avis que les circonstances entourant l'obtention et l'utilisation des observations de même que le privilège, le caractère confidentiel et l'immunité invoqués relativement à celles-ci seront utilisés à l'appui des motifs sur lesquels est fondée la demande de contrôle judiciaire.

8 Compte tenu de ces circonstances, je n'ai pas été appelé, dans le cadre de la demande présentée en

mine the validity of the objection on grounds of confidentiality and privilege.

9 As a result, I am called upon pursuant to Rule 1613 to determine the validity of the objection of the Commissioner to disclose and produce the following documents:

1. All correspondence, notes, memoranda, notes of minutes of meetings or discussions between Commission counsel relating to the Notices.
2. A list of all other material that the Commissioner and his staff, including counsel, have reviewed that may bear upon any of the charges contained in the Notices, including any position papers prepared by Commission counsel on any of the issues raised therein.

10 In a letter dated February 19, 1996, counsel for the Commissioner responded as follows to the requests to produce documents:

This letter and the attached constitute our response to the requests to produce documents in accordance with Rule 1613 of the *Federal Court Rules*. You will note that we have provided our response to all of the requests in a single document bearing the title of proceedings directed in the Order of the Honourable Mr. Justice Richard dated February 2, 1996 and setting forth our response to the individual requests under the original court file numbers and parties who made the request.

The evidentiary record before the Commissioner consists of 235 volumes of transcripts of evidence and 1235 exhibits, of which 440 are composed of one and one half inch bound volumes of documents. It is clearly impractical to deliver the entire record, nor does any party appear to request same.

In respect of the confidential written submissions which many of the applicants have requested be produced, we must regretfully advise that the Commissioner is not in a position to produce these documents. Following Mr. Cherniak's submissions to the Court on February 2, 1996 in which he stated that this client was only interested in receiving those portions of the submissions which related to his client we undertook an inquiry to determine whether all of the applicants shared this position, with a view to determining if limited production could be made with the consent of the parties who delivered the submissions. Unfortunately, it immediately became apparent that the foregoing could not be accomplished as certain of the applicants, including the Attorney General of Canada

vertu de la Règle 1613, à déterminer la validité de l'opposition eu égard au caractère confidentiel et au privilège.

9 Par conséquent, je dois, conformément à la Règle 1613, déterminer la validité de l'opposition du Commissaire à la communication et à la production des pièces suivantes:

1. Toutes les lettres, notes, mémorandums et procès-verbaux des réunions ou des discussions entre les avocats de la Commission relativement aux avis.
2. La liste de toutes les autres pièces que le Commissaire et les membres de son personnel, dont les avocats, ont examinées, et qui peuvent avoir un rapport avec l'une ou l'autre des fautes imputées dans les avis, y compris les exposés de principe rédigés par les avocats de la Commission sur toute question soulevée à cet égard.

10 Dans sa lettre du 19 février 1996, l'avocat de la Commission a répondu dans les termes suivants aux demandes de production de pièces:

[TRADUCTION] La présente lettre et les pièces qui y sont jointes constituent notre réponse aux demandes de production de pièces conformément à la Règle 1613 des *Règles de la Cour fédérale*. Vous remarquerez que nous avons répondu à toutes les demandes dans un seul document, sous l'intitulé de la cause énoncé par monsieur le juge Richard dans une ordonnance rendue le 2 février 1996, qui expose notre réponse à chacune des demandes sous les numéros de greffe originaux et aux parties qui, initialement, ont formulé la demande.

Le dossier de la preuve soumis au Commissaire consiste en 235 volumes de transcriptions de témoignages et en 1235 pièces, dont 440 sont des volumes reliés d'un pouce et demi d'épaisseur. Il est de toute évidence impossible de remettre le dossier entier, et aucune partie ne paraît en faire la demande.

Relativement aux observations écrites confidentielles dont de nombreux requérants ont demandé la production, nous devons à regret vous informer que le Commissaire n'est pas en mesure de produire ces pièces. À la suite des observations formulées par M. Cherniak à la Cour le 2 février 1996, dans le cadre desquelles il a indiqué que la cliente n'était intéressée à recevoir que les parties des observations qui la concernent, nous avons vérifié si tous les requérants partageaient cette opinion, afin de déterminer si une production restreinte était possible avec le consentement des parties qui ont présenté les observations. Malheureusement, il est devenu immédiatement évident que cela était impossible puisque certains des requérants, dont le procureur général du Canada et la cliente de

and Mr. Cherniak's clients, required production of the full submissions. As the parties who delivered the written submissions are not prepared to waive the privileged and confidential basis upon which the submissions were delivered our client is not in a position to produce the requested documents.

11 In the attachment, the Commissioner objected to the production of the material now sought to be produced for the following reasons:

**Request:** All correspondence, notes, memoranda, notes of minutes of meetings or discussions between Commission counsel relating to the Notices.

**Response:** *All documents prepared by or passing between the Commissioner and his counsel which have not been released publicly and any minute, note or memoranda recording their meetings relating to the notice are privileged.*

**Request:** A list of all other material that the Commissioner and his staff, including counsel, have reviewed that may bear upon any of the charges contained in the Notices, including any position papers prepared by Commission counsel on any of the issues raised therein.

**Response:** *The documents in the possession of the Commissioner or his counsel which relate to the Notice are:*

*a) the transcripts of evidence adduced and copies of exhibits filed before the Commissioner, copies of which have previously been provided to the applicants' counsel;*

*b) the written submissions concerning the issuance and contents of the Notice which were received by the Commission's counsel from certain of the parties with standing before the Commissioner are not relevant to any of the issues raised on this application. To the extent to which the written submissions relate to the Notice they were received by the Commissioner's counsel on a privileged and confidential basis and the prejudicial effect of their disclosure far outweighs their probative value; and*

*c) any and all documents passing between the Commissioner and his counsel and any and all documents prepared by the Commissioner or by his counsel relating to the Notice, which documents are privileged.*

M. Cherniak, exigeaient la production de toutes les observations. Comme les parties qui ont présenté les observations écrites ne sont pas disposées à renoncer au caractère privilégié et confidentiel sous le sceau duquel elles les ont soumises, notre client ne peut pas produire les pièces demandées.

En annexe, le Commissaire s'opposait à la production des pièces dont on demande maintenant la production, pour les motifs suivants:

**Demande:** Toutes les lettres, notes, mémorandums et procès-verbaux des réunions ou des discussions entre les avocats de la Commission relativement aux avis.

**Réponse:** *Tous les documents rédigés par le Commissaire et ses avocats ou échangés entre eux, qui n'ont pas été rendus publics, et tous les procès-verbaux, notes ou mémorandums qui font état de leurs réunions concernant l'avis, sont privilégiés.*

**Demande:** La liste de toutes les autres pièces que le Commissaire et les membres de son personnel, dont les avocats, ont examinées, et qui peuvent avoir un rapport avec l'une ou l'autre des fautes imputées dans les avis, y compris les exposés de principe rédigés par les avocats de la Commission sur toute question soulevée à cet égard.

**Réponse:** *Les documents en la possession du Commissaire ou de ses avocats qui se rapportent à l'avis sont les suivants:*

*a) La transcription des témoignages entendus et les copies des pièces déposées devant le Commissaire, dont des copies ont été auparavant fournies aux avocats des requérants;*

*b) Les observations écrites sur la délivrance et le contenu de l'avis, que les avocats de la Commission ont reçues de la part de certaines des parties ayant qualité pour agir devant le Commissaire, ne sont pertinentes quant à aucune des questions soulevées dans le cadre de la présente demande. Dans la mesure où les observations écrites se rapportent à l'avis, elles ont été reçues par les avocats du Commissaire sous le sceau de la confiance et du privilège, et l'effet préjudiciable de leur communication l'emporte de loin sur leur valeur probante; et*

*c) tous et chacun des documents que s'échangent le Commissaire et ses avocats et tous et chacun des documents rédigés par le Commissaire ou par ses avocats relativement à l'avis sont privilégiés.*

11

- 12 The events leading up to this motion can be briefly described as follows. 12
- Les événements qui ont mené à la présente requête peuvent être décrits brièvement de la façon suivante.
- 13 On October 4, 1993, the Honourable Horace Krever, a judge of the Ontario Court of Appeal, was appointed under Part I of the *Inquiries Act* [R.S.C., 1985, c. I-11] to be a Commissioner to review and report on the mandate, organization, management, operations, financing and regulation of all activities of the blood system in Canada, including the events surrounding the contamination of the blood system in Canada in the early 1980s, by examining, without limiting the generality of the inquiry, 13
- Le 4 octobre 1993, en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* [L.R.C. (1985), ch. I-11], l'honorable Horace Krever, juge de la Cour d'appel de l'Ontario, a été nommé Commissaire en vue de faire enquête et rapport sur le mandat, l'organisation, la gestion, les opérations, le financement et la réglementation de toutes les activités du système canadien d'approvisionnement en sang, y compris les événements entourant la contamination de réserves de sang au Canada au début des années 1980, et pour examiner, sans limiter la portée générale de l'enquête,
- the organization and effectiveness of past and current systems designed to supply blood and blood products in Canada; — l'organisation et l'efficacité des systèmes actuels et antérieurs d'approvisionnement en sang et en produits du sang au Canada;
  - the roles, views, and ideas of relevant interest groups; and — les rôles, opinions, et idées des groupes d'intérêt concernés;
  - the structures and experiences of other countries, especially those with comparable federal systems. — les structures et expériences d'autres pays, particulièrement ceux qui ont des systèmes fédéraux comparables.
- 14 The Commissioner was directed to submit a final report with recommendations on an efficient and effective blood system in Canada for the future including: 14
- Le Commissaire devait présenter un rapport final contenant des recommandations quant aux mesures à prendre pour assurer l'efficacité et l'efficience futures du système d'approvisionnement en sang au Canada et traitant notamment:
- its managerial, financial, and legal principles as well as the medical and scientific aspects; — des principes financiers, juridiques et de gestion qui le gouvernement, ainsi que de ses aspects médicaux et scientifiques;
  - the appropriate roles and responsibilities of the provincial/territorial and federal governments, the Canadian Red Cross Society, and other relevant organizations; — des rôles et responsabilités qu'il convient d'attribuer aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, à la Société canadienne de la Croix-Rouge et à d'autres organismes concernés;
  - the contractual and other relationship which should exist amongst the governments and organizations involved in the system; — des relations contractuelles et autres qui devraient exister entre les gouvernements et les organismes qui interviennent dans le système;
  - resource implications, including current allocations; — des implications en matière de ressources, y compris en ce qui touche les affectations actuelles;

- powers that are appropriate to recommendations concerning responsibilities and authorities; and
- actions required to implement these recommendations.

- des pouvoirs correspondant aux recommandations faites concernant les responsabilités et les attributions; et
- des mesures à prendre pour donner suite à ces recommandations.

- 15 The Commissioner was directed to submit a final report no later than September 30, 1994. That date was extended to December 31, 1995, and again, to September 30, 1996, by order in council dated December 13, 1995. 15
- Le Commissaire devait présenter un rapport final au plus tard le 30 septembre 1994. La présentation du rapport a été reportée au 31 décembre 1995 puis, de nouveau, au 30 septembre 1996, par décret en date du 13 décembre 1995.
- 16 The evidentiary record before the Commissioner is voluminous. It includes thousands of documents bound into 440 exhibit briefs. Public hearings began November 22, 1993 and ended December 21, 1995. During this period, approximately 236 days of hearings were held and 353 witnesses were called. 16
- Le dossier de la preuve soumis au Commissaire est volumineux. Il compte des milliers de documents formant 440 dossiers de pièces. Les audiences publiques ont commencé le 22 novembre 1993 et ont pris fin le 21 décembre 1995. Au cours de cette période, environ 236 jours d'audience ont été tenus et 353 témoins ont été appelés.
- 17 The Commissioner has made an interim report which was released on February 24, 1995. The Commissioner has not submitted a final report. 17
- Le Commissaire a rédigé un rapport provisoire, publié le 24 février 1995. Il n'a pas soumis de rapport final.
- 18 Under section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)], an application for judicial review must be made in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal. Subsection 1602(4) [as enacted by SOR/92-43, s. 19] of the Rules provides that the notice of motion shall be in respect of a single decision, order or matter only. It is the decision by the Commissioner to issue notices under section 13 of the *Inquiries Act* which is sought to be reviewed. 18
- Sous le régime de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)], une demande de contrôle judiciaire doit être présentée relativement à une décision ou ordonnance d'un office fédéral. Aux termes du paragraphe 1602(4) des Règles [édité par DORS/92-43, art. 19], l'avis de requête porte sur le contrôle judiciaire d'une seule ordonnance, décision ou autre question. En l'espèce, on demande le contrôle judiciaire de la décision du Commissaire de donner des avis conformément à l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*.
- 19 The English version of section 13 of the *Inquiries Act* reads as follows: 19
- Le texte anglais de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* se lit comme suit:
13. No report shall be made against any person until reasonable notice has been given to the person of the charge of misconduct alleged against him and the person has been allowed full opportunity to be heard in person or by counsel.
13. *No report shall be made against any person until reasonable notice has been given to the person of the charge of misconduct alleged against him and the person has been allowed full opportunity to be heard in person or by counsel.*
- 20 The French version reads as follows: 20
- Le libellé du texte français de la même disposition est le suivant:

13. *La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat.*

- 21 The notices in issue are dated December 21, 1995, and are signed by Commission counsel. Each notice includes the following statement:

TAKE NOTICE that the Commissioner *may* make the following findings that *may* amount to misconduct within the meaning of the *Inquiries Act*.

- 22 Notices sent to those counsel who represented both named individuals and parties provided:

AND TAKE NOTICE that you are entitled to be heard in person or through counsel to address these potential findings. You may prefer to do so through your final submissions, and, if that is so, no notice need be given to the Commissioner's office of your preference to be heard in that manner. Final written submissions must be received by the Commissioner's office no later than noon on Thursday, February 8, 1996. If you wish to be heard in any other manner, you must notify the Commissioner's office of that wish no later than noon on Wednesday, January 10, 1996.

- 23 Notices sent to those persons or corporations without standing provided:

You are entitled to be heard in person or through counsel to address these potential findings. If you wish to be heard you must notify the Commissioner's office of that wish no later than noon on Wednesday, January 10, 1996.

- 24 In the statement of fact and law of the Canadian Red Cross Society, counsel describes the events directly related to the issuance of the notices.

On October 26, 1995, Commission counsel wrote to all parties with standing before the Inquiry asking the parties to set out in writing "all findings of misconduct which you intend to urge upon the Commission" by 5:00 p.m., November 10, 1995. The CRCS refused to participate in this procedure and objected to it on the ground, *inter alia*, that "[r]equesting those parties . . . to submit their proposed findings of misconduct appears to be a recognition and formalization by you that this inquiry is an adversarial one rather than the impartial examination that is contem-

13. *La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat.*

- Les avis en question, en date du 21 décembre 1995, sont signés par l'avocat de la Commission. Chaque avis énonce ce qui suit: 21

SACHEZ que le Commissaire *peut* formuler les conclusions suivantes, lesquelles *peuvent* équivaloir à une conclusion d'inconduite au sens de la *Loi sur les enquêtes*.

- Les avis envoyés aux avocats représentant des personnes désignées nommément et des parties étaient ainsi libellés: 22

ET SACHEZ que vous avez le droit d'être entendu, en personne ou par l'entremise d'un avocat, sur ces conclusions potentielles. Vous pouvez vous prévaloir de ce droit en présentant vos observations finales et, le cas échéant, il n'est pas nécessaire de donner avis de ce choix au bureau du Commissaire. Les observations écrites finales doivent parvenir au bureau du Commissaire au plus tard le jeudi 8 février 1996 à 12 h. Si vous désirez être entendu de quelque autre façon, vous devez en aviser le bureau du Commissaire au plus tard le mercredi 10 janvier 1996 à 12 h.

- Les avis transmis aux personnes ou aux corporations n'ayant pas qualité pour agir étaient ainsi libellés: 23

Vous avez le droit d'être entendu, en personne ou par l'entremise d'un avocat, sur ces conclusions potentielles. Si vous désirez être entendu, vous devez en aviser le bureau du Commissaire au plus tard le mercredi 10 janvier 1996 à 12 h.

- Dans l'exposé des faits et du droit de la Société canadienne de la Croix-Rouge, l'avocat décrit les événements auxquels se rapporte directement la délivrance des avis. 24

[TRADUCTION] Le 26 octobre 1995, l'avocat de la Commission a écrit à toutes les parties ayant qualité pour agir dans le cadre de l'enquête pour leur demander de formuler par écrit, avant le 10 novembre 1995 à 17 h, «toutes les conclusions d'inconduite que vous entendez faire valoir auprès de la Commission». La SCCR a refusé de participer à cette procédure et s'y est opposée pour le motif, notamment, que «demander à ces parties . . . de soumettre leur projet de conclusions d'inconduite paraît être une reconnaissance et une officialisation de votre part que

plated by the order-in-council” that created the Inquiry. Commission counsel refused to accept this objection.

On November 24, 1995, the Commissioner, during the course of the public hearings, indicated that:

- (a) he was aware of the process that Commission counsel had initiated with respect to the proposed notices;
- (b) Commission counsel had received some submissions on the contents of the notices from some of the parties with standing;
- (c) he did not intend to read the submissions of the parties who responded to Commission counsel’s invitation in the October 26 memorandum;
- (d) Commission counsel would review the notices; and
- (e) the Commissioner would issue notices based upon that review.

25 The applicants claim they relied on the assurances of the Commissioner, given at the outset of the hearings and during the course of the hearings, that no one was on trial, that the inquiry was not concerned with criminal or civil liability and that the inquiry was not an adversary proceeding in which a party makes allegations against another party. They also claim they relied on the Commissioner’s statement that it was his inquiry, and not his counsel’s inquiry, and that he had no intention of making findings of liability or fault whether civil or criminal.

26 The applications for judicial review call into question the procedure of the Commission that preceded the notices and the timing of the notices. The applicants are concerned about unilaterally acquired information that the Commission has and may use to support the serious allegations contained in the notices. Counsel for the Commissioner responds that there are no such documents.

27 In its originating motion, the Canadian Red Cross Society requests the following relief:

cette enquête est un examen accusatoire plutôt que l’examen impartial qui est envisagé par le décret» créant l’enquête. L’avocat de la Commission a refusé d’accepter cette opposition.

Le 24 novembre 1995, dans le cadre des audiences publiques, le Commissaire a indiqué que:

- a) il était au courant du processus que l’avocat de la Commission avait mis en branle relativement aux avis envisagés;
- b) l’avocat de la Commission avait reçu de certaines des parties ayant qualité pour agir des observations sur le contenu des avis;
- c) il n’avait pas l’intention de lire les observations des parties qui avaient répondu à l’invitation de l’avocat de la Commission dans sa note du 26 octobre;
- d) l’avocat de la Commission examinerait les avis; et
- e) le Commissaire donnerait des avis sur le fondement de cet examen.

25 Les requérants soutiennent qu’ils comptaient sur les garanties que le Commissaire a données à l’ouverture des audiences et pendant celles-ci, portant que personne n’était jugé, que l’enquête ne portait pas sur quelque responsabilité au criminel ou au civil et qu’elle n’était pas une procédure accusatoire dans le cadre de laquelle une partie fait des allégations contre une autre partie. Ils font également valoir qu’ils se sont fiés à la déclaration du Commissaire portant qu’il s’agissait de son enquête, et non de celle de ses avocats, et qu’il n’avait pas l’intention de tirer quelque conclusion sur la responsabilité ou l’inconduite, que ce soit au civil ou au criminel.

26 Les demandes de contrôle judiciaire mettent en doute la procédure de la Commission qui a précédé les avis, de même que le moment où ceux-ci ont été donnés. Les requérants s’interrogent sur les renseignements qu’a obtenus unilatéralement la Commission et qu’elle peut utiliser pour appuyer les graves allégations contenues dans les avis. L’avocat du Commissaire répond qu’il n’existe aucun document de cette nature.

27 Dans sa requête introductive d’instance, la Société canadienne de la Croix-Rouge demande les réparations suivantes:



1. A declaration that the Honourable Mr. Justice Horace Krever, Commissioner of the Inquiry on the Blood System in Canada (hereinafter the "Commissioner"), acted without jurisdiction, or in the alternative, beyond his jurisdiction in issuing notices dated December 21, 1995 to the applicants, pursuant to the *Inquiries Act*, R.S.C. 1985, c. I-11, the *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1990, c. P.41 and the *Public Inquiries Act*, R.S.P.E.I. 1988, Cap. P-31 (hereinafter the "Notices").
2. A declaration that the Commissioner acted in violation of the principles of fundamental justice as mandated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights* in issuing the Notices.
3. A declaration that the Commissioner acted contrary to the principles of natural justice and procedural fairness in issuing the Notices.
4. A declaration that the Commissioner erred in law in issuing the Notices.
5. An order quashing the Notices.
6. An order prohibiting the Commissioner from making any findings of misconduct against any of the applicants in his final report.
7. Should the relief in paragraph 6 not be granted, an order prohibiting the Commissioner from making any findings of misconduct against any of the applicants in his final report which amount to and/or provide the factual foundation for findings of criminal and/or civil liability against any of the applicants.
8. An order that the Commissioner not seek any assistance in the preparation and drafting of his final report by all Commission counsel who participated in the public hearings and/or in the preparation of the Notices, including but not limited to, Marlys Edwardh, Delmar Doucette, Melvyn Green, Leslie Paine, Louis Sokolov and Frederic Palardy.<sup>2</sup>

## [TRADUCTION]

1. Un jugement déclaratoire portant que le juge Horace Krever, Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada (ci-après le «commissaire»), a agi sans compétence ou, subsidiairement, a excédé sa compétence en donnant les avis du 21 décembre 1995 aux requérants en application de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1990, ch. P.41 et la *Public Inquiries Act*, R.S.P.E.I. 1988, chap. P-31 (ci-après les «avis»).
2. Un jugement déclaratoire portant qu'en donnant les avis, le Commissaire a agi contrairement aux principes de justice fondamentale que prescrivent la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits*.
3. Un jugement déclaratoire portant que le Commissaire a agi contrairement aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale en donnant les avis.
4. Un jugement déclaratoire portant que le Commissaire a commis une erreur de droit en donnant les avis.
5. Une ordonnance annulant les avis.
6. Une ordonnance interdisant au Commissaire de tirer toute conclusion d'inconduite contre l'un ou l'autre requérant dans son rapport final.
7. Si la réparation demandée au paragraphe 6 n'est pas accordée, une ordonnance interdisant au Commissaire de tirer toute conclusion d'inconduite contre l'un ou l'autre requérant dans son rapport final qui équivaille à une conclusion de responsabilité criminelle ou civile contre l'un ou l'autre requérant ou qui fournisse un fondement factuel à une telle conclusion.
8. Une ordonnance interdisant au Commissaire de demander de l'aide dans la préparation et la rédaction de son rapport final auprès des avocats de la Commission qui ont participé aux audiences publiques ou dans la préparation des avis, y compris, mais sans restreindre la portée de ce qui précède, Marlys Edwardh, Delmar Doucette, Melvyn Green, Leslie Paine, Louis Sokolov et Frederic Palardy<sup>2</sup>.

28 Counsel for the Canadian Red Cross Society emphasized that there is no allegation of bias on the part of the tribunal, i.e., the Commissioner. It is the conduct of Commission counsel that has been put in issue.

L'avocat de la Société canadienne de la Croix-Rouge a souligné qu'aucune allégation d'impartialité n'était faite contre l'office, c'est-à-dire le Commissaire. C'est le comportement des avocats de la Commission qui est mis en cause. 28

29 *Federal Court Rules* 1612 and 1613 read as follows:

Les Règles 1612 et 1613 de la Cour fédérale se lisent comme suit : 29

*Rule 1612.* (1) A party who wishes to rely on material that is in the possession of the federal board, commission or other tribunal and not in the party's possession shall file in the Registry and serve on the federal board, commission or other tribunal a written request for a certified copy of the material.

(2) An applicant's request may be included in the notice of motion.

(3) A copy of the request shall be served on the other parties.

(4) The request shall specify the particular material in the possession of the federal board, commission or other tribunal and the material must be relevant to the application for judicial review.

*Rule 1613.* (1) Subject to paragraphs (2) to (4), a federal board, commission or other tribunal that is served with a request under Rule 1612 shall, without delay, forward a certified copy of the material requested to the party making the request and to the Registry.

(2) Where the federal board, commission or other tribunal or a party objects to the request, the federal board, commission or other tribunal or the party, as the case may be, shall, in writing, inform all parties and the Registry of the reasons for the objection.

(3) A judge may give directions to the parties and the federal board, commission or other tribunal as to the procedure for making submissions with respect to the objection.

(4) A judge may, after hearing the submissions, order that a certified copy of all or part of the material requested be forwarded to the party making the request and to the Registry.

*Règle 1612.* (1) La partie qui désire se servir de pièces qui ne sont pas en sa possession mais qui sont en possession de l'office fédéral dépose une demande écrite au greffe et la signifie à l'office fédéral, enjoignant à ce dernier de fournir une copie certifiée de ces pièces.

(2) La demande de la partie requérante peut être incorporée à l'avis de requête.

(3) Une copie de la demande est signifiée aux autres parties.

(4) La demande indique de façon précise les pièces en possession de l'office fédéral; ces pièces doivent être pertinentes à la demande de contrôle judiciaire.

*Règle 1613.* (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (4), l'office fédéral qui reçoit signification d'une demande visée à la règle 1612 remet sur-le-champ une copie certifiée des pièces à la partie qui en a fait la demande et au greffe.

(2) Si l'office fédéral ou une partie s'oppose à la demande, le tribunal ou la partie, selon le cas, informe par écrit les parties et le greffe des motifs de l'opposition.

(3) Un juge peut donner des directives aux parties et à l'office fédéral quant à la façon de présenter des observations au sujet de l'opposition.

(4) Un juge peut, après avoir entendu les observations, ordonner qu'une copie certifiée des pièces demandées ou d'une partie de celles-ci soit transmise à la partie qui en a fait la demande et au greffe.

30 These Rules came into effect on February 1, 1992, along with the judicial review procedure established by section 18.1 of the *Federal Court Act*.

31 Mr. Justice Décary of the Federal Court of Appeal explained the meaning of these two Rules in *Quebec Ports Terminals Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*:<sup>3</sup>

Because these are new Rules, it will be useful to take some time to examine their real meaning in light of the actual terms used and their context.

The obligation which is imposed on the tribunal by R. 1612 and 1613 is "without delay" to "provide" or "forward" a "certified copy" of "material" which is "in its possession" and which is "specified". In my view, this

Ces Règles sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1992, en même temps que la procédure relative au contrôle judiciaire établie par l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. 30

Le juge Décary de la Cour d'appel fédérale a expliqué le sens de ces deux règles dans l'arrêt *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*:<sup>3</sup> 31

Comme il s'agit de règles nouvelles, il sera utile de s'attarder quelque peu sur leur sens véritable à la lumière de leurs termes mêmes et de leur contexte.

L'obligation qui est imposée au tribunal par les Règles 1612 et 1613 est de «fournir» ou «remettre» «sur-le-champ» une «copie certifiée» d'une «pièce» qui est en «sa possession» et qui est identifiée «de façon précise». Cela

presumes that it is material which already exists at the time when the request to obtain the material is made, which the tribunal used in its hearing, deliberations or decision, which is part of its record and of which it is in a position to provide a certified copy. I simply cannot see anything in the words used that obliges the tribunal to busy itself preparing something it does not already have. The fact that the adverse party is not entitled to receive a copy of the material in question, even for the purpose of preparing an objection to it being obtained, also means that it can be presumed that it is aware of the existence and nature of the material in question, which it knows to be in the possession of the tribunal and which it may have in its own possession.

Moreover, R. 1612 and 1613 must be read as an extension of R. 1606 to 1610, which relate to the preparation of the application record. Rule 1606(2) provides that the record shall contain, *inter alia*, a copy of each supporting affidavit “including its documentary exhibits,” a transcript of any cross-examination on the affidavit, the transcript of evidence and a description “of any physical exhibits to be used by the applicant at the hearing.” Rule 1610 permits the court, where it considers that the records are inadequate, to order “that other material be produced and filed.” It therefore seems to me that when R. 1612 permits a party to obtain “material” in the possession of a federal board, commission or other tribunal, it does so in order to permit a party which is preparing its record under R. 1606 to include in that record material in the nature of the material listed in R. 1606, which is in the possession of the tribunal, which that party should have in its possession and which, for some reason, it has not had, does not yet have or no longer has in its possession. Thus it would be exceptional to apply under R. 1612, and this explains the unusual situation in which the adverse party finds itself: the fact that that party is at no time entitled to require that a certified copy of the material be forwarded to it too is not because the intention is to hide it from it—which would be unthinkable—but is simply because it is considered pointless to compel the tribunal to provide it with a copy which it likely has in its possession and which it will in any event find in the applicant’s record if the applicant decides to reproduce it in its record.

In short, R. 1612 and 1613 do not permit a party to ask the tribunal to prepare new documents or to do research in existing documents, any more than they permit a party to obtain existing documents from the tribunal which are in no way related to the impugned decision.

suppose, à mon avis, qu’il s’agit d’une pièce qui existe déjà au moment où la demande d’obtention en est faite, dont le tribunal s’est servi dans son enquête, ses délibérations ou sa décision, qui fait partie de son dossier et dont il est en mesure de fournir une copie certifiée. Je ne puis tout simplement pas voir dans les mots utilisés une obligation faite au tribunal de s’affairer à préparer quelque chose qu’il n’a pas déjà. Le fait que la partie adverse ne se voit pas reconnaître le droit de recevoir une copie de la pièce en question, même aux fins de préparer une objection à son obtention, permet aussi de supposer qu’il s’agit d’une pièce dont elle connaît l’existence et la nature, qu’elle sait être en la possession du tribunal et qu’elle-même a peut-être en sa possession.

Par ailleurs, les Règles 1612 et 1613 doivent être lues dans le prolongement des Règles 1606 à 1610 qui visent la préparation du dossier de la demande. La Règle 1606(2) prévoit que le dossier comprendra, notamment, une copie des affidavits, «y compris une copie des pièces documentaires («documentary exhibits»)», la transcription des contre-interrogatoires des auteurs des affidavits, la transcription des témoignages et une description «des objets déposés comme pièces» («physical exhibits»). La Règle 1610 permet à la Cour, si elle est d’avis que les dossiers sont incomplets, d’ordonner «la production et le dépôt de pièces supplémentaires («other material»)». Il me semble, dès lors, que lorsque la Règle 1612 permet d’obtenir des «pièces» en la possession d’un office fédéral, elle le fait dans le but de permettre à une partie qui prépare son dossier en vertu de la Règle 1606, d’inclure dans ce dernier les pièces de la nature de celles énumérées à la Règle 1606 qui sont en la possession du tribunal, dont cette partie devrait avoir possession et dont, pour une raison quelconque, elle n’a pas eu, n’a pas encore ou n’a plus possession. Le recours à la Règle 1612 serait ainsi exceptionnel, ce qui explique la situation inusitée dans laquelle se trouve la partie adverse. Si celle-ci, en effet, n’a le droit en aucun moment d’exiger que lui soit remise, à elle aussi, une copie certifiée de la pièce, ce n’est pas parce qu’on veut la lui cacher—ce qui serait impensable—mais simplement parce qu’on juge inutile de contraindre le tribunal à lui remettre une copie qu’elle a vraisemblablement en sa possession et qu’elle retrouvera de toute façon dans le dossier de la partie requérante si celle-ci décide de la reproduire dans son dossier.

Bref, les Règles 1612 et 1613 ne permettent pas à une partie de demander au tribunal de préparer de nouveaux documents ou d’effectuer des recherches à partir de documents existant, pas plus qu’elles ne permettent à une partie d’obtenir du tribunal des documents existant qui n’ont aucune relation avec la décision attaquée.

32 Mr. Justice Pratte of the Federal Court of Appeal also commented on the scope of the Rules as follows:<sup>4</sup>

Le juge Pratte de la Cour d’appel fédérale a lui aussi fait des remarques sur la portée des Règles<sup>4</sup>:

Under Rule 1612, a party to an application for judicial review who wishes to rely on material in the possession of the Tribunal that rendered the decision to be reviewed, may make a request for a certified copy of that material. Rule 1612(4) provides that:

*Rule 1612. . . .*

(4) The request shall specify the particular material in the possession of the federal board, commission or other tribunal and the material must be relevant to the application for judicial review.

If the material is not relevant, the Tribunal is not obliged to produce it.

A document is relevant to an application for judicial review if it may affect the decision that the Court will make on the application. As the decision of the Court will deal only with the grounds of review invoked by the respondent, the relevance of the documents requested must necessarily be determined in relation to the grounds of review set forth in the originating notice of motion and the affidavit filed by the respondent.

33 On the return of the motion before me in Toronto on March 6, 1996, counsel for the Canadian Red Cross Society relied heavily on the decision of the Supreme Court of Canada in *Carey v. Ontario*<sup>5</sup> and urged that this Court adopt and follow the procedure for disclosure of Cabinet documents set out by Mr. Justice La Forest in that decision commencing at page 670. The *Carey* case deals with Crown privilege and the production of Cabinet documents necessary for civil litigation. Here, we are dealing with an application for judicial review taken under section 18.1 of the *Federal Court Act*.<sup>6</sup> Rules 1612 and 1613 specifically deal with the method for obtaining documents in the possession of a federal board, commission or other tribunal. In my opinion, it is these Rules which are applicable in the instant case.

34 Sections 37 to 39 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] deal with state privilege and the manner of dealing with objections to disclosure of government documents. No one before me has relied on the provisions of the *Canada Evidence Act*.<sup>7</sup>

35 Rule 1612 allows a party to request relevant documents and other material in the possession of a

Aux termes de la Règle 1612, une partie à une demande de contrôle judiciaire qui veut se servir de pièces en la possession du tribunal administratif qui a rendu la décision visée par la demande peut demander une copie certifiée conforme de ces pièces. La Règle 1612(4) se lit ainsi:

*Règle 1612. . . .*

(4) La demande indique de façon précise les pièces en possession de l'office fédéral; ces pièces doivent être pertinentes à la demande de contrôle judiciaire.

Si les pièces ne sont pas pertinentes, le tribunal administratif n'est pas tenu de les produire.

Un document intéresse une demande de contrôle judiciaire s'il peut influencer sur la manière dont la Cour disposera de la demande. Comme la décision de la Cour ne portera que sur les motifs de contrôle invoqués par l'intimé, la pertinence des documents demandés doit nécessairement être établie en fonction des motifs de contrôle énoncés dans l'avis de requête introductif d'instance et l'affidavit produits par l'intimé.

Au moment où la requête m'a été présentée à Toronto le 6 mars 1996, l'avocat de la Société canadienne de la Croix-Rouge s'est grandement appuyé sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Carey c. Ontario*<sup>5</sup>, et a prié la Cour d'adopter et de suivre la procédure de divulgation des documents du Cabinet énoncée par le juge La Forest (à partir de la page 670). L'affaire *Carey* porte sur le privilège de la Couronne et la production de documents du Cabinet nécessaires à un litige civil. En l'espèce, nous sommes saisis d'une demande de contrôle judiciaire présentée sous le régime de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*.<sup>6</sup> Les Règles 1612 et 1613 portent précisément sur la façon d'obtenir des documents en possession d'un office fédéral. À mon avis, ce sont ces règles qui s'appliquent en l'espèce.

Les articles 37 à 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), c. C-5] portent sur le privilège de l'État et la façon de répondre aux oppositions à la divulgation de documents administratifs. Personne n'a invoqué devant moi les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*.<sup>7</sup>

La Règle 1612 permet qu'une partie demande des documents pertinents et d'autres pièces qui sont en

federal tribunal and relevant to the application for judicial review by filing a written request for the material sought with the Federal Court Registry and then serving the request on the federal tribunal and the other parties. This request may also be included in the originating motion. Once a federal tribunal is served with a request under Rule 1612 to produce materials, it must either forward the requested material to the requesting party and the Federal Court Registry or advise all the parties and the Registry that it objects to the request. Where the federal tribunal objects to the request, subsections 1613(3) and (4) provides a process for determining the validity of the objection.

possession d'un office fédéral et qui sont pertinentes quant à la demande de contrôle judiciaire; elle doit pour ce faire déposer au greffe de la Cour fédérale une demande écrite en vue d'obtenir des pièces et signifier ensuite cette demande à l'office fédéral et aux autres parties. Cette demande peut également être incorporée à la requête introductive d'instance. Dès lors qu'une demande visée à la Règle 1612 en vue de la production de pièces est signifiée à un office fédéral, ce dernier doit remettre les pièces demandées à la partie intéressée et au greffe de la Cour fédérale ou alors aviser toutes les parties et le greffe qu'il s'oppose à la demande. Dans ce dernier cas, les paragraphes 1613(3) et (4) prévoient la procédure à suivre pour déterminer la validité de l'opposition.

36 Counsel for the Canadian Red Cross Society stated that he was not seeking the production of any notes or memoranda written or prepared by the Commissioner himself. He asserted that he was not seeking to invade the thought process of the Commissioner.

L'avocat de la Société canadienne de la Croix-Rouge a déclaré qu'il ne demandait pas la production de notes ou mémorandums écrits ou préparés par le Commissaire lui-même. Il a affirmé qu'il ne cherchait pas à s'ingérer dans le processus de réflexion du Commissaire. 36

37 The Supreme Court of Canada<sup>8</sup> has recognized that administrative tribunals enjoy a limited privilege of deliberative secrecy. As stated by Mr. Justice Gonthier:

La Cour suprême du Canada<sup>8</sup> a reconnu que les tribunaux administratifs jouissent d'un privilège limité relativement au secret du délibéré. Ainsi que l'a indiqué le juge Gonthier: 37

In the case of administrative tribunals, the difficulty of distinguishing between facts relating to an aspect of the deliberations which can be entered in evidence and those which cannot is quite understandable. The institutionalization of the decisions of administrative tribunals creates a tension between on one hand the traditional concept of deliberative secrecy and on the other the fundamental right of a party to know that the decision was made in accordance with the rules of natural justice.

Dans le cas des tribunaux administratifs, la difficulté de distinguer entre les faits portant sur un aspect du délibéré qui pourront être mis en preuve et ceux qui ne le pourront pas est particulièrement compréhensible. L'institutionnalisation des décisions des tribunaux administratifs crée une tension entre, d'une part, le traditionnel concept du secret du délibéré et, d'autre part, le droit fondamental d'une partie de savoir que la décision a été rendue en conformité avec les principes de justice naturelle.

38 He continued:<sup>9</sup>

Il a poursuivi<sup>9</sup>: 38

Accordingly, it seems to me that by the very nature of the control exercised over their decisions administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as judicial tribunals. Of course, secrecy remains the rule, but it may nonetheless be lifted when the litigant can present valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice.

Il me semble donc que, de par la nature du contrôle qui est exercé sur leurs décisions, les tribunaux administratifs ne puissent invoquer le secret du délibéré au même degré que les tribunaux judiciaires. Le secret demeure bien sûr la règle, mais il pourra néanmoins être levé lorsque le justiciable peut faire état de raisons sérieuses de croire que le processus suivi n'a pas respecté les règles de justice naturelle.

39 The Federal Court of Appeal<sup>10</sup> considered the requirement of a tribunal to forward material in a

La Cour d'appel fédérale<sup>10</sup> s'est penchée sur l'obligation pour un tribunal de transmettre les docu- 39

case to the Registry under former Rule 1402. The issue was whether staff reports prepared to assist the tribunal should be included in the material. Thurlow C.J. stated that the Rule does not provide a discovery procedure, nor is it intended to authorize a fishing expedition. He rejected the general proposition that staff reports prepared for the assistance of members of a tribunal must be included in the material on which the tribunal's decision is to be reviewed. He added that the fact that the reports were prepared and submitted on a confidential basis would not afford them protection. The analysis and opinion in staff memoranda are irrelevant to the ascertainment of the tribunal's reasons for decision because they cannot be assumed to have been adopted by it as its reasons. It would have to be shown that they amounted to additional evidence.

ments d'un dossier au greffe sous le régime de l'ancienne Règle 1402. La question était de savoir si les rapports internes destinés à aider le tribunal devaient faire partie du dossier. Le juge en chef Thurlow a déclaré que la Règle ne prévoit aucun interrogatoire préalable, pas plus qu'elle ne vise à autoriser que l'on se lance dans des recherches à l'aveuglette. Il a écarté le principe général selon lequel les rapports internes destinés à aider les membres d'un tribunal doivent faire partie des documents sur lesquels sera fondé le contrôle de la décision du tribunal. Il a ajouté que le caractère confidentiel des rapports ne leur fait pas bénéficier d'une exemption de communication. L'analyse et les opinions contenues dans les notes de service internes n'aident aucunement à déterminer les motifs de la décision du tribunal parce qu'on ne peut à bon droit présumer qu'il les a reprises dans ses motifs. Il faudrait démontrer qu'elles équivalaient à une preuve supplémentaire.

40 Counsel for the respondent claims that there can be no findings of misconduct that are not adverted to in the section 13 notices and to which the parties have not had an opportunity to respond. A finding of misconduct cannot be grounded on anything other than the notices which themselves are based on nothing other than those items identified by the Commissioner, which exclude any private or non-public information. Counsel for the applicants suggest that there must be other material because the Commissioner had, in November 1993, adverted to the availability of facts derived from sources other than evidence given at a public hearing, such as scientific literature. However, the Commissioner has responded in these proceedings that no such material has been considered in preparing the section 13 notices. The Commissioner has stated, through counsel, that he relied on the following material only:

L'avocat de l'intimé soutient qu'il ne peut être tiré aucune conclusion d'inconduite qui ne soit pas mentionnée dans les avis donnés conformément à l'article 13 et à laquelle les parties n'ont pas eu la possibilité de répondre. Une conclusion d'inconduite ne peut être fondée que sur les avis qui, eux-mêmes, sont fondés uniquement sur les éléments retenus par le Commissaire, ce qui exclut tout renseignement privé ou non public. Les avocats des requérants donnent à entendre qu'il doit exister d'autres pièces au dossier puisque, en novembre 1993, le Commissaire a fait allusion à la disponibilité de faits dérivant de sources autres que la preuve produite lors d'une audience publique, comme la documentation scientifique. Cependant, le Commissaire a répondu dans les présentes procédures qu'aucune pièce de cette nature n'a été considérée dans la préparation des avis visés à l'article 13. Le Commissaire a déclaré, par l'entremise de ses avocats, qu'il s'était fondé sur les pièces suivantes seulement:

41 1) The confidential, and, he claims, privileged submissions that were received from parties in response to his invitation as to the findings which he should make in his report. Although disclosure of those submissions was initially requested, it is no longer being pursued;

1) Les observations confidentielles et, prétend-il, privilégiées, que des parties ont présentées en réponse à son invitation quant aux conclusions qu'il devrait tirer dans son rapport. Bien que la communication de ces observations ait été initialement demandée, elle ne l'est plus;

- 42 2) The public record and exhibits. There is no need to produce them since they are available to all parties; and 42
- 43 3) Material and documents prepared by the Commissioner and his counsel and passing between them in respect of which privilege is claimed not only by solicitor-client privilege but in the wider sense of adjudicative or deliberative privilege, much the same way as a judge's thought process and communications with his or her law clerk are protected. 43
- 44 Counsel for the respondent submits that what is being requested is the right to sit in on every conference between the Commissioner and his counsel and to read every piece of correspondence between them merely on the basis that there is an allegation of unfairness. He added: "It would be charitable to characterize that as a fishing expedition". 44
- 45 With respect to the respondent's claim that the documents are privileged, counsel for the Canadian Red Cross Society submitted as follows in his memorandum and at the hearing: 45
- (a) there is no case-by-case privilege that attaches to these documents;
- (b) adjudicative privilege does not apply in the present circumstances;
- (c) there is no public interest immunity that attaches to these documents;
- (d) Commission counsel, in preparing or forwarding these documents to the Commissioner, were not acting as legal advisors, with the consequence that solicitor and client privilege is not attached to these documents;
- (e) the Commissioner has waived any privilege that may have existed between himself and his counsel; and
- (f) any document which may tend to indicate bias on the part of a federal board, commission or tribunal must be produced.
- 2) Le dossier public et les pièces. Il n'est pas nécessaire de les produire puisque toutes les parties y ont accès;
- 3) Les pièces et les documents préparés par le Commissaire et ses avocats et qu'ils se sont échangés, relativement auxquels le privilège est réclamé non seulement en tant que privilège du secret professionnel de l'avocat, mais dans un sens plus général en tant que privilège juridictionnel et délibératif, tout comme le processus de réflexion d'un juge et ses communications avec son auxiliaire juridique sont protégés.
- L'avocat de l'intimé soutient que, ce que l'on réclame, c'est le droit d'être présent à tous les entretiens entre le Commissaire et ses avocats et de lire toutes les pièces de correspondance échangées entre eux pour le seul motif qu'il y a une allégation d'iniquité. Il a ajouté: [TRADUCTION] «Il serait charitable de qualifier cela de recherche à l'aveuglette».
- En ce qui a trait à la prétention de l'intimé que les documents sont privilégiés, l'avocat de la Société canadienne de la Croix-Rouge a formulé les prétentions suivantes dans son mémoire et lors de l'audience:
- [TRADUCTION]
- a) ces documents ne sont assortis d'aucun privilège ponctuel;
- b) le privilège juridictionnel ne s'applique pas dans les circonstances de l'espèce;
- c) il n'existe aucune immunité d'intérêt public qui se rattache à ces documents;
- d) en rédigeant ces documents puis en les transmettant au Commissaire, les avocats de la Commission n'agissaient pas à titre de conseillers juridiques, de sorte que le privilège du secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas à ces documents;
- e) le Commissaire a renoncé à tout privilège qui pouvait exister entre lui et ses avocats;
- f) tout document qui peut tendre à révéler la partialité d'un office fédéral doit être produit.
- 46 In his memorandum, and again on the return of the motion, counsel for the Canadian Red Cross 46
- Dans son mémoire, et de nouveau au moment de présenter la requête, l'avocat de la Société cana-

Society stressed:

In the present case, the applicants are not seeking to compel the Commissioner to disclose how or why he arrived at a particular decision and are not seeking material created by the Commissioner in the course of his deliberations. Rather, the applicants are seeking disclosure of the material and submissions by Commission counsel put before the Commissioner *upon* which he made his decision to issue the notices.

47 The authorities make it clear that Rule 1612 does not require the Commissioner to produce documents which are in a party's possession or to prepare new documents.<sup>11</sup> Further, it is the evidentiary material before the Commissioner that is relevant to his decision to issue the section 13 notices; not any notes or memoranda passing between counsel.

48 The Supreme Court of Canada has recognized that administrative tribunals can rely on deliberative secrecy, albeit to a lesser extent than judicial tribunals.<sup>12</sup> The Federal Court of Appeal has ruled that the former Rule 1402 does not provide a discovery procedure, nor is it intended to authorize a fishing expedition. The analysis and opinion in staff memoranda are irrelevant to the ascertainment of the tribunal's reasons for decision because they cannot be assumed to have been adopted by it as its reasons. It would have to be shown that they amounted to additional evidence.<sup>13</sup>

49 In the result, I have reached the conclusion that the Commissioner's objection to the production of written material passing between the Commissioner and his counsel which consists of legal advice or analysis is valid. However, if legal counsel has provided written material to the Commissioner containing new facts or information, that is to say, evidentiary material not previously disclosed, on which the Commissioner based his decision to issue the notices, then such written material should properly be produced pursuant to Rule 1613 and included in the record. There is nothing in the record before me indicating that such is the case.

dienne de la Croix-Rouge a souligné l'élément suivant:

[TRADUCTION] En l'espèce, les requérants ne cherchent pas à contraindre le Commissaire à révéler comment ou pourquoi il est arrivé à une décision donnée, ni ne demandent-ils des pièces que le Commissaire a créées dans le cadre de ses délibérations. Les requérants demandent plutôt que soient communiquées les pièces et les observations des avocats de la Commission qui ont été soumises au Commissaire *et sur le fondement* desquelles ce dernier a pris la décision de donner les avis en question.

La jurisprudence fait clairement ressortir que la Règle 1612 n'oblige pas le Commissaire à produire des documents qui sont en la possession d'une partie ni à en préparer de nouveaux<sup>11</sup>. En outre, ce sont les éléments de preuve présentés au Commissaire qui sont pertinents relativement à sa décision de donner les avis visés à l'article 13, non pas des notes ou mémorandums que les avocats se sont échangés.

La Cour suprême du Canada a reconnu que les tribunaux administratifs peuvent invoquer le secret du délibéré, quoique dans une moindre mesure que les tribunaux judiciaires<sup>12</sup>. La Cour d'appel fédérale a statué que l'ancienne Règle 1402 ne prévoit pas d'interrogatoire préalable, pas plus qu'elle ne vise à autoriser que l'on se lance dans des recherches à l'aveuglette. L'analyse et les opinions contenues dans les notes de service internes n'aident aucunement à déterminer les motifs de la décision du tribunal parce qu'on ne peut à bon droit présumer qu'il les a reprises dans ses motifs. Il faudrait démontrer qu'elles équivalaient à une preuve supplémentaire<sup>13</sup>.

Je conclus par conséquent que l'opposition du Commissaire à la production des pièces écrites échangées entre lui et ses avocats et qui consistent en des avis ou des analyses juridiques est valide. En revanche, si les avocats ont fourni au Commissaire des pièces écrites qui contiennent des faits ou des renseignements nouveaux, c'est-à-dire des éléments de preuve qui n'ont pas été auparavant communiqués, et sur lesquels le Commissaire a fondé sa décision de donner les avis, alors ces pièces écrites devraient être produites conformément à la Règle 1613 et faire partie du dossier. Or, rien dans le dossier devant moi n'indique que c'est le cas.



50 The applicants have also sought from the Commissioner a list of all the written material relied on him for the purpose of reaching the decision relating to the issuance and the contents of the section 13 notices. Again, there is nothing on the record before to indicate that such a list exists and the respondent is not under any obligation to prepare new documents.

51 For the above reasons, the applicants' motion under subsection 1613(4) of the Rules is dismissed.

<sup>1</sup> On February 2, 1996, after hearing a number of motions to add parties and give directions, I issued an order adding the intervenors under Rule 1611 [as enacted *idem*] and establishing a schedule under Rule 1614 [as enacted *idem*].

<sup>2</sup> This relief has been requested only by the Canadian Red Cross Society and one other applicant, namely, Baxter Corporation.

<sup>3</sup> (1993), 17 Admin. L.R. (2d) 16 (F.C.A.), at pp. 21-22.

<sup>4</sup> *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.), at p. 460.

<sup>5</sup> [1986] 2 S.C.R. 637.

<sup>6</sup> Rules 1600 to 1620 govern applications for judicial review under s. 18.1 of the Act.

<sup>7</sup> See *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)* (1992), 88 D.L.R. (4th) 575 (F.C.A.).

<sup>8</sup> *Tremblay v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952, at p. 965.

<sup>9</sup> *Idem*, at p. 966.

<sup>10</sup> *Trans Québec & Maritimes Pipeline Inc. v. National Energy Board*, [1984] 2 F.C. 432 (C.A.).

<sup>11</sup> *Supra*, note 3.

<sup>12</sup> *Supra*, note 8.

<sup>13</sup> *Supra*, note 10.

50 Les requérants ont également demandé au Commissaire la liste de toutes les pièces écrites sur lesquelles il s'est fondé pour arriver à sa décision de donner les avis visés à l'article 13 et pour en déterminer le contenu. Encore une fois, rien dans le dossier qui m'a été soumis n'indique que cette liste existe, et l'intimé n'est tenu à aucune obligation de préparer de nouveaux documents.

51 Pour les motifs qui précèdent, la requête des requérants en vertu du paragraphe 1613(4) des Règles est rejetée.

<sup>1</sup> Le 2 février 1996, après avoir entendu un certain nombre de requêtes visant à ajouter certaines parties et à obtenir des directives, j'ai ordonné l'ajout des intervenants en vertu de la Règle 1611 [édictée, *idem*] et j'ai établi un calendrier en vertu de la Règle 1614 [édictée, *idem*].

<sup>2</sup> Cette réparation n'a été demandée que par la Société canadienne de la Croix-Rouge et une autre requérante, Baxter Corporation.

<sup>3</sup> (1993), 17 Admin. L.R. (2d) 16 (C.A.F.), aux p. 21 et 22.

<sup>4</sup> *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.), à la p. 460.

<sup>5</sup> [1986] 2 R.C.S. 637.

<sup>6</sup> Les Règles 1600 à 1620 régissent les demandes de contrôle judiciaire présentées en vertu de l'art. 18.1 de la Loi.

<sup>7</sup> Voir *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)* (1992), 88 D.L.R. (4th) 575 (C.A.F.).

<sup>8</sup> *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, à la p. 965.

<sup>9</sup> *Idem*, à la p. 966.

<sup>10</sup> *Trans Québec & Maritimes Pipeline Inc. c. Office national de l'énergie*, [1984] 2 C.F. 432 (C.A.).

<sup>11</sup> *Supra*, note 3.

<sup>12</sup> *Supra*, note 8.

<sup>13</sup> *Supra*, note 10.

T-1078-93

Enterprise Rent-A-Car Company and Enterprise Rent-A-Car Limited (*Plaintiffs*)

v.

Herbert Singer, Rhoda Singer, Enterprise Car and Truck Rentals Ltd., Enterprise Car and Truck Rentals (Scarborough) Ltd., Horizon Car and Truck Rentals (Canada) Ltd., 720074 Ontario Limited, Discount Car & Truck Rentals Ltd., Discount Car & Truck Rentals (North York) Ltd., 2313-7292 Quebec Inc., 2631-6935 Quebec Inc., 819854 Ontario Limited and 401127 B.C. Ltd. (*Defendants*)

T-397-93

Enterprise Car and Truck Rentals Limited (*Plaintiff*)

v.

Enterprise Rent-A-Car Company and 1009329 Ontario Limited, c.o.b. as Enterprise Rent-A-Car (*Defendants*)

INDEXED AS: ENTERPRISE RENT-A-CAR CO. v. SINGER (T.D.)

Trial Division, McKeown J.—Toronto, October 17, 1995; Ottawa, March 15, 1996.

*Trade-marks — Passing off — Plaintiffs in each action companies in car rental business — Seeking injunctions under Trade-marks Act, s. 7(b), alleging passing off against each other with respect to use of name “Enterprise” — Law of passing off intended to protect goodwill attached to trade-mark — Plaintiff in passing off action must establish prior goodwill where defendants operating — Minimal level of goodwill established by Enterprise U.S. in association with trade-mark “Enterprise” in Canada based on reputation with Canadians — Enterprise U.S. directing activities of all subsidiary operating companies as single entity — Defendants in first action misrepresenting themselves to public, trying to thwart competition — Misrepresentation causing or likely to cause damage to plaintiffs — Enterprise U.S. suffering loss of control over name, mark sufficient to ground passing off action — Enterprise Canada not making use of “Enterprise” name, mark to generate significant amount of goodwill — Statement by plaintiffs’ officer, use of ®*

T-1078-93

Enterprise Rent-A-Car Company et Enterprise Rent-A-Car Limited (*Demandereses*)

c.

Herbert Singer, Rhoda Singer, Enterprise Car and Truck Rentals Ltd., Enterprise Car and Truck Rentals (Scarborough) Ltd., Horizon Car and Truck Rentals (Canada) Ltd., 720074 Ontario Limited, Discount Car & Truck Rentals Ltd., Discount Car & Truck Rentals (North York) Ltd., 2313-7292 Québec Inc., 2631-6935 Québec Inc., 819854 Ontario Limited et 401127 B.C. Ltd. (*défendeurs*)

T-397-93

Enterprise Car and Truck Rentals Limited (*demanderesse*)

c.

Enterprise Rent-A-Car Company et 1009329 Ontario Limited, faisant affaires sous le nom de Enterprise Rent-A-Car (*défenderesses*)

RÉPERTORIÉ: ENTERPRISE RENT-A-CAR CO. c. SINGER (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge McKeown—Toronto, 17 octobre 1995; Ottawa, 15 mars 1996.

*Marques de commerce — Imitation frauduleuse — Les compagnies demandereses dans chaque action exploitent une entreprise de location d'automobiles — Elles demandent une injonction en vertu de l'art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce, chacune reprochant à l'autre des pratiques d'imitation frauduleuse à l'égard du nom «Enterprise» — Le droit régissant l'imitation frauduleuse vise à protéger l'achalandage rattaché à une marque de commerce — Dans une action en imitation frauduleuse, le demandeur doit établir l'existence préalable d'un achalandage là où s'exerce l'entreprise des défendeurs — Enterprise U.S. a établi l'existence d'un minimum d'achalandage en liaison avec la marque de commerce «Enterprise» au Canada grâce à sa réputation auprès des Canadiens — Enterprise U.S. dirigeait les activités de toutes ses filiales comme s'il s'agissait d'une seule entité — Les défendeurs à la première action ont fait une fausse déclaration au public et tenté d'éliminer la concurrence — La fausse déclaration a causé ou est susceptible de causer un préju-*

*designation not discrediting business, wares, services of Enterprise Canada — No damages to Enterprise Canada under Act, s. 7(a) — Not appropriate to make declaration as to ownership of trade-mark "Enterprise" in Canada — Permanent injunction against defendants in first action.*

These were actions in passing off brought by an American company (Enterprise U.S.) and a Canadian company (Enterprise Canada) against each other under paragraph 7(b) of the *Trade-marks Act*. The facts of the case are summarized in the Editor's note. The relief sought in each action was the same.

*Held*, the action brought by the American company should be allowed in part; the Canadian company's action should be dismissed.

Under paragraph 7(b) of the *Trade-marks Act*, no person is entitled to misrepresent his goods and services as being those of another and thereby appropriate the other's goodwill. The law of passing off is intended, therefore, to protect the goodwill which is attached to a trade-name or mark. In an action for passing off, the plaintiff must prove three elements: 1) a requisite degree of goodwill or reputation, 2) a misrepresentation to the public by the defendant and 3) damage resulting from the misrepresentation. Goodwill can be created as a result of the use of a trade-mark in Canada and in another country where that trade-mark comes to the attention of Canadians. By the time Enterprise Canada adopted the trade-name "Enterprise" in 1991, and the trade-mark "Enterprise" in 1992, Enterprise U.S. had already established a minimal level of goodwill in association with that trade-name and trade-mark in Canada based on its reputation with Canadians which began in the 1980s and continued and grew in the early 1990s. Many Canadians travelling in the southern United States every year are exposed to Enterprise U.S.'s considerable advertising and use of its trade-mark in that country. Prior to March 6, 1991, Enterprise U.S. had rented cars to over 4,800 Canadian residents and as of December 31, 1993, it had rented to over 26,700 Canadian residents. By these dates, there was goodwill associated with Enterprise U.S.'s business and use of the "Enterprise" trade-mark and name in Canada by virtue of its reputation in this country. In a passing-off action the plaintiff must establish prior goodwill in the very area where the defendants are operating. Enterprise U.S. has directed the activities of all of its subsidiary operating

*dice aux demanderessees — Enterprise U.S. a perdu le contrôle sur l'emploi de son nom et de sa marque, ce qui suffit à fonder une action en imitation frauduleuse — Enterprise Canada n'a pas employé le nom et la marque «Enterprise» de manière à acquérir un achalandage significatif — La déclaration d'un dirigeant des demanderessees et l'emploi du symbole ® n'ont pas eu pour effet de discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services de Enterprise Canada — Cette dernière n'a établi aucun préjudice sous le régime de l'art. 7a) de la Loi — Il n'est pas opportun de faire une déclaration relative à la propriété de la marque de commerce «Enterprise» au Canada — Injonction permanente prononcée contre les défendeurs à la première action.*

Il s'agit en l'espèce d'actions en imitation frauduleuse qu'une compagnie américaine (Enterprise U.S.) et une compagnie canadienne (Enterprise Canada) ont intenté l'une contre l'autre en vertu de l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*. On trouvera un résumé des faits dans la note de l'arrêtiste. Le redressement demandé est identique dans les deux actions.

*Jugement*: l'action intentée par la compagnie américaine doit être accueillie en partie; l'action de la compagnie canadienne doit être rejetée.

Aux termes de l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*, nul ne peut laisser croire que ses marchandises et services sont ceux d'une autre personne en s'appropriant ainsi l'achalandage de cette autre personne. Le droit régissant l'imitation frauduleuse vise donc à protéger l'achalandage rattaché à une marque de commerce ou à un nom commercial. Dans une action en imitation frauduleuse, le demandeur doit établir les trois éléments suivants: 1) le niveau requis d'achalandage ou de réputation, 2) une déclaration trompeuse au public de la part du défendeur, 3) un préjudice résultant de cette déclaration trompeuse. L'achalandage peut résulter de l'usage d'une marque de commerce au Canada et dans un autre pays lorsque cette marque est portée à l'attention des Canadiens. Lorsque Enterprise Canada a adopté le nom commercial «Enterprise» en 1991 et la marque de commerce «Enterprise» en 1992, Enterprise U.S. avait déjà acquis un minimum d'achalandage en liaison avec ce nom commercial et cette marque de commerce au Canada grâce à la réputation dont elle jouissait auprès des Canadiens, réputation qu'elle avait commencé à acquérir dans les années 1980 et qui s'était développée au début des années 1990. Chaque année, un grand nombre de Canadiens voyageant dans le sud des États-Unis sont exposés à l'abondante publicité de Enterprise U.S. et à la fréquente utilisation de sa marque de commerce dans ce pays. Avant le 6 mars 1991, Enterprise U.S. avait loué des voitures à plus de 4 800 résidents canadiens et au 31 décembre 1993, elle en avait loué à plus de 26 700 résidents canadiens. À ces dates, un achalandage était rattaché à l'exploitation de Enterprise U.S. en liaison avec l'usage de la marque de commerce et du

companies as a single entity. The use of the "Enterprise" trade-name and mark by Enterprise U.S.'s closely held subsidiaries was use which accrued to Enterprise U.S. as it retained control of both. Enterprise U.S. has established a sufficient level of goodwill in Canada and Enterprise Canada has appropriated that goodwill. The second element of a passing-off claim is the misrepresentation to the public by the defendants, which occurs where the use of a mark or name is likely to cause confusion in the public's mind as it suggests some form of business association between the plaintiffs and the defendants. Bad faith on the part of the defendants is a factor in a passing-off action, although it is not necessary for a plaintiff to prove it. Mr. Singer's explanation for the change of name from Watermark Investments Inc. to Enterprise Canada was not credible. The defendants' actions as to the use of the name "Enterprise" were more consistent with an effort to thwart competition than with an intention to simply change corporate names. The third element of a passing-off action requires that the misrepresentation by the defendants has caused, or was likely to cause, damage to the plaintiffs. Where there is harm to the plaintiffs' goodwill, damages will be intangible. Enterprise U.S. has suffered a loss of control over its name and mark, having shown that it had a reputation in Canada which was worthy of protection and that the improper use of the "Enterprise" name and mark by Enterprise Canada has been such as to cause confusion in the public's mind with respect to that reputation. This type of damage was sufficient to ground a passing-off action. Enterprise U.S. has met all three of the elements required to make a successful claim in passing off as against Enterprise Canada.

The only significant use of the "Enterprise" trade-name and mark by the defendants was in Yellow Pages advertising and at the seven free-standing Enterprise Canada outlets. Enterprise Canada has not proved on a balance of probabilities that it has made use of the "Enterprise" name and mark in a manner which would generate any significant amount of goodwill in that name and mark; accordingly, it has not proved its claim against Enterprise U.S. under paragraph 7(b) of the Act. The statement of an Enterprise U.S.'s officer to the effect that the "Enterprise" name was being used illegally in Toronto and that Enterprise U.S. had obtained a court order to stop that illegal use did not have the effect of discrediting the business or services of Enterprise Canada. The reputation of Enter-

nom commercial «Enterprise» au Canada grâce à sa réputation dans ce pays. Le demandeur doit, dans une action en imitation frauduleuse, établir l'existence préalable d'un achalandage dans le secteur même où s'exerce l'entreprise des défendeurs. Enterprise U.S. dirigeait les activités de toutes ses filiales comme s'il s'agissait d'une seule entité. L'emploi du nom commercial et de la marque de commerce «Enterprise» par les filiales à capital fermé de Enterprise U.S. constituait un emploi qui a bénéficié à cette dernière car elle en a conservé le contrôle. Enterprise U.S. a fait la preuve d'un achalandage suffisant au Canada, achalandage dont Enterprise Canada s'est appropriée. Le second élément de l'action en imitation frauduleuse est la fausse déclaration faite au public par les défendeurs, laquelle se produit lorsque l'usage d'une marque ou d'un nom est susceptible de causer de la confusion dans l'esprit du public en laissant croire qu'il existe un lien d'affaire entre les demandeurs et les défendeurs. La mauvaise foi du défendeur est un facteur de l'action en imitation frauduleuse, bien que le demandeur ne soit pas tenu de l'établir. L'explication qu'a donnée M. Singer quant au changement de nom de Watermark Investments Inc. à Enterprise Canada n'était pas digne de foi. Les mesures prises par les défendeurs en ce qui concerne l'emploi du nom «Enterprise» étaient davantage un moyen d'éliminer la concurrence que la simple intention de changer la dénomination sociale de l'entreprise. Le troisième élément de l'action en imitation frauduleuse exige que la fausse déclaration du défendeur ait causé ou ait été susceptible de causer un dommage aux demandeurs. Lorsque le préjudice subi par le demandeur est causé à son achalandage, les dommages sont intangibles. Enterprise U.S. a perdu le contrôle sur l'emploi de son nom et de sa marque, ayant démontré à la fois qu'elle avait une réputation au Canada qu'il valait la peine de protéger et que l'usage irrégulier du nom et de la marque «Enterprise» par Enterprise Canada avait été tel qu'il avait causé de la confusion dans l'esprit du public quant à cette réputation. Ce type de dommage suffisait à fonder une action en imitation frauduleuse. Enterprise U.S. a démontré l'existence des trois éléments nécessaires pour réussir dans son action en imitation frauduleuse contre Enterprise Canada.

Les défendeurs n'ont employé, de manière significative, le nom commercial et la marque de commerce «Enterprise» que dans les annonces placées dans les Pages jaunes et dans les sept établissements autonomes de location d'automobiles de Enterprise Canada. Celle-ci n'a pas établi, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle a employé le nom et la marque «Enterprise» de manière à acquérir un achalandage significatif rattaché à ce nom et à cette marque; par conséquent, elle n'a pas établi le bien-fondé de son recours contre Enterprise U.S. sous le régime de l'alinéa 7b) de la Loi. La déclaration d'un dirigeant de Enterprise U.S. selon laquelle le nom «Enterprise» était utilisé illégalement à Toronto et Enterprise U.S. avait obtenu une ordonnance judiciaire afin de mettre fin à cette

prise Canada was in no way affected by that statement. Enterprise U.S.'s use of the ® designation could not be said to be a misleading statement which had the effect of discrediting the business, wares or services of Enterprise Canada. The latter has proved no damages under paragraph 7(a) of the Act. Both Enterprise U.S. and Enterprise Canada sought virtually identical relief in the form of a declaration that it is the owner in Canada of any trade-mark or trade-name which includes the word "Enterprise" for use in association with vehicle rental, leasing services or any similar services. A distinction had to be made between a declaration that a party is entitled to ownership of a trade-mark and a declaration that a party is entitled to registration of a trade-mark. This is not an appropriate case in which to make a declaration as to ownership of the trade-mark "Enterprise" in Canada. Such a declaration would fetter the discretion of the Registrar of Trade-marks to determine the outcome of the pending applications for registration in Canada of the trade-mark "Enterprise".

situation n'a pas eu pour effet de discréditer l'entreprise ou les services de Enterprise Canada. La réputation de Enterprise Canada n'a d'aucune façon été compromise par cette déclaration. L'emploi, par Enterprise U.S., du symbole ® ne saurait constituer une déclaration trompeuse ayant eu pour effet de discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services de Enterprise Canada. Cette dernière n'a établi aucun préjudice sous le régime de l'alinéa 7a) de la Loi. Enterprise U.S. et Enterprise Canada ont demandé toutes deux une mesure de redressement à peu près identique, savoir un jugement déclarant que chacune est titulaire, au Canada, de toute marque de commerce ou de tout nom commercial comportant le mot «Enterprise» en liaison avec la location, le crédit-bail d'automobiles ou des services semblables. Il faut distinguer le jugement relatif à la propriété d'une marque de commerce et le jugement relatif au droit d'enregistrer une marque de commerce. Dans la présente affaire, il n'y a pas lieu de rendre un jugement relatif à la propriété de la marque de commerce «Enterprise» au Canada. Un tel jugement constituerait une atteinte au pouvoir discrétionnaire du registraire des marques de commerce de se prononcer sur les demandes pendantes d'enregistrement de la marque «Enterprise» au Canada.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 20.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 20 (as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 34).  
*Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11.  
*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4(2), 5, 7(a),(b), 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60), 50(1) (as am. *idem*, s. 69).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Erven Warnink B.V. and Another v. J. Townend and Sons (Hull) Ltd. and Another*, [1980] R.P.C. 31 (H.L.); *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc. and others*, [1990] R.P.C. 341 (H.L.); *Orkin Exterminating Co. Inc. v. Pestco Co. of Canada Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 726; 19 D.L.R. (4th) 90; 30 B.L.R. 152; 34 C.C.L.T. 1; 5 C.P.R. (3d) 433; 10 O.A.C. 14 (C.A.); *Ashjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 F.C. 544 (abridged); (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R. (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.); *Westfair Foods Ltd. v. Jim Pattison Industries Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 46; 24 C.I.P.R. 70; 26 C.P.R. (3d) 28 (B.C.S.C.); *affd* (1990), 68 D.L.R.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 20.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 20 (mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 34).  
*Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, ch. T-10, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11.  
*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 4(2), 5, 7a),b), 19 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60), 50(1) (mod., *idem*, art. 69).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Erven Warnink B.V. and Another v. J. Townend and Sons (Hull) Ltd. and Another*, [1980] R.P.C. 31 (H.L.); *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc. and others*, [1990] R.P.C. 341 (H.L.); *Orkin Exterminating Co. Inc. v. Pestco Co. of Canada Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 726; 19 D.L.R. (4th) 90; 30 B.L.R. 152; 34 C.C.L.T. 1; 5 C.P.R. (3d) 433; 10 O.A.C. 14 (C.A.); *Ashjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 C.F. 544 (abrégée); (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R. (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.); *Westfair Foods Ltd. v. Jim Pattison Industries Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 46; 24 C.I.P.R. 70; 26 C.P.R. (3d) 28 (C.S.C.-B.); *conf. par* (1990), 68 D.L.R. (4th)

(4th) 481; [1990] 5 W.W.R. 482; 45 B.C.L.R. (2d) 253; 30 C.P.R. (3d) 174 (B.C.C.A.); *Mentmore Manufacturing Co., Ltd. et al. v. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et al.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195; 40 C.P.R. (2d) 164; 22 N.R. 161 (F.C.A.); *Copperhead Brewing Co. v. John Labatt Ltd.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317 (F.C.T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Bousquet v. Barmish Inc.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 516; 48 F.T.R. 122 (F.C.T.D.); affd (1993), 46 C.P.R. (3d) 510; 150 N.R. 234 (F.C.A.); *Marineland v. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] F.C. 558; (1974), 16 C.P.R. (2d) 97 (T.D.).

## CONSIDERED:

*MacDonald et al. v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; (1976), 66 D.L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (2d) 1; 7 N.R. 477; *Levitz Furniture Corp. and Levitz Furniture Co. of Washington Inc. v. Levitz Furniture Ltd., Value Industries Ltd. and Silver*, [1972] 3 W.W.R. 65; (1972), 5 C.P.R. (2d) 13 (B.C.S.C.); *Royal Doulton Tableware Limited v. Cassidy's Ltd.*, [1986] 1 F.C. 357; (1984), 5 C.I.P.R. 10; 1 C.P.R. (3d) 214 (T.D.); *Slazenger & Sons v. Feltham & Co. (2)* (1889), 6 R.P.C. 531 (Ch. D.); *S. & S. Industries Inc. v. Rowell*, [1966] S.C.R. 419; (1966), 56 D.L.R. (2d) 501; 48 C.P.R. 193; 33 Fox Pat. C. 56; *Riello Can. Inc. v. Lambert* (1986), 8 C.I.P.R. 286; 9 C.P.R. (3d) 324; 3 F.T.R. 23 (F.C.T.D.); *Brewster Transport Co. Ltd. v. Rocky Mountain Tours & Transport Co. Ltd.*, [1931] S.C.R. 336; [1931] 1 D.L.R. 715.

## REFERRED TO:

*Gastbled v. Stuyck*, [1973] F.C. 24; (1973), 10 C.P.R. (2d) 48 (T.D.); *Centre Ice Ltd. v. National Hockey League et al.* (1993), 71 F.T.R. 5; 53 C.P.R. (3d) 34, at p. 35 (F.C.T.D.); revd *Centre Ice Ltd. v. National Hockey League et al.* (1994), 166 N.R. 44; 53 C.P.R. (3d) 34, at p. 50 (F.C.A.); *HQ Network Systems, Inc. v. HQ Office Supplies Warehouse Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 558; 34 F.T.R. 219 (F.C.T.D.); *Cheerio Toys & Games Ltd. v. Samuel Dubiner et al.*, [1965] 1 Ex. C.R. 579; (1964), 44 C.P.R. 134; 28 Fox Pat. C. 34; *Steinberg Inc. v. J. L. Duval Ltée*, [1993] 1 F.C. 145; (1992), 44 C.P.R. (3d) 417; 58 F.T.R. 156 (T.D.); *Walt Disney Productions v. Triple Five Corp. et al.* (1994), 149 A.R. 112; 113 D.L.R. (4th) 229; [1994] 6 W.W.R. 385; 17 Alta. L.R. (3d) 225; 53 C.P.R. (3d) 129; 63 W.A.C. 112 (C.A.); *M & I Door Systems Ltd. v. Indoco Industrial Door Co.* (1989), 25 C.I.P.R. 199; 25 C.P.R. (3d) 477; 28 F.T.R. 267 (F.C.T.D.).

481; [1990] 5 W.W.R. 482; 45 B.C.L.R. (2d) 253; 30 C.P.R. (3d) 174 (C.A.C.-B.); *Mentmore Manufacturing Co., Ltd. et al. c. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et al.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195; 40 C.P.R. (2d) 164; 22 N.R. 161 (C.A.F.); *Copperhead Brewing Co. c. John Labatt Ltée* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Bousquet c. Barmish Inc.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 516; 48 F.T.R. 122 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1993), 46 C.P.R. (3d) 510; 150 N.R. 234 (C.A.F.); *Marineland c. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] C.F. 558; (1974), 16 C.P.R. (2d) 97 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; (1976), 66 D.L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (2d) 1; 7 N.R. 477; *Levitz Furniture Corp. and Levitz Furniture Co. of Washington Inc. v. Levitz Furniture Ltd., Value Industries Ltd. and Silver*, [1972] 3 W.W.R. 65; (1972), 5 C.P.R. (2d) 13 (C.S.C.-B.); *Royal Doulton Tableware Limited c. Cassidy's Ltée.*, [1986] 1 C.F. 357; (1984), 5 C.I.P.R. 10; 1 C.P.R. (3d) 214 (1<sup>re</sup> inst.); *Slazenger & Sons v. Feltham & Co. (2)* (1889), 6 R.P.C. 531 (Ch. D.); *S. & S. Industries Inc. v. Rowell*, [1966] R.C.S. 419; (1966), 56 D.L.R. (2d) 501; 48 C.P.R. 193; 33 Fox Pat. C. 56; *Riello Can. Inc. c. Lambert* (1986), 8 C.I.P.R. 286; 9 C.P.R. (3d) 324; 3 F.T.R. 23 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Brewster Transport Co. Ltd. v. Rocky Mountain Tours & Transport Co. Ltd.*, [1931] R.C.S. 336; [1931] 1 D.L.R. 715.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Gastbled c. Stuyck*, [1973] C.F. 24; (1973), 10 C.P.R. (2d) 48 (1<sup>re</sup> inst.); *Centre Ice Ltd. c. Ligue nationale de hockey et autre* (1993), 71 F.T.R. 5; 53 C.P.R. (3d) 34, à la p. 35 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); inf. par *Centre Ice Ltd. c. Ligue nationale de hockey et autre* (1994), 166 N.R. 44; 53 C.P.R. (3d) 34, à la p. 50 (C.A.F.); *HQ Network Systems, Inc. c. HQ Office Supplies Warehouse Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 558; 34 F.T.R. 219 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Cheerio Toys & Games Ltd. v. Samuel Dubiner et al.*, [1965] 1 R.C.É. 579; (1964), 44 C.P.R. 134; 28 Fox Pat. C. 34; *Steinberg Inc. c. J. L. Duval Ltée*, [1993] 1 C.F. 145; (1992), 44 C.P.R. (3d) 417; 58 F.T.R. 156 (1<sup>re</sup> inst.); *Walt Disney Productions v. Triple Five Corp. et al.* (1994), 149 A.R. 112; 113 D.L.R. (4th) 229; [1994] 6 W.W.R. 385; 17 Alta. L.R. (3d) 225; 53 C.P.R. (3d) 129; 63 W.A.C. 112 (C.A.); *M & I Door Systems Ltd. c. Indoco Industrial Door Co.* (1989), 25 C.I.P.R. 199; 25 C.P.R. (3d) 477; 28 F.T.R. 267 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## AUTHORS CITED

Bereskin, D. "The Source Theory of Trade Mark Law and its Effect on Trade Mark Licensing" (1987), 3 *Can. Intell. Prop. Rev.* 322.

*Restatement of the Law of Torts*, Tentative Draft No. 8. St. Paul, Minn.: American Law Institute, 1963.

ACTIONS by American and Canadian companies seeking injunctions under paragraph 7(b) of the *Trade-marks Act* and alleging passing off against each other with respect to the use of the name "Enterprise". Action by the American company allowed in part, action by the Canadian company dismissed.

## COUNSEL:

*Daniel R. Bereskin, Q.C., Michael E. Charles and Mark L. Robbins* for plaintiffs (T-1078-93) and for defendants (T-397-93).

*Kenneth D. McKay and Arthur B. Renaud* for defendants (T-1078-93) and for plaintiff (T-397-93).

## SOLICITORS:

*Bereskin & Parr*, Toronto, for plaintiffs (T-1078-93) and for defendants (T-397-93).

*Sim, Hughes, Ashton & McKay*, Toronto, for defendants (T-1078-93) and for plaintiff (T-397-93).

## EDITOR'S NOTE

The Executive Editor has determined that His Lordship's 50 page reasons for judgment herein should be reported as abridged. Deleted from the report are the initial 23 pages which set out the facts. This case was selected for publication as a valuable review and exposition of the law of passing off.

In these actions, American and Canadian car rental businesses sought injunctions under *Trade-marks Act*, paragraph 7(b) and alleged passing off against each other with respect to the use of the name "Enterprise". Further, each

## DOCTRINE

Bereskin, D. «The Source Theory of Trade Mark Law and its Effect on Trade Mark Licensing» (1987), 3 *Can. Intell. Prop. Rev.* 322.

*Restatement of the Law of Torts*, Tentative Draft No. 8. St. Paul, Minn.: American Law Institute, 1963.

ACTIONS intentées par une compagnie américaine et une compagnie canadienne visant la délivrance d'injonctions en vertu de l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*, chaque compagnie reprochant à l'autre des pratiques d'imitation frauduleuse à l'égard du nom «Enterprise». Action de la compagnie américaine accueillie en partie, action de la compagnie canadienne rejetée.

## AVOCATS:

*Daniel R. Bereskin, c.r., Michael E. Charles et Mark L. Robbins* pour les demandereses (T-1078-93) et les défenderesses (T-397-93).

*Kenneth D. McKay et Arthur B. Renaud* pour les défendeurs (T-1078-93) et la demanderesse (T-397-93).

## PROCUREURS:

*Bereskin & Parr*, Toronto, pour les demandereses (T-1078-93) et les défenderesses (T-397-93).

*Sim, Hughes, Ashton & McKay*, Toronto, pour les défendeurs (T-1078-93) et la demanderesse (T-397-93).

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

Le directeur général a estimé qu'il convenait de publier sous forme abrégée les motifs de ce jugement, d'une longueur de 50 pages. Sont ainsi supprimées du recueil les 23 premières pages où sont exposés les faits. L'espèce a été retenue pour publication parce qu'il s'y trouve un exposé intéressant des règles de droit applicables en matière d'imitation frauduleuse.

Dans ces actions, une entreprise américaine et une entreprise canadienne de location d'automobiles ont demandé des injonctions en vertu de l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*, se reprochant mutuellement des

sought a declaration of ownership in Canada of any trade-mark or trade-name including that word in association with the renting or leasing of motor vehicles. Both sides asked for an order for delivery up and destruction of signage. Finally, the Canadian company alleged that its opponent had made or condoned the making of false or misleading statements tending to discredit it, contrary to Act, paragraph 7(a). The actions were consolidated. The question was as to whether, when the Canadian company began using the name "Enterprise", the American company had established a sufficient reputation here to succeed in an action for passing off.

The American company had been in the car rental business in the United States since the early 1960s. It has used the name "Enterprise" since the early 1970s. By 1993 it had 1,600 branches in the United States. In that year it opened a subsidiary at Windsor, Ontario. The American company was well-established in the "sun belt" states, where Canadians often vacation. Many Canadian customers use its services upon referrals by sun belt area hotels. Six Canadian resident customers and a Canadian travel agent testified as to their belief that a car rental company using the name "Enterprise" in Canada would be the American company or one related to it. Hundreds of thousands of people in the Toronto, Hamilton or Niagara areas have been exposed to the American company's advertising on the ABC, CBS and NBC television networks. Even so, no witness testified to having rented from the American company due to seeing an advertisement.

pratiques d'imitation frauduleuse à l'égard du nom «Enterprise». De plus, chacune a demandé que soit rendu un jugement déclaratoire portant qu'elle est la titulaire, au Canada, de toute marque de commerce ou de tout nom commercial comportant ce mot en liaison avec la location ou le crédit-bail d'automobiles. Les deux parties ont demandé une ordonnance visant la remise et la destruction du matériel d'identification. Enfin, la compagnie canadienne a soutenu que, contrairement à l'alinéa 7a) de la Loi, la partie adverse a fait des déclarations fausses ou trompeuses tendant à la discréditer ou a toléré que de telles déclarations soient faites. Les actions ont été réunies. La question était de savoir si, au moment où la compagnie canadienne a commencé d'utiliser le nom «Enterprise» au Canada, le renom de la compagnie américaine était suffisamment grand au Canada pour que cette dernière ait gain de cause dans son action en imitation frauduleuse.

La compagnie américaine œuvre dans le secteur de la location d'automobiles aux États-Unis depuis le début des années 1960. Elle utilise le nom «Enterprise» depuis le début des années 1970. En 1993, elle comptait 1 600 succursales aux États-Unis. Cette même année, elle a ouvert une filiale à Windsor (Ontario). La compagnie américaine était bien établie dans les États de la «ceinture de soleil», où les Canadiens passent souvent leurs vacances. De nombreux clients canadiens utilisent ses services par l'entremise d'hôtels de la «ceinture de soleil». Six clients résidents canadiens et un agent de voyage ont témoigné qu'ils auraient tendance à croire qu'une entreprise de location d'automobiles utilisant le nom «Enterprise» au Canada serait la compagnie américaine ou une compagnie affiliée. Des centaines de milliers de téléspectateurs des régions de Toronto, Hamilton et Niagara ont vu les annonces publicitaires de la compagnie américaine au Canada sur les réseaux de télévision ABC, CBS et NBC. Pourtant, aucun témoin n'a déclaré avoir loué une automobile de la compagnie américaine parce qu'il avait vu une annonce.



The defendants, Herbert and Rhoda Singer, founded the Discount car rental business in 1980. By the trial date their business had 175 branches. By 1992 the defendants were using the name "Enterprise". Their Discount rental contracts bore the words "Operated by Enterprise Car and Truck Rentals Ltd.". The Trial Judge went along with the submission of plaintiffs' counsel that Mr. Singer "was simply trying to create paper trade name use . . . in the belief it would aid him in stopping" the American company from using the name "Enterprise" in Canada. In 1992 Singer made application for the trade-mark "Enterprise" and that is currently in opposition proceedings. By 1993, defendants had advertised the "Enterprise" name in the Yellow Pages across Canada.

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

1 MCKEOWN J.

#### ANALYSIS

2 Paragraph 7(b) of the Act [*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13] reads:

7. No person shall

. . .

(b) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

3 Laskin C.J. in *MacDonald et al. v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134 stated, at page 147 that this paragraph is a codification of the common law of passing off. Under this law, no person is entitled to misrepresent his or her goods and services as being those of another and thereby appropriate the

Les défendeurs Herbert et Rhoda Singer ont fondé la société de location d'automobiles Discount en 1980. Au moment du procès, leur entreprise comptait 175 succursales. En 1992, les défendeurs utilisaient le nom «Enterprise». Les contrats de location de Discount portaient les mots: [TRADUCTION] «Exploité par Enterprise Car and Truck Rentals Ltd.» Le juge qui a présidé le procès a souscrit à l'argument de l'avocat des demanderessees selon lequel M. Singer [TRADUCTION] «tentait tout simplement de créer, sur papier, l'usage d'un nom commercial . . . dans l'espoir que cela l'aiderait à empêcher» la compagnie américaine d'employer le nom «Enterprise» au Canada. En 1992, M. Singer a déposé une demande d'enregistrement de la marque de commerce «Enterprise», laquelle fait présentement l'objet de procédures d'opposition. En 1993, les défenderesses ont annoncé le nom «Enterprise» dans les annuaires des Pages jaunes un peu partout au Canada.

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

LE JUGE MCKEOWN:

1

#### ANALYSE

2 L'alinéa 7b) de la Loi [*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13] dispose:

7. Nul ne peut:

. . .

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

3 Dans l'arrêt *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, le juge en chef Laskin déclare, à la page 147, que cette disposition est une codification de l'action en imitation frauduleuse de la common law. En vertu de cette règle, nul ne peut laisser croire que ses marchandises et services sont

other's goodwill. The law of passing off is intended, therefore, to protect the goodwill which is attached to a trade-name or mark. The law of passing off, as it is expressed in paragraph 7(b), protects a trade-mark or name where there is attached to that mark or name, the requisite goodwill; this is in contrast to a registered trade-mark or name which is afforded protection by virtue of registration alone. Lord Diplock in *Erven Warnink B.V. and Another v. J. Townend and Sons (Hull) Ltd. and Another*, [1980] R.P.C. 31 (H.L.) sets out the history of passing off, at pages 91-93:

The action for what has become known as "passing off" arose in the nineteenth century out of the use in connection with his own goods by one trader of the trade name or trade mark of a rival trader so as to induce in potential purchasers the belief that his goods were those of the rival trader. Although the cases up to the end of the century had been confined to the deceptive use of trade names, marks, letters or other indicia, the principle had been stated by Lord Langdale M.R. as early as 1842 as being: "A man is not to sell his own goods under the pretence that they are the goods of another man": *Perry v. Truefitt*, 6 Beav. 66. At the close of the century in *Reddaway v. Banham* [1896] A.C. 199, it was said by Lord Herschell that what was protected by an action for passing off was not the proprietary right of the trader in the mark, name or get-up improperly used. Thus the door was opened to passing-off actions in which the misrepresentation took some other form than the deceptive use of trade names, marks, letters or other indicia; but as none of their Lordships committed themselves to identifying the legal nature of the right that was protected by a passing-off action it remained an action *sui generis* which lay for damage sustained or threatened in consequence of a misrepresentation of a particular kind.

*Reddaway v. Banham*, like all previous passing-off cases, was one in which Banham had passed off his goods as those of Reddaway, and the damage resulting from the misrepresentation took the form of the diversion of potential customers from Reddaway to Banham. Although it was a landmark case in deciding that the use by a trader of a term which accurately described the composition of his own goods might nevertheless amount to the tort of

ceux d'une autre personne en s'appropriant ainsi l'achalandage d'une autre entreprise. La règle vise donc à protéger l'achalandage rattaché à une marque de commerce ou à un nom commercial. Telle qu'elle est formulée à l'alinéa 7b), elle protège une marque de commerce ou un nom commercial lorsque s'y rattache l'achalandage requis. La situation est différente dans le cas d'une marque de commerce ou d'un nom commercial déposé dont la protection est assurée du seul fait de l'enregistrement. Lord Diplock, dans l'arrêt *Erven Warnink B.V. and Another v. J. Townend and Sons (Hull) Ltd. and Another*, [1980] R.P.C. 31 (H.L.), décrit l'évolution du recours en imitation frauduleuse, aux pages 91 à 93:

[TRADUCTION] L'action qu'on appelle aujourd'hui action en «imitation frauduleuse» est née au dix-neuvième siècle dans une affaire où un commerçant avait employé, en liaison avec ses propres marchandises, le nom commercial ou la marque de commerce d'un commerçant rival de manière à amener d'éventuels clients à croire que ses marchandises étaient celles de son concurrent. Même si, jusqu'à la fin du siècle, les actions en imitation frauduleuse ont essentiellement porté sur l'emploi frauduleux de noms commerciaux, de marques de commerce, de lettres ou d'autres étiquettes, le principe applicable avait été énoncé par lord Langdale M.R. dès 1842 en ces termes: «Une personne ne saurait vendre ses propres produits en les faisant passer pour ceux d'une autre personne»: *Perry v. Truefitt*, 6 Beav. 66. À la fin du siècle, dans l'affaire *Reddaway v. Banham* [1896] A.C. 199, lord Herschell a déclaré que ce que l'action en imitation frauduleuse visait à protéger n'était pas le droit de propriété d'un commerçant sur la marque de commerce, le nom commercial ou la présentation employés frauduleusement. La voie était donc tracée pour l'exercice d'un recours en imitation frauduleuse dans les cas où la tromperie ne consistait pas en l'emploi frauduleux d'une marque, d'un nom, de lettres ou d'autres étiquettes; mais puisqu'aucune de leurs Seigneuries ne s'était prononcée sur la nature juridique du droit protégé par l'action en imitation frauduleuse, le recours est demeuré une action *sui generis* qui permettait de réclamer des dommages-intérêts relativement au préjudice subi ou susceptible d'être subi par suite d'une tromperie quelconque.

Dans l'affaire *Reddaway v. Banham*, comme dans toutes les autres actions en imitation frauduleuse antérieures, Banham avait fait passer ses marchandises pour celles de Reddaway et cette tromperie avait causé un préjudice à Reddaway, savoir la perte de clients potentiels qui étaient devenus les clients de Banham. Il s'agissait d'une affaire-clé relativement à la question de savoir si l'emploi par un commerçant d'un terme qui décrivait correctement la

passing off if that term were understood in the market in which the goods were sold to denote the goods of a rival trader, *Reddaway v. Banham* did not extend the nature of the particular kind of misrepresentation which gives rise to a right of action in passing off beyond what I have called the classic form of misrepresenting one's own goods as the goods of someone else nor did it provide any rational basis for an extension.

This was left to be provided by Lord Parker in *Spalding v. Gamage* (1915) 32 R.P.C. 273. In a speech which received the approval of the other members of this House, he identified the right the invasion of which is the subject of passing-off actions as being the "property in the business or goodwill likely to be injured by the misrepresentation". The concept of goodwill is in law a broad one which is perhaps expressed in words used by Lord MacNaghten in *C.I.R. v. Muller* [1901] A.C. 217, 223: "It is the benefit and advantage of the good name, reputation and connection of a business. It is the attractive force which brings in custom".

The goodwill of a manufacturer's business may well be injured by someone else who sells goods which are correctly described as being made by that manufacturer but being of an inferior class or quality are misrepresented as goods of his manufacture of a superior class or quality. This type of misrepresentation was held in *Spalding v. Gamage* to be actionable and the extension to the nature of the misrepresentation which gives rise to a right of action in passing off which this involved was regarded by Lord Parker as a natural corollary of recognising that what the law protects by a passing-off action is a trader's property in his business or goodwill.

The significance of this decision in the law of passing off lies in its recognition that misrepresenting one's own goods as the goods of someone else was not a separate genus of actionable wrong but a particular species of wrong included in a wider genus of which a premonitory hint had been given by Lord Herschell in *Reddaway v. Banham* when, in speaking of the deceptive use of a descriptive term, he said:

"I am unable to see why a man should be allowed in this way more than in any other to deceive purchasers into the belief that they are getting what they are not, and thus to filch the business of a rival".

composition de ses propres marchandises pouvait néanmoins constituer un délit d'imitation frauduleuse si ce terme était compris, par le marché dans lequel les marchandises étaient vendues, comme s'appliquant aux marchandises d'un concurrent; mais dans cette affaire, le tribunal n'a pas élargi la notion de tromperie donnant ouverture à l'action en imitation frauduleuse. Il a tout simplement adopté la définition que j'ai qualifiée de classique, c'est-à-dire faire passer ses propres marchandises pour les marchandises d'un autre. Le tribunal n'a pas non plus fournie un fondement logique qui aurait permis d'élargir la portée de cette notion.

C'est à lord Parker, dans l'arrêt *Spalding v. Gamage* (1915) 32 R.P.C. 273, que revient cet honneur. Dans un discours qui a reçu l'aval des autres membres de cette Chambre, lord Parker a décrit le droit dont la violation est l'objet de l'action en imitation frauduleuse comme étant le «droit de propriété dans le commerce ou l'achalandage susceptible d'être compromis par la tromperie». La notion d'achalandage est, en droit, une notion large qui est peut-être définie par les propos de lord MacNaghten dans *C.I.R. v. Muller* [1901] A.C. 217, 223: «Il s'agit de l'avantage propre au bon nom, à la réputation et aux contacts d'une entreprise. C'est la force d'attraction qui attire la clientèle».

L'achalandage de l'entreprise d'un fabricant peut être compromis lorsqu'une autre personne qui vend des marchandises affirme avec raison que celles-ci sont faites par ce fabricant mais prétend qu'il s'agit de marchandises d'une qualité ou d'une catégorie supérieure alors qu'en fait, ce sont des marchandises d'une catégorie ou d'une qualité inférieure. Dans l'arrêt *Spalding v. Gamage*, lord Parker a dit que ce type de déclaration donnait ouverture à une action; selon lui, l'élargissement de la notion de tromperie donnant ouverture à poursuite en imitation frauduleuse découlait logiquement du fait que le droit protégé par ce recours est le droit de propriété du commerçant à l'égard de son entreprise ou de son achalandage.

La décision est importante en matière d'imitation frauduleuse en ce qu'elle reconnaît que faire croire que ses marchandises sont celles d'un autre ne constituait pas un genre distinct de faute ouvrant droit à une action, mais bien une espèce particulière de faute faisant partie d'un genre plus large, dont lord Herschell avait eu l'intuition dans *Reddaway v. Banham*. Parlant de l'emploi trompeur d'un terme descriptif, lord Herschell avait déclaré ce qui suit:

«Il me paraît illogique qu'un homme puisse par ce moyen, alors qu'il ne peut le faire par un autre, faire croire aux clients qu'ils obtiennent quelque chose qu'ils n'obtiennent pas, afin d'usurper le commerce d'un rival».

I quote this passage, in which I have supplied the emphasis, because it was Lord Herschell who gave the leading speech in an earlier decision of this House in *Native Guano Co. v. Sewage Manure Co.* (1889) 8 R.P.C. 125 at 129 that was principally relied on by the Court of Appeal as justifying their reversal of the judgment of Gouling J. in the instant case.

*Spalding v. Gamage* led the way to recognition by judges of other species of the same genus, as where although the plaintiff and the defendant were not competing traders in the same line of business, a false suggestion by the defendant that their businesses were connected with one another would damage the reputation and thus the goodwill of the plaintiff's business. There are several cases of this kind reported of which *Harrods Ltd. v. R. Harrod Ltd.* (1924) 41 R.P.C. 74, the moneylender case, may serve as an example.

Lord Parker's explanation of the nature of the proprietary right protected by a passing-off action also supplied a new and rational basis for the two nineteenth-century decisions of Page Wood V.C. in *Dent v. Turpin* (1861) 2 J. & H. 139, and *Southorn v. Reynolds* (1865) 12 L.T.(N.S.) 75, in which one of two traders, each of whom had by inheritance acquired goodwill in the use of a particular trade name, was held entitled, without joining the other, to obtain an injunction restraining a third trader from making use of the name, despite the fact that the plaintiff's right of user was not exclusive. The goodwill of his business would be damaged by the misrepresentation that the defendant's goods were the goods of a limited class of traders entitled to make use of it, of whom the plaintiff was one and the defendant was not.

My Lords, *Spalding v. Gamage* and the later cases make it possible to identify five characteristics which must be present in order to create a valid cause of action for passing off: (1) a misrepresentation (2) made by a trader in the course of trade, (3) to prospective customers of his or ultimate consumers of goods or services supplied by him, (4) which is calculated to injure the business or goodwill of another trader (in the sense that this is a reasonably foreseeable consequence) and (5) which causes actual damage to a business or goodwill of the trader by whom the action is brought or (in a *quia timet* action) will probably do so.

4 In *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc. and others*, [1990] R.P.C. 341 (H.L.) at page 406, Lord Oliver of Aylmerton refined the five characteristics of passing off identified by Lord Diplock into a test of three elements; the plaintiff must satisfy

Je cite cet extrait du jugement dont j'ai souligné quelques passages, parce que c'est lord Herschell qui a donné le discours principal dans une décision antérieure de cette Chambre, savoir *Native Guano Co. v. Sewage Manure Co.* (1889) 8 R.P.C. 125 à la page 129, sur laquelle la Cour d'appel s'est fondée afin de justifier l'infirmité de la décision du juge Gouling en l'espèce.

L'arrêt *Spalding v. Gamage* a amené les juges à reconnaître d'autres espèces appartenant au même genre; par exemple, même si le demandeur et le défendeur ne sont pas des concurrents dans le même type d'affaires, une fausse déclaration du défendeur quant à l'existence d'un lien entre les deux entreprises pourrait compromettre la réputation et, par voie de conséquence, l'achalandage du commerce du demandeur. Plusieurs affaires analogues ont été publiées, notamment *Harrods Ltd. v. R. Harrod Ltd.* (1924) 41 R.P.C. 74, l'affaire du prêteur d'argent.

En outre, l'explication de lord Parker sur la nature du droit de propriété protégé par l'action en imitation frauduleuse a également fourni un fondement nouveau et rationnel à deux décisions rendues au dix-neuvième siècle par le vice-chancelier Page Wood, *Dent v. Turpin* (1861) 2 J. & H. 139 et *Southorn v. Reynolds* (1865) 12 L.T. (N.S.) 75, dans lesquelles il avait été décidé que l'un des deux commerçants qui avaient hérité de l'achalandage rattaché à un nom commercial avait le droit, sans joindre l'autre à la demande, d'obtenir une injonction interdisant à un troisième commerçant d'utiliser ce nom, même si le droit du demandeur n'était pas exclusif. Un dommage serait causé à l'achalandage de son commerce par les fausses déclarations du défendeur qui affirmait que ses marchandises étaient celles d'un petit groupe de commerçants ayant le droit de faire usage du nom commercial, groupe dont le demandeur faisait partie contrairement au défendeur.

Vos Seigneuries, l'arrêt *Spalding v. Gamage* et la jurisprudence ultérieure permettent de définir cinq conditions qui doivent être réunies pour que le demandeur ait un droit d'action valable en imitation frauduleuse: (1) une fausse déclaration (2) faite par un commerçant dans le cours de ses affaires (3) à des clients éventuels ou à des consommateurs ultimes des biens ou services fournis par lui, (4) qui est conçue pour nuire aux affaires ou à l'achalandage d'un autre commerçant (en ce sens qu'il s'agit d'une conséquence raisonnablement prévisible) et (5) qui cause des dommages aux affaires ou à l'achalandage du commerçant par qui le recours est intenté ou (dans une action préventive) sera probablement intenté.

Dans l'arrêt *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc. and others*, [1990] R.P.C. 341 (H.L.) à la page 406, lord Oliver of Aylmerton a repris les cinq éléments du recours en imitation frauduleuse dégagés par lord Diplock pour en faire un critère à

these three elements:

- 1) that the plaintiff has the requisite degree of goodwill or reputation in the mind of the purchasing public;
- 2) that the defendant has made a misrepresentation to the public; and
- 3) that the plaintiff, as a result of the misrepresentation, has suffered, or is likely to suffer, damage.

5 I turn now to the first element to be proven in a passing-off claim, the existence of goodwill. In *Orkin Exterminating Co. Inc. v. Pestco Co. of Canada Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 726 (C.A.) it was stated that the law exists not only to protect the interests of traders but also to protect the public. This must be borne in mind when determining the level of goodwill which a plaintiff must establish in order to be successful in a passing-off claim. If a plaintiff has generated a reputation with a segment of the public, those members of the public may be adversely affected by the act of passing off, and their interests should be protected, even if those interests are not shared by each member of the public. Goodwill can be of just a local nature as opposed to being Canada-wide. See for example, *Gastbled v. Stuyck*, [1973] F.C. 24 (T.D.) and *Centre Ice Ltd. v. National Hockey League et al.* (1993), 71 F.T.R. 5 (F.C.T.D.); revd on other grounds (1994), 166 N.R. 44 (F.C.A.).

6 As both the plaintiffs and the defendants have claimed passing off as against the other, I must address the claim of each. I will deal now with the claim made by Enterprise U.S. On the evidence before me, Enterprise U.S. is the fifth largest car rental company in the United States, and since 1991, it has been first in the replacement car market. It is particularly strong in the "sun belt" states. While it is true that many Canadians visit the "sunshine" states, none of the Canadians who testified before me had heard of Enterprise U.S. prior to renting a

trois volets. Le demandeur doit donc établir les trois éléments suivants:

- 1) il possède le niveau requis d'achalandage ou de réputation dans l'esprit du public;
- 2) le défendeur a fait une déclaration trompeuse au public;
- 3) le demandeur a subi ou est susceptible de subir des dommages par suite de cette déclaration trompeuse.

5 Passons maintenant au premier élément à établir dans un recours en imitation frauduleuse: l'achalandage du demandeur. Dans l'arrêt *Orkin Exterminating Co. Inc. v. Pestco Co. of Canada Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 726 (C.A.), la Cour a déclaré que la règle de droit visait non seulement à protéger les intérêts des commerçants mais également à assurer la protection du public. Il faut en tenir compte en déterminant le niveau d'achalandage que le demandeur doit établir afin d'avoir gain de cause dans son action en imitation frauduleuse. Si le demandeur a acquis une certaine réputation auprès d'une partie de la population, ces personnes pourront être lésées par l'imitation frauduleuse, et leurs intérêts devraient être protégés même s'ils ne sont pas ceux du public en général. L'achalandage du demandeur peut être simplement local plutôt que national. Voir à titre d'exemples *Gastbled c. Stuyck*, [1973] C.F. 24 (1<sup>re</sup> inst.) et *Centre Ice Ltd. c. Ligue nationale de hockey et autre* (1993), 71 F.T.R. 5 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); infirmé pour d'autres motifs dans (1994), 166 N.R. 44 (C.A.F.).

6 Puisque chacune des parties a intenté un recours en imitation frauduleuse contre l'autre, la Cour doit examiner chaque demande. J'examinerai d'abord les arguments de Enterprise U.S. D'après les éléments de preuve présentés, Enterprise U.S. est la cinquième entreprise de location d'automobiles en importance aux États-Unis et, depuis 1991, elle occupe le premier rang des entreprises de location d'automobiles de remplacement. Elle est particulièrement connue dans les États de la «ceinture de soleil». Certes, nombre de Canadiens séjournent dans ces États

car in the United States from Enterprise U.S. Furthermore, the survey prepared by Dr. Mayer, although not conclusive on the subject, shows that very few Canadians between the ages of 25 to 60 years had ever heard of "Enterprise".

ensoleillés, mais aucun de ceux qui ont déposé devant cette Cour n'ont déclaré avoir entendu parler de Enterprise U.S. avant d'avoir loué une voiture, aux États-Unis, de cette société. De plus, l'étude préparée par M. Mayer, même si elle n'est pas concluante en la matière, révèle que très peu de Canadiens de 25 à 60 ans ont entendu parler de «Enterprise».

7 Forty-one vehicles were leased from Enterprise U.S. between 1984 and 1992 by American companies, all of which, with the exception of five, had American addresses. The cars, however, were purchased in Canada, were driven in Canada and, at the end of the leases, were sold in Canada. Canadian travel agents book cars for Canadian customers through computer airline reservation systems; since 1986, Enterprise U.S. has been a member of several of these reservation systems. The Canadian customers who testified were all most satisfied with the service provided by Enterprise U.S. Since 1990, Enterprise U.S. has a 1-800 number in Canada through which car rental reservations could be placed. Although Enterprise U.S. advertised on the three major U.S. networks and one would expect spillover advertising in Canada, I am not satisfied that Enterprise U.S. was able to show that this occurred. It is my finding that by the time Enterprise Canada adopted the trade-name "Enterprise" in 1991, and adopted the trade-mark "Enterprise" in 1992, Enterprise U.S. had already established a minimal level of goodwill in association with that trade-name and trade-mark in Canada based on its reputation with Canadians which began in the 1980s and continued and grew in the early 1990s.

7 Quarante et une voitures ont été louées à long terme de Enterprise U.S. entre 1984 et 1992 par des compagnies américaines ayant toutes, à l'exception de cinq d'entre elles, une adresse américaine. Ces voitures ont toutefois été achetées au Canada, conduites au Canada et, à l'expiration du contrat de location, vendues au Canada. Les agents de voyages canadiens réservent des voitures pour leurs clients canadiens à l'aide des systèmes informatiques de réservations aériennes; depuis 1986, Enterprise U.S. est membre de plusieurs de ces systèmes de réservations. Les clients canadiens qui ont témoigné étaient tous extrêmement satisfaits du service offert par Enterprise U.S. Depuis 1990, celle-ci possède une ligne téléphonique 1-800 au Canada, qu'on peut utiliser pour réserver une voiture de location. Bien qu'elle fasse diffuser des annonces sur les trois grands réseaux de télévision américaine et qu'il puisse en résulter certaines retombées au Canada, je ne suis pas convaincu qu'elle en ait fait la preuve. Je conclus donc que lorsque Enterprise Canada a adopté le nom commercial «Enterprise» en 1991 et la marque de commerce «Enterprise» en 1992, Enterprise U.S. avait déjà acquis un minimum d'achalandage en liaison avec ce nom commercial et cette marque de commerce au Canada grâce à la réputation dont elle jouissait auprès des Canadiens, réputation qu'elle avait commencé à acquérir au début des années 1980 et qui s'était développée peu à peu au début des années 1990.

8 Goodwill can be created as a result of the use of a trade-mark in Canada and the use of a trade-mark in another country where that trade-mark comes to the attention of Canadians, either through use or through advertising which reaches Canadians. The facts in the present case are very similar to *Orkin, supra*. In that case, Orkin Exterminating Co. Inc. was a U.S. company which had been in the pest

8 L'achalandage peut résulter de l'usage d'une marque de commerce au Canada et de l'usage d'une marque de commerce dans un autre pays lorsque cette marque est portée à l'attention des Canadiens, soit par son usage soit par la publicité atteignant les Canadiens. Les faits de la présente affaire sont très semblables aux faits de l'affaire *Orkin*, précitée. Orkin Exterminating Co. Inc. était une société de

control business for many years. The name, which had been used since the 1930s, came from the surname of the founder. Morden J.A. (as he then was) stated, at page 730:

As far as Orkin's reputation in Canada is concerned the following matters may be noted. Canadians travelling in the United States are exposed to Orkin's extensive advertising and use of its trade marks in that country. There was evidence adduced that millions of Canadians travel in the United States every year, particularly in the southern vacation states, where Orkin's operations are extensive. Canadians in Canada are exposed to Orkin's advertising and articles appearing in American publications which circulate here.

9 The case then goes on to refer to a number of publications in which Orkin had been mentioned, either in articles, or through advertising. In the case at bar, there was evidence that many Canadians travelling in the United States are exposed to Enterprise U.S.'s considerable advertising and use of its trade-mark in that country. There was also evidence that many Canadians travel in the southern United States every year where Enterprise U.S.'s operations are extensive. There was also evidence of Enterprise U.S.'s advertising in the *Wall Street Journal* and on TV stations. The evidence of Enterprise U.S.'s goodwill in the instant case is comparable to the evidence adduced in *Orkin, supra*. The similarities between the two cases continue. Again in *Orkin, supra*, Morden J.A. stated, at page 731:

I have already mentioned Orkin's Canadian customers. Eight of them from the Toronto area gave evidence with respect to their familiarity with Orkin, its business and the Orkin name and trade marks. They all said that if they were to see the Orkin name or logo in use in Canada they would assume that they represented the Orkin company with which they were familiar or some business that was affiliated with it.

10 Similar evidence was available in the case at bar from six customers of Enterprise U.S. Like the witnesses in *Orkin, supra*, these witnesses stated that

contrôle des insectes et des animaux nuisibles établie depuis nombre d'années aux États-Unis. Le nom que l'entreprise utilisait depuis les années 1930 était celui de son fondateur. Le juge Morden (alors juge à la Cour d'appel) a dit ceci à la page 730:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la réputation de Orkin au Canada, il convient de souligner les faits suivants. Les citoyens canadiens qui voyagent aux États-Unis sont exposés à l'importante publicité de Orkin et à l'utilisation de ses marques de commerce dans ce pays. Selon la preuve, des millions de Canadiens se rendent aux États-Unis chaque année, particulièrement dans les États touristiques du sud où Orkin est très active. Au Canada, la population est exposée à la publicité et aux articles concernant Orkin publiés dans les revues américaines qui sont mises en circulation ici.

La Cour renvoie également, dans cette affaire, à 9 plusieurs revues dans lesquelles le nom de Orkin avait été mentionné soit dans un article, soit dans une annonce. Dans la présente espèce, il ressort de la preuve que de nombreux citoyens canadiens se rendant aux États-Unis sont exposés à l'abondante publicité et à la fréquente utilisation de la marque de commerce de Enterprise U.S. Il ressort également de la preuve que, chaque année, un grand nombre de Canadiens voyagent dans le sud des États-Unis où Enterprise U.S. exerce de nombreuses activités. La Cour dispose également d'éléments de preuve concernant la publicité faite par Enterprise U.S. dans le *Wall Street Journal* et sur les ondes de la télévision. La preuve de l'achalandage de Enterprise U.S. dans l'affaire qui nous occupe se compare donc à celle présentée dans l'affaire *Orkin*, précitée. On trouve d'autres similitudes entre ces deux affaires. Toujours dans l'arrêt *Orkin*, précité, le juge Morden, J.C.A. dit ceci, à la page 731:

[TRADUCTION] J'ai déjà parlé des clients canadiens de Orkin. Huit d'entre eux de la région de Toronto ont déclaré bien connaître Orkin, son entreprise et les noms et marques de commerce Orkin. Ils ont tous affirmé que s'ils devaient voir le nom ou le logo de Orkin au Canada, ils tiendraient pour acquis qu'ils représentaient la compagnie Orkin qu'ils connaissent ou une compagnie affiliée.

En l'espèce, six clients de Enterprise U.S. ont 10 témoigné dans le même sens. À l'instar des témoins dans l'arrêt *Orkin*, précité, ces témoins ont dit que

if they were to see the "Enterprise" name or logo in use in Canada in connection with the car rental company, they would assume that it represented Enterprise U.S. or some business which was affiliated with Enterprise U.S.; this was similar to the testimony of the witnesses in *Orkin, supra*. As in *Orkin, supra*, there is evidence that Enterprise U.S. had Canadian customers to whom it has mailed billings. Also, as was the case in *Orkin, supra*, Enterprise U.S. had a number of Canadian customers by the end of 1993. Prior to March 6, 1991, Enterprise U.S. had rented cars to over 4,800 Canadian residents. By June 1992, the number of Canadian customers had reached about 11,800 and by February 1993, the Canadian rental figure was about 15,600. As of December 31, 1993, Enterprise U.S. had rented to over 26,700 Canadian residents. As was the case with the defendant in *Orkin, supra*, the defendant Enterprise Canada placed Yellow Pages and white pages telephone directory listings in Toronto for Enterprise Canada. Also, as in *Orkin, supra*, the adoption of the name "Enterprise" by the principal of Enterprise Canada was not done in ignorance of the use of that name by the plaintiff, Enterprise U.S. It was also argued by the defendant in *Orkin, supra*, that any goodwill attached to the Orkin name in Ontario belonged to the defendant on the basis that as the plaintiff had not carried on business in Canada, the plaintiff did not have any goodwill in Canada to protect. Morden J.A. rejected that submission and stated, at page 737:

In my respectful view, Fitzpatrick J. was right in concluding that Orkin was entitled to relief on the basis that it had a reputation (built up in several different ways including having customers) in Ontario and intended to expand its business into Ontario. In saying this I do not intend to indicate that a case such as this could not be decided on more general grounds. This is an evolving field of law and I think it the better course to resolve the competing contentions on relatively narrow grounds which are responsive to the particular facts rather than, unnecessarily, on broader grounds.

11 The Ontario Court of Appeal in canvassing the English law, chose not to follow the branch of Eng-

s'ils voyaient le nom ou le logo de «Enterprise» utilisé au Canada en liaison avec une entreprise de location d'automobiles, ils tiendraient pour acquis qu'il s'agit de Enterprise U.S. ou d'une compagnie affiliée; c'est à peu près ce qu'ont déclaré les témoins dans l'affaire *Orkin*, précitée. Comme dans cette affaire, il a été établi que Enterprise U.S. a des clients canadiens à qui elle a envoyé des avis de facturation. De plus, comme dans l'affaire *Orkin*, précitée, Enterprise U.S. avait plusieurs clients canadiens à la fin de 1993. Avant le 6 mars 1991, Enterprise U.S. avait loué des voitures à plus de 4 800 résidents canadiens. En juin 1992, le nombre de clients canadiens avait atteint environ 11 800 et en février 1993, ce chiffre atteignait environ 15 600. Au 31 décembre 1993, Enterprise U.S. avait loué des voitures à plus de 26 700 résidents canadiens. Comme la défenderesse dans l'affaire *Orkin*, précitée, la défenderesse Enterprise Canada avait fait paraître une annonce dans l'annuaire des Pages jaunes, de même que dans les pages blanches de l'annuaire de Toronto sous le nom de Enterprise Canada. En outre, comme dans l'affaire *Orkin*, précitée, lorsque le principal dirigeant de Enterprise Canada a adopté le nom «Enterprise», il n'ignorait pas que la demanderesse Enterprise U.S. utilisait ce nom. La défenderesse avait également soutenu dans *Orkin*, précitée, que tout achalandage rattaché au nom Orkin en Ontario lui appartenait puisque la demanderesse n'avait pas exercé son entreprise au Canada et qu'elle n'avait donc aucun achalandage à protéger dans ce pays. Rejetant cet argument, le juge Morden, J.C.A. s'est exprimé comme suit, à la page 737:

[TRADUCTION] À mon humble avis, le juge Fitzpatrick a conclu à bon droit que Orkin avait droit à réparation au motif qu'elle avait une réputation (acquise notamment du fait qu'elle avait des clients) en Ontario et qu'elle avait l'intention d'accroître son entreprise dans cette province. Cela dit, il n'en découle pas nécessairement qu'une affaire telle que celle-ci ne puisse pas être tranchée pour des motifs plus généraux. Il s'agit d'un domaine du droit en évolution et j'estime préférable de trancher les prétentions contradictoires en m'en tenant à une analyse relativement étroite s'articulant autour des faits précis de l'espèce plutôt que de me fonder sans nécessité sur une analyse plus générale.

En examinant le droit anglais, la Cour d'appel de l'Ontario, a décidé de ne pas suivre le courant vou-

11



lish law that declined to give relief to foreign traders who had no actual business establishment in England. *Orkin, supra*, was adopted by inference by Reed J. in *HQ Network Systems, Inc. v. HQ Office Supplies Warehouse Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 558 (F.C.T.D.).

lant que les commerçants étrangers n'ayant aucun établissement commercial en Angleterre ne puissent obtenir de redressement. Les principes énoncés dans l'arrêt *Orkin* ont été adoptés par inférence par le juge Reed dans *HQ Network Systems, Inc. c. HQ Office Supplies Warehouse Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 558 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

12 In the case at bar, Enterprise U.S. had established a reputation in Canada by March 6, 1991, and has maintained a reputation in Canada since that date. It has Canadian customers from across the country; since 1990 it has had a 1-800 number which is accessible to Canadians; and, since as early as 1989 or 1990, Canadian travel agents have made reservations with Enterprise U.S. Furthermore, there was evidence from Enterprise U.S. that from 1990 it intended to open and expand its business in Canada. The goodwill established in Canada by Enterprise U.S. was, by March 6, 1991, minimal and the level of goodwill remained minimal by June 1992; however, there is no doubt that by these dates, there was goodwill associated with Enterprise U.S.'s business and use of the "Enterprise" trade-mark and name in Canada by virtue of its reputation in this country.

En l'espèce, Enterprise U.S. avait acquis une réputation au Canada avant le 6 mars 1991, réputation qu'elle a toujours. L'entreprise a des clients canadiens d'un bout à l'autre du pays; depuis 1990, elle possède une ligne téléphonique 1-800 accessible à tous les Canadiens; et, dès 1989 ou 1990, les agents de voyage canadiens réservaient des automobiles auprès de Enterprise U.S. De plus, Enterprise U.S. a déposé des éléments de preuve établissant qu'elle avait, depuis 1990, l'intention de s'établir au Canada et d'y faire affaires. L'achalandage qu'elle avait établi au Canada au 6 mars 1991 était minimal, et la situation n'avait pas changé en juin 1992; toutefois, il ne fait aucun doute que dès ces deux dates, un achalandage était rattaché à l'exploitation de Enterprise U.S. en liaison avec l'usage de la marque de commerce et du nom commercial «Enterprise» au Canada en vertu de sa réputation dans ce pays.

13 While Enterprise U.S.'s reputation in Canada was limited, it is not necessary for the plaintiff to be famous in order for it to enjoy the protection of its goodwill. This was the finding made in *Levitz Furniture Corp. and Levitz Furniture Co. of Washington Inc. v. Levitz Furniture Ltd., Value Industries Ltd. and Silver*, [1972] 3 W.W.R. 65 (B.C.S.C.) where it is stated, at page 67:

Même si la réputation de Enterprise U.S. était peu répandue au Canada, la demanderesse n'a pas besoin d'avoir une grande renommée pour bénéficier de la protection de son achalandage. C'est la conclusion qui a été tirée dans l'arrêt *Levitz Furniture Corp. and Levitz Furniture Co. of Washington Inc. v. Levitz Furniture Ltd., Value Industries Ltd. and Silver*, [1972] 3 W.W.R. 65 (C.S.C.-B.). La Cour a dit ceci, à la page 67:

Though the plaintiffs do not have the reputation enjoyed by the plaintiffs in *Hilton Hotels Corp. et al. v. Belkin et al.*, 17 W.W.R. 86, 24 C.P.R. 100 (B.C.) (McInnes J.) and *Hyatt Corp. et al. v. Hyatt House Hotels Ltd.*, B.C. Macfarlane J., 17th December 1969 (not yet reported), they none the less have a reputation in this jurisdiction. They may not be famous but they are known to some members of the public.

[TRADUCTION] Même si les demandereses n'ont pas acquis l'achalandage dont jouissaient les demandereses dans les affaires *Hilton Hotels Corp. et al. v. Belkin et al.*, 17 W.W.R. 86, 24 C.P.R. 100 (C.-B.) (le juge McInnes) et *Hyatt Corp. et al. v. Hyatt House Hotels Ltd.*, C.-B., le juge Macfarlane, 17 décembre 1969 (décision non publiée), elles jouissent néanmoins d'une réputation dans ce pays. Elles ne sont peut-être pas célèbres, mais certaines personnes les connaissent.

14 I also refer to the *Restatement of the Law of Torts*, Tentative Draft No. 8 (1963), at page 113 as

Je renvoie également à l'ouvrage *Restatement of the Law of Torts*, Tentative Draft No. 8 (1963), à la

it was cited in *Orkin, supra*, at page 746:

If he imitates the other's trademark or tradename knowingly and acts in other ways to convey the impression that his business is associated with the other, the inference may reasonably be drawn that there are prospective customers to be misled.

15 I take from what the defendants were doing that Mr. Singer was directing them in a calculated way to prevent the expansion of Enterprise U.S. in Canada. I infer from the defendants' activities that Enterprise U.S. had goodwill in Canada from which the defendants could potentially benefit.

16 Accordingly, as the evidence clearly indicates that it is known by some members of the Canadian public, Enterprise U.S. has established a sufficient level of goodwill and reputation in this country to be protected by the law.

17 Counsel for the defendants submit that unless Enterprise U.S. can show that it uses the trade-mark "Enterprise" in Canada within the definition of use in the *Trade-marks Act* or unless it can show that it has made it well known within the definition of section 5, paragraph (b) is not applicable. He relies on *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 F.C. 544 (abridged); (1987), 38 D.L.R. (4th) 544 (C.A.) which he submits deprives this Court of jurisdiction in the common law of passing off. However, in my view, the *Asbjorn* case, *supra*, supports paragraph 7(b) as defined in *Orkin, supra*, and does not require compliance with section 5 as a prerequisite to a finding of passing off.

18 MacGuigan J.A. stated, at page 556 D.L.R.:

What is at issue is Parliament's right to create a civil remedy in relation to a trade mark not registered under the Act.

Subsection 7(b) is a statutory statement of the common law action of passing-off, which consisted of a misrepresentation to the effect that one's goods or services are

page 113 cité dans l'arrêt *Orkin*, précité à la page 746:

[TRADUCTION] S'il imite sciemment le nom commercial ou la marque de commerce d'un autre et agit de manière à laisser croire que son entreprise est liée à l'autre, on peut en conclure raisonnablement que certains clients éventuels seront induits en erreur.

Je conclus des agissements des défenderesses que M. Singer gérait sciemment ces entreprises de manière à empêcher que Enterprise U.S. s'installe au Canada. Je déduis des activités des défenderesses que Enterprise U.S. possédait au Canada un achalandage dont les défenderesses pouvaient éventuellement profiter.

Par conséquent, la preuve indiquant clairement que certains Canadiens connaissaient Enterprise U.S., celle-ci a acquis une réputation et un achalandage suffisants dans ce pays pour bénéficier de la protection de la loi.

L'avocat des défenderesses prétend qu'à moins que Enterprise U.S. puisse démontrer qu'elle utilise la marque de commerce «Enterprise» au Canada au sens de la *Loi sur les marques de commerce*, ou à moins qu'elle puisse démontrer qu'elle a bien fait connaître sa marque au sens de l'article 5, l'alinéa b) ne s'applique pas. Il se fonde sur l'arrêt *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 C.F. 544 (abrégé); (1987), 38 D.L.R. (4th) 544 (C.A.), qui selon lui enlèverait toute compétence à la présente Cour à l'égard de l'action en imitations frauduleuses de la common law. À mon avis toutefois, cet arrêt vient étayer l'interprétation que donne l'arrêt *Orkin*, précité, à l'alinéa 7b), et n'exige pas le respect de l'article 5 comme condition préalable à une conclusion d'imitation frauduleuse.

Le juge MacGuigan, J.C.A. a dit ce qui suit, à la page 556 D.L.R.:

Le point litigieux est le droit du Parlement de créer un recours civil relativement à une marque de commerce qui n'est pas déposée en vertu de la Loi.

L'alinéa 7b) reflète dans la Loi l'action en *passing off* issue de la common law, le *passing off* consistant à laisser croire que les biens ou les services d'une personne sont en

someone else's, or sponsored by or associated with that other person. It is effectively a "piggybacking" by misrepresentation.

réalité ceux d'une autre, ou que quelqu'un d'autre les offre ou y est associé. Il s'agit en fait de «parasiter» au moyen d'une déclaration tendant à induire en erreur.

19 Then he stated, at page 557 D.L.R.:

The Canadian Act, as the statutory history set out by Laskin C.J.C. in the *MacDonald* case, *supra*, showed, has traditionally been concerned with the protection of unregistered as well as registered trade marks . . . .

. . . .

In s-s. 7(b), Parliament has chosen to protect the goodwill associated with trade marks. In this way, as Chief Justice Laskin put it, it "rounds out" the statutory scheme of protection of all trade marks. As such, the civil remedy which it provides in conjunction with s. 53 is "genuinely and *bona fide* integral with the over-all plan of supervision": *Rocotis Construction, supra*, at p. 172 C.P.R., p. 79 F.C., p. 226 N.R. It has, in sum, a rational functional connection to the kind of trade marks scheme Parliament envisaged, in which even unregistered marks would be protected from harmful misrepresentations.

20 MacGuigan J.A. also stated at page 557 D.L.R.:

In reviewing the scheme of the Act in *Royal Doulton Tableware Ltd. et al. v. Cassidy's Ltd.—Cassidy's Ltée* (1984), 1 C.P.R. (3d) 214 at p. 228, [1986] 1 F.C. 357 at p. 374, 5 C.I.P.R. 10, Strayer J. said that "the *Trade Marks Act* in ss. 1 to 11 defines and prescribes a number of rules concerning trade marks and the adoption thereof, without reference to registration. Thereafter, the Act only deals with registered trade marks." He adds: "Parliament by ss. 1 to 11 of the *Trade Marks Act* has prescribed a regime concerning what constitutes a trade mark and the adoption thereof, whether registered or not."

22 I note that Strayer J. (as he then was) in the *Royal Doulton* case [*Royal Doulton Tableware Limited v. Cassidy's Ltd.*, [1986] 1 F.C. 357 (T.D.)], did not make the above-quoted comment in reference to a passing-off claim. Rather, Strayer J. was dealing with the Court's jurisdiction to make a declaration that a party is the owner of a trade-mark in Canada. At issue was the Court's jurisdiction over an unregistered trade-mark. He found that jurisdiction in sections 1 to 11 of the Act [*Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10] which, in the context of

Il a ajouté, à la page 557 D.L.R.:

Comme l'a démontré l'historique du juge en chef Laskin dans l'arrêt *MacDonald*, précité, la Loi canadienne a traditionnellement visé la protection des marques non déposées aussi bien que celles des marques déposées. . .

. . . .

Le Parlement, à l'alinéa 7b), entend protéger le renom associé aux marques de commerce. De la sorte, comme l'a dit le juge Laskin, cet alinéa est un «complément» du système de protection de toutes les marques de commerce. Ainsi, le recours civil qu'il prévoit, de concert avec l'article 53, se trouve à «véritablement faire partie intégrante du système global de surveillance»: voir *Rocotis Construction*, précité, à la p. 172 C.P.R., p. 79 C.F., p. 226 N.R. Il a, en somme, un lien rationnel et fonctionnel avec le système visant les marques de commerce envisagé par le Parlement, en vertu duquel même les marques non enregistrées seraient protégées contre la fraude.

21 Et le juge MacGuigan de dire également, à la page 557 D.L.R.:

En traçant un aperçu de l'économie de la Loi dans l'arrêt *Royal Doulton Tableware Ltd. et autres c. Cassidy's Ltd.—Cassidy's Ltée* (1984), 1 C.P.R. (3d) 214, à la p. 228, [1986] 1 C.F. 357, à la p. 374; 5 C.I.P.R. 10, le juge Strayer a dit que «la *Loi sur les marques de commerce*, aux articles 1 à 11, définit et prescrit plusieurs règles relatives aux marques de commerce et à leur adoption, sans mentionner les règles relatives à l'enregistrement. Par la suite, la Loi porte uniquement sur les marques de commerce enregistrées.» Il ajoute plus loin: «le Parlement, par les articles 1 à 11 de la *Loi sur les marques de commerce*, a prescrit les règles relatives à ce qui constitue une marque de commerce et son adoption, que cette marque soit enregistrée ou non.»

22 Je constate que les propos du juge Strayer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Royal Doulton [Royal Doulton Tableware Limited c. Cassidy's Ltée*, [1986] 1 C.F. 357 (1<sup>re</sup> inst.)], ne portaient pas sur l'action en imitation frauduleuse. Celui-ci examinait plutôt la question de savoir si la Cour avait compétence pour déclarer qu'une partie était titulaire d'une marque de commerce au Canada. La question en litige était celle de savoir si la Cour avait compétence à l'égard d'une marque de commerce non déposée. Le juge a conclu que les articles 1 à 11 de

section 20 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended, gave the Federal Court jurisdiction over both registered and unregistered trade-marks. I do not interpret Strayer J. to mean that when dealing with trade-marks under sections 1 to 11 consideration cannot be given to common law principles. Nor do I interpret MacGuigan J.A.'s adoption of Strayer J.'s remarks as being a prohibition on the application of common law principles to actions arising out of paragraph 7(b) of the Act. In *Asbjorn Horgard A/S*, *supra*, the plaintiff was a foreign company with a foreign trade-mark not registered in Canada. There was no suggestion that the plaintiff must meet the requirements of section 5 of the Act. Parliament set up a scheme in which unregistered marks would be protected from harmful misrepresentation.

23 The basic scheme of the Act as set out in sections 5 and 19 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60] is that if one gets a valid trade-mark registration one has enforceable rights throughout Canada and one gets a valid registration even if one only has use in a small locality. The advantage of registration is that the owner of a registered trade-mark does not have to prove local goodwill. However, as I stated earlier, in a passing-off action the plaintiff must establish prior goodwill in the very area where the defendants are operating.

24 Pursuant to the International Convention for the Protection of Industrial Property, section 5 is designed to permit the owner of a trade-mark in a foreign jurisdiction to obtain a registration so that the foreign trader is on the same footing as a local trader with one important distinction; since there is no use in Canada the statute requires that the trade-mark be made known within the meaning of the definition in section 5. The jurisprudence has interpreted "known" as "well known" and if this stan-

la Loi [*Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, ch. T-10], dans le cadre de l'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, modifiée, confèrent compétence à la Cour fédérale sur les marques de commerce, déposées ou non. À mon avis, le juge Strayer n'affirme pas non plus qu'il ne faut pas tenir compte des principes de la common law en examinant la question des marques de commerce sous le régime des articles 1 à 11. Je ne veux pas non plus dire que lorsque le juge MacGuigan, J.C.A. reprend les propos du juge Strayer, il compte interdire l'application des principes de common law aux actions fondées sur l'alinéa 7b) de la Loi. Dans l'affaire *Asbjorn Horgard A/S*, précitée, la demanderesse était une compagnie étrangère qui possédait une marque de commerce étrangère non déposées au Canada. Il n'a jamais été question d'une obligation, pour la demanderesse, de satisfaire aux exigences de l'article 5 de la Loi. Le Parlement a établi un système en vertu duquel les marques de commerce non déposées sont protégées contre les déclarations préjudiciables.

Suivant l'esprit de la Loi tel qu'il ressort des articles 5 et 19 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60], la personne qui enregistre valablement une marque de commerce a des droits qui sont exécutoires partout au Canada, et on peut déposer valablement une marque de commerce même si celle-ci n'est utilisée que dans une petite région. L'avantage de l'enregistrement, c'est que le titulaire de la marque de commerce déposée n'a pas besoin d'établir l'achalandage local de l'entreprise. Toutefois, comme je l'ai mentionné plus tôt, le demandeur doit, dans une action en imitation frauduleuse, établir l'existence préalable d'un achalandage dans le secteur même où s'exerce l'entreprise des défendeurs.

En conformité avec la Convention internationale pour la protection de la propriété industrielle, l'article 5 a pour objet de permettre au titulaire d'une marque de commerce dans un pays étranger de faire enregistrer cette marque de sorte que ce commerçant étranger se trouve sur un pied d'égalité avec le commerçant local, avec toutefois une différence de taille: la marque n'étant pas employée au Canada, il faut, selon la Loi, que cette marque de commerce soit connue au sens de l'article 5. Selon la jurispru-

dard is met then the foreign trade-mark owner is entitled to registration of that trade-mark, and thereby acquires rights across Canada. However, this has nothing to do with passing off under paragraph 7(b). There is no reference in paragraph 7(b) to use or making known.

- 25 This is made clear by Gibbs J. in *Westfair Foods Ltd. v. Jim Pattison Industries Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 46 (B.C.S.C.); affirmed by the B.C. Court of Appeal at (1990), 68 D.L.R. (4th) 481 when he stated, at page 61:

Registered trade mark cases are not of much assistance where passing-off is the issue, because the legal incidents are different.

- 26 In my view, compliance with section 5 is not a prerequisite to a passing-off action under paragraph 7(b). In the event section 5 of the Act applies I find that Enterprise U.S. was not well known in Canada in March 1991 nor in June 1992. Although Dr. Mayer's survey should have been limited to licensed drivers, in terms of recognition "Enterprise" is still well below 10%. This survey was conducted in 1995 after both Enterprise U.S. and Enterprise Canada had been in the market in Canada for up to four years.

- 27 The defendants submitted that none of what Enterprise U.S. did before Enterprise Canada came on the scene constitutes use in Canada. However, subsection 4(2) reads as follows:

4. . . .

(2) A trade-mark is deemed to be used in association with services if it is used or displayed in the performance or advertising of those services.

- 28 There is no reference made as to where the association must be made.

dence, «connue» s'entend de «bien connue»; si le titulaire de la marque établit que celle-ci est bien connue, il est admissible à l'enregistrement et acquiert ainsi des droits sur cette marque dans l'ensemble du Canada. Toutefois, cela n'a rien à voir avec l'imitation frauduleuse prévue à l'alinéa 7b). Il n'y est pas question d'emploi ou de publicité de la marque de commerce.

- Le juge Gibbs établit clairement cette distinction dans la décision *Westfair Foods Ltd. v. Jim Pattison Industries Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 46 (C.S. C.-B.); confirmée par la Cour d'appel de la C.-B. (1990), 68 D.L.R. (4th) 481, lorsque le juge déclare; à la page 61:

[TRADUCTION] La jurisprudence mettant en cause des marques de commerce déposées n'est pas très utile lorsque le litige porte sur l'imitation frauduleuse, parce que les conséquences juridiques sont différentes.

- À mon avis, le respect de l'article 5 n'est pas une condition préalable à l'exercice de l'action en imitation frauduleuse en vertu de l'alinéa 7b). Dans l'hypothèse où l'article 5 s'applique, je conclus que Enterprise U.S. n'était pas bien connue au Canada en mars 1991 ni en juin 1992. Même si l'étude menée par M. Mayer aurait dû se limiter aux détenteurs d'un permis de conduire, il n'en demeure pas moins que le pourcentage de personnes qui connaissaient «Enterprise» était bien inférieur à 10 p. 100. L'étude a été menée en 1995 au moment où Enterprise U.S. et Enterprise Canada faisaient affaires au Canada depuis quatre ans.

- Les défenderesses soutiennent qu'aucune des mesures prises par Enterprise U.S. avant que Enterprise Canada n'arrive dans le marché ne constitue un emploi au Canada. Toutefois, le paragraphe 4(2) est ainsi libellé:

4. . . .

(2) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des services si elle est employée ou montrée dans l'exécution ou l'annonce de ses services.

- Le paragraphe est muet quant au lieu où cette liaison doit être faite.

29 Enterprise Canada submitted that since Enterprise U.S. had not entered into any registered user agreements with its subsidiaries, Enterprise U.S. could not benefit from the use of the trade-mark in Canada. This may have been true prior to the 1993 enactment of subsection 50(1) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 69] of the *Trade-marks Act* which dealt with licensing. Subsection 50(1) reads as follows:

50. (1) For the purposes of this Act, if an entity is licensed by or with the authority of the owner of a trade-mark to use the trade-mark in a country and the owner has, under the licence, direct or indirect control of the character or quality of the wares or services, then the use, advertisement or display of the trade-mark in that country as or in a trade-mark, trade-name or otherwise by that entity has, and is deemed always to have had, the same effect as such a use, advertisement or display of the trade-mark in that country by the owner.

30 Thus, if it can be shown that the use of a trade-mark is under the control of the owner, directly or indirectly, then for all purposes of the Act, including for the issue of goodwill, the use, advertisement, or display of the trade-mark in that country is use which is deemed to have the same effect as use by the owner. In my view, the new section 50 and the one which existed prior to 1993 apply with respect to the provisions concerning use of a trade-mark by a person or business who is the trade-mark owner. The case law provides that any goodwill that results from the use of a trade-mark by controlled licensees is deemed to enure to the benefit of the trade-mark owner for the purposes of the Act. (See Noël J. in *Cheerio Toys & Games Ltd. v. Samuel Dubiner et al.*, [1965] 1 Ex. C.R. 579.) This principle can be applied to passing off. As I have set out above, Enterprise U.S. has directed the activities of all of its subsidiary operating companies. The exceptions in the control exerted by Enterprise U.S. relate to local advertising only and do not affect the control of the mark. The public thinks of Enterprise U.S. as a single entity. Furthermore, the Canadian courts interpreted the registered user provisions which existed prior to 1993 as being permissive and not mandatory. As stated by Daniel R. Bereskin in "The Source Theory of Trade Mark Law and its Effect on

29 Enterprise Canada prétend que, puisque Enterprise U.S. n'a conclu aucune convention relative à l'usager inscrit avec ses filiales, cette dernière ne peut bénéficier d'aucune façon de l'emploi de la marque de commerce au Canada. C'était peut-être vrai avant l'adoption, en 1993, du paragraphe 50(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 69] de la *Loi sur les marques de commerce* qui porte sur les licences. Le paragraphe 50(1) dispose:

50. (1) Pour l'application de la présente loi, si une licence d'emploi d'une marque de commerce est octroyée, pour un pays, à une entité par le propriétaire de la marque, ou avec son autorisation, et que celui-ci, aux termes de la licence, contrôle, directement ou indirectement, les caractéristiques et la qualité des marchandises et services, l'emploi, la publicité ou l'exposition de la marque, dans ce pays, par cette entité comme marque de commerce, nom commercial—ou partie de ceux-ci—ou autrement ont le même effet et sont réputés avoir toujours eu le même effet que s'il s'agissait de ceux du propriétaire.

30 Ainsi, s'il peut être établi que le propriétaire d'une marque de commerce contrôle, directement ou indirectement, l'emploi de cette marque, par conséquent, aux fins de la Loi, notamment en ce qui a trait à l'achalandage, l'emploi, la publicité ou l'exposition d'une marque de commerce dans ce pays sont réputés avoir le même effet que s'il s'agissait du propriétaire. À mon avis, le nouvel article 50, de même que la version en vigueur avant 1993, s'appliquent aux dispositions concernant l'emploi d'une marque de commerce par une personne ou une entreprise qui en est le titulaire. Selon la jurisprudence, l'achalandage résultant de l'emploi d'une marque de commerce par des titulaires de licence contrôlés est réputé profiter au titulaire de la marque de commerce aux fins de la Loi. (Voir les propos du juge Noël dans *Cheerio Toys & Games Ltd. v. Samuel Dubiner et al.*, [1965] 1 R.C.É. 579.) Ce principe peut s'appliquer en matière d'imitation frauduleuse. Comme je l'ai expliqué, Enterprise U.S. dirige les activités de toutes ses filiales, sauf en ce qui a trait à la publicité locale, cette exception n'ayant toutefois aucune répercussion sur le contrôle de la marque de commerce. Pour le public, Enterprise U.S. constitue une seule entité. De plus, les tribunaux canadiens, en interprétant les dispositions relatives aux usagers inscrits qui existaient avant 1993, ont conclu que ces

Trade Mark Licensing” (1987), 3 *Can. Intell. Prop. Rev.* 322:

The argument of this essay is that although the source theory unquestionably is the foundation of trade mark law in Canada, the mere use of a trade mark by a licensee in a typical modern licensing situation does not in itself result in a second “source”.

31 This principle was approved in *Steinberg Inc. v. J. L. Duval Ltée*, [1993] 1 F.C. 145 (T.D.), at pages 151-153.

32 In my view, the use of the “Enterprise” trade-name and mark by Enterprise U.S.’s closely held subsidiaries is use which accrues to Enterprise U.S. as it retained control of both.

33 On the basis of the foregoing, I am of the view that Enterprise U.S. has successfully established the first of the three elements required to ground a successful claim in passing off. Enterprise U.S. has established a sufficient level of goodwill in Canada and Enterprise Canada has appropriated that goodwill.

34 The second element which must be established in this passing-off claim is that the defendants have misrepresented themselves to the public. Misrepresentation to the public may be found where the use of a mark or name is likely to cause confusion in the mind of the public as it suggests some form of business association between the plaintiffs and the defendants. This was the finding in *Walt Disney Productions v. Triple Five Corp. et al.* (1994), 149 A.R. 112 (C.A.). Clearly, in the case at bar, there is no issue as to whether or not the use of the mark and name “Enterprise” will cause confusion as the parties in these actions are using the identical mark and name and each side has pleaded that the other’s use of the trade-name and mark is confusing.

dispositions étaient facultatives plutôt qu’impératives. Comme l’affirme Daniel R. Bereskin dans «The Source Theory of Trade Mark Law and its Effect on Trade Mark Licensing» (1987), 3 *Can. Intell. Prop.* 322:

[TRADUCTION] Cet essai se fonde sur l’argument selon lequel même si la théorie de la source est incontestablement le fondement du droit en matière de marques de commerce au Canada, le simple emploi d’une marque de commerce par un preneur de licence dans un contexte contemporain typique d’octroi de licence ne résulte pas en soi en une seconde «source».

Ce principe a été reconnu dans la décision 31 *Steinberg Inc. c. J. L. Duval Ltée*, [1993] 1 C.F. 145 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 151 à 153.

J’estime donc que l’emploi du nom commercial et 32 de la marque de commerce «Enterprise» par les filiales à capital fermé de Enterprise U.S. constitue un emploi qui bénéficie à cette dernière car elle en a conservé le contrôle.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis que 33 Enterprise U.S. a réussi à prouver l’existence du premier des trois éléments nécessaires à la réussite d’une action en imitation frauduleuse. Enterprise U.S. a en effet fait la preuve d’un achalandage suffisant au Canada, achalandage dont Enterprise Canada s’est appropriée.

Le second élément qu’il faut établir dans la pré- 34 sente action en imitation frauduleuse est que les défendeurs ont fait une fausse déclaration au public. C’est le cas lorsque l’usage d’une marque de commerce ou d’un nom commercial est susceptible de causer de la confusion dans l’esprit du public en laissant croire qu’il existe un lien d’affaire entre les demandeurs et les défendeurs. Telle a été la conclusion dans l’arrêt *Walt Disney Productions v. Triple Five Corp. et al.* (1994), 149 A.R. 112 (C.A.). Bien entendu, en l’espèce, il n’y a aucun litige sur la question de savoir si oui ou non l’usage de la marque de commerce et du nom commercial «Enterprise» causera de la confusion puisque chacune des parties aux présentes emploie le même nom commercial et la même marque de commerce, et que chaque partie soutient que l’usage par l’autre partie

35 While it is not necessary for a plaintiff to prove bad faith on the part of the defendants in order to prove passing off, bad faith is obviously a factor. Lord Lindley in *Slazenger & Sons v. Feltham & Co. (2)* (1889), 6 R.P.C. 531 (Ch. D.), at page 538 states:

One must exercise one's common sense, and, if you are driven to the conclusion that what is intended to be done is to deceive if possible, I do not think it is stretching the imagination very much to credit the man with occasional success or possible success. Why should we be astute to say that he cannot succeed in doing that which he is straining every nerve to do?

36 As I stated earlier, Mr. Singer's explanation for the change of name from Watermark Investments Inc. to Enterprise Canada is not credible. The actions taken by Mr. Singer's companies in terms of the use of the name "Enterprise" were, in my view, more consistent with an effort to thwart competition, than with an intention to simply change corporate names. While it is not necessary for me to make any finding with respect to the motives of Enterprise Canada, it is clear from the evidence that the defendants' actions in this case are at the very least suspect. This case is different from *Bousquet v. Barmish Inc.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 516 (F.C.T.D.); affirmed (1993), 46 C.P.R. (3d) 510 (F.C.A.) and *Marineland v. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] 2 F.C. 558 (T.D.) where a foreign trade mark-owner had to demonstrate that the Canadian company's trade-mark should be cancelled. It was irrelevant in that case that the Canadian company acted in bad faith to obtain the trade-mark. The foreign trade-mark owner must still prove a reason to cancel the trade-mark. In passing-off cases intention to pass off is irrelevant. What is important is the existence of prior goodwill or reputation.

37 The third element which must be demonstrated in order to make a successful claim in passing off is

du nom commercial et de la marque de commerce cause une confusion.

35 Il n'est pas nécessaire que le demandeur établisse que le défendeur était de mauvaise foi pour prouver l'imitation frauduleuse mais, bien entendu, la mauvaise foi est un facteur. Lord Lindley, dans l'arrêt *Slazenger & Sons v. Feltham & Co. (2)* (1889), 6 R.P.C. 531 (Ch. D.) dit ceci, à la page 538:

[TRADUCTION] Il faut faire preuve de bon sens et, si on conclut que la personne avait l'intention de tromper si possible, je ne crois pas qu'il soit exagéré de conclure que la personne a réussi à l'occasion ou qu'elle pourrait réussir. Pour quelle raison serions-nous bien avisés de conclure que cette personne ne peut réussir alors qu'elle tente par tous les moyens d'atteindre son but?

36 Comme je l'ai déjà dit, l'explication qu'a donnée M. Singer du changement de nom de Watermark Investments Inc. à Enterprise Canada n'est pas digne de foi. Les mesures prises par les compagnies dont M. Singer était propriétaire relativement à l'emploi du nom «Enterprise» étaient, à mon avis, davantage un moyen d'éliminer la concurrence que la simple intention de changer la dénomination sociale de l'entreprise. Certes, la Cour n'a pas à tirer de conclusion à l'égard des mobiles de Enterprise Canada, mais il est ressort clairement de la preuve que les agissements des défenderesses dans la présente affaire sont, à tout le moins, suspects. Cette affaire se distingue des affaires *Bousquet c. Barmish Inc.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 516 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); confirmée (1993), 46 C.P.R. (3d) 510 (C.A.F.) et *Marineland c. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] 2 C.F. 558 (1<sup>re</sup> inst.), où le titulaire d'une marque de commerce étrangère devait établir que la marque de commerce de l'entreprise canadienne devait être annulée. La mauvaise foi dont l'entreprise canadienne avait fait montre en vue d'obtenir la marque de commerce n'était pas pertinente dans cette affaire. Il incombait toujours au propriétaire de la marque étrangère d'établir un motif d'annulation. Dans les affaires d'imitation frauduleuse, l'intention n'est pas pertinente. Ce qui importe, c'est l'existence antérieure de l'achalandage ou de la réputation.

37 Le troisième élément dont il faut démontrer l'existence pour avoir gain de cause dans une action en



that the misrepresentation by the defendants has caused, or is likely to cause, damage to the plaintiffs. In this type of case, where the harm incurred by the plaintiffs is harm to the plaintiffs' goodwill, damages will be intangible. In *Orkin, supra*, at page 748, Morden J.A. had this to say on the issue of damages:

Without damage there is no passing off. This argument is completely answered by the assertion that Orkin has suffered damage, sufficient to support a cause of action against Pestco, by virtue of its loss of control over the impact of its trade name in Ontario and the creation of a potential impediment to its using its trademark upon entering the Ontario market—both arising from Pestco's use of the name "Orkin" in Ontario.

38 In the case at bar, as Enterprise U.S. has shown both that it has a reputation in Canada which is worthy of protection and that the improper use of the "Enterprise" name and mark by Enterprise Canada has been such as to cause confusion in the mind of the public with respect to that reputation, it follows that, as a result of those actions, Enterprise U.S. has suffered a loss of control over its name and mark. This type of damage is sufficient to ground a passing-off action. The *quantum* of damages as a result of this infringement of Enterprise U.S.'s rights will not be determined herein as it is the subject of a reference. However, the limited reputation of Enterprise U.S. in Canada will be a major factor in determining damages.

39 Based on the preceding, it is my conclusion that Enterprise U.S. has met all three of the elements required to make a successful claim in passing off as against Enterprise Canada. To use the language of paragraph 7(b), Enterprise U.S. has proved that the defendants have directed public attention to their services or business in such a way as to cause confusion in Canada, at the time they commenced to so direct attention, between their services or business and the services or business of Enterprise U.S.

40 The lawsuit also included allegations of liability against Herbert and Rhoda Singer in their personal

imitation frauduleuse est que la fausse déclaration du défendeur a causé ou est susceptible de causer un dommage aux demandeurs. Dans ce type d'affaire, où le préjudice subi par le demandeur est causé à son achalandage, les dommages sont intangibles. Dans l'arrêt *Orkin*, précité, à la page 748, le juge Morden, J.C.A. a dit ceci au sujet des dommages:

[TRADUCTION] Sans dommage, il n'y a pas d'imitation frauduleuse. Cet argument se trouve entièrement réfuté par l'allégation que Orkin a subi un dommage suffisant pour fonder une cause d'action contre Pestco. Elle n'exerce aucun contrôle sur l'impact de sa marque de commerce en Ontario et sera peut-être empêchée d'employer cette marque de commerce si elle tente de percer le marché ontarien—voilà les conséquences de l'emploi du nom «Orkin» par Pestco en Ontario.

En l'espèce, puisque Enterprise U.S. a démontré à la fois qu'elle avait une réputation au Canada qu'il valait la peine de protéger et que l'usage irrégulier du nom et de la marque de commerce «Enterprise» par Enterprise Canada avait été tel qu'il avait causé de la confusion dans l'esprit du public quant à cette réputation, il en découle que, par suite des ces agissements, Enterprise U.S. a perdu le contrôle sur l'emploi de son nom et de sa marque. Ce type de dommage suffit à fonder une action en imitation frauduleuse. Le montant des dommages-intérêts découlant de cette violation des droits de Enterprise U.S. ne sera pas déterminé aux présentes, cette question faisant l'objet d'un renvoi. Toutefois, la réputation limitée dont jouit Enterprise U.S. au Canada constituera un facteur important dans cette détermination.

Pour ces motifs, je conclus que Enterprise U.S. a démontré l'existence des trois éléments nécessaires pour réussir dans son action en imitation frauduleuse contre Enterprise Canada. Pour reprendre les termes de l'alinéa 7b), Enterprise U.S. a établi que les défenderesses ont appelé l'attention du public sur leurs services ou leur entreprise de manière à causer de la confusion au Canada, lorsqu'elles ont commencé à y appeler ainsi l'attention, entre leurs services ou leur entreprise et les services ou l'entreprise de Enterprise U.S.

Dans son action, la demanderesse conclut également à la responsabilité personnelle de Herbert et

capacities. However, as stated in *Mentmore Manufacturing Co., Ltd. et al. v. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et al.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195 (F.C.A.), at pages 204-105:

But in my opinion there must be circumstances from which it is reasonable to conclude that the purpose of the director or officer was not the direction of the manufacturing and selling activity of the company in the ordinary course of his relationship to it but the deliberate, wilful and knowing pursuit of a course of conduct that was likely to constitute infringement or reflected an indifference to the risk of it. The precise formulation of the appropriate test is obviously a difficult one. Room must be left for a broad appreciation of the circumstances of each case to determine whether as a matter of policy they call for personal liability. Opinions might differ as to the appropriateness of the precise language of the learned trial Judge in formulating the test which he adopted—"deliberately or recklessly embarked on a scheme, using the company as a vehicle, to secure profit or custom which rightfully belonged to the plaintiffs"—but I am unable to conclude that in its essential emphasis it was wrong. Nor am I able to conclude that the facts of this case are such as clearly to give rise to personal liability on a proper application of the law.

41 In my view, the standard set out in the *Mentmore, supra*, case has not been met with respect to the allegations against Rhoda Singer and Herbert Singer. There is no evidence that they have done anything outside an officer's or director's ordinary course of activity. Accordingly, the actions are dismissed against Herbert and Rhoda Singer.

42 I will now turn to the defendants' case. Discount was started by Mr. Singer in 1980 and he rapidly made a success of it. It later became the leader in the replacement market in Canada. Mr. Singer testified that he had not heard the name "Enterprise" in connection with car rental companies in the United States until 1990. I am unable to accept this testimony since it is not reasonable that someone who kept track of his competitors as closely as Mr. Singer did would be unaware of the number one replacement car company in the United States market, particularly, since Discount is the number one replacement car company in the Canadian market.

Rhoda Singer. Toutefois, comme il a été dit dans l'arrêt *Mentmore Manufacturing Co., Ltd. et al. c. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et al.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195 (C.A.F.), aux pages 204 et 205:

À mon avis, il existe toutefois certainement des circonstances à partir desquelles il y a lieu de conclure que ce que visait l'administrateur ou le dirigeant n'était pas la conduite ordinaire des activités de fabrication et de vente de celle-ci, mais plutôt la commission délibérée d'actes qui étaient de nature à constituer une contrefaçon ou qui reflètent une indifférence à l'égard du risque de contrefaçon. De toute évidence, il est difficile de formuler précisément le critère approprié. Il convient de pouvoir dans chaque cas apprécier toutes les circonstances pour déterminer si celles-ci entraînent la responsabilité personnelle. Les termes dans lesquels le premier juge a formulé le critère qu'il a adopté sont peut-être critiquables—«s'est délibérément, ou de façon téméraire, lancé dans certaines opérations en se servant de la compagnie comme instrument, dans le but de s'assurer des profits ou une clientèle qui appartenait de droit aux demanderesse»—mais je ne saurais conclure que, sur l'essentiel, ce critère était erroné. Je ne saurais non plus conclure que les faits de la présente affaire sont tels qu'il y a manifestement lieu à responsabilité personnelle aux yeux de la loi.

À mon avis, la demanderesse n'a pas satisfait à la norme établie dans l'arrêt *Mentmore*, précité, en ce qui a trait aux allégations formulées contre Rhoda et Herbert Singer. Aucun élément de preuve ne permet en effet de conclure que ceux-ci ont agi, de quelque façon que ce soit, d'une manière qui sortait du cadre ordinaire des activités d'un dirigeant ou d'un administrateur. Par conséquent, les actions contre Herbert et Rhoda Singer sont rejetées. 41

Nous allons maintenant examiner les arguments des défenderesses. M. Singer a fondé la compagnie Discount en 1980 et l'entreprise a tout de suite connu du succès. Celle-ci est ensuite devenue la principale entreprise de location d'automobiles de remplacement au Canada. M. Singer a déclaré n'avoir pas entendu le nom «Enterprise» en liaison avec les entreprises de location d'automobiles aux États-Unis avant 1990. Je ne puis accepter ce témoignage; il n'est pas raisonnable, en effet, qu'une personne qui suit d'aussi près les activités de ses concurrents que M. Singer ne connaisse pas la principale entreprise américaine de location d'automobiles de rem- 42

Prior to 1993, Enterprise Canada only stamped the "Enterprise" name on Discount contracts. However, as the "Enterprise" name was stamped on below the "Discount" name, in the place where the franchisee usually puts its company name, little attention would be paid to the "Enterprise" name; customers would have believed that they were dealing with Discount. The fact that there were decals bearing the "Enterprise" name on the front of Discount locations would not be sufficient to make the name "Enterprise" known at these locations. Mr. Singer attempted to explain that putting "Enterprise" on the door of the Discount dealers was similar to Budget affixing the "Sears" name at various places in its outlets, such as on the outlet doors. However, in that situation, it is the intention of Budget to solicit Sears credit card customers; it is not intended to indicate that Sears is in the car rental business.

placement, surtout que Discount est elle-même la principale entreprise de ce type dans le marché canadien. Avant 1993, Enterprise Canada se contentait d'estampiller le nom «Enterprise» sur les contrats de Discount. Toutefois, puisque le mot «Enterprise» était estampillé sous le nom «Discount», là où le franchisé inscrit habituellement le nom de sa société, le client ne prêtait probablement pas attention au nom «Enterprise»; il avait l'impression de faire affaires avec Discount. Les décalques comportant le nom «Enterprise» apposés sur la façade des établissements Discount ne suffiraient pas à faire connaître le nom de «Enterprise» à ces endroits. M. Singer a tenté d'expliquer que le mot «Enterprise» apparaissait sur la porte des établissements Discount de la même manière que le mot «Sears» apparaît à divers endroits dans les établissements Budget, notamment sur les portes. Mais dans ce cas, l'intention de Budget est d'attirer les clients de Sears qui ont une carte de crédit de cette compagnie, et non de faire croire que Sears exploite un commerce de location d'automobiles.

43 The only significant use of the "Enterprise" trade-name and mark by the defendants was in Yellow Pages advertising and at the seven free-standing Enterprise Canada outlets, at least one of which, was in existence during the period from February 1993 to October 1994; not all of the seven free-standing locations were open during that entire period. I note that the opening of the free-standing locations did not occur until well after Mr. Singer had received a cease and desist letter from Mr. Taylor of Enterprise U.S. dated May 19, 1992. In my view, Enterprise Canada has not proved on a balance of probabilities that it has made use of the "Enterprise" name and mark in a manner which would generate any significant amount of goodwill in that name and mark; accordingly, I am unable to find that Enterprise Canada has succeeded in proving its claim against Enterprise U.S. under paragraph 7(b), particularly since I have found that Enterprise U.S. had, by the time Enterprise Canada started using the "Enterprise" name and mark, already generated minimal goodwill in Canada.

Les défendeurs n'ont employé, de manière significative, le nom commercial et la marque de commerce «Enterprise» que dans les annonces placées dans les Pages jaunes de l'annuaire et dans les sept établissements autonomes de location d'automobiles de Enterprise Canada, dont au moins un existait entre février 1993 et octobre 1994. Les sept établissements de location d'automobiles autonomes n'étaient pas tous ouverts pendant cette période. Je constate que l'ouverture de ces établissements autonomes a eu lieu bien après la réception par M. Singer d'une mise en demeure de M. Taylor de Enterprise U.S., datée du 19 mai 1992. À mon avis, Enterprise Canada n'a pas établi, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle a employé le nom et la marque de commerce «Enterprise» de manière à acquérir un achalandage significatif rattaché à ce nom et à cette marque de commerce; par conséquent, je ne puis conclure que Enterprise Canada a réussi à faire la preuve du bien-fondé de son recours contre Enterprise U.S. sous le régime de l'alinéa 7b), étant donné surtout ma conclusion que Enterprise U.S. avait déjà, au moment où Enterprise Canada a commencé à employer le nom et la marque de com-

43

- merce «Enterprise», généré un minimum d'achalandage au Canada.
- 44 Enterprise Canada has alleged that Enterprise U.S. has violated paragraph 7(a) of the Act. This paragraph reads:
7. No person shall
- (a) make a false or misleading statement tending to discredit the business, wares or services of a competitor;
- Enterprise Canada soutient que Enterprise U.S. a contrevenu à l'alinéa 7a) de la Loi, lequel dispose:
7. Nul ne peut:
- a) faire une déclaration fausse ou trompeuse tendant à discréditer une entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent;
- 45 In *MacDonald, supra*, Laskin C.J. stated the following, at page 147:
- To illustrate, s. 7 (a) is the equivalent of the tort of slander of title or injurious falsehood, albeit the element of malice, better described as intent to injure without just cause or excuse . . . .
- Dans l'arrêt *MacDonald*, précité, le juge en chef Laskin s'est exprimé comme suit à la page 147:
- Par exemple, l'al. a) du par. 7 vise l'équivalent du délit de diffamation par dénigrement ou par fausse déclaration préjudiciable, même si l'élément de malice, ou plutôt l'intention de causer du tort sans motif ou excuse raisonnable . . . .
- 46 In *S. & S. Industries Inc. v. Rowell*, [1966] S.C.R. 419, a case which is relied upon in *MacDonald, supra*, Martland J., at page 425, stated the following with respect to paragraph 7(a):
- In my opinion, the natural meaning of s. 7(a) is to give a cause of action, in the specified circumstances, in respect of statements which are, in fact, false, and the presence or absence of malice would only have relevance in relation to the assessment of damages.
- Dans l'arrêt *S. & S. Industries Inc. v. Rowell*, [1966] R.C.S. 419, qu'invoque la Cour dans l'arrêt *MacDonald*, précité, le juge Martland a dit ceci relativement à l'alinéa 7a), à la page 425:
- [TRADUCTION] À mon avis, l'al. a) de l'art. 7, selon sa signification normale, donne, dans les circonstances spécifiées, un droit d'action pour des déclarations qui sont, de fait, fausses et la malice ou l'absence de malice n'est à considérer que dans l'évaluation des dommages.
- 47 In the case at bar, Enterprise Canada has alleged that Enterprise U.S. has violated paragraph 7(a) in two distinct ways. The first involves the encounter between Mr. Brugger and Mr. Nevedal in 1993 when Mr. Nevedal informed Mr. Brugger that the "Enterprise" name was being used illegally in Toronto and that Enterprise U.S. had obtained a court order to stop this illegal use. Enterprise Canada relies on the following excerpt from the decision of Strayer J. in *Riello Can. Inc. v. Lambert* (1986), 8 C.I.P.R. 286 (F.C.T.D.), at page 304:
- In the case at bar, Enterprise Canada soutient que Enterprise U.S. a violé les dispositions de l'alinéa 7a) de deux façons distinctes. La première violation s'est produite lors de la rencontre entre MM. Brugger et Nevedal en 1993, lorsque M. Nevedal a avisé M. Brugger que le nom «Enterprise» était utilisé illégalement à Toronto et que Enterprise U.S. avait obtenu une ordonnance judiciaire afin de mettre fin à cette situation. Enterprise Canada invoque les propos suivants du juge Strayer dans la décision *Riello Can. Inc. c. Lambert* (1986), 8 C.I.P.R. 286 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 304:
- Il est évident que malgré les déclarations sans équivoque que lui a envoyées la demanderesse concernant sa conviction que son brevet ne violait pas celui du défendeur, ce dernier a fait des déclarations dans sa lettre du 26 septembre 1983 (voir Pièce P-13) à au moins deux clients de la demanderesse, à savoir les Pétroles Motoco et Kalil Pétroles Inc. qui exprimaient clairement que les brûleurs

plaintiff's burners infringed the defendant's patent and that they would be obliged to pay reasonable royalties to the defendant in respect of any sales of Riello burners. The defendant has admitted that such a letter was sent. Having regard to the foregoing, it is clear that those statements were false or misleading as required by para. 7(a) of the Trade Marks Act. While I believe it would be possible to say that the defendant had no reasonable grounds for believing these statements to be true, it was in any event held by the Supreme Court of Canada in *S. & S. Industries Inc. v. Rowell*, [1966] S.C.R. 419, 33 Fox Pat. C. 56, 48 C.P.R. 193 at 202-03, 56 D.L.R. (2d) 501, that it is not necessary for the plaintiff in an action under this paragraph to prove mala fides or the lack of a reasonable belief on the part of the defendant.

Nor do I have any difficulty in finding that these statements made by the defendant would tend to discredit the business and wares of the plaintiff.

48 Enterprise Canada submits that the case at bar deals with the same situation as that which existed in the *Riello* case. *supra*, as in both cases damages were made the subject of a reference. In *Riello*, *supra*, the Court further stated, at page 305:

To establish liability for damages, of course, it is (as noted in the *S. & S.* case, *supra* at p. 197) necessary to prove some loss resulting from the wrongful act. As the question of proof of damages in this case has been left for determination on a reference, I have no basis upon which I could decide at this point that damages had occurred. This therefore represents a finding that the defendant has made false or misleading statements within the meaning of para. 7(a) of the Trade Marks Act and if, on a reference, actual loss by the plaintiff is proven, then such loss must be compensated by the defendant in the form of damages payable pursuant to s. 53 of that Act.

49 On the evidence provided, I am of the view that the exchange between Mr. Nevedal and Mr. Brugger did not constitute a statement which would have the effect of discrediting the business or services of Enterprise Canada. I note that the conversation between Mr. Nevedal and Mr. Brugger was a casual one and Mr. Nevedal was not speaking on behalf of the corporate mind of Enterprise U.S. Further, I am of the view that, while the statement made by Mr. Nevedal was not correct, since no court order had been obtained by Enterprise U.S., the content of that statement spoke to the nature of the legal relationship between Enterprise Canada and Enterprise U.S.

de la demanderesse violaient son brevet et qu'ils seraient obligés de lui payer des droits raisonnables sur les ventes des brûleurs Riello. Le défendeur a admis avoir envoyé une telle lettre. Eu égard à ce qui précède, il est évident que ces déclarations étaient fausses ou trompeuses selon les termes de l'alinéa 7a) de la *Loi sur les marques de commerce*. Même si j'estimais qu'il serait possible d'affirmer que le défendeur n'avait pas de motif raisonnable de croire que ces déclarations étaient vraies, la Cour suprême a décidé en tout cas dans l'affaire *S. & S. Industries Inc. c. Rowell*, [1966] R.C.S. 419, 33 Fox Pat. C. 56, 48 C.P.R. 193, aux p. 202 à 203, qu'il n'était pas nécessaire que la demanderesse prouve la mauvaise foi ou l'absence de croyance raisonnable de la part du défendeur dans une action intentée en vertu de cet alinéa.

Je n'ai pas davantage de difficulté à décider que les déclarations du défendeur tendaient à discréditer l'entreprise et les marchandises de la demanderesse.

Enterprise Canada soutient que la situation en 48 l'espèce est la même que dans l'affaire *Riello*, précitée, puisque, dans les deux cas, les dommages-intérêts ont fait l'objet d'un renvoi. Dans l'arrêt *Riello*, précité, la Cour a ajouté ceci, à la page 305:

Pour établir la responsabilité en cas de préjudice, il est évidemment nécessaire de prouver qu'une certaine perte a découlé de l'acte préjudiciable (comme l'a indiqué la décision *S. & S.*, précitée, à la p. 197). Étant donné que la question de la preuve du préjudice en l'espèce a été laissée de côté pour être déterminée à la suite d'une référence, je n'ai pas de base en ce moment pour décider qu'un préjudice s'est produit. Ma décision actuelle consiste à dire que le défendeur a fait des déclarations fausses ou trompeuses au sens de l'alinéa 7a) de la *Loi sur les marques de commerce* et que si, à la suite de la référence, une perte réelle de la part de la défenderesse est prouvée, le défendeur devra la compenser sous forme de dommages et intérêts payables en vertu de l'article 53 de la *Loi*.

Vu la preuve offerte, j'estime que l'échange entre 49 MM. Nevedal et Brugger ne constitue pas une déclaration qui aurait pour effet de discréditer l'entreprise ou les services de Enterprise Canada. Cette conversation était amicale et M. Nevedal ne s'exprimait pas au nom des dirigeants de Enterprise U.S. Au surplus, je crois que même si la déclaration de M. Nevedal était inexacte étant donné que Enterprise U.S. n'avait pas obtenu d'ordonnance judiciaire, cette déclaration avait trait à la nature des relations juridiques entre Enterprise Canada et Enterprise U.S. et ne discréditait pas l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent au sens de l'alinéa

and did not discredit the business, wares or services of a competitor as required by paragraph 7(a). The reputation of Enterprise Canada was in no way affected by this statement, on the evidence of Mr. Brugger, since Mr. Brugger continued to deal with the company as he always had.

50 The second basis upon which Enterprise Canada alleges that Enterprise U.S. violated paragraph 7(a) is through Enterprise U.S.'s use of the ® designation at its locations in Windsor, Edmonton, Calgary and Vancouver. The ® designation was used in association with the use of the "e logo" on exterior signs. Since the fall of 1994, Enterprise U.S. has used the ® designation on exterior signage in close association with the "e logo" and sometimes in close association with the name "Enterprise" at four locations in British Columbia. The rental contracts used and distributed by Enterprise U.S.'s Windsor location from February 1993 to October 1993 bore the ® designation in close association with the "e logo". The key fobs used at this location also bore the ® designation. Neither the name "Enterprise" nor the "e logo" are registered in Canada. Mr. Smith, the advertising manager of Enterprise U.S., admitted that he knew that Enterprise U.S. should not be using the ® symbol in Canada. Enterprise Canada submits that this is an improper use of the ® designation as it has the effect of indicating to the public that the mark was registered in Canada. Since the defendants have no right to the name "Enterprise" their business, wares or services are not damaged by Enterprise U.S.'s use of the ® symbol. Enterprise Canada led no evidence to show it was damaged by Enterprise U.S.'s use of the ® symbol. In my view, Enterprise U.S.'s use of the ® designation cannot be said to be a misleading statement which has the effect of discrediting the business, wares or services of Enterprise Canada. Under paragraph 7(a) a plaintiff must prove damages (see *M & I Door Systems Ltd. v. Indoco Industrial Door Co.* (1989), 25 C.I.P.R. 199 (F.C.T.D.)). Enterprise Canada has proved no damages under paragraph 7(a).

51 In the alternative, Enterprise Canada submits that in the event that Enterprise U.S. is successful in its

7a). La réputation de Enterprise Canada n'a d'aucune façon été compromise par cette déclaration, d'après le témoignage de M. Brugger, puisque ce dernier a continué de faire affaires avec l'entreprise comme il l'avait toujours fait.

La seconde façon dont Enterprise Canada prétend que Enterprise U.S. a enfreint l'alinéa 7a) concerne l'utilisation du symbole ® aux agences de location de Windsor, Edmonton, Calgary et Vancouver. Ce symbole était utilisé avec le logo «e» sur les affiches extérieures. Depuis l'automne 1994, Enterprise U.S. appose le symbole ® sur ses affiches extérieures à côté du logo «e» et quelquefois à côté du nom «Enterprise» dans quatre villes de la Colombie-Britannique. Les contrats de location utilisés et distribués par l'établissement de Windsor de Enterprise U.S. entre février et octobre 1993 portaient le symbole ® en rapport avec le logo «e». Les porte-clefs utilisés à cet endroit portent également le symbole ®. Ni le nom «Enterprise» ni le logo «e» ne sont déposés au Canada. M. Smith, directeur de la publicité de Enterprise U.S., a admis qu'il savait que Enterprise U.S. ne devait pas utiliser ce symbole au Canada. Enterprise Canada prétend qu'il s'agit là d'un usage irrégulier du symbole ® qui a pour effet d'indiquer au public que la marque de commerce a été déposée au Canada. Les défenderesses n'ayant pas le droit d'utiliser le nom «Enterprise», leurs entreprises, marchandises ou services n'ont subi aucun préjudice par suite de l'emploi, par Enterprise U.S., du symbole ®. Enterprise Canada n'a soumis aucun élément de preuve visant à démontrer qu'elle avait subi un préjudice du fait de l'usage par Enterprise U.S. du symbole ®. À mon avis, l'emploi, par Enterprise U.S., du symbole ® ne saurait constituer une déclaration trompeuse ayant pour effet de discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services de Enterprise Canada. Sous le régime de l'alinéa 7a), le demandeur doit établir un préjudice (voir *M & I Door Systems Ltd. c. Indoco Industrial Door Co.* (1989), 25 C.I.P.R. 199 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Or, Enterprise Canada n'a établi aucun préjudice sous le régime de l'alinéa 7a).

À titre subsidiaire, Enterprise Canada prétend que si Enterprise U.S. réussit en vertu de l'alinéa 7b), 51

claim under paragraph 7(b), it is not entitled to an injunction on the grounds that Enterprise U.S. is invoking an equitable remedy when it has come to this Court with unclean hands as is evidenced by the misleading statements made under paragraph 7(a). Enterprise Canada relies on the decision in *Brewster Transport Co. Ltd. v. Rocky Mountain Tours & Transport Co. Ltd.*, [1931] S.C.R. 336 in support of this submission. The plaintiff in that case sought an injunction to restrain the defendants from making use of a trade-name also used by the plaintiff; the injunction was refused on the basis that the plaintiff had come to the Court with unclean hands. As is the situation in the case at bar, the primary issue in *Brewster, supra*, was which of the plaintiff or defendant had the right to the use of the trade name in question. In *Brewster, supra*, Anglin C.J.C. stated [at page 339]:

... the evidence seems to establish that the plaintiff took this name for trade purposes knowing that it was already in use by the American company, and its affiliated corporations, in a large way, both in the United States and Canada, and that the reputation of the American Royal Blue Line would be quite likely to result in a large body of trade coming to the plaintiff through the use of this name, which it could not otherwise look for. This, in my opinion, amounts to a use of the name calculated to mislead the public to such an extent that its use by the plaintiff cannot be said to have been proper.

elle n'a pas droit à une injonction au motif que cette dernière demande un redressement en *equity* à cette Cour alors qu'elle n'est pas sans reproche tel qu'en font foi ses déclarations trompeuses au sens de l'alinéa 7a). Enterprise Canada fonde son argument sur l'arrêt *Brewster Transport Co. Ltd. v. Rocky Mountain Tours & Transport Co. Ltd.*, [1931] R.C.S. 336. Dans cette affaire, la demanderesse réclamait une injonction interdisant aux défenderesses d'employer le même nom commercial qu'elle. L'injonction a été refusée au motif que la conduite de la demanderesse n'était pas irréprochable. Comme en l'espèce, la principale question en litige dans l'affaire *Brewster, précitée*, était de savoir qui, de la demanderesse ou des défenderesses, avait le droit d'utiliser le nom commercial en cause. Le juge en chef Anglin de la Cour suprême a dit ceci [à la page 339]:

[TRADUCTION] ... il appert de la preuve que la demanderesse a employé ce nom à des fins commerciales sachant que l'entreprise américaine et ses filiales l'utilisaient déjà énormément tant aux États-Unis qu'au Canada et que la réputation de la American Royal Blue Line permettrait très certainement à la demanderesse de s'attirer une importante clientèle en utilisant ce nom, clientèle qu'elle n'aurait certainement pas obtenue autrement. Cela, à mon avis, constitue l'emploi d'un nom de manière à induire le public en erreur de sorte que son emploi par la demanderesse ne saurait être qualifié de régulier.

52 In my view, on the basis of the evidence before me, the *Brewster* case, *supra*, is more consistent with a characterization of Enterprise Canada's behaviour than with that of Enterprise U.S. The defendants attempted to obstruct the entry of Enterprise U.S. into Canada by taking the action previously set out to appropriate the "Enterprise" name for themselves. The two matters raised by the defendants were matters which arose subsequent to the defendants' actions. In my view, it is Enterprise Canada which has not come to Court with clean hands.

À mon avis, vu la preuve soumise, l'affaire *Brewster, précitée*, présente davantage d'analogies avec les agissements de Enterprise Canada qu'avec ceux de Enterprise U.S. Les défenderesses ont en effet tenté d'empêcher Enterprise U.S. de s'installer au Canada en prenant les moyens précédemment décrits dans le but de s'approprier le nom «Enterprise». Les deux comportements qu'elles mettent en cause sont ultérieurs à leurs propres agissements. À mon avis, c'est Enterprise Canada qui ne s'est pas présentée devant la Cour les «mains nettes».

53 Both Enterprise U.S. and Enterprise Canada seek virtually identical relief in the form of a declaration that it is the owner in Canada of any trade-mark or trade-name which includes the word "Enterprise" for use in association with vehicle rental and/or leasing services or any similar services. The Federal Court's jurisdiction to make such a declaration is derived

Enterprise U.S. et Enterprise Canada demandent 53 toutes deux une mesure de redressement à peu près identique, savoir un jugement déclarant que chacune est titulaire, au Canada, de toute marque de commerce ou de tout nom commercial comportant le mot «Enterprise» en liaison avec la location ou le crédit-bail d'automobiles ou des services semblables.

from section 20 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 34)], concurrent with its jurisdiction to deal with trade marks under the Act. This was the decision in *Royal Douulton, supra*, where Strayer J. wrote, at page 374:

The plaintiffs further request a declaration that Paragon "is the owner of the trade mark 'Victoriana Rose' for use in association with china tableware". It is to be noted that as framed the relief requested does not involve entitlement to registration. In my view it would be open to this Court to make such a declaration if it had before it all the necessary evidence. I believe that this Court has jurisdiction to make such a declaration pursuant to section 20 of the *Federal Court Act* which gives it concurrent jurisdiction "in all other cases in which a remedy is sought under the authority of any Act of the Parliament of Canada or at law or in equity, respecting any . . . trade mark . . ." Here the *Trade Marks Act* in sections 1 to 11 defines and prescribes a number of rules concerning trade marks and the adoption thereof, without reference to registration.

54 On the basis of the evidence before the Court, Strayer J. refused to make the requested declaration.

55 A distinction must be made between a declaration that a party is entitled to ownership of a trade-mark and a declaration that a party is entitled to registration of a trade-mark. Parliament has, through the Act, established a detailed procedure whereby the Registrar of Trade-marks may determine whether a trade-mark should be registered in the name of a person or a business. Again in *Royal Douulton, supra*, Strayer J., in discussing whether he could substitute one party for another as the owner of a registered mark wrote, at pages 373-374:

If one examines the scheme of the *Trade Marks Act*, particularly the procedure by which registration of trade marks is obtained, it is clear that Parliament contemplated a process of examination to be carried out with respect to any registrant which process has not taken place here with respect to Paragon China Limited. In particular section 29 of the Act requires a considerable amount of information to be provided by an applicant to the Registrar which has not happened in this case with respect to Paragon China

La compétence de la Cour fédérale pour rendre un tel jugement lui est conférée par l'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 34)], concurrentement à sa compétence en matière de marques de commerce en vertu de la Loi. C'est la décision qui a été rendue dans *Royal Douulton*, précitée, où le juge Strayer a dit ceci, à la page 374:

Les demandresses veulent en outre une déclaration selon laquelle Paragon [TRADUCTION] «est le titulaire de la marque de commerce «Victoriana Rose» pour son emploi en liaison avec de la vaisselle de porcelaine». Notons que, telle que formulée, la mesure de redressement demandée ne comporte pas le droit à l'enregistrement. Je pense que la présente Cour peut faire une telle déclaration si on lui a soumis toute la preuve nécessaire. Je crois qu'elle a ce pouvoir en vertu de l'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui lui accorde une compétence concurrente «dans tous les autres cas où l'on cherche à obtenir un redressement en vertu d'une loi du Parlement du Canada, ou de toute autre règle de droit relativement à . . . une marque de commerce . . .» La *Loi sur les marques de commerce*, aux articles 1 à 11, définit et prescrit plusieurs règles relatives aux marques de commerce et à leur adoption, sans mentionner les règles relatives à l'enregistrement.

Se fondant sur la preuve soumise, le juge Strayer a 54 refusé de rendre le jugement demandé.

Il faut distinguer le jugement relatif à la propriété 55 d'une marque de commerce et le jugement relatif au droit d'enregistrer une marque de commerce. En adoptant la Loi, le Parlement a établi une procédure détaillée en vertu de laquelle le registraire des marques de commerce peut décider de l'opportunité d'enregistrer une marque au nom d'une personne ou d'une entreprise. Encore une fois, dans la décision *Royal Douulton*, précitée, le juge Strayer, abordant la question de savoir s'il devait substituer une partie à une autre à titre de titulaire d'une marque déposée, écrit, aux pages 373 et 374:

Si l'on examine l'esprit de la *Loi sur les marques de commerce*, et plus particulièrement la procédure visant l'obtention de l'enregistrement d'une marque de commerce, on constate que le Parlement envisageait l'examen de chaque déposant et, en l'espèce, Paragon China Limited ne s'est pas soumise à cette procédure. L'article 29 de la Loi, surtout, exige que le demandeur fournisse un grand nombre de renseignements au registraire, renseignements que n'a pas fournis Paragon China Limited en l'espèce.



Limited. There is of course also the process of advertising under section 36 and the process of considering opposition to registration under section 37, none of which has happened here. In my view any specific proposed registration should go through these processes and it matters not that another applicant, Cassidy's Ltd. has undergone this process with respect to the same trade mark. I can find nothing in the Act nor in the jurisprudence which would support an interpretation of the Court's power of amendment of the register so as to include ordering the involuntary substitution—as compared to a transfer consented to by the registrant—of one registrant for another.

Mentionnons également l'annonce prévue à l'article 36 et la procédure d'opposition à l'enregistrement prévue à l'article 37, qui ne sont pas intervenues dans le cas présent. À mon avis, ces procédures doivent être suivies pour tout enregistrement projeté, peu importe qu'une autre demanderesse, Cassidy's Ltée, se soit déjà conformée à ces procédures en ce qui concerne la même marque de commerce. Rien dans la Loi, ni dans la jurisprudence, ne justifie d'interpréter le pouvoir qu'à la Cour de modifier le registre comme comprenant le pouvoir d'ordonner la substitution involontaire, contrairement à un transfert d'un détenteur à un autre auquel consent le demandeur d'une marque de commerce.

56 It is clear that any declaration made as to entitlement to ownership of the trade-mark "Enterprise" in Canada can have no influence on the determination of the entitlement to registration of that trade-mark. This position is confirmed by the recent decision in *Copperhead Brewing Co. v. John Labatt Ltd.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317 (F.C.T.D.), where the plaintiff in a passing-off case referred in its statement of claim and in the relief sought, to its pending application to register the trade-mark "Copperhead". The Court was dealing with an application by the defendant to strike out certain paragraphs of the amended statement of claim. The plaintiff sought a declaration that as against the defendant, the plaintiff was first to adopt a trade-mark and/or trade-name including the word "Copper", and a declaration that the plaintiff was entitled to state on its application to register the trade-mark "Copperhead" that it has used the trade-mark in Canada in association with beer since at least as early as October 8, 1993. Teitelbaum J., in deciding that the paragraphs should be struck, distinguished the case from *Royal Doulton*, *supra*, stating, at page 325:

Given Strayer J.'s comments I have no dispute with the concept that the plaintiff may, in certain circumstances, be entitled to a declaration as to ownership of the unregistered mark COPPERHEAD. However, it is also clear that such a declaration must not relate to the question of entitlement. After a closer reading of para. 18(b) it is my opinion that the plaintiff is seeking a declaration that he was first to adopt any trade mark or trade name with the element of "copper" as a finding of fact, which, in my view, is quite a different situation than in the one before Justice Strayer in the *Royal Doulton* case. Further, by seeking such a declaration, the plaintiff is in effect providing the Registrar with directions from the court as

Bien entendu, un jugement relatif au droit à la propriété de la marque de commerce «Enterprise» au Canada ne saurait influencer sur la détermination du droit à l'enregistrement de cette marque de commerce. Cette position est confirmée par la récente décision *Copperhead Brewing Co. c. John Labatt Ltée.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) où, dans le cadre d'une action en imitation frauduleuse, la demanderesse avait invoqué dans sa déclaration et ses conclusions sa demande d'enregistrement pendante de la marque de commerce «Copperhead». La Cour était saisie d'une requête de la défenderesse visant la radiation de certains paragraphes de la déclaration modifiée. La demanderesse a demandé qu'il soit déclaré qu'elle avait été la première à adopter une marque de commerce ou un nom commercial comprenant le mot «Copper», et qu'elle pouvait indiquer, dans sa demande d'enregistrement de la marque de commerce «Copperhead», qu'elle employait cette marque en liaison avec de la bière depuis au moins le 8 octobre 1993. Le juge Teitelbaum, en décidant qu'il convenait de radier les paragraphes contestés, a distingué cette affaire de la décision *Royal Doulton*, précitée, s'exprimant ainsi, à la page 325:

Étant donné les remarques du juge Strayer, la Cour ne conteste pas l'idée que la demanderesse peut, dans certaines circonstances, avoir le droit d'obtenir un jugement déclaratoire sur la propriété de la marque non enregistrée «Copperhead». Toutefois, il est également clair que ce jugement déclaratoire ne doit pas se rapporter à la question du droit à l'enregistrement. Après une lecture plus attentive de l'alinéa 18b), la Cour est d'avis que la demanderesse demande un jugement déclaratoire portant qu'elle a été la première à adopter une marque de commerce ou un nom commercial comprenant l'élément «copper» en tant que constatation de fait, ce qui, selon la Cour, est une situation fort différente de celle que le juge Strayer a

to facts which the Registrar is required to find or determine at the first instance with respect to the registrability of a trade mark. I agree, at this point in time, that it is not the place of this court to make such a finding or determination in a passing-off action, nor would such a finding serve a useful purpose to resolve the issue of alleged passing-off between the parties. Similarly with para. 18(c), the question of when the plaintiff was first to use the trade mark and/or trade name is a matter for the Registrar to determine at the first instance.

examinée dans l'affaire *Royal Doulton*. En outre, en demandant pareil jugement déclaratoire, la demanderesse donne en fait au registraire des instructions émanant de la Cour sur des faits que le registraire doit constater ou trancher en premier lieu en ce qui a trait au caractère enregistrable d'une marque de commerce. À ce stade-ci, la Cour reconnaît qu'il ne lui appartient pas de faire pareille constatation ou de rendre pareille décision dans le cadre d'une action en commercialisation trompeuse, et que pareille constatation ne serait d'aucune utilité pour résoudre la question de la commercialisation trompeuse entre les parties. De même, en ce qui a trait à l'alinéa 18c), c'est au registraire qu'il appartient en premier lieu de trancher la question de savoir quand la demanderesse a été la première à utiliser la marque de commerce ou le nom commercial.

57 In my view, this is not an appropriate case in which to make a declaration as to ownership of the trade-mark "Enterprise" in Canada. I would note that both the plaintiffs and the defendants have pending applications for the registration in Canada of the trade-mark "Enterprise". Given my conclusion with respect to the passing-off claims, the facts of this case do not support the making of a declaration that Enterprise Canada is entitled to ownership of the "Enterprise" trade-mark in Canada. Although Enterprise U.S. has been successful in its passing-off action, I am in agreement with Teitelbaum J. that to make a declaration as to ownership of a trade-mark in the context of a passing-off action would not serve a useful purpose in resolving the parties' allegations of passing off as against one another. I acknowledge that the relief sought in the case before Teitelbaum J. differs substantially from the relief sought in the case at bar; nonetheless, I am of the view that in making a declaration as to ownership of the trade-mark "Enterprise", the discretion of the Registrar of Trade-marks to determine the outcome of the pending applications for registration in Canada of the trade-mark "Enterprise", would be fettered. I agree with Teitelbaum J. that the effect of such a declaration would be a direction to the Registrar to make a finding of fact consistent with the Court's declaration. I am of the view that based on the facts of this case, and the nature of the proceedings before me, it would be preferable to leave it to the Registrar to make a determination as to who is entitled to registration, and therefore ownership, of the trade-mark "Enterprise" in Canada. Accordingly,

57 À mon avis, la présente affaire n'en est pas une dans laquelle il serait opportun de rendre un jugement relatif à la propriété de la marque de commerce «Enterprise» au Canada. J'ajouterais que tant les demanderesse que les défenderesses demandent présentement l'enregistrement au Canada de la marque de commerce «Enterprise». Étant donné ma conclusion eu égard aux recours en imitation frauduleuse, les faits en cause ne permettent pas de déclarer que Enterprise Canada a droit à la propriété de la marque «Enterprise» au Canada. L'action en imitation frauduleuse de Enterprise U.S. est bien fondée mais, à l'instar du juge Teitelbaum, j'estime qu'un jugement relatif à la propriété d'une marque de commerce dans ce type d'action ne serait d'aucune utilité pour trancher les allégations que les parties font valoir l'une contre l'autre. Certes, la mesure de redressement demandée au juge Teitelbaum diffère sensiblement de celle demandée en l'espèce; néanmoins, je suis convaincu que toute déclaration relative à la propriété de la marque de commerce «Enterprise» constituerait une atteinte au pouvoir discrétionnaire du registraire des marques de commerce de se prononcer sur les demandes pendantes d'enregistrement de cette marque au Canada. Je fais miens les propos du juge Teitelbaum selon lesquels une telle déclaration équivaldrait à une directive enjoignant au registraire de tirer une conclusion de fait conforme au jugement de la Cour. Compte tenu des faits en cause et de la nature des procédures soumises à la présente Cour, j'estime qu'il serait préférable de laisser au registraire le soin de décider qui pourra enregistrer la marque de commerce «Enterprise» au

I will not exercise my discretion to make any such declaration.

Canada et, par voie de conséquence, qui en est le titulaire. Par conséquent, je n'exercerai pas mon pouvoir discrétionnaire de rendre un tel jugement.

58 Pursuant to my findings in this case, I will grant as against the defendants:

En conformité avec les conclusions auxquelles j'en arrive dans la présente affaire, je prononcerai contre les défenderesses: 58

59 (a) A declaration that the defendants are not entitled to use the trade-marks "Enterprise" or "Enterprise Rent-a-Car" or the trade-name "Enterprise Rent-a-Car", or any confusingly similar variations in Canada in association with car and truck rental and leasing services, or any other similar services;

a) Un jugement déclaratoire portant que les défenderesses n'ont pas le droit d'utiliser les marques de commerce «Enterprise» ou «Enterprise Rent-a-Car» ou le nom commercial «Enterprise Rent-a-Car», ou toute marque de commerce semblable créant de la confusion au Canada en liaison avec des services de location ou de crédit-bail d'automobiles et de camions ou toute autre service semblable: 59

60 (b) A permanent injunction restraining the defendants and their officers, directors, servants, agents, employees, licensees, and all those over whom they exercise control from either directly or indirectly:

b) Une injonction permanente interdisant aux défenderesses et à leurs administrateurs, dirigeants, employés, mandataires, titulaires de licence ainsi qu'à toutes les personnes sur lesquelles elles exercent un contrôle, directement ou indirectement: 60

(i) advertising, offering or performing in Canada car and truck rental or leasing services, or similar services in association with any trade-mark or trade-name which includes the word "Enterprise";

(i) d'annoncer, d'offrir ou de fournir au Canada des services de location ou de crédit-bail d'automobiles ou de camions ou des services similaires en liaison avec toute marque de commerce ou nom commercial qui comprend le mot «Enterprise»;

(ii) directing public attention to the defendants' services or car and truck rental business in such a manner as to cause confusion between such services and the business and those of the plaintiffs under the trade-mark "Enterprise";

(ii) d'appeler l'attention du public sur les services ou l'entreprise de location d'automobiles ou de camions des défenderesses de manière à causer de la confusion entre ces services et l'entreprise et ceux des demanderesses sous la marque de commerce «Enterprise»;

(iii) passing off their services and business as those of the plaintiffs or either of them by using trade-marks and trade-names which include the word "Enterprise" and by intermingling trade-marks which include the word "Enterprise" with the "Discount" trade-marks;

(iii) de faire passer leurs services et leur entreprise pour ceux des demanderesses ou de l'une d'elles en utilisant des marques de commerce et noms commerciaux qui comprennent le mot «Enterprise» et en juxtaposant des marques de commerce qui comprennent le mot «Enterprise» et les marques de commerce «Discount»;

(iv) acting in a way calculated to deceive customers and the public generally into believing that there is a connection or licensing relationship between the plaintiffs or either of them and the

(iv) d'agir de manière à porter les clients et le public en général à croire qu'il existe un lien ou un accord de licence entre les demanderesses ou l'une d'elles et les défenderesses ou l'une d'elles,

defendants or any of them by seeking to associate themselves with the plaintiffs through the use of trade-marks and by statements made by the defendants that they are associated with the company in the United States which uses the trade-mark "Enterprise".

61 (c) An order that the defendants deliver up or destroy under oath any labels, signs, advertising materials, printed matter or any other materials in the possession or under the control of any of the defendants, bearing trade-marks or trade-names which include the word "Enterprise", or any other material which would offend the injunction granted herein.

62 If counsel cannot agree as to costs they may speak to me.

en tentant de démontrer qu'il y a un lien entre les défenderesses et les demanderesses par l'emploi de marques de commerce et par les déclarations des défenderesses affirmant qu'elles sont associées à l'entreprise américaine qui utilise la marque de commerce «Enterprise».

c) Une ordonnance enjoignant aux défenderesses de remettre ou de détruire sous serment tout matériel, notamment les étiquettes, affiches, documents publicitaires, documents imprimés se trouvant en la possession ou sous le contrôle de l'une d'elles, portant des marques de commerce ou des noms commerciaux qui comprennent le mot «Enterprise», ou toute autre pièce qui enfreindrait l'injonction accordée aux présentes. 61

Si les avocats ne peuvent en arriver à une entente relative aux dépens, je serai disposé à les entendre. 62

|  |          |  |          |
|--|----------|--|----------|
|  | T-569-95 |  | T-569-95 |
| <b>The Minister of Citizenship and Immigration</b><br>( <i>Applicant</i> ) |          | <b>Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration</b><br>( <i>requérant</i> ) |          |
| v.   |          | c.   |          |
| <b>Erichs Tobiass</b> ( <i>Respondent</i> )                                |          | <b>Erichs Tobiass</b> ( <i>intimé</i> )  |          |
|  | T-866-95 |  | T-866-95 |
| <b>The Minister of Citizenship and Immigration</b><br>( <i>Applicant</i> ) |          | <b>Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration</b><br>( <i>requérant</i> ) |          |
| v.   |          | c.   |          |
| <b>Helmut Oberlander</b> ( <i>Respondent</i> )                             |          | <b>Helmut Oberlander</b> ( <i>intimé</i> )                                       |          |
|  | T-938-95 |  | T-938-95 |
| <b>The Minister of Citizenship and Immigration</b><br>( <i>Applicant</i> ) |          | <b>Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration</b><br>( <i>requérant</i> ) |          |
| v.   |          | c.   |          |
| <b>Johann Dueck</b> ( <i>Respondent</i> )                                  |          | <b>Johann Dueck</b> ( <i>intimé</i> )  |          |

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

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

Trial Division, Cullen J.—Ottawa, July 4, 1996.

Section de première instance, juge Cullen—Ottawa, 4 juillet 1996.

*Judges and Courts — Judicial independence — Clandestine meeting between Chief Justice of Federal Court and Assistant Deputy Attorney General to discuss cases pending before Associate Chief Justice in which Crown a party, and subsequent intervention by Chief Justice with A.C.J. — Stay of citizenship revocation proceedings granted as judicial independence compromised — Court must safeguard own independence, not rely upon Canadian Judicial Council or provincial law society.*

*Juges et tribunaux — Indépendance du pouvoir judiciaire — Rencontre clandestine entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint au sujet de causes pendantes devant le juge en chef adjoint et auxquelles la Couronne était partie, et intervention subséquente du juge en chef auprès de ce dernier — Suspension des procédures en révocation de la citoyenneté pour cause d'atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire — La Cour doit protéger sa propre indépendance et ne peut compter sur le Conseil canadien de la magistrature ou le Barreau provincial.*

*Practice — Stay of proceedings — Clandestine meeting between Chief Justice of Federal Court and Assistant Deputy Attorney General to discuss citizenship revocation cases pending before Associate Chief Justice, subsequent intervention by C.J. with A.C.J., serious breach of judicial independence meeting “clearest of cases” threshold articulated in case law for stay of proceedings.*

*Pratique — Suspension d'instance — La rencontre clandestine entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint au sujet de causes pendantes devant le juge en chef adjoint et l'intervention subséquente du juge en chef auprès de ce dernier, constituent une grave atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui rentre dans la qualification des «cas les plus manifestes» à l'égard desquels la jurisprudence prescrit la suspension des procédures.*

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Importance to Canadian society of cases dealing with revocation of citizenship said to have been obtained by concealing war crimes, crimes against humanity and fear of witnesses dying from old age no justification for clandestine meeting between Chief Justice of Federal Court and Assistant Deputy Attorney General to discuss accelerating pace of cases' progress in Federal Court, and subsequent intervention by Chief Justice with presiding judge (Associate Chief Justice) — Stay of proceedings appropriate remedy for such serious breach of judicial independence.*

The Minister of Citizenship and Immigration had made application for the revocation of the citizenship of each of the three applicants for having obtained citizenship by concealing material circumstances: that they had committed war crimes or crimes against humanity. Notices of intention to revoke the citizenship of the respondents were sent out in January 1995 and various interlocutory motions were still being argued in May 1996. Crown counsel expressed to the presiding judge, the Associate Chief Justice, concern over the long delay and the urgency of getting on with the matter. Counsel's fear was that aging Crown witnesses might die or become unable to testify and that the cases might never be heard on the merits. The Associate Chief Justice nevertheless continued to set dates in the usual manner. An Assistant Deputy Attorney General then, without notice to the parties, met with the Chief Justice of the Federal Court and admonished him that it was in the public interest to accelerate matters as "the potential for embarrassment" was "very high should it be seen that the Justice system is unable to respond to these urgent cases in a timely way" and adding that the Attorney General of Canada was being asked to consider taking a reference to the Supreme Court of Canada to determine certain preliminary points of law primarily because the Federal Court Trial Division was unable or unwilling to proceed with these cases expeditiously. The Chief Justice then discussed these concerns with the Associate Chief Justice, who stated that he would take all reasonable steps to avoid a reference to the Supreme Court and henceforth assign the highest priority to cases of this nature. The discussions and understandings arrived at were confirmed in an exchange of correspondence which was disclosed to counsel for the respondents about a week later by counsel for the Minister. The Associate Chief Justice decided that in light of the circumstances, carriage of the cases should be turned over to another judge.

These were motions for stays of proceedings on the basis that judicial independence had been compromised.

*Held*, the motions should be allowed.

*Citoyenneté et immigration — Statut au Canada — Citoyens — L'importance que représentent pour la société canadienne les affaires de révocation de la citoyenneté qui aurait été obtenue par dissimulation des crimes de guerre et crimes contre l'humanité, et la crainte que des témoins ne meurent de vieillesse ne justifient ni la rencontre clandestine entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint pour parler d'une activation de causes pendantes devant la Cour fédérale, ni l'intervention subséquente du juge en chef auprès du juge saisi (le juge en chef adjoint) — La suspension des procédures est la réparation indiquée pour cette grave atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire.*

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration avait intenté une demande en révocation de la citoyenneté de chacun des intimés qui l'auraient acquise par dissimulation de faits essentiels, savoir qu'ils avaient commis des crimes de guerre ou crimes contre l'humanité. Les avis d'intention de révoquer la citoyenneté des intimés avaient été envoyés en janvier 1995 et diverses requêtes interlocutoires étaient encore débattues en mai 1996. L'avocat de la Couronne a fait part au juge saisi, qui était le juge en chef adjoint, de ses préoccupations au sujet du long délai et de la nécessité qu'il y avait à instruire d'urgence ces dossiers. Il craignait que les témoins à charge, qui sont âgés, ne meurent ou ne soient incapables de témoigner, et que ces causes ne soient jamais entendues au fond. Le juge en chef adjoint a néanmoins continué à fixer les dates comme à l'accoutumée. C'est alors qu'un sous-procureur général adjoint a rencontré, sans que les parties en fussent informées, le juge en chef de la Cour fédérale qu'il a averti que l'intérêt général exigeait d'activer ces dossiers et que «le risque d'embarras» était «très élevé si le public devait penser que la justice n'est pas en mesure de s'occuper en temps voulu de ces causes urgentes», ajoutant que le procureur général du Canada a été engagé à envisager de saisir la Cour suprême du Canada d'un renvoi tendant à résoudre certaines questions de droit préalables, en raison surtout du fait que la Section de première instance de la Cour fédérale ne pouvait ou ne voulait pas faire diligence pour juger ces causes. Le juge en chef a fait part de ces préoccupations au juge en chef adjoint, qui a fait savoir qu'il prendrait toutes mesures raisonnables pour éviter un renvoi à la Cour suprême et qu'il accorderait désormais la plus haute priorité aux causes de ce genre. Ces discussions et leur issue ont été confirmées dans un échange de correspondance que l'avocat du ministre a divulgué une semaine après aux avocats des intimés. Le juge en chef adjoint a jugé, vu les circonstances, qu'il fallait confier ces dossiers à un autre juge.

Ces requêtes concluent à la suspension des procédures par ce motif qu'il y a eu atteinte à l'indépendance de la Cour.

*Jugement*: Il faut faire droit aux requêtes.

The issue was whether the correspondence between and conduct of the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General was such as to compromise judicial independence.

Judicial independence encompasses both individual and institutional elements. An individual judge must hear and decide cases without interference from outsiders, including the government, the Canadian Judicial Council, a provincial law society, other judges or parties to the litigation. And the court, as the protector of the Constitution, must be institutionally independent from the other branches of government. In both cases, the objective is that justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done. This appeared to be the first case in which an issue involving individual judicial independence had come before a Canadian court. This case was about the liberty of an individual judge to hear and decide the cases, free of interference by the Chief Justice of his Court or a senior law officer of the Crown.

The question was not whether the Associate Chief Justice was actually influenced or would have acted unfairly in any way, but whether a reasonable person, having read the correspondence between the Chief Justice and the Assistant Deputy Attorney General, would conclude that a judge of this Court could act independently in adjudicating the respondents' cases. The conclusion was that a reasonable person would believe that there indeed had been judicial interference and that the respondents would not be coming before an independent court.

The Chief Justice and the Assistant Deputy Attorney General were well aware that the respondents' cases were actively being considered by the Associate Chief Justice. Given this context, and the admonitions set out in the case law concerning judicial independence and non-interference by government, it could not reasonably be asserted that the Chief Justice and the Assistant Deputy Attorney General were unaware that their meeting and discussions were patently wrong.

A reasonable person would conclude, following the discussion between the Chief Justice and the Associate Chief Justice, that now that the latter "appreciated" the "urgency of dealing with these matters as expeditiously as the Government would like", he would feel obliged to hurry the respondents' cases along, perhaps to their detriment.

The influence or pressure that was brought to bear on the Associate Chief Justice was especially egregious, given that the statements were conveyed by the Chief Justice of the Federal Court, on the urging of a senior government official who also acted for one of the parties. A reasonable person would conclude that even if the Associate Chief Justice removed himself from these three

Il échet d'examiner si la correspondance entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint et leurs agissements sont des agissements qui compromettent l'indépendance du pouvoir judiciaire.

L'indépendance de la magistrature s'entend à la fois de l'indépendance du juge et de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Le juge doit entendre et juger les causes dont il est saisi, sans ingérence de l'extérieur, ce qui s'entend aussi du gouvernement, du Conseil canadien de la magistrature, du barreau provincial, d'autres juges ou des parties au litige. Le pouvoir judiciaire, en sa qualité de protecteur de la Constitution, doit être, sur le plan institutionnel, indépendant des deux autres pouvoirs. Dans les deux cas, l'objectif s'exprime en ces termes: Il ne suffit pas que justice soit faite, il faut encore que tous le constatent sans l'ombre d'un doute. Il s'agit en l'espèce de la première cause portant sur l'indépendance du juge pris individuellement. Ce qui est en jeu, c'est l'indépendance du juge pour ce qui est d'entendre et de décider les litiges, sans ingérence de la part du juge en chef de sa juridiction ou d'un représentant de rang élevé du ministère public.

Il ne s'agit pas de savoir si le juge en chef adjoint a été effectivement influencé ou aurait manqué à l'équité de quelque façon que ce soit, mais de savoir si une personne raisonnable qui aurait lu la correspondance entre le juge en chef et le sous-procureur général conclurait qu'un juge de cette Cour pourrait faire preuve d'indépendance dans l'instruction du dossier des intimés. Il faut conclure qu'une personne raisonnable serait convaincue qu'il y a eu ingérence dans la fonction juridictionnelle et que les intimés ne seraient pas jugés par une cour indépendante.

Le juge en chef et le sous-procureur général adjoint savaient que les dossiers des intimés étaient activement instruits par le juge en chef adjoint. Dans ce contexte et eu égard aux mises en garde de la jurisprudence au sujet de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la non-ingérence de la part du gouvernement, on ne saurait raisonnablement affirmer qu'ils ne savaient pas qu'ils avaient vraiment tort de se rencontrer et de discuter de ces dossiers.

Une personne raisonnable conclurait qu'à la suite de l'échange entre le juge en chef et le sous-procureur général adjoint, le juge en chef adjoint, maintenant qu'il «se rendait pleinement compte de la nécessité qu'il y a à les instruire de façon aussi urgente que le souhaite le gouvernement», se sentirait obligé d'expédier ces causes, peut-être au détriment des intimés.

L'influence ou la pression qui s'est exercée sur le juge en chef adjoint était d'autant plus grave que l'avertissement venait directement du juge en chef de la Cour fédérale, sur les instances d'un haut fonctionnaire qui représente aussi l'une des parties. Une personne raisonnable conclurait qu'à supposer que le juge en chef adjoint se dessaisisse de ces trois dossiers, un autre juge pourrait lui

cases, another judge could be perceived as responding to the pressure that had been brought to bear by the Chief Justice and the Assistant Deputy Attorney General.

The importance of the cases did not justify overlooking the transgressions. The fact that the accusations are so serious demands that the judge who hears these matters be convinced by the evidence alone, not by pressure brought to bear by any outsider.

As to whether a stay of proceedings is the appropriate remedy, the Supreme Court of Canada has held that a stay should be granted where "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency", or where the proceedings are "oppressive or vexatious". A stay should, however, be ordered only the "clearest of cases".

A complaint to or even disciplinary proceedings before the Canadian Judicial Council or the Law Society of Upper Canada would not meet the requirements of justice herein. Such institutions are independent of this Court, and the Court cannot, and should not, seek to influence or burden parallel proceedings that may be commenced. Most importantly, this Court must itself safeguard its own independence. The public must be assured that anyone coming before the Federal Court of Canada will be treated fairly and that the government or another powerful party will not enjoy a special advantage.

The clandestine meeting and the subsequent intervention with the Associate Chief Justice was a serious breach of judicial independence. This affront to judicial independence was the "clearest of cases" and a stay of proceedings, in each of the respondents' cases, had to be granted.

#### 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], s. 24(1).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Valente v. The Queen et al.* [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et*

aussi donner l'impression de céder à la pression exercée par le juge en chef et le sous-procureur général adjoint.

L'importance de ces causes ne justifie pas de fermer les yeux sur les transgressions. Le fait que les crimes reprochés aux intimés soient si graves exige que le juge saisi tire les conséquences uniquement des preuves, et non de la pression exercée par qui que ce soit de l'extérieur.

Pour ce qui est de savoir si la suspension des procédures est la réparation indiquée, la Cour suprême du Canada a décidé qu'il y a lieu à arrêt des procédures lorsque «forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence» ou lorsque la procédure est «oppressive ou vexatoire». Cependant, il ne faut exercer ce pouvoir que dans «les cas les plus manifestes».

Une plainte ou une action disciplinaire devant le Conseil canadien de la magistrature ou le Barreau du Haut-Canada ne satisferait pas en l'espèce aux impératifs de la justice. Ces institutions sont indépendantes de la Cour, qui ne peut pas, et ne doit pas, essayer d'influer ou de peser sur des actions parallèles qui seront, peut-être, entreprises. Ce qui est plus important encore, elle doit protéger sa propre indépendance. Il faut que le public soit assuré que quiconque comparaît devant la Cour fédérale du Canada sera traité équitablement et que le gouvernement ou toute autre partie puissante n'y jouira d'aucun privilège.

La rencontre clandestine et l'intervention subséquente auprès du juge en chef adjoint constituent une grave atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Cette atteinte est l'un des «cas les plus manifestes»; la suspension des procédures s'impose dans chacun des dossiers concernant les intimés.

#### 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. 24(1).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de*



*al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; (1985), 20 D.L.R. (4th) 651; [1985] 6 W.W.R. 127; 21 C.C.C. (3d) 7; 47 C.R. (3d) 193; 61 N.R. 159; *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; 13 C.C.C. (3d) 1; 40 C.R. (3d) 289; 10 C.R.R. 307; 3 O.A.C. 254 (C.A.); *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; [1988] 4 W.W.R. 97; (1988), 65 Sask. R. 122; 40 C.C.C. (3d) 481; 62 C.R. (3d) 349; 32 C.R.R. 269; 83 N.R. 296.

## CONSIDERED:

*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; [1996] 2 W.W.R. 153.

## REFERRED TO:

*R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; (1992), 87 D.L.R. (4th) 449; 69 C.C.C. (3d) 481; 10 C.R. (4th) 257; 7 C.R.R. (2d) 193; 133 N.R. 1; 51 O.A.C. 161; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; (1992), 88 D.L.R. (4th) 110; 70 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R.C. (2d) 89; 133 N.R. 241; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995) 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267.

MOTIONS for stays of citizenship revocation proceedings for breach of judicial independence. Motions allowed.

## COUNSEL:

*Christopher A. Amerasinghe, Q.C., Paul J. Evraire, James Brender, Cheryl Mitchell, Hana Gertler, Donald A. MacIntosh* for applicant.  
*Gesta J. Abols* for respondent Erichs Tobiass.  
*Robert B. McGee, Q.C.* for respondent Helmut Oberlander.  
*Donald B. Payne & Michael Davies* for respondent Johann Dueck.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; (1985), 20 D.L.R. (4th) 651; [1985] 6 W.W.R. 127; 21 C.C.C. (3d) 7; 47 C.R. (3d) 193; 61 N.R. 159; *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; 13 C.C.C. (3d) 1; 40 C.R. (3d) 289; 10 C.R.R. 307; 3 O.A.C. 254 (C.A.); *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; [1988] 4 W.W.R. 97; (1988), 65 Sask. R. 122; 40 C.C.C. (3d) 481; 62 C.R. (3d) 349; 32 C.R.R. 269; 83 N.R. 296.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; [1996] 2 W.W.R. 153.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; (1992), 87 D.L.R. (4th) 449; 69 C.C.C. (3d) 481; 10 C.R. (4th) 257; 7 C.R.R. (2d) 193; 133 N.R. 1; 51 O.A.C. 161; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; (1992), 88 D.L.R. (4th) 110; 70 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R.R. (2d) 89; 133 N.R. 241; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267.

REQUÊTES en suspension, pour cause d'atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire, des procédures en révocation de la citoyenneté. Requêtes accueillies.

## AVOCATS:

*Christopher A. Amerasinghe, cr., Paul J. Evraire, James Brender, Cheryl Mitchell, Hana Gertler, Donald A. MacIntosh* pour le requérant.  
*Gesta J. Abols* pour l'intimé Erichs Tobiass.  
*Robert B. McGee, c.r.*, pour l'intimé Helmut Oberlander.  
*Donald B. Payne & Michael Davies* pour l'intimé Johann Dueck.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.

*Gesta J. Abols*, Toronto, for respondent Erichs Tobias.

*Robert B. McGee, Q.C.*, Toronto, for respondent Helmut Oberlander.

*Bayne, Sellar, Boxall*, Ottawa, for respondent Johann Dueck.

*Gesta J. Abols*, Toronto, pour l'intimé Erichs Tobias.

*Robert B. McGee, c.r.*, Toronto, pour l'intimé Helmut Oberlander.

*Bayne, Sellar, Boxall*, Ottawa, pour l'intimé Johann Dueck.

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

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

1 CULLEN J.: These motions for stays of proceedings were brought by the respondents<sup>1</sup> on May 3, 1996 (*Dueck*) and May 9, 1996 (*Tobias* and *Oberlander*) and are part of larger applications by the Minister of Citizenship and Immigration for revocations of citizenship of the three applicants. Although I need only deal with the motions for stays, I will briefly set out the history of the proceedings in this Court in order to give this matter some perspective.

1 LE JUGE CULLEN: Les requêtes en suspension des procédures, introduites par les intimés<sup>1</sup> le 3 mai 1996 (*Dueck*) et le 9 mai 1996 (*Tobias* et *Oberlander*), s'inscrivent dans le cadre des demandes principales intentées par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vue de la révocation de leur citoyenneté. Bien que je ne sois appelé à me prononcer que sur les requêtes en suspension, un bref aperçu de l'affaire soumise à la Cour permettra de les situer dans leur contexte.

## BACKGROUND

## APERÇU GÉNÉRAL

2 The Minister filed notices of reference for each of the respondents, seeking a declaration that they were admitted to Canada for permanent residence and subsequently obtained Canadian citizenship by false representations, fraud, or by knowingly concealing material circumstances. Although the notices were filed on different dates—March 20, 1995 in the case of *Tobias*, April 24, 1995 in the case of *Oberlander* and May 1, 1995 in the case of *Dueck*—the substance of each notice is the same. The Minister then filed a notice of motion for directions in each of the three cases. The respondents, in turn, filed notices of motions for disclosure of certain documents. On June 30, 1995, the Associate Chief Justice, who was responsible for each of the three cases, ordered the matters joined for the resolution of the procedural questions including the issue of disclosure. Soon after, the respondents filed motions for stays of proceedings pursuant to section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] and subsection 24(1) 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]].

2 L'affaire a commencé par les avis de renvoi déposés par le ministre à l'égard de chacun des intimés, en vue d'un jugement déclarant que ceux-ci ont obtenu l'admission au Canada à titre de résidents permanents, puis la citoyenneté canadienne, par fraude, fausse déclaration ou dissimulation de faits essentiels. Bien que ces avis aient été déposés à différentes dates—savoir le 20 mars 1995 pour *Tobias*, le 24 avril 1995 pour *Oberlander*, et le 1<sup>er</sup> mai 1995 pour *Dueck*—, la teneur en est la même. Le ministre a ensuite déposé un avis de requête en directives dans chacun de ces trois dossiers. De leur côté, les intimés ont déposé des requêtes en communication de certains documents. Le 30 juin 1995, le juge en chef adjoint, qui était saisi des trois dossiers, en a ordonné la jonction en vue de la résolution de certaines questions de procédure, dont la question de la communication des documents. Peu de temps après, les intimés ont déposé leurs requêtes en suspension des procédures en application de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] et du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982*].

3 The Associate Chief Justice decided that the motions for disclosure would be heard first, followed by the motions for stay, followed by the motions for directions. In my view, this was a logical way to proceed. On December 12, 1995, oral argument commenced on the motions for disclosure. Since only counsel for Dueck had sufficient time to make submissions, the continuation of the oral arguments was set for May 15 and 16, 1996. In the interim, however, on March 1, 1996, a meeting was held, followed by an exchange of correspondence, between the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General. It was this turn of events which lead to the present motions for stays of proceedings.

4 This meeting between the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General was held without notice to the parties. The cases that were pending before the Associate Chief Justice were discussed. This meeting was confirmed in an exchange of correspondence which was disclosed to counsel for the respondents about a week later by counsel for the Minister. Although the letters are lengthy, I have reproduced them *verbatim* since they are at the heart of the motion before me:

March 1, 1996

HAND DELIVERED

The Honourable Chief Justice J.A. Isaac  
Federal Court of Canada  
Supreme Court of Canada Building  
Ottawa, Ontario  
K1A 0H9

Dear Chief Justice Isaac:

**Re: Erichs Tobias, T-569-95, Helmut Oberlander, T-866-95 and Johann Dueck, T-938-95**

Further to our meeting of this morning in which I advised you that the Attorney General of Canada is being asked to consider taking a Reference to the Supreme Court of Canada to determine some preliminary points of law primarily because the Federal Court Trial Division is unable or unwilling to proceed with the subject cases expeditiously.

*sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

3 Le juge en chef adjoint a décidé que les requêtes en communication seraient entendues en premier lieu, suivies des requêtes en suspension puis des requêtes en directives. Pareille séquence était logique à mon sens. Les débats sur les requêtes en communication se sont ouverts le 12 décembre 1995. Étant donné que seul l'avocat de Dueck avait suffisamment de temps pour présenter ses conclusions, les débats devaient reprendre les 15 et 16 mai 1996. Il se trouve cependant qu'entre-temps, le 1<sup>er</sup> mars 1996, il y eut une rencontre entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint, suivie d'un échange de correspondance. Ce sont ces incidents qui ont motivé les requêtes en suspension des procédures.

4 La rencontre entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint eut lieu sans que les parties en fussent informées. Elle avait pour objet les dossiers pendants devant le juge en chef adjoint. La teneur en a été confirmée dans un échange de correspondance, que l'avocat du ministre a divulgué à peu près une semaine après aux avocats des intimés. Malgré leur longueur, ces lettres sont reproduites textuellement ci-dessous puisqu'elles sont au cœur même des requêtes en instance:

[TRADUCTION]

Le 1<sup>er</sup> mars 1996

ENVOI PAR COURSIER

L'honorable J.A. Isaac, juge en chef  
Cour fédérale du Canada  
Édifice de la Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0H9

**Objet: Erichs Tobias, T-569-95, Helmut Oberlander, T-866-95 et Johann Dueck, T-938-95**

Monsieur le Juge en chef:

Comme suite à notre rencontre de ce matin, au cours de laquelle je vous ai informé que le procureur général du Canada a été engagé à envisager de saisir la Cour suprême du Canada d'un renvoi tendant à résoudre certaines questions de droit préalables, en raison surtout du fait que la Section de première instance de la Cour fédérale ne peut ou ne veut pas faire diligence pour juger les causes susmentionnées.

Notices of Intention to revoke the citizenship of the above-named individuals were sent out in January of 1995. They were persons who had been investigated in connection with allegations of war crimes and crimes against humanity during the second world war. Over the course of the next three months the cases were referred to the Federal Court. After complying with the requirements of Rule 920, Motions were brought requesting directions from the Court regarding discovery of evidence and taking evidence on commission. The Motions were filed April 13th (Tobiass), May 11th (Oberlander) and May 18th (Dueck), 1995 respectively. These Motions were necessary as there are no procedural rules governing these proceedings. We suggested the procedure followed in the *Luitjens* case be followed. Our Motion was originally set down for argument on June 30, 1995. Associate Chief Justice Jerome had become seized of the three cases and determined to hear all preliminary motions regarding them. On June 30th, counsel for Dueck argued that the three cases should be joined and also indicated that he wished to bring a Motion to stay the proceedings for abuse of process. Jerome, A.C.J. joined the three cases and granted adjournments over the objections of our counsel. September 15, 1995 was set as the date for filing the facts and in a tele-conference on October 4, 1995 he set December 12, 1995 as the date on which argument was to be heard.

On December 12th, counsel for Dueck was permitted to argue all day and it was necessary to set the matter over for continuation. Jerome, A.C.J. indicated that the continuing date would be in February of 1996 despite our request for an earlier date and having regard to the fact that counsel for Dueck was available in early January. The Court declined to fix a date for continuation while all parties were present. When our counsel called the Court in January of 1996 requesting a date for continuation, he was advised several days later that argument had been set down for May 15th and 16th. We wrote the Court expressing concern about the long day [*sic*] and the urgency of proceeding with this matter. We suggested concluding the argument by written submissions. Counsel for Mr. Dueck objected and Jerome, A.C.J. indicated that even with written submissions he would want oral argument and on February 18th via tele-conference with all parties he ordered that the dates of May 15 and 16 stand.

There are likely to be approximately 12 similar cases brought to the Federal Court with as many as 6 persons being given notice during the course of this year.

We are very concerned if these cases are not dealt with expeditiously they will never be heard on their merits. A crucial witness on the *Tobiass* case has cancer and may

Les avis d'intention de révoquer la citoyenneté des individus susnommés ont été envoyés en janvier 1995. Ces personnes avaient fait l'objet d'enquêtes pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité durant la Seconde Guerre mondiale. Au cours des trois mois suivants, leurs dossiers ont été déférés à la Cour fédérale. Après les formalités prévues à la Règle 920, des requêtes ont été introduites pour demander à la Cour des directives en matière de communication des preuves et de commission rogatoire. Ces requêtes, respectivement déposées les 13 avril (Tobiass), 11 mai (Oberlander) et 18 mai 1995 (Dueck), étaient nécessaires en ce qu'il n'existe aucune règle de procédure régissant les causes de ce genre. Nous avons suggéré d'appliquer la procédure suivie dans l'affaire *Luitjens*. Notre requête devait être entendue le 30 juin 1995. Le juge en chef adjoint Jerome, qui avait été saisi des trois dossiers, a décidé d'entendre toutes les requêtes préliminaires qui s'y rapportaient. Le 30 juin, l'avocat de Dueck soutient qu'il fallait fusionner les trois dossiers, et fait savoir qu'il se proposait d'introduire une requête en suspension des procédures pour abus de procédure. Le juge en chef adjoint Jerome a fusionné les trois dossiers et accordé l'ajournement malgré les objections de notre avocat. Il a fixé au 15 septembre 1995 le dépôt des mémoires et, lors d'une téléconférence tenue le 4 octobre 1995, il a fixé au 12 décembre 1995 l'ouverture des débats.

Le 12 décembre, l'avocat de Dueck a pu présenter ses arguments pendant une journée entière et il a été nécessaire de prévoir une reprise de l'audience. Le juge en chef adjoint Jerome a fait savoir que l'audience reprendrait en février 1996 malgré notre demande d'une date plus proche et bien que l'avocat de Dueck fût disponible au début de janvier. La Cour a refusé de fixer une date pour la reprise de l'audience alors que toutes les parties étaient présentes. Lorsque notre avocat appela la Cour en janvier 1996 pour demander la fixation d'une date pour la reprise de l'audience, il a été informé plusieurs jours après que les débats reprendraient les 15 et 16 mai. Nous avons écrit à la Cour pour faire part de nos préoccupations au sujet du long délai et de la nécessité qu'il y avait à instruire d'urgence ces dossiers. Nous avons suggéré de poursuivre l'argumentation au moyen de mémoires écrits. L'avocat de M. Dueck s'y est opposé, et le juge en chef adjoint Jerome a fait savoir que même en cas de mémoires écrits, il tenait à entendre l'argumentation de vive voix; au cours d'une téléconférence tenue le 18 février avec toutes les parties, il a confirmé les dates des 15 et 16 mai pour les débats.

La Cour fédérale sera probablement saisie d'une douzaine de cas semblables, et rien que pour cette année, il se peut que 6 personnes reçoivent un avis à cet effet.

Nous craignons que si ces affaires ne sont pas diligemment instruites, elles ne soient jamais entendues au fond. Un témoin primordial dans l'affaire *Tobiass* est atteint de

not be able to testify. In the *Dueck* case one key witness has died, one is in hospital and two others are so ill that they are unable to travel. Our counsel has estimated that at the current pace of proceeding and considering appeals in respect to interlocutory matters it will be years before these matters can be heard on their merits.

As you know, there is great public interest in seeing these cases disposed of on their merits and the potential for embarrassment is very high should it be seen that the Justice system is unable to respond to these urgent cases in a timely way.

I would appreciate any assistance you can offer.

Yours very truly,

J.E. Thompson  
Assistant Deputy Attorney General  
Civil Litigation  
(613) 957-4840/Fax 941-1972

BY HAND

March 1, 1996

Mr. J.E. (Ted) Thompson, Q.C.  
Assistant Deputy Attorney General  
Civil Litigation Section  
Department of Justice  
Ottawa K1A 0H8

Dear Mr. Thompson,

**Re: Erichs Tobias, T-569-95, Helmut Oberlander, T-866-95 and Johann Dueck, T-938-95**

I refer to our discussions this morning and to your subsequent letter concerning these matters.

I have discussed your concerns with the Associate Chief Justice and, like me, he is prepared to take all reasonable steps possible to avoid a Reference to the Supreme Court of Canada on these matters.

The Associate Chief Justice has informed me that there are now before the Court five citizenship revocation cases—the three mentioned in your letter which are being dealt with by Mr. Amerasinghe and, two earlier ones: one is being dealt with by Ms. Charlotte Bell (*Khalil*) and the other by Mr. Amerasinghe (*Nemsila*). The Associate Chief Justice has heard all of the evidence and argument in *Nemsila* but he had been asked by counsel for *Nemsila* to defer judgment in that case until *Khalil* has been con-

cancer et ne sera peut-être pas en mesure de témoigner. Dans l'affaire *Dueck*, un principal témoin est mort, un autre est à l'hôpital, et deux autres sont si malades qu'il leur est impossible de voyager. Notre avocat estime qu'à l'allure actuelle de la procédure et compte tenu des appels relatifs aux questions interlocutoires, il se passera des années avant que ces causes puissent être entendues au fond.

Comme vous le savez, le public manifeste un grand intérêt pour le jugement au fond de ces affaires et le risque d'embarras est très élevé s'il devait penser que la justice n'est pas en mesure de s'occuper en temps voulu de ces causes urgentes.

Je vous serais obligé de toute aide que vous pourriez apporter en la matière.

Veuillez agréer les assurances de ma haute considération.

J.E. Thompson  
Sous-procureur général adjoint  
Contentieux des affaires civiles  
(613) 957-4840/Télécopieur: 941-1972

ENVOI PAR COURSIER

Le 1<sup>er</sup> mars 1996

Monsieur J.E. (Ted) Thompson, c.r.  
Sous-procureur général adjoint  
Direction du contentieux des affaires civiles  
Ministère de la Justice  
Ottawa K1A 0H8

**Objet: Erichs Tobias, T-569-95, Helmut Oberlander, T-866-95 et Johann Dueck, T-938-95**

Monsieur,

Je vous écris au sujet de notre conversation de ce matin et de votre lettre subséquente concernant ces affaires.

J'ai fait part de vos préoccupations au juge en chef adjoint et, tout comme moi, il est prêt à prendre toutes les mesures raisonnables possibles afin d'éviter un renvoi à la Cour suprême du Canada.

Le juge en chef adjoint m'a informé que la Cour est actuellement saisie de cinq affaires de révocation de la citoyenneté : les trois mentionnées dans votre lettre et dont s'occupe M. Amerasinghe, et deux dossiers antérieurs, l'un mené par M<sup>me</sup> Charlotte Bell (*Khalil*) et l'autre par M. Amerasinghe (*Nemsila*). Le juge en chef adjoint a entendu tous les témoignages et arguments dans l'affaire *Nemsila*, mais l'avocat de ce dernier lui a demandé de différer son jugement en attendant l'issue de la cause

cluded. Argument has commenced in that latter case and has been adjourned to 29 April for continuation.

In light of the concerns expressed in your letter the Associate Chief Justice will meet with Ms. Bell, and Ms. Jackman who appears for the Respondent, early next week to fix an early date for final argument. If an early date cannot be fixed he will give judgment in *Nemsila* and then deal with *Khalil* at the earliest possible date.

As regards the three cases about which you wrote, the Associate Chief Justice says firstly, that he did not fully appreciate until he read your letter, the urgency of dealing with these matters as expeditiously as the Government would like. However, now that he is aware he will devote one week from 15 May to deal with these cases not only with respect to the preliminary points but also with respect to the merits. Finally, he has authorized me to say that additional cases of this class coming into the Court will be given the highest priority in light of the concerns expressed in your letter.

Yours truly,

Julius A. Isaac

c.c.—The Hon. James A. Jerome  
Associate Chief Justice

5 Once the letters were disclosed, a flurry of correspondence ensued between the parties. On April 30, 1996, the parties convened before the Associate Chief Justice with the intention of deciding how to proceed with these cases. At this hearing in Toronto, counsel for the respondents submitted that not only had the Associate Chief Justice done nothing wrong, but that he had been wronged instead. Counsel also suggested that the Associate Chief Justice stay on and hear these cases, including the present stay applications which, although they had not yet been filed, were soon to be before the Court. Counsel for the Minister also had no objection to the Associate Chief Justice remaining seized of the proceedings. The Associate Chief Justice, however, decided that, in light of the circumstances, carriage of these cases should be turned over to another judge. The parties were notified of this decision on May 6, 1996.

6 Before turning to the merits of this motion, I think it important to point out that neither this Court

*Khalil*. L'argumentation de vive voix a commencé dans cette dernière affaire mais a été ajournée pour reprendre le 29 avril.

Vu les préoccupations exprimées dans votre lettre, le juge en chef adjoint rencontrera M<sup>me</sup> Bell, ainsi que M<sup>me</sup> Jackman qui représente l'intimé, au début de la semaine prochaine pour fixer une date pour l'argumentation finale. S'il est impossible de fixer une date proche, il rendra jugement dans l'affaire *Nemsila* puis entendra la cause *Khalil* le plus tôt possible.

En ce qui concerne les trois dossiers visés par votre lettre, le juge en chef adjoint fait savoir en premier lieu qu'avant de lire votre lettre, il ne se rendait pas pleinement compte de la nécessité qu'il y a à les instruire de façon aussi urgente que le souhaite le gouvernement. Cependant, maintenant qu'il s'en est rendu compte, il consacrera, à compter du 15 mai, une semaine à l'audition non seulement des questions préliminaires, mais aussi de la cause au fond. Enfin, il m'a demandé de vous faire savoir qu'à l'avenir, la Cour accordera la plus haute priorité aux causes de ce genre étant donné les préoccupations exprimées dans votre lettre.

Veillez agréer les assurances de ma considération distinguée.

Julius A. Isaac

c.c.:—L'honorable James A. Jerome  
Juge en chef adjoint

5 La divulgation des lettres ci-dessus a provoqué un échange de correspondance entre les parties. Le 30 juin 1996, elles ont comparu devant le juge en chef adjoint pour décider de la manière de poursuivre ces affaires. Lors de cette audience tenue à Toronto, les avocats des intimés soutiennent que non seulement le juge en chef adjoint n'avait rien fait de mal, mais que c'était à lui qu'on faisait tort. Ils suggèrent aussi qu'il demeure saisi de ces affaires ainsi que des requêtes en instance, lesquelles n'avaient pas encore été déposées mais devaient être introduites sous peu. L'avocat représentant le ministre n'avait aucune objection à ce que le juge en chef adjoint demeure saisi. Celui-ci a cependant jugé, vu les circonstances, qu'il fallait confier ces dossiers à un autre juge. Les parties ont été informées de cette décision le 6 mai 1996.

6 Avant de me prononcer au fond, je pense qu'il est important de souligner que ni la Cour ni les parties

nor the parties are aware of exactly what transpired during the meeting between the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General, save what is disclosed in the letters reproduced in these reasons. The Minister of Justice on May 29, 1996 appointed the former Chief Justice of the Ontario Court of Appeal, Charles Dubin, to inquire into the matter. I further understand that a complaint has been submitted to the Canadian Judicial Council. However, the findings of the Dubin inquiry or the decision of the Canadian Judicial Council are not material to the motion before me. I accept the submissions of counsel for the respondents that the content of these letters, alone, forms the basis of this motion.

ne savent exactement ce qui s'est passé durant la rencontre entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint, sauf ce qui est rapporté dans les lettres reproduites *supra*. Le 29 mai 1996, le ministre de la Justice a désigné le juge en chef Charles Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario pour enquêter sur cette affaire. J'ai appris par ailleurs qu'une plainte a été portée devant le Conseil canadien de la magistrature. Cependant, les résultats de l'enquête Dubin ou la décision du Conseil canadien de la magistrature n'ont aucun rapport avec la requête en instance. Je conviens avec les avocats des intimés que cette requête a pour seul fondement le contenu des lettres citées *supra*.

7 The motion raises two issues:

(1) whether the correspondence between and conduct of the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General is conduct which compromises judicial independence; and

(2) whether the correspondence between and conduct of the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General constitutes an abuse of process.

Counsel were agreed that if either one of these questions was answered in the affirmative, the respondents were entitled to stays of proceedings.

#### JUDICIAL INDEPENDENCE

8 Counsel directed this Court to a number of Supreme Court of Canada cases which addressed the issue of judicial independence. I have found the statements of principle concerning judicial independence to be instructive although, in each case, the Supreme Court was addressing a situation far removed from the one facing this Court.

9 *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, is one of the earliest cases in which the Supreme Court sought to clarify the meaning of judicial independence. The judgment of the Court was delivered

La requête pose deux questions, savoir:

(1) si la correspondance entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint et leurs agissements sont des agissements qui compromettent l'indépendance du pouvoir judiciaire; et

(2) si la correspondance entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint constitue un abus de procédure.

Les avocats de part et d'autre conviennent que si la réponse à l'une ou l'autre de ces deux questions est affirmative, les intimés ont droit à la suspension des procédures.

#### LA QUESTION DE L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE

8 Les avocats citent divers arrêts de la Cour suprême du Canada qui touchent à la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire. J'ai trouvé instructif l'exposé des principes applicables en la matière bien que dans chacune des causes citées, la Cour suprême eût à se prononcer sur des faits qui n'ont rien de commun avec les faits de la cause.

9 *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, est l'une des premières causes dans lesquelles la Cour suprême a entrepris de clarifier le concept d'indépendance du pouvoir judiciaire. Le jugement

by Le Dain J. who identified, at page 687, two components of judicial independence:

It is generally agreed that judicial independence involves both individual and institutional relationships: the individual independence of a judge, as reflected in such matters as security of tenure, and the institutional independence of the court or tribunal over which he or she presides, as reflected in its institutional or administrative relationships to the executive and legislative branches of government.

His Lordship went on to confirm that the test for independence is the same as that set out for impartiality by Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369 and affirmed in *Valente*, at pages 684 and 689:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude . . ."

It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. The perception must, however, as I have suggested, be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence, and not a perception of how it will in fact act, regardless of whether it enjoys such conditions or guarantees.

10 Mr. Justice Le Dain's observations were affirmed by Dickson C.J.C., in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56. The concept of individual independence was discussed in the following terms, at page 69:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence. Nevertheless, it is not the entire

de la Cour était rendu par le juge Le Dain qui, à la page 687, a dégagé les deux composantes de cette indépendance comme suit:

On admet généralement que l'indépendance judiciaire fait intervenir des rapports tant individuels qu'institutionnels: l'indépendance individuelle d'un juge, qui se manifeste dans certains de ses attributs, telle l'inamovibilité, et l'indépendance institutionnelle de la cour ou du tribunal qu'il préside, qui ressort de ses rapports institutionnels ou administratifs avec les organes exécutif et législatif du gouvernement.

Le juge ajoute que le critère de l'indépendance est le même que celui qu'a défini le juge Grandpré pour l'impartialité dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, et que confirme *Valente* en ces termes, pages 684 et 689:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique...»

Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties.

La conclusion du juge Le Dain a été reprise dans *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, par le juge en chef Dickson de la Cour suprême du Canada, qui a analysé l'indépendance du juge en ces termes, à la page 69:

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge—ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément continue d'être au centre du principe de l'indépendance



content of the principle.

His Lordship went on to discuss institutional, or collective, independence, at page 70:

The rationale for this two-pronged modern understanding of judicial independence is recognition that the courts are not charged solely with the adjudication of individual cases. That is, of course, one role. It is also the context for a second, different and equally important role, namely as protector of the Constitution and the fundamental values embodied in it—rule of law, fundamental justice, equality, preservation of the democratic process, to name perhaps the most important. In other words, judicial independence is essential for fair and just dispute-resolution in individual cases. It is also the lifeblood of constitutionalism in democratic societies.

11 The Supreme Court next considered judicial independence in *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796. Although judicial independence is closely related to impartiality, the two components are not synonymous. McLachlin J. clarified this point, at page 826:

It should be noted that the independence of the judiciary must not be confused with impartiality of the judiciary. As Le Dain J. points out in *Valente v. The Queen*, impartiality relates to the mental state possessed by the judge; judicial independence, in contrast, denotes the underlying relationship between the judiciary and other branches of government which serves to ensure that the court will function and be perceived to function impartially. Thus the question in a case such as this is not whether the government action in question would in fact affect a judge's impartiality, but rather whether it threatens the independence which is the underlying condition of judicial impartiality in the particular case.

Judicial independence, in Her Ladyship's view [at page 828], demands the "avoidance of incidents and relationships which could affect the independence of the judiciary in relation to the two critical judicial functions—judicial impartiality in adjudication and the judiciary's role as arbiter and protector of the Constitution."

judiciaire. Néanmoins, ce n'est pas là tout le contenu du principe.

Et voici ce que le juge en chef fait observer au sujet de l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire, à la page 70:

La raison d'être de cette conception moderne à deux volets de l'indépendance judiciaire est la reconnaissance que les tribunaux ne sont pas chargés uniquement de statuer sur des affaires individuelles. Il s'agit là évidemment d'un rôle. C'est également le contexte pour un second rôle différent et également important, celui de protecteur de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées—la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique, pour n'en nommer peut-être que les plus importantes. En d'autres termes, l'indépendance judiciaire est essentielle au règlement juste et équitable des litiges dans les affaires individuelles. Il constitue également l'élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques.

La question de l'indépendance de la magistrature a ensuite été examinée par la Cour suprême dans *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796. Bien qu'il y ait un lien étroit entre indépendance et impartialité, les deux ne sont pas synonymes. Tel est le sens de la conclusion suivante, tirée par M<sup>me</sup> le juge McLachlin, à la page 826:

Il faut remarquer que l'indépendance du pouvoir judiciaire ne doit pas être confondue avec l'impartialité du pouvoir judiciaire. Comme le souligne le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, l'impartialité a trait à l'état d'esprit d'un juge; l'indépendance judiciaire, par contre, se rapporte à la relation sous-jacente qu'il y a entre le pouvoir et les autres organes du gouvernement, qui assure que la cour fonctionnera de façon impartiale et sera perçue comme tel. Ainsi, la question qui se pose dans une affaire comme la présente n'est pas de savoir si l'acte du gouvernement en question aura en fait des répercussions sur l'impartialité d'un juge, mais plutôt de savoir s'il menace l'indépendance qui est la condition fondamentale de l'impartialité judiciaire dans un cas donné.

Elle conclut [à la page 828] que l'indépendance du pouvoir judiciaire prescrit «d'éviter des incidents et des rapports qui pourraient avoir des répercussions sur l'indépendance du pouvoir judiciaire relativement à deux fonctions judiciaires cruciales: l'impartialité judiciaire dans la prise de décisions et le rôle du pouvoir judiciaire en tant qu'arbitre et protecteur de la Constitution».

12 In *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, the Court affirmed its two-pronged approach to judicial independence and also considered from whom the judiciary should be independent. In the view of Lamer C.J., with whom Sopinka J. concurred, the judiciary should be independent of “the government”, which includes not only the executive and legislative branches, but also other regulatory or supervisory bodies. The Chief Justice states, at page 138 (emphasis in the original):

By “government”, in this context, I am referring to any person or body, which can exert pressure on the judiciary through authority under the state. This expansive definition encompasses, for example, the Canadian Judicial Council or any Bar Society. I would also include any person or body within the judiciary which has been granted some authority over other judges; for example, members of the court must enjoy judicial independence and be able to exercise their judgment free from pressure or influence from the Chief Justice.

Gonthier J., with whom La Forest and L’Heureux-Dubé JJ. concurred, would have adopted a more expansive appreciation of judicial independence to include independence not only from “the government” as defined by the Chief Justice of the Supreme Court, but also from parties to the litigation. The decision in *Lippé* also affirmed the principle, first set out in *Valente*, that the test for assessing independence was the same as that for impartiality.

13 The decision in *Lippé* was followed by four other Supreme Court decisions on which counsel relied: *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; and *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267. In my view, while these cases are relevant, they rely on the principles of judicial independence established by the earlier case law.

#### CONCLUSIONS ON JUDICIAL INDEPENDENCE

14 From the jurisprudence, I have taken the following principles. Judicial independence encompasses

Dans *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, la Cour, tout en confirmant cette conception binaire de l’indépendance du pouvoir judiciaire, a examiné la question de savoir de qui celui-ci doit être indépendant. De l’avis du juge en chef Lamer, que partage le juge Sopinka, la magistrature doit être indépendante du «gouvernement», qui s’entend non seulement de l’exécutif et du législatif, mais aussi des organes de réglementation et de surveillance. Le juge en chef s’est prononcé en ces termes, à la page 138 (le soulignement figure dans l’original):

Par l’expression «gouvernement», dans ce contexte, je veux dire toute personne ou toute organisation capable d’exercer des pressions sur les juges en vertu des pouvoirs émanant de l’État. Cette large définition englobe, par exemple, le Conseil canadien de la magistrature et tout Barreau. J’inclurais aussi toute personne et tout organisme au sein de la magistrature investis de certains pouvoirs sur les juges; par exemple, les membres de la Cour doivent jouir de l’indépendance judiciaire et être en mesure d’exercer leur jugement sans faire l’objet de pression ou influence de la part du Juge en chef.

Le juge Gonthier, dont les motifs de jugement sont partagés par les juges La Forest et L’Heureux-Dubé, préconise une conception élargie de l’indépendance du pouvoir judiciaire, vis-à-vis non seulement du «gouvernement» tel que le définit le juge en chef de la Cour suprême, mais encore de toutes les parties au litige. L’arrêt *Lippé* confirme le principe, défini pour la première fois dans *Valente*, que le critère d’appréciation de l’indépendance est le même que pour l’impartialité.

L’arrêt *Lippé* était suivi de quatre autres arrêts de la Cour suprême cités par les avocats: *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; et *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267. Ces décisions peuvent certes être évoquées en l’espèce, mais elles sont fondées sur les principes d’indépendance du pouvoir judiciaire établis par la jurisprudence antérieure.

#### CONCLUSIONS SUR L’INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE

Voici les principes qui se dégagent de la jurisprudence en la matière. L’indépendance de la magistra-

both individual and institutional elements. First, an individual judge must hear and decide the cases that come before him or her without interference from outsiders, including the government, the Canadian Judicial Council, a provincial bar society, other judges or parties to the litigation. Second, the court, as the protector of the Constitution, must be institutionally independent from the other branches of government. While judicial independence is related to impartiality, the two concepts are not identical. Impartiality, or bias, concerns an individual judge's state of mind; independence refers to the underlying relationship between the judiciary and the government, broadly defined. Both independence and impartiality are to be measured objectively, in that a reasonable person must perceive that both individual judges and the court as an institution adjudicate and function in an atmosphere free from actual or perceived influences. As stated in *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at page 259, and paraphrased in countless other decisions: "justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done".

ture s'entend à la fois de l'indépendance du juge pris individuellement et de l'indépendance du pouvoir judiciaire pris dans son ensemble. En premier lieu, le juge doit entendre et juger les causes dont il est saisi, sans ingérence de l'extérieur, ce qui s'entend du gouvernement, du Conseil canadien de la magistrature, du barreau provincial, d'autres juges et des parties au litige. En second lieu, le pouvoir judiciaire, en sa qualité de protecteur de la Constitution, doit être, sur le plan institutionnel, indépendant des deux autres pouvoirs. Bien qu'il y ait un lien entre indépendance et impartialité, les deux ne sont pas identiques. L'impartialité ou la prévention participent de l'état d'esprit du juge; l'indépendance se manifeste dans les rapports sous-jacents entre le pouvoir judiciaire et le gouvernement au sens large. L'indépendance et l'impartialité s'apprécient de façon objective, en ce sens qu'une personne raisonnable doit constater que les juges pris individuellement et la justice, en tant qu'institution, jugent et fonctionnent à l'abri de toute influence extérieure, réelle ou apparente. Ainsi que l'a conclu l'arrêt *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256 à la page 259, conclusion qu'ont paraphrasée d'innombrables décisions subséquentes: «Il ne suffit pas que justice soit faite, il faut encore que tous le constatent sans l'ombre d'un doute.»

15 I turn now to the case at bar. As I have already observed, *supra*, the Supreme Court of Canada has not been faced with a situation such as the one before this Court. Indeed, the Supreme Court has only been called upon to analyze questions concerning the "second prong" of judicial independence, that being institutional independence. This is, so far as I know, the first case where the "first prong" of judicial independence—individual independence—is before a Canadian court.

J'en viens maintenant à l'affaire en instance. 15  
Comme noté *supra*, la Cour suprême du Canada n'a pas eu à se prononcer sur une cause semblable à l'affaire en instance. En effet, elle n'a été appelée à se prononcer que sur la «seconde composante» du concept, savoir l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire. Autant que je sache, il s'agit en l'espèce de la première cause portant sur la «première composante», savoir l'indépendance du juge pris individuellement.

16 Counsel for the Minister submitted that so long as this Court is structured to require an oath of office, ensure security of tenure, security of remuneration and administrative control—the "essential conditions" of judicial independence discussed in *Valente*—judicial independence is not compromised. In my view, this argument skirts the true issue in this case. This is not a case about the institutional independence of this Court; this is about the liberty

L'avocat du ministre soutient que tant que cette 16  
Cour est structurée de façon à requérir le serment d'entrée en fonction, à assurer l'inamovibilité, la sécurité financière et le contrôle administratif, autant de «conditions essentielles» telles que les définit l'arrêt *Valente*, son indépendance n'est pas compromise. Cet argument passe à côté de la question qui se pose véritablement en l'espèce. Ce qui est en jeu, ce n'est pas l'indépendance institutionnelle de notre

of an individual judge to hear and decide the cases, free of interference from the Chief Justice of the Federal Court or the Assistant Deputy Attorney General.

17 The question is not whether the Associate Chief Justice was influenced, or would have been influenced, by what transpired between the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General of Canada if he had maintained carriage of these cases. There is no persuasive evidence in the record that the Associate Chief Justice was actually influenced or that he would have acted unfairly in any way. Rather, the question before me is: would a reasonable person, having read the correspondence between the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General of Canada, conclude that a judge of this Court could act independently in adjudicating the respondents' cases? Despite the able arguments of counsel for the Minister, I am satisfied that a reasonable person would believe there has been judicial interference and these three respondents would not be coming before an independent court.

18 The meeting between the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General took place without notice to the parties to the litigation, at a point in the proceedings where a number of judicial decisions concerning the respondents' cases had already been made. The Associate Chief Justice had already ruled on joining the cases, decided in which order the motions would be heard, determined that submissions would take place orally and not in writing, heard argument for one full day and set down the matter for continuation, over the protestations of counsel for the Minister. As the correspondence which followed the meeting indicates, the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General were well aware that the respondents' cases were actively being considered by the Associate Chief Justice. Given this context, and the admonitions set out in the case law concerning judicial independence and non-interference by the government, it cannot reasonably be asserted that the Chief Justice of the Federal

Cour, mais l'indépendance du juge pris individuellement pour ce qui est d'entendre et de décider les litiges, sans ingérence de la part du juge en chef de la Cour fédérale ou du sous-procureur général adjoint.

17 Il ne s'agit pas de savoir si le juge en chef adjoint, à supposer qu'il demeure saisi des affaires en instance, a été influencé par ce qui s'est passé entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint du Canada. Rien dans le dossier ne permet de conclure qu'il a été effectivement influencé ou qu'il aurait manqué à l'équité de quelque façon que ce soit. Il s'agit au contraire de se demander si une personne raisonnable qui aurait lu la correspondance entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général du Canada, conclurait qu'un juge de cette Cour pourrait faire preuve d'indépendance dans l'instruction du dossier des intimés. Malgré l'argumentation éloquent de l'avocat du ministre, je conclus qu'une personne raisonnable serait convaincue qu'il y a eu ingérence dans la fonction juridictionnelle et que ces trois intimés ne seraient pas jugés par une cour indépendante.

18 La rencontre entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint eut lieu sans que les parties en fussent informées, en un état de la cause où un certain nombre des décisions judiciaires avaient été déjà rendues dans les dossiers respectifs. Le juge en chef adjoint avait déjà décidé de joindre ces dossiers, déterminé l'ordre dans lequel les requêtes seraient entendues, jugé que l'argumentation se ferait de vive voix et non par écrit; il avait déjà entendu des arguments pendant une journée entière et prévu la reprise de l'audience, malgré les objections de l'avocat du ministre. Il ressort de la correspondance qui faisait suite à leur rencontre que le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint savaient que les dossiers des intimés étaient activement instruits par le juge en chef adjoint. Dans ce contexte et eu égard aux mises en garde de la jurisprudence au sujet de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la non-ingérence de la part du gouvernement, on ne saurait raisonnablement affirmer que le juge en chef de la Cour

Court and the Assistant Deputy Attorney General were unaware that their meeting and discussions were patently wrong.

19 Following that meeting, the Chief Justice of the Federal Court intervened and related the Government's concerns regarding the conduct of the respondents' cases to the Associate Chief Justice. According to the Chief Justice of the Federal Court, the Associate Chief Justice promised to deal with the pending matters expeditiously and would "devote one full week from 15 May to deal with these cases not only with respect to the preliminary points but also with respect to the merits." In my view, a reasonable person would conclude that the Associate Chief Justice, now that he "appreciated" the "urgency of dealing with these matters as expeditiously as the Government would like," would feel obliged to hurry the respondents' cases along, perhaps to their detriment.

20 The interference by the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General cannot be excused by saying that the actions or decisions of the Associate Chief Justice were delaying the respondents' cases. First, I cannot conclude that the cases were progressing unusually slowly or that the Associate Chief Justice was acting negligently. The motions pending in the respondents' cases concern questions of evidence, disclosure and the Charter; these are not matters which can be resolved quickly. Second, even if the cases were progressing too slowly for the Government's liking, the proper course of action would have been to seek a reference to the Supreme Court of Canada or to try to reach a scheduling arrangement with the other parties. To approach the Chief Justice of the Federal Court without notice to the parties or to issue a veiled threat of a reference to the Supreme Court is not the solution.

21 The influence or pressure that was brought to bear on the Associate Chief Justice is especially egregious, given that the statements were conveyed by the Chief Justice of the Federal Court. Although counsel for the Minister submitted that the Associate Chief Justice, pursuant to the *Federal Court Act*, is the

fédérale et le sous-procureur général adjoint ne savaient pas qu'ils avaient vraiment tort de se rencontrer et de discuter de ces dossiers.

19 À la suite de cette rencontre, le juge en chef de la Cour fédérale est intervenu dans l'affaire et a fait part au juge en chef adjoint des préoccupations du gouvernement au sujet de l'instruction du dossier des intimés. Selon le juge en chef de la Cour fédérale, le juge en chef adjoint a promis de s'occuper diligemment de ces dossiers et consacrerait «à compter du 15 mai, une semaine à l'audition non seulement des questions préliminaires, mais aussi de la cause au fond.» À mon avis, une personne raisonnable conclurait que le juge en chef adjoint, maintenant qu'il «se rendait pleinement compte de la nécessité qu'il y a à les instruire de façon aussi urgente que le souhaite le gouvernement», se sentirait obligé d'expédier ces causes, peut-être au détriment des intimés.

20 On ne saurait excuser l'ingérence du juge en chef de la Cour fédérale et du sous-procureur général adjoint en disant que par ses actions ou décisions, le juge en chef adjoint retardait les dossiers des intimés. En premier lieu, je ne peux conclure que ces dossiers progressaient à une allure excessivement lente ou qu'il faisait preuve de négligence. Les requêtes pendantes dans ces dossiers portaient sur des questions de preuve, des questions de communication et la Charte; il ne s'agit pas là de questions qui peuvent être résolues rapidement. En second lieu, quand bien même ces dossiers progresseraient trop lentement au goût du gouvernement, ce qu'il aurait fallu faire, c'était de saisir la Cour suprême du Canada d'un renvoi ou d'essayer de s'entendre sur un échéancier avec les autres parties. La solution ne consiste pas à approcher le juge en chef de la Cour fédérale ou à brandir la menace voilée d'un renvoi à la Cour suprême.

21 L'influence ou la pression qui s'est exercée sur le juge en chef adjoint était d'autant plus grave qu'elle passait par le juge en chef de la Cour fédérale. L'avocat du ministre soutient que selon la *Loi sur la Cour fédérale*, le juge en chef adjoint est le président de la Section de première instance et, de ce fait,

President of the Trial Division and is not subject to the supervision or direction of the Chief Justice of the Federal Court, to rely on legal formality obscures the reality of the situation. This is not an instance where a judge of equal rank expressed his or her ideas on a pending case or gave unsolicited advice to another judge. Here, the information came directly from the head of this Court, on the urging of a senior government official who also acts for one of the parties. A reasonable person would conclude that even if the Associate Chief Justice removed himself from these three cases, another judge of this Court could be perceived as responding to the pressure that was brought to bear by the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General.

n'est pas soumis à la surveillance ou aux ordres du juge en chef de la Cour fédérale, mais cette argutie ne fait qu'occulter la réalité. Il ne s'agit pas d'un cas où un juge de même rang exprime ses idées sur une cause pendante ou donne de son propre chef des conseils à un autre juge. En l'espèce, l'avertissement venait directement du président de cette Cour, sur les instances d'un haut fonctionnaire qui représente aussi l'une des parties. Une personne raisonnable conclurait qu'à supposer que le juge en chef adjoint se dessaisisse de ces trois dossiers, un autre juge donnerait lui aussi l'impression de céder à la pression exercée par le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint.

22 It is not sufficient to say that the respondents' cases are of such importance to Canadian society that the transgressions of the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General should be overlooked. In my view, the fact that the accusations against the respondents are so serious demands a very high level of judicial independence. Despite the Government's protestations that the respondents' citizenships are sought to be revoked solely on the basis that they made false representations, committed fraud, or knowingly concealed material circumstances, this Court and the general public are well aware that the false representations, fraud or material circumstances relate to alleged war crimes or crimes against humanity. These are heinous acts and ones which, in my view, should not go unpunished. But the fact that these crimes are so serious and carry with them such moral disapprobation also demands that the judge who hears them is convinced by the evidence alone, and not by pressure that was brought to bear by any outsider.

Il ne suffit pas de dire que le dossier des intimés est d'une telle importance pour la société canadienne qu'il faut fermer les yeux sur les transgressions du juge en chef de la Cour fédérale et du sous-procureur général adjoint. À mon avis, l'extrême gravité des accusations portées contre les intimés requiert un très haut degré d'indépendance du pouvoir judiciaire. Malgré l'affirmation faite par le gouvernement qu'il cherche la révocation de leur citoyenneté uniquement pour cause de fausse déclaration, de fraude et de dissimulation volontaire de faits essentiels, la Cour et le public savent que ces fausses déclarations, fraude ou dissimulation de faits essentiels se rapportent aux crimes de guerre ou crimes contre l'humanité qu'on reproche aux intimés. Il s'agit là de crimes odieux, qui ne devraient pas rester impunis. Mais le fait que ces crimes soient si graves et soient frappés d'un tel opprobre exige aussi que le juge qui en connaît tire les conséquences uniquement des preuves, et non de la pression exercée par qui que ce soit de l'extérieur.

23 Having concluded that the judicial independence of the Court has been impaired, I now turn to the question of a remedy.

Ayant conclu que l'indépendance de la Cour a été compromise, j'en viens maintenant à la question de la réparation.

#### STAY OF PROCEEDINGS

#### LA SUSPENSION DES PROCÉDURES

24 Paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act* provides:

L'alinéa 50(1)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit ce qui suit:

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

...

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

...

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

25 The power to grant a stay of proceedings as a remedy for an abuse of process has been the focus of Supreme Court of Canada jurisprudence. In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, the Court [at page 135] adopted the statements of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520 [at page 551], finding that a stay should be granted where “compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community’s sense of fair play and decency”, or where the proceedings are “oppressive or vexatious”. The Court in *Jewitt* [at page 137] also cautioned that this power should only be exercised in the “clearest of cases”. Stays for abuse of process, however, are not limited to cases where there is evidence of prosecutorial misconduct. In *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at page 659, Wilson J. made clear that bad faith on the part of the Crown is only one relevant consideration:

To define “oppressive” as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine. In this case, for example, where there is no suggestion of misconduct, such a definition would prevent any limit being placed on the number of trials that could take place. Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account when a court is called upon to consider whether or not in a particular case the Crown’s exercise of its discretion to re-lay the indictment amounts to an abuse of process.

A prosecution should be set aside because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court.

26 The most recent Supreme Court of Canada case dealing with stays for abuse of process is *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. In that case, the Court did not grant a stay of proceedings where the Crown had failed to make full disclosure promptly.

25 Le pouvoir de prononcer l’arrêt des procédures en réparation de l’abus de procédure a été analysé en profondeur dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Dans *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, la Cour [à la page 135] a fait sienne la conclusion tirée par la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520 [à la page 551], qui a décidé qu’il y a lieu à arrêt des procédures lorsque «forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence» ou lorsque la procédure est «oppressive ou vexatoire». Dans *Jewitt*, la Cour suprême avertit aussi qu’il ne faut exercer ce pouvoir que dans «les cas les plus manifestes». Dans *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, page 659, M<sup>me</sup> le juge Wilson rappelle que la mauvaise foi de la Couronne n’est que l’un des facteurs à prendre en considération:

À mon avis, donner au mot «oppressive» une définition exigeant qu’il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l’application du principe. Dans le cas présent, par exemple, où il n’y a pas d’allégations de conduite blâmable, cette définition viendrait empêcher qu’une limite quelconque soit imposée au nombre de procès qui pourraient avoir lieu. La conduite blâmable de la poursuite et l’existence d’un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu’un tribunal doit prendre en considération lorsqu’il est appelé à examiner si, dans un cas donné, l’exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire de présenter de nouveau l’acte d’accusation équivaut à un abus de procédure.

Il faut mettre fin à toute poursuite qui est si viciée que le fait de lui permettre de suivre son cours compromettrait l’intégrité de l’autorité judiciaire.

26 La décision la plus récente de la Cour suprême du Canada en matière d’arrêt pour abus de procédure est *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Dans cette affaire, elle n’a pas prononcé l’arrêt des procédures pour défaut du ministère public de communiquer

The Court, while finding prosecutorial conduct to be wrong, did not find a stay to be warranted. Instead, the Court noted that there were a number of “less drastic” remedies than a stay of proceedings.

27 Counsel for the Minister acknowledged that the meeting and exchange of correspondence between the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General should never have occurred and was plainly wrong. Despite this admission, however, counsel for the Minister argued that the case at bar did not meet the “clearest of cases” threshold articulated in *Jewitt* and urged this Court to fashion a “less drastic” remedy than a stay of proceedings, as provided for in *O’Connor*.

28 I have carefully considered whether a remedy, other than a stay of proceedings, would meet the requirements of justice. For example, would a complaint or disciplinary proceedings before the Canadian Judicial Council or Law Society of Upper Canada remedy the breach of judicial independence? I have concluded that they would not. First, the jurisdiction and proceedings of the Canadian Judicial Council or the Law Society are independent of this Court. This Court cannot, and should not, seek to influence or burden parallel proceedings that may or may not be commenced. Second, and most importantly, this Court must safeguard its own independence. It must take responsibility for its own integrity and not leave the sound administration of justice in the hands of another body. To do otherwise would, in my opinion, weaken judicial independence and leave the impression that transgressions of the Court’s integrity may be reprimanded but, ultimately, will be forgotten. The public must be assured that anyone coming before this Court will be treated fairly and that the Government or another powerful party will not enjoy a special advantage.

29 As I have already made clear, the clandestine meeting between the Chief Justice of the Federal Court and the Assistant Deputy Attorney General, and the subsequent intervention with the Associate

promptement. La Cour, tout en concluant que les agissements du ministère public étaient blâmables, ne jugeait pas qu’il y avait lieu à arrêt des procédures, soulignant qu’il y avait des mesures de réparation «moins draconiennes».

L’avocat représentant le ministre reconnaît que le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint n’auraient jamais dû se rencontrer et qu’ils ont eu tout à fait tort de le faire. Malgré cet aveu, il soutient que l’affaire en instance n’atteint pas à la qualification de «cas les plus manifestes» tels qu’en fait état l’arrêt *Jewitt*, et engage la Cour à trouver une mesure de réparation «moins draconienne» que l’arrêt des procédures, à l’instar de la décision *O’Connor*.

Je me suis longuement demandé si une mesure de réparation autre que la suspension des procédures serait conforme aux impératifs de la justice. Par exemple, une plainte ou une action disciplinaire devant le Conseil canadien de la magistrature ou le Barreau du Haut-Canada réparerait-elle cette atteinte à l’indépendance du pouvoir judiciaire? J’ai conclu que non. En premier lieu, la compétence et les actions du Conseil canadien de la magistrature ou du Barreau n’ont rien à voir avec la Cour. La Cour ne peut pas, et ne doit pas, essayer d’influer ou de peser sur des actions parallèles qui seront, peut-être, entreprises. En second lieu, et ce qui est plus important encore, elle doit protéger sa propre indépendance. Elle doit assumer la responsabilité de sa propre intégrité, elle ne doit pas laisser la bonne administration de la justice aux mains de quelque autre organe. Toute autre solution compromettrait son indépendance et donnerait l’impression que les atteintes à l’intégrité de la Cour sont peut-être réprimandées mais qu’à la longue, elles seront oubliées. Il faut que le public soit assuré que quiconque comparait devant notre Cour sera traité équitablement et que le gouvernement ou toute autre partie puissante n’y jouira d’aucun privilège.

Comme je l’ai souligné, la rencontre clandestine entre le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint, et l’intervention subséquente auprès du juge en chef adjoint, constituent



Chief Justice, was a serious breach of judicial independence. In my view, this affront to judicial independence is the “clearest of cases” and a stay of proceedings, in each of the three respondents’ cases, will be granted.

30 Having reached the conclusion that judicial independence was impaired in the respondents’ cases and that a stay of proceedings is a proper remedy, the respondents’ motions are granted.

---

<sup>1</sup> Although the parties making the applications for stays are properly the applicants in the within proceeding, I have referred to them throughout as “the respondents” as they are described in the main application. The applicant in the main application is referred to here as “the Minister”.

une grave atteinte à l’indépendance de la Cour. À mon avis, cet affront contre l’indépendance du pouvoir judiciaire est l’un des «cas les plus manifestes»; la suspension des procédures sera prononcée dans chacun des dossiers concernant les trois intimés.

Ayant conclu que son indépendance a été compromise dans le dossier des intimés et que la suspension des procédures est la réparation qui s’impose, la Cour fait droit aux requêtes des intimés. 30

---

<sup>1</sup> Bien que les parties ayant introduit ces requêtes soient à proprement parler les requérants en l’occurrence, elles seront désignées ci-après «intimés» puisque c’est en cette qualité qu’elles sont nommées dans la demande principale. La partie qui a intenté cette demande principale est désignée ci-après «le ministre».



# 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.*

## ACCESS TO INFORMATION

Application for judicial review of Atlantic Canada Opportunities Agency's decision not to disclose to journalist information on actual number of jobs created in companies participating in Action Program—Information Commissioner recommending release of information on ground it was in public domain by virtue of agreements signed by companies obtaining loans, contributions etc. under Program—Agency refusing to release information on ground it was commercially sensitive, confidential information and protected under Access to Information Act, s. 20(1)(b)—Application dismissed—Agency successfully established four criteria necessary to support exemption under s. 20(1)(b): information was "financial, commercial, scientific or technical" in nature, confidential, supplied to government institution by third party and consistently treated as confidential by third party—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 20(1)(b).

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) V. CANADA (ATLANTIC CANADA OPPORTUNITIES AGENCY) (T-690-95, McGillis J., order dated 18/3/96, 20 pp.)

## AGRICULTURE

Application for judicial review of Farm Debt Review Board's (Board) decision dismissing application under Act, s. 20, which concerns applications by insolvent farmers for stay of proceedings by creditors—Applicant beginning farming in 1988—Obtaining \$25,000 line of credit to begin operating—Also obtaining mortgage loan of \$110,000 from National Bank of Canada on purchasing farmland—Temporarily ceasing farming activities in 1992 with intention to resume them—Becoming insolvent in spring of 1993 as result of National Bank's refusal to grant line of credit, which would have enabled it to resume farming activities—Application under Farm Debt Review Act (Act), s. 20(1) not considered as, in Board's view, applicant not farmer within meaning of Act—Motion by Board to alter its status in these proceedings, that is, to

## AGRICULTURE—Concluded

cease being respondent, granted—Its memorandum also withdrawn from application record it had filed—Application for judicial review allowed—Word "farmer" must be interpreted liberally—Person continues to be farmer in relation to debt incurred in context of farming activities even if temporarily ceasing to engage in those activities—Farm Debt view Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 25, s. 20.

CORP. LES PRODUITS DE LA JARDINIÈRE V. NATIONAL BANK OF CANADA (T-2579-93, Nadon J., order dated 28/3/96, 15 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### IMMIGRATION PRACTICE

Motion asking Court to relieve applicants from failure to file and serve motion within two clear-day limit set out in Federal Court Rules and to stay and postpone hearing of refugee claim until after Court's decision on application for leave and for judicial review—Panel seemed biased against applicants—When hearing opened, member clearly stated Chile democracy—Motion granted—Hearing stayed—Court should engage in interlocutory judicial review only in special or exceptional circumstances—Such circumstances existed here—Once irreparable harm and risk felt to exist, no reason to delay applying to court for appropriate remedy.

GUTIERREZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1306-96, Rouleau J., order dated 7/5/96, 4 pp.)

Application for judicial review of Immigration Appeal Division's dismissal of request to reopen appeal of deportation order on ground of incompetency of applicant's counsel—IAD dismissed application on ground it did not have authority to rule on counsel's competency—Application allowed—Immigration Appeal Division had jurisdiction to deal with matters of natural justice—In extraordinary cases,

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

## —Concluded

competency of counsel may give rise to natural justice issue, though heavy burden of proof on applicant to show obvious unfairness—Also, IAD did not err in ruling expert's affidavit inadmissible—Collegial relationship between affiant and presiding member gave rise to reasonable apprehension of bias justifying rejection of affidavit.

DRUMMOND V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-771-92, Rothstein J., order dated 11/4/96, 5 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Convention Refugees*

Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Egypt, fearing persecution on ground of membership in particular social group i.e. children of police officers who are anti-terrorist supporters—Terrorists contacting applicant, father, at home, calling out applicant's name prior to spraying bullets in his direction, setting bomb under vehicle—Board finding applicant's testimony credible as to incidents, but finding no failure of state protection—Board also stating inability to identify, locate or arrest those responsible for assaults not based on any of Convention reasons—Application allowed—Law not requiring inability to protect be connected to Convention reason—Reference to *Smirnov v. Canada (Secretary of State)*, [1995] 1 F.C. 780 (T.D.) wherein Gibson J. stating random assaults difficult to effectively investigate, protect against—Attacks herein not random as applicant specifically, directly targeted in each incident by Muslim Brotherhood in revenge against father—Egypt taking steps to deal with terrorist activities as exist generally, but applicant specifically targeted by terrorist group in Egypt and authorities unable to provide protection in any of incidents experienced by him—Documentary evidence suggesting recently children of police officers attacked, murdered—Usually inability to protect against random terrorist attacks not constituting inability of state to protect—But *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, *Mendivil v. Canada (Secretary of State)* (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 225 (F.C.A.) setting out limited exception where past personal incidents may qualify individual as member of particular social group which state unable to protect—Specifically, directly targeted applicant who is member of small targeted group distinguishing case from most cases involving random incidents of terrorism.

BADRAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2472-95, McKeown J., order dated 29/3/96, 6 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW**

## CHARTER OF RIGHTS

*Equality Rights*

Application to set aside Pension Appeals Board's decision Canada Pension Plan, ss. 44(1)(d) and 58 not violating Charter, s. 15—Applicant thirty years old when contributing husband died—Denied survivor benefits because only payable to surviving spouse where sixty-five years of age, thirty-five at time of spouse's death, had dependent children or disabled—Applicant claimed discrimination on basis of age not justifiable under Charter, s. 1—Application dismissed—Neither s. 44(1)(d) nor 58 violating applicant's equality rights under Charter—Further, even if offensive, constituting reasonable limit on rights under s. 1—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.

LAW V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-312-95, Isaac C.J., judgment dated 17/4/96, 3 pp.)

**INCOME TAX**

Application for judicial review of M.N.R.'s decision refusing applicants' claims for discretionary relief for statute-barred taxation years under Income Tax Act, s. 152(4.2)—Application allowed—Fairness Committee erred in not allowing applicants opportunity to make representations and not making them aware of factors considered by Fairness Committee—Committee also misapplied fairness legislation by holding applicants' request did not fall within intent and guidelines of Bill C-18—Applicants would have filed amended 1985 tax returns within three-year time period were it not for Minister's erroneous audit—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 152(4.2) (as enacted by S.C. 1991, c. 49, s. 124(1).

BARRON V. M.N.R. (T-1068-94, Jerome A.C.J., order dated 29/3/96, 6 pp.)

## INCOME CALCULATION

*Deductions*

Application for judicial review of Tax Court of Canada decision—Female parent herein person who primarily fulfils responsibility for care and upbringing of children of marriage—Only parent properly regarded as person entitled to child care benefits under Income Tax Act, s. 122.6—Only one parent "eligible individual" for purpose of allowing benefits—Application allowed—Income Tax Act, R.S.C.,

**INCOME TAX—Concluded**

1985 (5th Supp.), c. 1, s. 122.6 (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. VII, s. 12(1)).

CANADA V. MARSHALL (A-544-95, Stone J.A., judgment dated 26/3/96, 3 pp.)

**PRACTICE**

Application for judicial review of Tax Court decision wherein Tax Court Judge, acting under Informal Procedure, found Income Tax Act, s. 56(1)(b) (taxation of child support payments) inconsistent with Charter, s. 15: *Thibaudeau v. The Queen*, [1994] 2 F.C. 189 (C.A.)—However, latter decision reversed in Supreme Court: *Thibaudeau v. The Queen*, [1995] 2 S.C.R. 627—Contrary to view expressed by Tax Court Judge, in every case, including Informal Procedure, in which constitutional validity or applicability of law brought into question in manner described in Federal Court Act, s. 57, notice required therein must be given—Applications allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(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—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).

CANADA V. FISHER (A-276-94, Isaac, C.J. judgment dated 25/3/96, 2 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Judicial review of adjudicator's decision under Canada Labour Code—Applicant, pilot, employed by respondent for about 20 months when dismissed because of attitude and conduct, without receiving any formal notice in writing—Filed complaint under Canada Labour Code, ss. 240 ff., alleging unjust dismissal—Adjudicator found applicant's dismissal justified—Applicant argued adjudicator's decision should be quashed on ground erred in law in making patently unreasonable decision by erroneously interpreting and applying notion of potential harm and by stating employer under no obligation to submit to rule of gradation of sanctions where no collective agreement—Applicant further submitted adjudicator based decision on erroneous finding of fact when concluded applicant warned to change conduct and attitude, or employment would be terminated—Application for judicial review dismissed—Adjudicator correctly applied principle of potential harm—Moreover, evidence supported adjudicator's conclusion applicant warned of situation and warning sufficient as worked for private company not covered by collective agreement—With regard to adjudicator's findings of fact, adjudicator master of facts and assessment of evidence exclusively within adjudicator's jurisdiction—Canada Labour Code, R.S.C.,

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

1985, c. L-2, ss. 240 (as am. R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 242 (as am. *idem*, s. 16), 243.

SIMARD V. TRANSPORT AÉRIEN ROYAL (T-2660-94, Rouleau J., order dated 25/3/96, 8 pp.)

Judicial review of labour affairs officer's decision on complaint of unjust dismissal—After applicant's term employment contract renewed number of times, notified in writing, within required time, contract not renewed—Applicant filed complaint of unjust dismissal with Labour Canada under Canada Labour Code, ss. 240 ff.—Respondent labour affairs officer assigned to investigate case—After investigation, refused to grant applicant's request he report to Minister of Labour so adjudicator could be appointed—Officer considered failure to renew contract for fixed term of employment not dismissal within meaning of Code—Applicant argued only adjudicator under s. 242 has jurisdiction to determine whether dismissal occurred; inspector cannot make determination—Application for judicial review dismissed—Dismissal precondition for being eligible to make complaint under Code, s. 240(1)—Despite Parliament's silence thereon, inspector's responsibility to refuse complaint where in fact no dismissal—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 242 (as am. *idem*, s. 16).

LEMIEUX V. CANADA (LABOUR AFFAIRS OFFICER, HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (T-45-95, Tremblay-Lamer J., order dated 27/3/96, 10 pp.)

Appeal from Trial Division judgment dismissing application for judicial review of Minister's decision on ground violated rules of procedural fairness—Appellant summoned to respond to certain charges under Canada Labour Code, s. 148(1) and (4)—Minister of Labour had previously given consent for proceedings as required by Code, s. 149(1)—Appeal dismissed—Role of Minister not that of impartial arbitrator but rather of public official with responsibility for administering particular statute—Only consequence of decision to enable complaints to be filed in summary conviction court—From then on, appellant entitled to entire range of procedural protections—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 148(1),(4), 149(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 4).

QUEBEC NORTH SHORE & LABRADOR RAILWAY CO. V. CANADA (MINISTER OF LABOUR) (A-24-96, Hugessen J.A., judgment dated 23/4/96, 4 pp.)

**NATIVE PEOPLES**

Human rights—Application for order prohibiting Human Rights Tribunal from conducting hearing into allegation Gordon Band Council discriminated against respondent Laslo by denying her residential accommodation on basis of

**NATIVE PEOPLES—Concluded**

sex, race or marital status—Application based on Canadian Human Rights Act, s. 67 providing nothing in CHRA affecting any provision of Indian Act—Application dismissed—On authority of *Attorney General of Canada v. Cumming*, [1980] 2 F.C. 122 (T.D.), order may issue on this ground if it comprises clear and severable question of law upon facts not in dispute—However, in present case, conflict of evidence on why housing denied to Laslo—For respondents to make proper argument, findings of fact need to be made which can only be done on full hearing of evidence—Application of CHRA to Laslo's complaint not presenting clear and severable question of law upon facts which are not in dispute—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 67.

GORDON BAND COUNCIL v. LASLO (T-988-95, Campbell J., order dated 13/3/96, 4 pp.)

**PAROLE**

Application for *mandamus* against National Parole Board to force it to hold hearing—Applicant sentenced to six years in detention on February 17, 1995—Crimes in question committed in 1991—Applicant's detention beginning February 17, 1995—Applicant submitting entitled to hearing for day parole after serving one sixth of sentence, period provided for in Parole Act when offence committed in 1991—Corrections and Conditional Release Act setting period of ineligibility at one third less six months not coming into force until November 1992—Submitting Charter, s. 11(i), applicable, as providing any person charged with offence has right, if punishment for offence varied between time of commission and time of sentencing, to benefit of lesser punishment—Application for *mandamus* dismissed—Corrections and Conditional Release Act applicable only once sentence imposed and inmate to begin serving it—It governs how sentences imposed by courts of criminal, penal jurisdiction carried out, thus does not impose "punishment" within meaning of s. 11(i)—Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 119(1)(c), 120—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. 11.

BERENSTEIN v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-532-96, Rouleau J., order dated 4/4/96, 7 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Appeal from Tax Court decision awarding costs of joining Helga Georg as party to appeal and awarding appellant's costs on solicitor and client basis in any event of cause—

**PRACTICE—Continued**

Appeal allowed—On issue of costs, judge ought to have evidence before him of party's indigence and not mere self-serving unsworn statement by party of having no funds—On issue of solicitor/client costs, such costs are exceptional remedy and should be awarded generally only on ground of misconduct connected with litigation—Further, counsel not given opportunity to make submissions on question of solicitor/client costs—Natural justice principle of *audi alteram partem* requires counsel be given opportunity to present case—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 174(3)(b) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 55(2); 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1988 c. 61, s. 20(3)).

CANADA v. HASSANALI ESTATE, (A-729-95, MacGuigan J.A., judgment dated 28/3/96, 6 pp.)

**DISCOVERY***Examination for Discovery*

Application by defendant for order under R. 461 to compel plaintiff to provide written answers to five questions objected to—Questions asking plaintiff to identify which of specific allegations or events in statement of claim based on oral histories are relevant and ought to be answered—Questions requesting plaintiff to identify in relation to what specific events each of four individuals have oral histories also relevant but sufficiently answered—Question asking plaintiff to provide texts of oral histories need not be answered as Court cannot order creation of documentation in appearance not existing—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 461.

MITCHELL v. M.N.R. (T-434-90, Morneau P., order dated 29/3/96, 4 pp.)

Appeal from decision of Associate Senior Prothonotary ordering affiant to reattend for further cross-examination and provide answers to certain questions—Affiant ordered to answer question concerning company profits to extent that he had knowledge of information—Counsel for appellant argues affiant should be ordered to inform himself if does not have knowledge—Appeal dismissed—Questions relate to matters not within affiant's knowledge or means of knowledge—No right to discovery in regard to issues raised in motions.

MERCK & CO. INC. v. APOTEX INC. (T-2408-91, Nadon J., order dated 27/3/96, 4 pp.)

**REFERENCES**

Appeal from refusal to grant order for severance pursuant to R. 480—Patent infringement action raising issues of validity—Plaintiffs reserving right to seek accounting of profits—Motions Judge requiring "exceptional circumstances and extraordinarily complex issues"—Appeal allowed—

**PRACTICE—Concluded**

Motions Judge setting threshold too high—Proper test set out in *Brouwer Turf Equipment Ltd. v. A and M Sod Supply Ltd.*, [1977] 1 F.C. 51 (C.A.)—That if severance not ordered, discovery will range across whole of defendants' business involving 15,000 products, although infringement relating to only one, sufficient to tip balance in favour of granting severance—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 480.

DEPUY (CANADA) LTD. V. JOINT MEDICAL PRODUCTS CORP. (A-395-95, Hugessen J.A., judgment dated 27/3/96, 4 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Income tax—Appeal from Trial Division order (*Del Zotto v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1995] F.C.J. No. 1359) partially lifting earlier stay order of Trial Division—In two actions, attacks made upon constitutional validity of Income Tax Act, s. 231.4—Partial lifting of stay ordered by Case Management Judge *proprio motu* when hearing other motion (for amendment of pleadings and consolidation of actions for trial) on basis Crown would otherwise suffer injustice not compensable in costs—Appeal allowed—Case Management Judge exceeded jurisdiction under R. 420—Federal Court Act, s. 50(3), authorizing Court to lift stays, not invoked—Considerations applicable to interlocutory injunctions (serious issue to be tried, irreparable harm and balance of convenience) apply to granting of stays and to lifting thereof—Once order for stay made, jurisdiction to lift, conferred by Act, s. 50(3), to be exercised upon motion supported by appropriate evidence showing facts upon which stay originally granted have so changed as to justify lifting or partial lifting of stay—No such evidence presented—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.4 (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(3).

NOBLE V. CANADA (A-666-95, A-665-95, Stone J.A., judgment dated 1/3/96, 8 pp.)

**PUBLIC SERVICE**

Application for judicial review of Adjudicator's decision finding respondent justified in concluding applicant breached trust placed in her and had engaged in misconduct warranting discharge—Applicant improperly obtained Temporary Dual Residence Assistance while on short-term relocation in Ottawa—Adjudicator's decision turning on assessment of credibility and judgment—Application dismissed—Adjudicator did not ignore evidence, inappropriately weigh or summarize evidence or address mind to wrong question—Essence of case fact applicant obtained assistance on basis

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

of series of misrepresentations, not that obtained larger amount of assistance than warranted—Adjudicator's decision reasonable, committed no reviewable error in reaching decision.

COLE V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-2671-94, Gibson J., order dated 22/3/96, 12 pp.)

**SECURITY INTELLIGENCE**

Application to stay hearing scheduled to commence before Security Intelligence Review Committee pending determination of application for prohibition and *certiorari*—Application for Canadian citizenship refused to applicant on basis of information, advice provided by CSIS to effect reasonable grounds to believe would engage in activity constituting threat to security of Canada—Investigation by Review Committee to review CSIS' assessment—"Statement of Circumstances", summarizing information available to Review Committee concerning circumstances giving rise to making of ministerial report, provided to applicant—Relevant principles to be applied in determining whether to grant stay reaffirmed by Supreme Court of Canada in *RJR—McDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311: serious issue to be tried, irreparable harm, balance of convenience—As to serious issue, applicant argued reasonable apprehension of personal and systemic bias with respect to Review Committee and all its members, principally due to statement in Heritage Front Report agreeing with decision to place human source in white supremacist movement to investigate threat to security of Canada—No evidence of reasonable apprehension of bias—Although applicant mentioned in Heritage Front Report, prepared by Review Committee in exercise of its statutory general review functions, no conclusion therein as to whether his alleged activities constituted threat to security of Canada—Applicant also failed to adduce sufficient evidence to establish would suffer irreparable harm if stay refused—As to balance of convenience, public interest requiring Review Committee be permitted to exercise statutory functions with view to providing report to Governor in Council under provisions of Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 19(6).

ZUNDEL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-567-96, McGillis J., order dated 21/3/96, 14 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of Umpire's decision reversing decision of board of referees, which confirmed Commission's decision respondent not entitled to receive benefits for specified period—Respondent employed by

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued**

District 09 School Board in Tracadie, stopping work on September 2, 1992 because of injury—Continuing to receive full salary while on sick leave until December 2, 1992, date when applying for benefits under Unemployment Insurance Act—Returning to work on February 22, 1993—Application denied for period from December 21, 1992 to January 1, 1993 as, according to Commission, “non-teaching” period within meaning of Regulations, s. 46.1(2)—Application allowed—Object of Regulations, s. 46.1 to prevent teachers, whose salary spread over twelve-month period but who do not provide services every day, from being able to receive monies from two separate sources fulfilling same role—Act so drafted and, despite regrettable effect on respondent, only statutory amendment could remedy situation—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 46.1(2).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ST-COEUR (A-80-95, Desjardins J.A., judgment dated 17/4/96, 5 pp.)

Application to set aside Umpire’s decision reversing decision of Board of Referees allowing appeal from Commission’s decision holding certain payments received by claimants not exempt from earnings under Unemployment Insurance Regulations, s. 57—From 1974 to plant closing, claimants beneficiaries under supplementary unemployment benefit (SUB) agreement—When plant closed, employer disputed ownership of funds in SUB trust fund—Months later agreement reached to disburse funds according to s. 36 of SUB agreement as “regular benefits”—Funds disbursed in lump sum to each employee rather than in weekly instalments as originally intended under plan—Amendment to Regulations, s. 57 during period between plant closure and disbursement of funds—SUB plan valid under old provision but disqualified from exempt status under new provision—Umpire committed error in law in using amended Regulation to characterize plan—Payments made under plan approved under old Regulations—Disbursement of “regular benefits” intended by parties pursuant to SUB agreement, s. 36(b)—Manner of disbursement not changing true legal nature of money—Other relevant provisions of agreement supporting characterization—Appeal allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1—Unemployment Insurance

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

Regulations, C.R.C., 1978, c. 1576, s. 57 (as am. by SOR/90-756, s.17).

BORCHI V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-184-95, Linden J.A., order dated 21/3/96, 11 pp.)

Judicial review of Umpire’s decision finding applicant had left employment voluntarily and without just cause—Application allowed—Matter referred back to Board for redetermination—Board did not confine itself to test set out in Unemployment Insurance Act, s. 28(4)—Board also never made finding of fact as to whether applicant was sexually harassed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 28(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 40, s. 21; 1993, c. 13, s. 19).

BELL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-450-95, Strayer J.A., judgment dated 25/3/96, 2 pp.)

Application for judicial review of Umpire’s decision reversing finding of Board of Referees upholding Commission’s decision respondent did not qualify for benefits—Respondent employed by Bill Dean & Associates from October 15, 1992 to August 20, 1993—Dismissed for failing to work scheduled shifts—Employed with Tom Yee Produce Inc. August 30 to December 9, 1993—Claimed benefits on basis of thirteen weeks accumulated with last employer and remainder with first employer—Application allowed—Word “employment” in Unemployment Insurance Act, s. 28(1) to be read with definition in s. 28(3) referring to “claimant’s last employment immediately prior to the time his claim for benefit is made unless otherwise prescribed by regulations”—In Regulations, s. 59.1(1) “employment” refers to last employment lost by claimant by reason of own misconduct, after commencement of qualifying period—Disqualifies respondent from receiving benefits in respect of first employment—Further, s. 59.1(1) not *ultra vires* regulation-making power conferred by Act—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 28—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 59.1(1) (as am. by SOR/90-761, s. 17).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. DROEGE (A-576-95, Stone J.A., judgment dated 17/4/96, 5 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.*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Demande de contrôle judiciaire contre la décision prise par l'Agence de promotion économique du Canada atlantique de ne pas communiquer à un journaliste le nombre d'emplois effectivement créés chez les compagnies ayant bénéficié du programme de promotion—Le Commissaire à l'information a recommandé la divulgation de ces renseignements par ce motif qu'ils relevaient du domaine public par suite des accords signés par ces compagnies pour obtenir des prêts, des contributions, etc., dans le cadre du programme—L'Agence a refusé de les communiquer par ce motif qu'il s'agissait de renseignements commerciaux de nature confidentielle, protégés par l'art. 20(1)*b* de la Loi sur l'accès à l'information—Demande rejetée—L'Agence a satisfait aux quatre conditions d'exemption établies par l'art. 20(1)*b*: il s'agit de renseignements «financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques», ils ont été fournis à l'institution fédérale par un tiers, ils sont de nature confidentielle et sont traités comme tels de façon constante par ce tiers—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1)*b*.

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (AGENCE DE PROMOTION ÉCONOMIQUE DU CANADA ATLANTIQUE) (T-690-95, juge McGillis, ordonnance en date du 18-3-96, 20 p.)

## AGRICULTURE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Bureau d'examen de l'endettement agricole (le Bureau) rejetant la demande de la requérante, déposée sous l'art. 20 de la Loi, à savoir une demande d'un agriculteur insolvable pour obtenir la suspension des recours de ses créanciers—La requérante avait commencé ses activités de production agricole en 1988—Elle a obtenu une marge de crédit de 25 000 \$ afin de pouvoir opérer—De plus, à l'achat de terres agricoles, elle a obtenu un prêt hypothécaire de 110 000 \$ de la Banque Nationale du Canada—Elle a cessé temporairement ses activités agricoles en 1992 avec l'intention de les reprendre—Elle est devenue insolvable au

## AGRICULTURE—Fin

printemps 1993 en raison de refus de la Banque Nationale de lui accorder une marge de crédit, ce qui lui aurait permis de reprendre ses activités agricoles—Sa demande sous l'art. 20(1) de la Loi sur l'examen de l'endettement agricole (la Loi) n'a pas été considérée parce que, selon le Bureau, la requérante n'était pas un agriculteur au sens de la Loi—La requête du Bureau visant à modifier son statut dans les présentes procédures, à savoir de cesser d'être intimé pour devenir un intervenant est accordée—De plus, son mémoire a été retiré du dossier qu'il avait déposé—La demande de contrôle judiciaire est accueillie—Il faut donner une interprétation large au mot «agriculteur»—Une personne demeure agriculteur relativement à une dette encourue dans le cadre de ses activités agricoles, même si cette personne a cessé temporairement d'exercer ses activités agricoles—Loi sur l'examen de l'endettement agricole, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), c. 25, art. 20.

CORP. LES PRODUITS DE LA JARDINIÈRE C. BANQUE NATIONALE DU CANADA (T-2579-93, juge Nadon, ordonnance en date du 28-3-96, 15 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre, renversant la décision du Conseil arbitral qui confirmait la décision de la Commission que l'intimée était inadmissible à recevoir des prestations pour une période précise—L'intimée était à l'emploi du Conseil scolaire du district 09 à Tracadie et cessa de travailler le 2 septembre, 1992 à cause d'une blessure—Elle continua à recevoir son plein salaire à titre de congé de maladie jusqu'au 2 décembre, 1992, date à laquelle elle fit une demande de prestations selon la Loi sur l'assurance-chômage—Elle reprit son travail le 22 février, 1993—Sa demande fut refusée pour la période du 21 décembre 1992 au 1 janvier, 1993 parce que, selon la Commission, il s'agissait d'une «période de congé» au sens de l'art. 46.1(2) du Règlement—Demande accueillie—L'art. 46.1 du Règlement a pour but d'empêcher que les enseignants, dont le salaire s'échelonne sur une période de douze

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite**

mois mais dont les services ne sont pas fournis quotidiennement, puissent recevoir des sommes venant de deux sources distinctes mais remplissant le même rôle—La Loi était ainsi rédigée, et malgré l'effet regrettable par rapport à l'intimée, seule une modification législative peut remédier à cette situation—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 46.1(2).

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. ST. COEUR (A-80-95, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 17-4-96, 5 p.)

Demande en vue de faire annuler la décision du juge-arbitre infirmant la décision du conseil arbitral qui avait accueilli l'appel interjeté contre la décision de la Commission statuant que certains paiements reçus par les prestataires ne devaient pas être exclus de leur rémunération aux termes de l'art. 57 du Règlement sur l'assurance-chômage—De 1974 à la fermeture de l'usine, les prestataires bénéficiaient d'un régime de prestations supplémentaires de chômage (PSC)—À la fermeture de l'usine, l'employeur a contesté la propriété du fonds de PSC en fidéicomis—Plusieurs mois après, une entente est intervenue pour que l'actif du fonds soit distribué conformément à l'art. 36 de l'entente de PSC à titre de «prestations ordinaires»—L'actif a été distribué en une somme globale à chacun des employés plutôt que sous forme de prestations hebdomadaires comme le prévoyait initialement le régime—L'art. 57 du Règlement a été modifié dans la période qui s'est écoulée entre la fermeture de l'usine et la distribution du fonds—Le régime de PSC était valide en vertu de l'ancienne disposition, mais il est exclu selon les termes de la nouvelle disposition—Le juge-arbitre a commis une erreur de droit en utilisant le Règlement modifié pour qualifier le régime—Les paiements ont été faits en vertu d'un régime approuvé aux termes de l'ancien Règlement—La distribution des «prestations ordinaires» devait se faire, selon l'intention des parties, conformément à l'art. 36b) de l'entente de PSC—Le mode de distribution ne change pas la véritable nature juridique des sommes distribuées—La qualification du régime est également conforme à d'autres dispositions pertinentes de l'entente—Appel accueilli—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 57 (mod. par DORS/90-756, art. 17).

BORGHI C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-184-95, juge Linden, J.C.A., ordonnance en date du 21-3-96, 11 p.)

Contrôle judiciaire—Demande de contrôle de la décision du juge-arbitre concluant que la requérante avait volontairement quitté son emploi et sans motif valable—Demande accueillie—Affaire renvoyée devant Commission pour nouvel examen—La Commission ne s'est pas limitée aux critères énoncés à l'art. 28(4) de la Loi sur l'assurance-chômage—La Commission n'a jamais conclu si la prestataire

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin**

avait été victime de harcèlement de nature sexuelle—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 28(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 40, art. 21; 1993, ch. 13, art. 19).

BELL C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-450-95, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 25-3-96, 2 p.)

Demande de contrôle judiciaire contre la décision par laquelle le juge-arbitre a infirmé la conclusion du conseil arbitral confirmant la décision de la Commission aux termes de laquelle l'intimé n'avait pas droit aux prestations—L'intimé était employé chez Bill Dean & Associates du 15 octobre 1992 au 20 août 1993, date à laquelle il a été renvoyé pour avoir manqué ses quarts de travail—Il a été employé chez Tom Yee Produce Inc. du 30 août au 9 décembre 1993—Il a demandé des prestations en invoquant les 13 semaines accumulées chez son dernier employeur, et le reste chez l'employeur antérieur—Demande accueillie—Le terme «emploi» figurant à l'art. 28(1) de la Loi sur l'assurance-chômage s'interprète à la lumière de l'art. 28(3) où il s'entend du «dernier emploi que le prestataire a exercé avant de formuler sa demande de prestations, sauf prescription contraire des règlements»—Selon l'art. 59.1(1) du Règlement, «emploi» s'entend du dernier emploi que le prestataire a perdu en raison de sa propre inconduite depuis le début de la période de référence—L'intimé n'a pas droit aux prestations au titre de son premier emploi—L'art. 59.1(1) ne dépasse pas le pouvoir de réglementation prévu par la Loi—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 28—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 59.1(1) (mod. par DORS/90-761, art. 17).

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. DROEGE (A-576-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 17-4-96, 5 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Requête de la part des requérants afin que la Cour relève les requérants du défaut d'avoir produit et signifié la présente requête dans les délais de 2 jours francs prévus aux Règles de cette Cour et qu'elle suspende et remette l'audition de la revendication du statut de réfugié des requérants à une date ultérieure à la réception de la décision de cette Cour relativement à la demande d'autorisation et demande de contrôle judiciaire—Le tribunal semblait être préjudicié envers les requérants—Dès l'ouverture de la session, le commissaire a très clairement fait mention qu'il existe une démocratie au Chili—Requête accueillie—L'audition est suspendue—Cette Cour ne doit intervenir en révision judiciaire interlocutoire que dans des circonstances spéciales ou exceptionnelles—Ici se présentent de telles circonstances—Dès qu'on sent qu'il y a préjudice et danger irrépara-

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

ble, on ne devrait pas tarder à se présenter devant un tribunal afin d'obtenir un recours approprié.

GUTTIERREZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1306-96, juge Rouleau, ordonnance en date du 7-5-96, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire du rejet, par la section d'appel de l'immigration, de la demande de réouverture de l'appel contre la mesure d'expulsion visant la requérante en raison de l'incompétence de l'avocat de cette dernière—La section d'appel a rejeté la demande au motif qu'elle n'était pas habilitée à se prononcer sur la compétence de l'avocat—Demande accueillie—La section d'appel de l'immigration était habilitée à traiter des questions de justice naturelle—Dans des cas extraordinaires, la compétence de l'avocat peut soulever une question de justice naturelle, mais le requérant doit s'acquitter du lourd fardeau de prouver une injustice flagrante—La section d'appel n'a pas non plus commis d'erreur en déclarant irrecevable l'affidavit de l'expert—Les liens collégiaux entre l'auteur de l'affidavit et le membre président pouvaient soulever une crainte raisonnable de partialité justifiant le rejet de l'affidavit.

DRUMMOND C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-771-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 11-4-96, 4 p.)

**STATUT AU CANADA***Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire d'une décision de la SSR selon laquelle le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, citoyen égyptien, craint d'être persécuté au motif de son appartenance à un groupe social particulier, en l'occurrence les enfants de policiers partisans de l'antiterrorisme—Les terroristes ont pris contact avec le requérant et son père chez lui, ils l'ont appelé par son nom avant de déclencher une fusillade dans sa direction, et une bombe a été placée sous sa voiture—La Commission a jugé le témoignage du requérant digne de foi quant aux incidents, mais elle n'a pas constaté de lacunes dans la protection offerte par l'État—La Commission déclare également que l'incapacité à identifier, à localiser et à arrêter les responsables des agressions ne relève d'aucun des motifs énoncés dans la Convention—Demande accueillie—La loi n'exige pas que l'incapacité à offrir une protection ait trait à l'un des motifs énoncés dans la Convention—Voir *Smirnov c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1995] 1 C.F. 780 (1<sup>re</sup> inst.), où le juge Gibson a déclaré qu'il est difficile d'enquêter efficacement sur les agressions commises au hasard et de protéger efficacement la victime—Les agressions n'ont pas été commises au hasard, puisque le requérant était précisé-

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

ment et directement visé dans chaque cas par les Frères Musulmans qui se vengeaient contre son père—L'Égypte prend des mesures pour faire face au terrorisme en général, mais le requérant est particulièrement visé par un groupe terroriste égyptien, et les autorités n'ont été en mesure de lui assurer une protection dans aucun des incidents qu'il a vécus—Les preuves documentaires indiquent que, récemment, des enfants de policiers ont été agressés et assassinés—Le plus souvent, l'inaptitude à protéger les citoyens contre les agressions terroristes commises au hasard ne constitue pas une incapacité de l'État à assurer la protection de ses administrés—Mais les décisions *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 et *Mendivil c. Canada (Secrétariat d'État)* (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 225 (C.A.F.) délimitent une exception par laquelle des incidents personnels antérieurs peuvent faire d'une personne un membre d'un groupe social particulier que l'État n'est pas en mesure de protéger—En l'espèce, le requérant est précisément et directement visé en tant que membre d'un petit groupe, et cela le distingue de la plupart des cas renvoyant à des incidents terroristes aléatoires.

BADRAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2472-95, juge McKeown, ordonnance en date du 29-3-96, 6 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL****CHARTRE DES DROITS***Droits à l'égalité*

Demande d'infirmier une décision de la Commission d'appel des pensions, à savoir que l'art. 44(1)d) et l'art. 58 du Régime de pensions du Canada ne violent pas la Charte—La requérante était âgée de trente ans quand son époux cotisant est décédé—Pension de survivant refusée, car payée seulement au conjoint survivant s'il a atteint l'âge de 65 ans ou s'il a 35 ans d'âge au moment du décès du conjoint cotisant, a des enfants à charge ou se trouve en état d'invalidité—La requérante prétend que la discrimination fondée sur l'âge n'est pas justifiable en vertu de l'art. 1 de la Charte—Demande rejetée—Ni l'art. 44(1)d) ni l'art. 58 ne violent les droits à l'égalité prévus par la Charte—En outre même si ces dispositions vont à l'encontre de la Charte elles constituent, en vertu de l'art. 1 de cette dernière, une limite raisonnable imposée à ces droits—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.

LAW C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-312-95, juge en chef Isaac, jugement en date du 17-4-96, 3 p.)

## FONCTION PUBLIQUE

Recours en contrôle judiciaire contre la décision de l'arbitre jugeant que l'intimé était fondé à conclure que la requérante avait abusé de la confiance qu'il plaçait en elle et s'était rendue coupable d'inconduite justifiant le congédiement—La requérante avait obtenu, de façon malhonnête, l'indemnité d'occupation temporaire de deux résidences pendant une brève affectation à Ottawa—La décision de l'arbitre est entièrement fondée sur une évaluation de la crédibilité et du jugement—Demande rejetée—L'arbitre n'a pas ignoré des preuves dont elle était saisie, ni n'a mal évalué ou résumé ces preuves, ni ne s'est penchée sur la mauvaise question—Sa conclusion repose sur le fait que la requérante a obtenu l'indemnité au moyen de fausses déclarations, et non qu'elle obtenu un montant d'indemnité indu—La décision de l'arbitre est raisonnable et n'est entachée d'aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire.

COLE C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-2671-94, juge Gibson, ordonnance en date du 22-3-96, 12 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

Demande de contrôle judiciaire de la décision du M.R.N. de rejeter la prétention des requérants à une réparation discrétionnaire pour les années d'imposition frappées de prescription en vertu de l'art. 152(4.2) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Demande accueillie—Le Comité d'équité a commis une erreur en ne donnant pas aux requérants la possibilité de présenter leurs arguments et en ne les mettant pas au courant des facteurs dont le comité tiendrait compte—Le Comité a de plus incorrectement appliqué la législation de l'équité en soutenant que la demande des requérants ne relevait ni de l'esprit ni des directives du projet de loi C-18—Les requérants auraient présenté leurs déclarations modifiées de 1985 dans le délai prescrit de trois ans si le ministre ne s'était pas trompé dans sa vérification—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 152(4.2) (édicte par L.C. 1991, ch. 49, art. 124(1)).

BARRON C. M.R.N. (T-1068-94, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 29-3-96, 6 p.)

## CALCUL DU REVENU

### Déductions

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Cour canadienne de l'impôt—La mère est ici la personne qui assume principalement la responsabilité pour le soin et l'éducation des enfants issus du mariage—Seul parent régulièrement considéré comme ayant droit aux prestations versées pour le soin des enfants en vertu de l'art. 122.6 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Un seul parent est un «particulier admissible» à recevoir les prestations—La demande est accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu,

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 122.6 (édicte par L.C. 1994, ch. 7, annexe VII, art. 12(1)).

CANADA C. MARSHALL (A-544-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 26-3-96, 3 p.)

## PRATIQUE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour de l'impôt dans laquelle le juge, agissant en vertu de la procédure informelle, a statué que l'art. 56(1*b*) de la Loi de l'impôt (imposition de la pension alimentaire reçue pour les enfants) contrevenait à l'art. 15 de la Charte: *Thibaudeau c. La Reine*, [1994] 2 C.F. 189 (C.A.)—Toutefois, cette dernière décision a été infirmée par la Cour suprême: *Thibaudeau c. La Reine*, [1995] 2 R.C.S. 627—Contrairement à l'opinion du juge de la Cour de l'impôt, chaque fois que la validité ou l'applicabilité d'une loi sur le plan constitutionnel est contestée de la manière décrite à l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale, l'avis exigé dans cet article doit être signifié—Demandes accueillies—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1*b*)—Charte canadienne des droits et libertés, constituant la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44], art. 15—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).

CANADA C. FISHER (A-276-94, juge en chef Isaac, jugement en date du 25-3-96, 3 p.)

## LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de *mandamus* contre la Commission nationale des libérations conditionnelles afin de forcer celle-ci à tenir une audition—Le requérant a été condamné à six ans de détention le 17 février 1995—Les crimes en question ont été commis en 1991—La détention du requérant a débuté le 17 février 1995—Le requérant soutient qu'il a le droit d'obtenir une audition en vue d'obtenir sa semi-liberté après avoir purgé le sixième de sa peine puisqu'au moment où il a commis l'infraction en 1991, cette période était prévue sous la Loi sur la libération conditionnelle—La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition fixant la période d'inéligibilité au tiers moins six mois n'était entrée en vigueur qu'en novembre 1992—Il soumet que l'art. 11(*i*) de la Charte est applicable puisqu'il prévoit que tout inculpé a le droit de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence—La demande en *mandamus* est rejetée—La Loi sur le service correctionnel et la mise en liberté sous condition n'entre en jeu que lorsqu'une peine a été imposée à un détenu et qu'il doit maintenant la purger—Elle gère l'exécution de la peine imposée par les cours criminelles et pénales et n'impose

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

donc pas de «peine» au sens de l'art. 11(i)—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(1(c)), 120—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, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 11.

BERENSTEIN C. CANADA (COMMISSION DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-532-96, juge Rouleau, ordonnance en date du 4-4-96, 7 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

Droits de la personne—Requête en ordonnance pour interdire au tribunal des droits de la personne d'entendre la plainte de discrimination qui reproche au conseil de la bande indienne de Gordon d'avoir refusé à l'intimée Laslo un logement dans la réserve à cause de son sexe, de sa race ou de son état matrimonial—Requête fondée sur l'art. 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, aux termes duquel celle-ci est sans effet sur la Loi sur les Indiens—Requête rejetée—À la lumière du précédent *Procureur général du Canada c. Cumming*, [1980] 2 C.F. 122 (1<sup>re</sup> inst.), la Cour peut rendre une ordonnance dans ce sens s'il y a un point de droit clair et distinct issu de faits qui ne sont pas contestés—En l'espèce, les témoignages se contredisent sur la question de savoir pourquoi exactement M<sup>me</sup> Laslo s'est vu refuser un logement—Les intimés ne pourront présenter proprement leurs arguments qu'à la suite de conclusions sur les faits, lesquelles ne pourront être tirées qu'après audition en règle des preuves et témoignages—L'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne à la plainte de M<sup>me</sup> Laslo ne représente pas un point de droit clair et distinct, à la lumière de faits qui ne sont pas contestés—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 67.

CONSEIL DE LA BANDE INDIENNE DE GORDON C. LASLO (T-988-95, juge Campbell, ordonnance en date du 13-3-96, 4 p.)

**PRATIQUE****COMMUNICATION DE DOCUMENTS  
ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Interrogatoire préalable*

Requête du défendeur en vue d'une ordonnance contraignant le demandeur, en vertu de la Règle 461, à fournir des réponses écrites à cinq questions contestées—Questions

**PRATIQUE—Suite**

demandant au demandeur quels événements ou allégations de la déclaration fondés sur des récits oraux sont pertinents et doivent obtenir réponse—Questions demandant au demandeur de préciser les événements précis à l'égard desquels chacune des quatre personnes identifiées ont des récits de la tradition orale également pertinents, mais ayant obtenu une réponse suffisante—La question demandant au demandeur de fournir les textes des récits oraux n'a pas à obtenir de réponse puisque la Cour ne peut ordonner la production d'une documentation qui ne semble pas exister—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 461.

MITCHELL C. M.R.N. (T-434-90, notaire Morneau, ordonnance en date du 29-3-96, 4 p.)

Appel d'une décision par laquelle le notaire adjoint a ordonné au déposant de se soumettre à un autre contre-interrogatoire et de fournir des réponses à certaines questions—Il a été ordonné au déposant de répondre à une question concernant les profits de la société dans la mesure de ses connaissances—L'avocat de l'appelante fait valoir qu'il devrait être ordonné au déposant de se renseigner s'il n'est pas au courant—Appel rejeté—Les questions se rapportent à des domaines que le déposant ne connaît pas ou n'a pas les moyens de connaître—Aucun droit à la communication de la preuve relativement à des questions soulevées dans les requêtes.

MERCK & CO. INC. C. APOTEX INC. (T-2408-91, juge Nadon, ordonnance en date du 27-3-96, 4 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Appel d'une décision de la Cour de l'impôt relative aux dépens d'une ordonnance adjoignant Helga Georg comme partie à un appel interjeté par l'intimée contre l'appelante et accordant des dépens procureur-client dans tous les cas—Appel accueilli—Sur la question des dépens, le juge aurait dû être saisi d'éléments de preuve attestant l'indigence de la partie et n'aurait pas dû s'appuyer sur la simple déclaration intéressée et non assermentée de la partie elle-même—Sur la question des dépens procureur-client, il s'agit d'une mesure exceptionnelle qui ne doit être accordée qu'en raison d'une faute reliée au litige—De plus, l'avocat n'a pas eu la possibilité de faire des observations sur la question des dépens procureur-client—Le principe de justice naturelle de l'*audi alteram partem* exige que l'avocat ait la possibilité de défendre sa cause—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 174(3)b) (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 55(2); 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58; 1988, ch. 61, art. 20(3)).

CANADA C. HASSANALI, SUCCESSION (A-729-95, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 28-3-96, 6 p.)

## PRATIQUE—Suite

## RENVOIS

Appel du refus d'accorder une ordonnance de disjonction en vertu de la Règle 480—Action en contrefaçon de brevet soulevant des questions de validité—Demanderesse se réservant le droit de demander une comptabilisation des profits—Juge des requêtes exigeant «des circonstances exceptionnelles et des questions extraordinairement complexes»—Appel accueilli—Le juge des requêtes a fixé un seuil trop élevé—Le critère approprié est énoncé dans *Brouwer Turf Equipment Ltd. c. A and M Sod Supply Ltd.*, [1977] 1 C.F. 51 (C.A.)—Si la disjonction n'est pas ordonnée, la communication couvrira l'ensemble des activités des défenderesses concernant 15 000 produits, bien que la contrefaçon ne se rapporte qu'à un seul d'entre eux; cela suffit à faire pencher la balance en faveur de l'octroi de la disjonction—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 480.

DEPUY (CANADA) LTD. C. JOINT MEDICAL PRODUCTS CORP. (A-395-95, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 27-3-96, 4 p.)

## SUSPENSION D'INSTANCE

Impôt sur le revenu—Appel d'une ordonnance de la section de première instance (*Del Zotto c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1995] F.C.J. n° 1359) annulant partiellement une ordonnance de sursis émise par la Section de première instance—La constitutionnalité de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu a été contestée dans deux actions—L'annulation partielle du sursis a été ordonnée *proprio motu* par le juge chargé de la gestion des cas au cours de l'audition d'une autre requête (pour modifier les plaidoiries et joindre les instances en vue de l'instruction) au motif que la Couronne subirait autrement un préjudice non indemnisable par l'octroi des dépens—Appel accueilli—Le juge chargé de la gestion des cas a outrepassé la compétence que lui confère la Règle 420—L'art. 50(3) de la Loi sur la Cour fédérale, autorisant la Cour à annuler les sursis, n'a pas été invoqué—Les considérations applicables aux injonctions interlocutoires (une question sérieuse à juger, un préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients) s'appliquent à l'octroi d'un sursis comme à la levée de celui-ci—Une fois l'ordonnance de sursis accordée, la compétence pour lever cette ordonnance, conférée par l'art. 50(3) de la Loi, doit être exercée sur présentation d'une requête appuyée par des éléments de preuve appropriés établissant que les faits à partir desquels le sursis a initialement été accordé ont changé suffisamment pour en justifier la levée totale ou partielle—Aucune preuve de ce genre n'a été présentée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.4 (édité par L.C. 1986, ch. 6, art. 121)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663,

## PRATIQUE—Fin

Règle 420—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(3).

NOBLE C. CANADA (A-666-95, A-665-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 1-3-96, 10 p.)

## RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par un arbitre en vertu du Code canadien du travail—Le requérant est pilote—Il a été à l'emploi de l'intimé pendant environ vingt mois lorsqu'il a été congédié en raison de son attitude et de son comportement, sans avoir reçu un avis écrit formel—Il a déposé une plainte en vertu des art. 240 et s. du Code canadien du travail, alléguant le caractère injuste de son congédiement—L'arbitre a déclaré que le congédiement du requérant était justifié—Selon le requérant, la décision de l'arbitre doit être annulée puisqu'elle est entachée d'une erreur de droit manifestement déraisonnable en interprétant et appliquant erronément la notion du préjudice virtuel et en affirmant que rien n'oblige un employeur à se soumettre à une règle de gradation des sanctions, en l'absence d'une convention collective—De plus, selon le requérant, l'arbitre a rendu une décision fondée sur une conclusion de faits erronée en concluant que le requérant a été averti que s'il n'y avait pas de changement dans son comportement et son attitude, son emploi serait terminé—La demande de contrôle judiciaire est rejetée—L'arbitre a bien appliqué le principe de préjudice virtuel—De plus, la preuve soutient la conclusion de l'arbitre que le requérant a été averti de la situation et que, puisque le requérant travaillait pour une compagnie privée qui n'était pas régie d'une convention collective, cela suffisait—En ce qui concerne les conclusions de faits qui ont été tirées par l'arbitre, l'arbitre est le maître des faits et l'appréciation de la preuve est de son ressort exclusif—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 15), 242 (mod., *idem*, art. 16), 243.

SIMARD C. TRANSPORT AÉRIEN ROYAL (T-2660-94, juge Rouleau, ordonnance en date du 25-3-96, 8 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de l'agent des affaires du travail concernant une plainte pour congédiement injuste—Après plusieurs renouvellements d'un contrat de travail à durée déterminée, le requérant fut avisé par écrit dans les délais prévus, que son contrat ne serait pas renouvelé—Le requérant a déposé une plainte pour congédiement injuste auprès de Travail Canada en vertu des art. 240 et s. du Code canadien du travail—L'intimé agent des affaires du travail fut chargé de faire enquête dans le dossier—Après son enquête, il refusa la demande du requérant de faire rapport au ministre du travail afin qu'un arbitre soit nommé—Selon lui, le non-renouvellement d'un

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

contrat à durée déterminée ne constituait pas un congédiement au sens du Code—Selon le requérant, l'existence ou non d'un congédiement fait partie de la compétence exclusive de l'arbitre en vertu de l'art. 242 et non de l'inspecteur—La demande de contrôle judiciaire est rejetée—L'existence d'un congédiement est une condition préliminaire de recevoir une plainte selon l'art. 240(1) de la Loi—Malgré le silence du législateur sur ce point, il revient à l'inspecteur de refuser une plainte pour le motif qu'il ne s'agit pas en fait d'un congédiement—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 15), 242 (mod., *idem*, art. 16).

LEMIEUX C. CANADA (AGENT DES AFFAIRES DU TRAVAIL, DEVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (T-45-95, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 27-3-96, 10 p.)

Appel d'un jugement de la Section de première instance qui a rejeté une demande de contrôle judiciaire attaquant la décision du ministre au motif qu'elle ne respectait pas les règles de l'équité procédurale—L'appelante a été sommée de répondre à certaines accusations portées en vertu de l'art. 148(1) et (4) du Code canadien du travail—Le ministre du Travail avait préalablement donné son consentement auxdites poursuites tel que l'exige l'art. 149(1) du Code—L'appel est rejeté—Le rôle du ministre n'est pas celui d'un arbitre impartial mais bien celui d'un officier public chargé de l'administration d'une loi particulière—La seule conséquence de sa décision était de permettre que les plaintes soient déposées devant la Cour des poursuites sommaires—Dès ce moment, l'appelante avait droit à toute la gamme des protections procédurales—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 148(1),(4), 149(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 4).

QUEBEC NORTH SHORE & LABRADOR RAILWAY CO. C. CANADA (MINISTRE DU TRAVAIL) (A-24-96, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 23-4-96, 4 p.)

**RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ**

Demande de suspension de l'audition prévue devant le Comité de surveillance des activités de renseignement de

**RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ—Fin**

sécurité en attendant une décision sur la demande de prohibition et de *certiorari*—Le requérant s'est vu rejeter sa demande de citoyenneté sur la base des renseignements et avis du SCRS selon lesquels il y avait lieu de croire qu'il s'engagerait dans des activités constituant des menaces envers la sécurité du Canada—Enquête menée par le Comité de surveillance pour examiner l'évaluation faite par le SCRS—Un «résumé des circonstances», résumant les renseignements dont disposait le Comité de surveillance concernant les circonstances qui ont donné lieu à l'établissement d'un rapport ministériel a été fourni au requérant—Les principes pertinents devant s'appliquer pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une suspension ont été réaffirmés par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311: question sérieuse à juger, préjudice irréparable, prépondérance des inconvénients—Pour ce qui est de la question sérieuse à juger, le requérant a prétendu qu'il existait une crainte raisonnable de partialité personnelle et générale à l'égard du Comité de surveillance et de tous ses membres, en raison principalement de la déclaration faite dans le Rapport sur le Heritage Front et qui était d'accord avec la décision de placer une source humaine au sein du mouvement pour la suprématie de la race blanche pour faire enquête sur une menace envers la sécurité du Canada—Aucune preuve de crainte raisonnable de partialité—Bien que le requérant ait été mentionné dans le Rapport sur le Heritage Front, établi par le Comité de surveillance dans l'exercice de ses fonctions de contrôle général, il n'y a été tiré aucune conclusion quant à la question de savoir si ses activités alléguées constituaient une menace envers la sécurité du Canada—Le requérant a également omis de produire suffisamment d'éléments de preuve pour établir qu'il subirait un préjudice irréparable si la suspension demandée était refusée—Quant à la prépondérance des inconvénients, l'intérêt public exige que le comité de surveillance soit autorisé à exercer des fonctions légales pour fournir un rapport au gouverneur en conseil en vertu des dispositions de la Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 19(6).

ZUNDEL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-567-96, juge McGillis, ordonnance en date du 21-3-96, 13 p.)





**MAIL  POSTE**

Canada Post Corporation/Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail****Poste-lettre****8801320****Ottawa***If undelivered, return COVER ONLY to:***Canada Communication Group — Publishing  
45 Sacré-Coeur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9***En cas de non-livraison,***retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:  
Groupe Communication Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Coeur,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9**