



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1999, Vol. 2, Part 1**

**1999, Vol. 2, 1<sup>er</sup> fascicule**



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 Manager  
LAURA VANIER

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

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

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

Publié par

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

---

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

---

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des 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, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.*

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Digests .....	D-1
Appeals Noted .....	I
Canadian Broadcasting Corp. v. Paul (T.D.) .....	3

Human rights — Allegations of age, sex discrimination against CBC — Jurisdiction of CHRC due to paramountcy of CHRA, s. 41(1) over collective agreement arbitration of differences provision of Canada Labour Code — Decision to appoint Tribunal quashed as material omissions in investigator's report casting serious doubts on investigator's neutrality, insufficient evidence upon which to base decision — Disclosure of conciliator's report to CHRC, thereby revealing parties' position without parties' consent, vitiating decision to appoint Tribunal as based on material not properly before it, in breach of Act and undermining purpose of confidential negotiations, mediation scheme.

Labour relations — Collective agreement arbitration of differences provision of Canada Labour Code superseded by CHRA, s. 41(1) in case of discrimination complaint.

### Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) .....

33

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Practice — Application for citizenship left in abeyance more than three years on ground CSIS investigation not concluded — Unreasonable delay — Where applicant *prima facie* satisfying conditions precedent specified in Citizenship Act, s. 5(1) and where demand for performance, authorities have duty to act — *Mandamus* — Registrar of Citizenship must inform CSIS unless justification for continuing investigation provided as soon as Registrar shall

Continued on next page

## SOMMAIRE

Fiches analytiques .....	F-1
Appels notés .....	I
Société Radio-Canada c. Paul (1 <sup>re</sup> inst.) .....	3

Droits de la personne — Allégations de discrimination fondée sur le sexe ou l'âge contre la SRC — La compétence de la CCDP est due au caractère prédominant de l'art. 41(1) de la LCDP sur la disposition d'arbitrage des désaccords relatifs à une convention collective du Code canadien du travail — La décision de constituer un tribunal a été annulée à cause d'omissions importantes dans le rapport d'enquête laissant planer un doute sérieux sur la neutralité de l'enquêteur, de l'insuffisance de la preuve pour fonder la décision — La divulgation du rapport du conciliateur à la CCDP, dévoilant ainsi les positions des parties sans leur consentement, a vicié la décision de constituer un tribunal car elle était fondée sur des éléments de preuve dont on ne disposait pas légitimement, en violation de la Loi et minant le but des négociations confidentielles et le processus de médiation.

Relations du travail — Dans un cas de plainte de discrimination, l'art. 41(1) de la LCDP a préséance sur la disposition d'arbitrage des désaccords relatifs à une convention collective du Code canadien du travail.

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

33

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Pratique — Demande de citoyenneté restée sans réponse plus de trois ans au motif que l'enquête du SCRS n'était pas terminée — Délai déraisonnable — Lorsqu'un demandeur rencontre *prima facie* les conditions préalables prévues à l'art. 5(1) de la Loi sur la citoyenneté et qu'il y a une demande d'exécution, il y a un devoir d'agir de la part des autorités — *Mandamus* — Le greffier de la citoyenneté doit informer le SCRS qu'à défaut de justifier la poursuite de

Suite à la page suivante

## CONTENTS (Continued)

consider appropriate, investigation will be considered closed and application will be forwarded to citizenship judge to consider and decide application.

Security intelligence — Registrar of Citizenship causing inquiries to be commenced following application for citizenship — After three years, CSIS investigation still not complete — Unreasonable delay — CSIS has usurped decision-making powers of Registrar, citizenship judge — Requirements for writ of *mandamus* met.

Administrative law — Judicial review — *Mandamus* — Unreasonable delay — CSIS investigation following application for citizenship — After three years, investigation still not complete — To allow CSIS to indefinitely delay conclusion of investigation and thereby prevent Registrar from submitting application to citizenship judge amounting to usurping powers conferred on Registrar, citizenship judge by Act — Where applicant *prima facie* meets requirements listed in Act, s. 5(1) and demand for performance made, authorities having duty to act and requirements for writ of *mandamus* met.

### **Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd. (C.A.) . . . . . 175**

Practice — Costs — Fixing costs following S.C.C. decision allowing appeal from F.C.A. “with costs to appellant (Novopharm) throughout” — Jurisdiction in F.C.A. to entertain motion for lump sum in lieu of taxation — Any discretionary power granted by r. 400 (giving Federal Court full discretionary power over amount, allocation of costs) whose exercise not inconsistent with award of costs by S.C.C. can be exercised in giving effect to award of costs in Federal Court by S.C.C. on appeal — No justification for enhanced costs — Jurisdiction in present F.C.A. judge, under r. 3, to hear present motion, but, normally, applying Supreme Court Act, s. 51 and r. 403(3), F.C.A. judge who signed judgment reversed on appeal by S.C.C. appropriate judge to hear motion for direction herein — In future, preferable motions under r. 403 include request they be brought before judge who signed judgment “or such other judge as Chief Justice may direct”.

Practice — Variation of time — Motion for extension of time granted partly as new Rules came into effect shortly before motion for special directions as to costs filed —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l'enquête dans les meilleurs délais que le greffier jugera appropriés, il considérera celle-ci close et acheminera la demande à un juge de la citoyenneté pour qu'il statue sur la demande.

Renseignement de sécurité — Lors du dépôt d'une demande de citoyenneté, le registraire de la citoyenneté a fait entreprendre les enquêtes appropriées — Demande d'enquête lors du dépôt d'une demande de citoyenneté — Après trois ans, l'enquête du SCRS n'était pas complétée — Délai déraisonnable — Le SCRS s'est arrogé des pouvoirs décisionnels du greffier et du juge de la citoyenneté — Les conditions d'émission d'un bref de *mandamus* sont remplies.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Mandamus* — Délai déraisonnable — Enquête du SCRS à la suite d'une demande de citoyenneté — Après trois ans, l'enquête n'était toujours pas complétée — Permettre au SCRS de retarder indéfiniment la conclusion de son enquête et ainsi empêcher le greffier de soumettre la demande au juge de la citoyenneté équivaut à une usurpation des pouvoirs conférés par la Loi au greffier et au juge de la citoyenneté — Lorsqu'un demandeur rencontre *prima facie* les conditions préalables prévues à l'art. 5(1) de la Loi sur la citoyenneté et qu'il y a une demande d'exécution, il y a un devoir d'agir de la part des autorités et les conditions d'émission d'un bref de *mandamus* sont remplies.

### **Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd. (C.A.) . . . . . 175**

Pratique — Frais et dépens — Fixation des dépens à la suite d'un arrêt de la C.S.C. accueillant un pourvoi à l'encontre d'une décision de la C.A.F. «avec dépens en faveur de l'appelant dans toutes les cours» — Compétence de la C.A.F. d'entendre la requête visant l'adjudication d'une somme globale au lieu des dépens taxés — Pour donner effet à l'adjudication par la C.S.C. de dépens afférents à un jugement de la Cour fédérale, tout pouvoir discrétionnaire prévu par la règle 400 (conférant à la Cour fédérale entière discrétion quant au montant des dépens et leur répartition) qui n'est pas incompatible avec cette adjudication peut être exercé — La demande d'accroissement des dépens n'est pas fondée — En vertu de la règle 3, le juge a compétence pour entendre la présente requête pour directives, mais en application de l'art. 51 de la Loi sur la Cour suprême et de la règle 403(3), il appartiendrait normalement au juge ayant signé le jugement infirmé par la C.S.C. de l'entendre — Il serait préférable, à l'avenir, d'assortir une requête fondée sur la règle 403 d'une demande d'audition devant le juge ayant signé le jugement «ou tout autre juge désigné par le juge en chef».

Pratique — Modification des délais — La requête pour prorogation de délai est accueillie notamment parce que les nouvelles Règles sont entrées en vigueur peu de temps avant

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

However, allowing some flexibility because of newness of Rules must be practice of short duration.

### **Fairford First Nation v. Canada (Attorney General) (T.D.)** ..... 48

Native peoples — Lands — Indian Band suing Crown Federal for breach of fiduciary duty relating to construction of dam by Manitoba — Dam causing extensive flooding on Indian reserve — Manitoba accepting responsibility for flooding, providing Band with compensation land — Crown refusing to ratify compensation agreement, but accepting transfer of compensation lands — Band not satisfied with compensation land for losses suffered by members — Whether Crown liable for breach of fiduciary duty owed to Band — Plaintiffs' case based on Indian Act, s. 18(1) — Fiduciary duty arising only upon surrender of land to Crown — Defendant in breach of fiduciary duty to Band in failing to address deficiencies of compensation agreement in timely manner, to consult with Band.

Crown — Action for breach of fiduciary duty by Indian Band following construction of dam by Manitoba on Indian Reserve — Band members allegedly suffering loss from breach of fiduciary duties owed to Band — Relying on Indian Act, s. 18(1) to argue defendant breached fiduciary duty in study, planning approval of dam — Case law on fiduciary duty reviewed — Dependency, vulnerability requirement indispensable to fiduciary duty — For fiduciary duty to arise, one party must have ceded power to other — No fiduciary duty herein under reasonable expectations, ceding of power-vulnerability approaches — Actions taken by defendant public law duties, not giving rise to fiduciary relationship — Defendant acting in conformity with Indian Act in permitting Manitoba to use Reserve for coffer dam, in obtaining Band Council resolution authorizing such use — Defendant having no discretion, power to control operation of dam — Not breaching fiduciary duty in failing to use provisions of Navigable Waters Protection Act as leverage to exact concessions from Manitoba respecting flooding of Reserve land — Duty of consultation on Crown in questions involving surrenders of reserve land, extending to dispositions of reserve land by defendant under Indian Act, s. 35 — Consultation conducted in 1971 between Indian Affairs, Band Council according with standard of consultation prescribed by S.C.C. — Defendant in breach of fiduciary duty to Band from 1978 to 1984 in failing to address deficiencies of compensation agreement in timely

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

le dépôt de la requête pour directives concernant les dépens — Toutefois, la souplesse dont la Cour fait preuve, en raison de la nouveauté des Règles, sera temporaire.

### **Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général) (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 48

Peuples autochtones — Terres — Une bande indienne a poursuivi la Couronne fédérale par suite de la violation d'une obligation fiduciaire se rapportant à la construction d'un barrage par le Manitoba — Le barrage avait causé de grosses inondations dans la réserve indienne — Le Manitoba avait reconnu être responsable des inondations et avait remis à la bande des terres de remplacement — La Couronne avait refusé de ratifier l'accord d'indemnisation, mais avait accepté le transfert des terres de remplacement — La bande n'était pas satisfaite des terres de remplacement remises par suite des pertes subies par ses membres — La question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande — La cause des demandeurs était fondée sur l'art. 18(1) de la Loi sur les Indiens — L'obligation fiduciaire ne prenait naissance qu'au moment de la cession des terres en faveur de la Couronne — Le défendeur avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande en omettant de remédier aux lacunes de l'accord d'indemnisation en temps opportun et en omettant de consulter la bande.

Couronne — Action fondée sur la violation d'une obligation fiduciaire intentée par une bande indienne à la suite de la construction d'un barrage par le Manitoba dans une réserve indienne — Les membres de la bande auraient subi des pertes par suite de la violation d'obligations fiduciaires envers la bande — Les demandeurs se fondaient sur l'art. 18(1) de la Loi sur les Indiens pour soutenir que le défendeur avait violé son obligation fiduciaire au moment de l'étude, de la planification et de l'approbation du barrage — Examen de la jurisprudence relative à l'obligation fiduciaire — L'exigence relative à la dépendance et à la vulnérabilité est indispensable pour qu'il y ait obligation fiduciaire — Pour qu'une obligation fiduciaire prenne naissance, une partie doit avoir cédé un pouvoir à l'autre — En l'espèce, il n'existait aucune obligation fiduciaire, que ce soit selon l'approche des attentes raisonnables ou selon l'approche de la cession de pouvoir et de la vulnérabilité — Les mesures prises par le défendeur étaient des obligations de droit public ne donnant pas naissance à un rapport fiduciaire — Le défendeur a agi conformément à la Loi sur les Indiens en permettant au Manitoba d'utiliser la réserve aux fins de la construction d'un batardeau et en obtenant une résolution du conseil de la bande autorisant pareille utilisation — Le défendeur n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de contrôler l'exploitation du barrage — Il n'a pas violé son obligation fiduciaire en omettant d'utiliser les dispositions de la Loi sur la protection des eaux navigables pour obtenir des conces-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

manner, in failing to consult with Band — From September 1984 to February 1986, defendant's actions, except for failure to consult, diligent, consistent with those expected of fiduciary.

Practice — Limitation of actions — Six-year limitation period on plaintiffs' claims under The Limitation of Actions Act, s. 2(1)(k) of Manitoba — Claims arising before September 15, 1987 statute-barred — Continuing breach of fiduciary duty argument without merit — Period of limitation to run in respect of each alleged breach — Time beginning to run upon discovery of cause of action — Delay, failures to consult occurring more than six years before statement of claim filed on September 15, 1993 — Issue when plaintiffs, with reasonable diligence, could have discovered causes of action against defendant — Plaintiffs' cause of action for delay between 1978 and September 1984 not statute-barred — Cause of action for failure to consult between September 1984 and February 1986 statute-barred in February 1992.

### **Musqueam Indian Band v. Glass (C.A.) ..... 138**

Native peoples — Lands — Lots located on Indian reserve, surrendered to Crown by Indian Band for leasing — Crown entering into Master Agreement with private developer to subdivide land, install services — Developer receiving leases for each subdivided lot, assigning them to individuals for residential use — Annual rent under lease to be 6% of "current land value" — Whether "current land value" meaning value of 99-year leasehold on Indian Reserve or fee simple value of land — Parties intending Band to be entitled to receive as rent 6% of fee simple value of land — Band's intention to receive fair, conservative return on value of capital investment — Case law on Aboriginal land valuation reviewed — "Current land value" meaning fee simple value of land — Indian reserve feature not diminishing market value of property — Trial Judge wrong in imposing 50%

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sions du Manitoba à l'égard de l'inondation des terres de la réserve — L'obligation de consultation qui incombe à la Couronne en ce qui concerne la cession de terres d'une réserve s'étend aux aliénations de terres de la réserve par le défendeur en vertu de l'art. 35 de la Loi sur les Indiens — La consultation qui a eu lieu en 1971 entre les Affaires indiennes et le conseil de la bande était conforme à la norme de consultation prescrite par la C.S.C. — Le défendeur a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande entre 1978 et 1984 en omettant de remédier aux lacunes de l'accord d'indemnisation en temps opportun et en omettant de consulter la bande — Du mois de septembre 1984 au mois de février 1986, les mesures prises par le défendeur, à l'exception de l'omission de consulter, ont été prises avec diligence et étaient conformes à ce à quoi l'on peut s'attendre d'un fiduciaire.

Pratique — Prescription — Prescription de six ans à l'égard des demandes présentées par les demandeurs en vertu de l'art. 2(1)(k) de la Loi sur la prescription du Manitoba — Les demandes qui ont pris naissance avant le 15 septembre 1987 sont prescrites — L'argument fondé sur la violation continue de l'obligation fiduciaire n'est pas fondé — Le délai de prescription commence à courir à l'égard de chaque violation alléguée — Le délai commence à courir au moment de la découverte de la cause d'action — Le retard et l'omission de consulter se sont produits plus de six ans avant que la déclaration eut été déposée, le 15 septembre 1993 — La question était de savoir à quel moment les demandeurs auraient pu découvrir, s'ils avaient fait preuve d'une diligence raisonnable, les causes d'action contre le défendeur — La cause d'action des demandeurs fondée sur le fait que la Couronne a tardé à agir entre 1978 et le mois de septembre 1984 n'est pas prescrite — La cause d'action fondée sur l'omission de consulter entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986 est prescrite depuis le mois de février 1992.

### **Bande indienne de Musqueam c. Glass (C.A.) .... 138**

Peuples autochtones — Terres — Lots situés sur une réserve indienne, cédés à la Couronne par une bande indienne à des fins de location — La Couronne a conclu une entente cadre avec un promoteur privé en vue de faire un plan de lotissement du terrain et d'y fournir des services — Le promoteur a reçu des baux pour chacun des lots et les a cédés à des particuliers à des fins résidentielles — Le bail précisait que le loyer annuel équivaldrait à 6 % de la «valeur courante du terrain» — La «valeur courante du terrain» désignait-elle la valeur d'un droit de tenure à bail de 99 ans sur la réserve indienne ou la valeur du terrain détenu en pleine propriété? — L'intention des parties était que la bande avait le droit de recevoir, à titre de loyer, 6 % de la valeur de la pleine propriété — L'intention de la bande était de s'assurer un rendement équitable et modéré sur la valeur des investisse-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

reduction on reserve land — Parties intending land to be valued in unserviced form — Costs of servicing, development to be deducted from fee simple value of lots to determine “current land value”.

### **Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.)** ..... 185

Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Judicial review of immigration officer’s decision applicant ineligible pursuant to Immigration Act, s. 44 to have refugee status claim referred to CRDD because removal order against him not executed — Respondent submitting constitutionality of s. 44(1) must be raised by way of action, not by application for judicial review under Federal Court Act, s. 18.1 because applicant not seeking declaratory relief, immigration officer not having authority to make constitutional determinations — Court may grant declarations of invalidity under s. 18.1(3)(b) giving Court power to “declare invalid or unlawful” decision of federal board, commission, tribunal — Under s. 18.1(4)(f), F.C.T.D. may grant relief where federal board, commission tribunal acting in any other way contrary to law, Court may consider constitutional arguments even where tribunal whose decision under review cannot make constitutional decisions.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Judicial review of immigration officer’s decision applicant ineligible pursuant to Immigration Act, s. 44 to have refugee status claim referred to CRDD because removal order against him not executed — Applicant voluntarily leaving Canada after exclusion order issued, but without confirming departure with immigration authorities — S. 54 making it clear Minister’s consent required when person voluntarily executing deportation order — Failure to obtain consent resulting in removal order not being executed — Questions certified: (1) does senior immigration officer have jurisdiction, either at common law or pursuant to Charter, s. 7, Constitution Act, 1982, s. 52(1), to reconsider re-opening hearing which resulted in issuance of removal order for person to claim protection as Convention refugee; (2) if so, is such jurisdiction

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

ments — Revue de la jurisprudence sur l’évaluation de terres autochtones — La «valeur courante du terrain» signifie la valeur d’un terrain détenu en pleine propriété — Le fait qu’une propriété soit située sur une réserve indienne ne diminue pas sa valeur marchande — Le juge de première instance a commis une erreur en imposant une réduction de 50 % à des terres situées sur une réserve — L’intention des parties était que les terrains soient évalués avant d’avoir été viabilisés — Les frais de service et de mise en valeur doivent être soustraits de la valeur des lots détenus en pleine propriété pour déterminer la «valeur courante du terrain».

### **Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 185

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire de la décision d’un agent d’immigration déclarant que le demandeur ne pouvait voir sa demande de statut de réfugié renvoyée à la SSR en vertu de l’art. 44 de la Loi sur l’immigration du fait qu’il était frappé d’une mesure de renvoi non exécutée — Selon le défendeur, la question de la constitutionnalité de l’art. 44(1) doit être soulevée par voie d’action et non par le biais d’un recours en contrôle judiciaire fondé sur l’art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale puisque le demandeur ne cherche pas à obtenir un jugement déclaratoire, l’agent d’immigration n’ayant pas compétence pour trancher des questions d’ordre constitutionnel — La Cour peut rendre des déclarations d’invalidité en vertu de l’art. 18.1(3)(b) qui lui donne compétence pour «déclarer nulle ou illégale» toute décision d’un office fédéral — En vertu de l’art. 18.1(4)(f), la Section de première instance de la Cour fédérale peut trancher tout cas où l’office fédéral a agi illégalement et la Cour peut se prononcer sur des arguments d’ordre constitutionnel même si le tribunal administratif dont la décision fait l’objet d’un recours en contrôle judiciaire n’est pas habilité à trancher des questions d’ordre constitutionnel.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d’enquête en matière d’immigration — Contrôle judiciaire de la décision d’un agent d’immigration déclarant que le demandeur ne pouvait voir sa demande de statut de réfugié renvoyée à la SSR en vertu de l’art. 44 de la Loi sur l’immigration du fait qu’il était frappé d’une mesure de renvoi non exécutée — Le demandeur a quitté le Canada volontairement sans en informer les services d’immigration, alors qu’il était frappé par une mesure d’exclusion — L’art. 54 précise que l’autorisation du ministre est requise pour qu’un départ volontaire constitue l’exécution d’une mesure d’expulsion — L’autorisation n’ayant pas été obtenue, la mesure de renvoi n’a pas été exécutée — Questions certifiées: 1) l’agent principal d’immigration a-t-il compétence, en vertu de la common law ou des art. 7 de la Charte, ou 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, pour

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

tion limited to instances where breach of natural justice in respect of original decision?

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of immigration officer's decision applicant ineligible to have refugee status claim referred to CRDD — Applicant voluntarily leaving Canada after exclusion order against him issued, but without confirming departure with immigration authorities — On return to Canada, again claiming refugee status alleging persecution in Pakistan — Immigration Act, s. 44 prohibiting person against whom removal order made, but not executed, from seeking determination of Convention refugee claim — Applicant alleging s. 44 contrary to Charter, s. 7 guarantee not to be deprived of life, liberty, security of person except in accordance with principles of fundamental justice — Eligibility screening to make claim to refugee status not infringing Charter, s. 7 — Parliament having right to declare certain persons ineligible to make refugee claim — S. 7 not engaged.

## SOMMAIRE (Fin)

examiner la possibilité de rouvrir l'audience qui s'est soldée par une mesure d'exclusion afin de permettre à une personne de réclamer le statut de réfugié au sens de la Convention; 2) si oui, cette compétence est-elle restreinte aux instances où la décision initiale est entachée d'un manquement aux règles de justice naturelle?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration déclarant que le demandeur ne pouvait voir sa demande de statut de réfugié renvoyée à la SSR — Le demandeur a quitté le Canada volontairement sans en informer les services d'immigration, alors qu'il était frappé par une mesure d'exclusion — De retour au Canada, il redemande le statut de réfugié au motif qu'il a été l'objet de persécutions au Pakistan — L'art. 44 de la Loi sur l'immigration prévoit qu'une personne frappée d'une mesure de renvoi non exécutée ne peut revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention — Le demandeur allègue que l'art. 44 est incompatible avec l'art. 7 de la Charte qui prévoit qu'on ne peut porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en vertu des principes de justice fondamentale — Le filtrage des demandes de statut de réfugié ne contrevient pas à l'art. 7 de la Charte — Le Parlement peut déclarer que certaines personnes ne seront pas admises à présenter une demande de statut de réfugié — L'art. 7 ne s'applique pas en l'instance.



## **APPEALS NOTED**

### **FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Timmins v. Canada*, [1996] 3 F.C. 436 (T.D.), has been reversed on appeal (A-512-96). The reasons for judgment handed down 15/2/99, will be published in the *Federal Court Reports*.

## **APPELS NOTÉS**

### **COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

La décision *Timmins c. Canada*, [1996] 3 C.F. 436 (1<sup>re</sup> inst.), a été infirmée en appel (A-512-96). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 15-2-99, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.



**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1999, Vol. 2, Part 1**

**1999, Vol. 2, 1<sup>er</sup> fascicule**



T-431-97

T-431-97

**Canadian Broadcasting Corporation** (*Applicant*)**La Société Radio-Canada** (*demanderesse*)

v.

c.

**Leila Paul** (*Respondent*)**Leila Paul** (*défenderesse*)**INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP. v. PAUL (T.D.)****RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. PAUL (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Toronto, November 4; Ottawa, December 11, 1998.

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—Toronto, 4 novembre; Ottawa, 11 décembre 1998.

*Human rights — Allegations of age, sex discrimination against CBC — Jurisdiction of CHRC due to paramountcy of CHRA, s. 41(1) over collective agreement arbitration of differences provision of Canada Labour Code — Decision to appoint Tribunal quashed as material omissions in investigator's report casting serious doubts on investigator's neutrality, insufficient evidence upon which to base decision — Disclosure of conciliator's report to CHRC, thereby revealing parties' position without parties' consent, vitiating decision to appoint Tribunal as based on material not properly before it, in breach of Act and undermining purpose of confidential negotiations, mediation scheme.*

*Droits de la personne — Allégations de discrimination fondée sur le sexe ou l'âge contre la SRC — La compétence de la CCDP est due au caractère prédominant de l'art. 41(1) de la LCDP sur la disposition d'arbitrage des désaccords relatifs à une convention collective du Code canadien du travail — La décision de constituer un tribunal a été annulée à cause d'omissions importantes dans le rapport d'enquête laissant planer un doute sérieux sur la neutralité de l'enquêteur, de l'insuffisance de la preuve pour fonder la décision — La divulgation du rapport du conciliateur à la CCDP, dévoilant ainsi les positions des parties sans leur consentement, a vicié la décision de constituer un tribunal car elle était fondée sur des éléments de preuve dont on ne disposait pas légitimement, en violation de la Loi et minant le but des négociations confidentielles et le processus de médiation.*

*Labour relations — Collective agreement arbitration of differences provision of Canada Labour Code superseded by CHRA, s. 41(1) in case of discrimination complaint.*

*Relations du travail — Dans un cas de plainte de discrimination, l'art. 41(1) de la LCDP a préséance sur la disposition d'arbitrage des désaccords relatifs à une convention collective du Code canadien du travail.*

The respondent worked for the CBC as newsreader and reporter, mostly on late-night local television newscasts. The two collective agreements which governed her employment relations with the CBC both prohibited discrimination on any of the grounds listed in the *Canadian Human Rights Act* (CHRA). The respondent filed grievances in respect of two competitions (one in 1988, the other in 1989) for the position of weekday news anchor for the 6 p.m. News Centre Program, alleging that she was more qualified than the successful candidate. The grievances were later withdrawn, but before doing so, she had also filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (the Commission), alleging discrimination on the bases of age and sex in the 1989 competition, and on the basis of sex in the 1988 competition in which she had not even been an applicant. The investigation report (IR) prepared by a human rights officer resolved that a conciliator should be appointed. The conciliation efforts having proved unsuccessful, the Commission advised the parties that it had decided to refer the complaint to a Human Rights Tribunal. This was an application for judicial review of that decision.

La défenderesse travaillait pour la SRC comme présentatrice et reporter, principalement pour le bulletin télévisé d'informations locales de fin de soirée. Les deux conventions collectives qui régissaient ses relations de travail avec la SRC interdisaient la discrimination fondée sur les motifs énumérés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la LCDP). La défenderesse a déposé des griefs relativement à deux concours (un en 1988, l'autre en 1989) pour le poste de présentateur du bulletin d'informations de 18 h, pendant la semaine, *News Centre*, alléguant qu'elle était plus qualifiée que la candidate reçue. Les griefs ont par la suite été abandonnés, mais auparavant, elle avait également déposé une plainte, auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP), dans laquelle elle alléguait avoir été victime de discrimination en raison de son âge et de son sexe dans le concours de 1989 et en raison de son sexe dans le concours de 1988 pour lequel elle ne s'était même pas portée candidate. Le rapport d'enquête (le RE) préparé par un agent des droits de la personne concluait qu'un conciliateur devait être nommé. Les efforts de conciliation n'ayant pas porté fruit, la Commission a

Whereas subsection 41(1) of the CHRA gave the Commission jurisdiction to deal with complaints of discrimination, unless they could be more appropriately dealt with under another Act, the *Canada Labour Code* (section 57) provided that every collective agreement should contain an arbitration clause to settle all differences between the parties thereto. The collective agreements herein did contain that arbitration clause.

The issues were whether an arbitrator has exclusive jurisdiction over a complaint arising from an alleged violation of the CHRA when the impugned conduct is prohibited by the collective agreement which contains an arbitration clause; whether the IR, on which the Commission relied to determine whether to recommend the naming of a Tribunal, was sufficiently incomplete or biased to render the Commission's decision unreasonable; and whether the fact that the conciliator disclosed his report to the Commission, without the consent of the CBC, vitiated the Commission's decision to recommend the naming of a Tribunal.

*Held*, the application should be allowed.

Subsection 41(1) of the CHRA gives jurisdiction to the Commission to deal with any complaint arising from a collective agreement, unless it decides that the grievance procedure should be exhausted. The next question is whether section 57 of the *Canada Labour Code* may be construed as an exception to the jurisdiction of the Commission. In *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, the Supreme Court indicated that arbitration was clearly the forum preferred by the legislature for the resolution of disputes arising under collective agreements, but, in that case, the Court was not dealing with a statute like the CHRA, where the legislator has clearly provided another forum for disputes arising from allegedly discriminatory practices. Further, section 41 of the CHRA is a subsequent enactment to the section 57 *Canada Labour Code* provision. The earlier enactment is repealed by implication, in so far as it confers exclusive jurisdiction upon an arbitrator in matters specifically given, by the legislator, to the CHRC. And the courts have recognized the paramountcy of the CHRA, when a conflict arises between two pieces of legislation. Only a clear legislative pronouncement (absent herein) can oust the operation of paragraph 41(1)(a) of the CHRA. Therefore, the CHRC has full jurisdiction, over the arbitrator, to deal with discriminatory practices, unless, as provided by paragraph 41(1)(a), it appears to the CHRC that the alleged victim should exhaust the grievance procedures available.

avisé les parties qu'elle avait décidé de renvoyer la plainte à un tribunal des droits de la personne. Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

Tandis que le paragraphe 41(1) de la LCDP confère à la Commission la compétence voulue pour instruire les plaintes de discrimination, à moins que celles-ci ne soient traitées d'une façon plus appropriée par une autre loi, le *Code canadien du travail* (article 57) prévoyait que toute convention collective devrait contenir une clause d'arbitrage pour régler les désaccords entre les parties qu'elle régit. Les conventions collectives en l'espèce contenaient cette clause d'arbitrage.

Les questions en litige étaient de savoir si l'arbitre a une compétence exclusive à l'égard d'une plainte découlant de la violation alléguée de la LCDP lorsque la conduite reprochée est prohibée par la convention collective qui contient une clause d'arbitrage; si le RE, sur lequel la Commission s'est fondée pour déterminer si elle devait recommander qu'un tribunal soit constitué, était incomplet ou partial à un point tel que la décision de la Commission est déraisonnable; et si la décision que la Commission a prise de recommander qu'un tribunal soit constitué est viciée du fait que le conciliateur a communiqué son rapport à celle-ci sans le consentement de la SRC.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

Le paragraphe 41(1) de la LCDP confère à la Commission la compétence voulue pour instruire toute plainte découlant d'une convention collective, à moins que celle-ci ne décide que la procédure de règlement des griefs doit être épuisée. Il s'agit ensuite de savoir si l'article 57 du *Code canadien du travail* peut être interprété comme une exception à la compétence de la Commission. Dans l'arrêt *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704, la Cour suprême a dit que l'arbitrage était clairement la juridiction que la législature préfère pour le règlement des litiges qui résultent des conventions collectives; toutefois, dans cette affaire-là, la Cour n'examinait pas une loi comme la LCDP dans laquelle le législateur a clairement conféré compétence à un autre tribunal à l'égard des litiges découlant de présumés actes discriminatoires. En outre, l'article 41 de la LCDP a été édicté après l'article 57 du *Code canadien du travail*. La première disposition est abrogée implicitement, dans la mesure où elle confère une compétence exclusive à l'arbitre sur des questions que le législateur a expressément confiées à la CCDP. Les tribunaux ont reconnu le caractère prédominant de la LCDP, lorsqu'il y a conflit entre deux textes législatifs. Seule une disposition législative claire (absente en l'espèce) peut avoir pour effet d'annuler l'application de l'alinéa 41(1)a) de la LCDP. Par conséquent, la compétence de la CCDP l'emporte sur celle de l'arbitre, en ce qui concerne les actes discriminatoires, à moins que, comme le prévoit l'alinéa 41(1)a), il n'apparaisse à la CCDP que la victime alléguée doive épuiser la procédure de règlement des griefs qui lui est ouverte.



The CHRA provides that upon receipt of an investigation report, the CHRC has to determine whether there is a reasonable basis in the evidence (sufficient evidence) for proceeding to the next stage and appoint a Tribunal. In so doing, the CHRC must satisfy at least two conditions: neutrality and thoroughness. In the present case, the investigation report was biased, as a result of the omission of relevant material information (6 material facts), and the CHRC's decision to appoint a Tribunal should be quashed. Furthermore, the evidence upon which to base the decision to appoint a Tribunal was insufficient. Under section 7 of the CHRA, in order to provide the sufficient grounds necessary to appoint a Tribunal, specific material facts must be found, which link a possible discriminatory practice to the case under investigation. The evidence herein indicated only a "general tendency" toward a discriminatory practice within the organization.

There was a breach of procedural fairness when the CHRC received information from the respondent after the completion of the investigation report and after the CHRC had received the CBC's submissions on the investigation report. The CHRC should have alerted the parties as to the impact of the new evidence, which went to the heart of the case. The CBC should have been notified and given an opportunity to address the issues raised.

Finally, the CHRC's decision was based in part upon evidence that was not lawfully before it. Subsection 47(3) of the Act provides that information provided to the conciliator in the course of conciliation will be confidential, unless the parties consent to its disclosure. In this case, the conciliator, by giving his report to the CHRC, disclosed the positions of the parties, without the consent of the CBC. This was a breach of the Act and undermined the purpose of confidential negotiations and the entire mediation scheme, and vitiated the CHRC's decision to recommend the naming of a Tribunal.

This was not a case which should be sent back to the CHRC. The events in this case go back almost ten years and the Court has twice struck down, for bias or for lack of procedural fairness, the CHRC's request for a Tribunal. The parties need to have an end to this litigation.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 57.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 41(1) (as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49), (a),(b), 44 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64), 47.

La LCDP prévoit que, sur réception d'un rapport d'enquête, la CCDP doit déterminer s'il existe un fondement raisonnable dans la preuve (suffisamment d'éléments de preuve) pour passer à l'étape suivante et constituer un tribunal. Ce faisant, la CCDP doit satisfaire à au moins deux conditions: la neutralité et la rigueur. En l'espèce, le rapport d'enquête était partial parce que des renseignements pertinents importants ont été omis (6 faits importants), et la décision que la CCDP a prise de constituer un tribunal devrait être annulée. En outre, il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve justifiant la décision de constituer un tribunal. En vertu de l'article 7 de la LCDP, afin d'avoir des motifs suffisants pour constituer un tribunal, il faut constater l'existence de faits importants précis, établissant un lien entre un acte discriminatoire possible et l'affaire faisant l'objet de l'enquête. Les éléments de preuve en l'espèce ne tendaient seulement qu'à montrer qu'on a «généralement tendance» à agir d'une façon discriminatoire au sein de l'organisation.

Il y a eu violation des règles d'équité procédurale quand la CCDP a obtenu des renseignements de la défenderesse après que le rapport d'enquête eut été rédigé et après que la CCDP eut reçu les observations que la SRC avait à faire au sujet du rapport d'enquête. La CCDP aurait dû informer les parties des effets des nouveaux éléments de preuve, qui se rapportaient au nœud du litige. La SRC aurait dû être informée et aurait dû avoir la possibilité de répondre aux questions soulevées.

Enfin, la décision de la CCDP était fondée en partie sur des éléments de preuve dont elle ne disposait pas légitimement. Le paragraphe 47(3) de la Loi prévoit que les renseignements fournis au conciliateur dans le cadre de la conciliation sont confidentiels, à moins que les parties ne consentent à leur divulgation. En l'espèce, le conciliateur, en remettant son rapport à la CCDP, a divulgué les positions des parties, sans le consentement de la SRC. Cela constituait une violation de la Loi et cela minait le but des négociations confidentielles et tout le processus de médiation, et viciait la décision que la CCDP a prise de recommander qu'un tribunal soit constitué.

Il ne convenait pas dans ce cas-ci de renvoyer l'affaire à la CCDP. Les événements ici en cause se sont produits il y a près de dix ans et la Cour a annulé à deux reprises, pour cause de partialité et de manque d'équité procédurale, la demande de la CCDP pour que soit constitué un tribunal. Il faut mettre fin à ce litige.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 57.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 41(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49), (a),(b), 44 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup>

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1(3) (as enacted *idem*, s. 5).

*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35.

suppl.), ch. 31, art. 64), 47.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1(3) (édicte, *idem*, art. 5).

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; (1995), 36 C.R. (4th) 171; 178 N.R. 161; 79 O.A.C. 81; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 3 C.H.R.R. D/1163; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Canada (Attorney General) v. Boutilier*, [1999] 1 F.C. 459 (T.D.); *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (T.D.); *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; (1995), 125 D.L.R. (4th) 583; 30 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.E.L. (2d) 1; 24 C.C.L.T. (2d) 217; 95 CLLC 210-027; 30 C.R.R. (2d) 1; 183 N.R. 241; 82 O.A.C. 321; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; (1986), 73 N.B.R. (2d) 236; 28 D.L.R. (4th) 1; 184 A.P.R. 236; 86 CLLC 14,037; 68 N.R. 112.

##### REFERRED TO:

*Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354; (1995), 185 N.R. 107 (C.A.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Canadian Human Rights Commission et al.* (1993), 71 F.T.R. 214 (F.C.T.D.).

##### AUTHORS CITED

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

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; (1995), 36 C.R. (4th) 171; 178 N.R. 161; 79 O.A.C. 81; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 3 C.H.R.R. D/1163; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Canada (Procureur général) c. Boutilier*, [1999] 1 C.F. 459 (1<sup>re</sup> inst.); *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; (1995), 125 D.L.R. (4th) 583; 30 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.E.L. (2d) 1; 24 C.C.L.T. (2d) 217; 95 CLLC 210-027; 30 C.R.R. (2d) 1; 183 N.R. 241; 82 O.A.C. 321; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704; (1986), 73 N.B.R. (2d) 236; 28 D.L.R. (4th) 1; 184 A.P.R. 236; 86 CLLC 14,037; 68 N.R. 112.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354; (1995), 185 N.R. 107 (C.A.); *Société Radio-Canada c. Commission canadienne des droits de la personne et al.* (1993), 71 F.T.R. 214 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DOCTRINE

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

APPLICATION for judicial review of a Canadian Human Rights Commission decision to refer a complaint to a Tribunal. Application allowed. Decision quashed and matter not sent back for reconsideration by the Commission.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne de renvoyer une plainte à un tribunal. Demande accueillie. La décision a été annulée et l'affaire n'a pas été renvoyée à la Commission pour réexamen.

APPEARANCES:

*Peter M. Blaikie and Thomas E. F. Brady* for applicant.  
*Raj Anand* for respondent.  
*René Duval* for intervener, CHRC.

ONT COMPARU:

*Peter M. Blaikie et Thomas E. F. Brady* pour la demanderesse.  
*Raj Anand* pour la défenderesse.  
*René Duval* pour l'intervenante, la CCDP.

SOLICITORS OF RECORD:

*Heenan Blaikie*, Montréal, for applicant.  
*Scott & Aylen*, Toronto, for respondent.  
*Canadian Human Rights Commission Legal Services*, for intervener, CHRC.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Heenan Blaikie*, Montréal, pour la demanderesse.  
*Scott & Aylen*, Toronto, pour la défenderesse.  
*Services juridiques de la Commission canadienne des droits de la personne* pour l'intervenante, la CCDP.

*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] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission (the Commission) to refer a complaint by the respondent Leila Paul against the applicant Canadian Broadcasting Corporation (the CBC) to a Tribunal. The complaint arose out of two job competitions at the CBC's Vancouver television station in 1988 and 1989.

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision que la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) a prise de renvoyer à un tribunal la plainte que la défenderesse Leila Paul avait présentée contre la Société Radio-Canada (Radio-Canada). Cette plainte découlait de deux concours qui avaient été tenus à la station de télévision de Radio-Canada, à Vancouver, en 1988 et en 1989.

THE FACTS

[2] Ms. Paul was hired by the CBC as a reporter in November 1987. She worked as a newsreader (anchor) on the CBC's late-night local television newscast, "Night Final", on weekends, and occasionally as a reporter or replacement anchor during the week.

LES FAITS

[2] M<sup>me</sup> Paul a été embauchée par Radio-Canada à titre de reporter en novembre 1987. Elle était présentatrice du bulletin télévisé d'informations locales de fin de soirée à Radio-Canada, «Night Final», en fin de semaine et elle travaillait parfois comme reporter ou comme remplaçante du présentateur pendant la semaine.

[3] Ms. Paul's employment relations with the CBC were governed by the collective agreement provisions between the CBC and the Canadian Wire Service Guild (CWSG), dated 17 December 1987, while she

[3] Les relations de travail de M<sup>me</sup> Paul avec Radio-Canada étaient régies par les dispositions de la convention collective que Radio-Canada avait conclue avec la Guilde des services de presse du Canada le

was a reporter, and by the collective agreement provisions between the CBC and Canadian Union of Public Employees, Broadcast Council (Office and Professional Unit), dated 17 December 1986, while she was an anchor.

[4] Both of these collective agreements prohibit discrimination on any of the grounds listed in the *Canadian Human Rights Act*.<sup>1</sup>

[5] In August 1988, a permanent position of weekday news anchor for the 6:00 p.m. News Centre programme was posted. Ms. Paul did not apply for this position.

[6] On March 8, 1989 Ms. Paul resigned from her positions as reporter and anchor, effective April 16, 1989.

[7] On April 8, 1989, Ms. Paul withdrew her resignation, with the consent of the CBC.

[8] During the spring of 1989, the position of weekday anchor became available. A competition was held and Ms. Paul applied, along with twelve other candidates, including Ms. Gloria Macarenko.

[9] At the time of the competition, Ms. Paul was 44 years of age and had 17 years of experience in television news. Ms. Macarenko, the successful candidate, was 27 and had been working as a backup weather announcer on the CBC's Vancouver television newscasts. Ms. Macarenko had also appeared in television commercials.

[10] In the selection process, a board, comprised of the Executive Producer, TV News and the Senior Producer, "Night Final", evaluated the applicants by interview, examined CVs and/or viewed audition tapes. A short list of three candidates was made. Ms. Paul was not on the short list. Second interviews were conducted between May 5, 1989 and May 15, 1989. Ms. Macarenko was subsequently chosen for the position.

17 décembre 1987, lorsque M<sup>me</sup> Paul travaillait comme reporter, et par les dispositions de la convention collective que Radio-Canada avait conclue avec le Syndicat canadien de la fonction publique, Conseil de la radiodiffusion (unité des employés de bureau et des professionnels), le 17 décembre 1986, lorsque M<sup>me</sup> Paul était présentatrice.

[4] Ces deux conventions collectives interdisent la discrimination fondée sur les motifs énumérés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.<sup>1</sup>

[5] En août 1988, un poste permanent de présentateur du bulletin d'informations de 18 h, pendant la semaine, *News Centre*, a été affiché. M<sup>me</sup> Paul ne s'est pas portée candidate à ce poste.

[6] Le 8 mars 1989, M<sup>me</sup> Paul s'est démise de ses fonctions de reporter et de présentatrice, la démission devant prendre effet le 16 avril 1989.

[7] Le 8 avril 1989, M<sup>me</sup> Paul a retiré sa lettre de démission, avec le consentement de Radio-Canada.

[8] Au printemps 1989, le poste de présentateur en semaine est devenu vacant. Un concours a eu lieu et M<sup>me</sup> Paul s'est portée candidate, ainsi que douze autres personnes, dont M<sup>me</sup> Gloria Macarenko.

[9] Lors de la tenue du concours, M<sup>me</sup> Paul avait 44 ans et elle avait 17 années d'expérience à l'égard du téléjournal. La candidate reçue, M<sup>me</sup> Macarenko, avait 27 ans et avait travaillé comme présentatrice suppléante du bulletin météorologique au téléjournal de Radio-Canada à Vancouver. M<sup>me</sup> Macarenko avait également figuré dans des messages publicitaires à la télévision.

[10] Dans le cadre de la sélection, un jury, composé du chef de production, Journal télévisé, et du producteur principal, «Night Final», ont évalué les candidats au moyen d'une entrevue; ils ont examiné les CV ou ont vu des auditions enregistrées. Une liste restreinte de trois candidats a été dressée. Le nom de M<sup>me</sup> Paul ne figurait pas sur la liste. Une deuxième série d'entrevues a eu lieu entre le 5 mai et le 15 mai 1989. M<sup>me</sup> Macarenko a par la suite été choisie pour occuper le poste.

[11] Ms. Paul filed two grievances, on June 9, 1989 and July 5, 1989, alleging that she was more qualified than Ms. Macarenko. These grievances were discussed between the CBC and CUPE in accordance with the CBC/CUPE Collective Agreement. No allegations of discrimination on the basis of sex or age were made by CUPE. These grievances would later be withdrawn, as discussed below.

[12] On June 13, 1989, Ms. Paul filed a complaint with the Commission, alleging discrimination on the bases of age and sex in this competition.

[13] On September 15, 1989, Ms. Paul signed an amended complaint which added the allegation of discrimination on the basis of sex for the CBC's failure to consider her in the August 1988 competition. This complaint was forwarded to the CBC as an amendment to the one dated July 13, 1989.

[14] On December 15, 1993, following an application for judicial review brought by the CBC, the Commission's decision to extend the time limits, in order to add the harassment complaint, was quashed by this Court due to bias.<sup>2</sup>

[15] Following this ruling, Ms. Paul filed two new complaints of sexual harassment, one against the CBC and one against the Executive Producer, TV News personally. In October 1994, the Commission decided to extend the time limits for these complaints as well.

[16] The CBC sought judicial review of this decision. However, before the application could be heard, Ms. Paul withdrew her complaints of sexual harassment. The CBC then withdrew its application for judicial review.

[17] In August 1989, Ms. Paul resigned her position with the CBC and went to work for a competitor, as a news anchor.

[18] As a result of her resignation, Ms. Paul's legal counsel in the grievances notified CBC's counsel that

[11] M<sup>me</sup> Paul a déposé deux griefs, le 9 juin 1989 et le 5 juillet 1989, dans lesquels elle alléguait qu'elle était plus qualifiée que M<sup>me</sup> Macarenko. Radio-Canada et le SCFP ont discuté de ces griefs conformément à la convention qu'ils avaient conclue entre eux. Le SCFP n'a fait aucune allégation de discrimination fondée sur le sexe ou l'âge. Ces griefs ont par la suite été abandonnés, comme nous le verrons ci-dessous.

[12] Le 13 juin 1989, M<sup>me</sup> Paul a déposé auprès de la Commission une plainte dans laquelle elle alléguait avoir été victime de discrimination en raison de son âge et de son sexe lorsque le concours avait eu lieu.

[13] Le 15 septembre 1989, M<sup>me</sup> Paul a signé une plainte modifiée dans laquelle elle alléguait en outre avoir été victime de discrimination en raison de son sexe parce que Radio-Canada n'avait pas tenu compte de sa candidature lors du concours tenu en août 1988. Cette plainte a été transmise à Radio-Canada à titre de modification apportée à la plainte du 13 juillet 1989.

[14] Le 15 décembre 1993, à la suite d'une demande de contrôle judiciaire présentée par Radio-Canada, cette Cour a annulé, pour cause de partialité, la décision que la Commission avait prise de proroger les délais afin d'ajouter la plainte de harcèlement<sup>2</sup>.

[15] À la suite de cette décision, M<sup>me</sup> Paul a déposé deux nouvelles plaintes de harcèlement sexuel, l'une contre Radio-Canada et l'autre contre le chef de production, Journal télévisé, personnellement. En octobre 1994, la Commission a également décidé de proroger les délais se rapportant à ces plaintes.

[16] Radio-Canada a sollicité le contrôle judiciaire de cette décision. Toutefois, avant que la demande puisse être entendue, M<sup>me</sup> Paul s'est désistée des plaintes de harcèlement sexuel. Radio-Canada s'est ensuite désistée de la demande de contrôle judiciaire qu'elle avait présentée.

[17] En août 1989, M<sup>me</sup> Paul s'est démise de ses fonctions à Radio-Canada; elle est allée travailler comme présentatrice pour un concurrent.

[18] Par suite de la démission de sa cliente, l'avocat représentant M<sup>me</sup> Paul à l'égard des griefs a avisé

“Ms. Paul has decided she does not wish to return to the CBC and accordingly the Union is withdrawing the grievance filed on her behalf.”<sup>3</sup>

[19] An investigation report (the IR) was prepared by a human rights officer and dated July 29, 1996. The IR was based, in part, on interviews with Ms. Paul and CBC employees or former employees.

[20] The IR concluded that the evidence showed “a climate existed whereby a man, by virtue of gender, was considered more credible, particularly in a solo news anchoring format.”<sup>4</sup> Furthermore, the IR stated that the evidence demonstrated “the selection process used was subjective and not applied as provided for by the collective agreement and the respondent’s staffing policy.”<sup>5</sup> In the end, the IR resolved that a conciliator should be appointed. A conciliator was appointed September 16, 1996.

[21] During the fall of 1996 the parties met with a conciliator but were unable to agree on a settlement of the complaint.

[22] On November 14, 1996, the Commission wrote to the parties and enclosed copies of the conciliation report, disclosing the positions of the parties and inviting them to provide written submissions.

[23] On February 14, 1997, the Commission informed the CBC that they had decided to request the naming of a Tribunal to inquire into Ms. Paul’s complaint.<sup>6</sup> There were no reasons provided for this decision.

[24] The CBC commenced the present application on March 13, 1997.

[25] The Commission was granted intervener status on the issue of jurisdiction only.

l’avocat de Radio-Canada que [TRADUCTION] «M<sup>me</sup> Paul a[vait] décidé de ne pas retourner travailler à Radio-Canada et [que] le syndicat se désist[ait] donc du grief qui a[vait] été déposé pour le compte de celle-ci»<sup>3</sup>.

[19] Un rapport d’enquête (le RE) a été préparé par un agent des droits de la personne le 29 juillet 1996. Il était en partie fondé sur les entrevues qui avaient eu lieu avec M<sup>me</sup> Paul ainsi qu’avec des employés qui travaillaient ou avaient travaillé à Radio-Canada.

[20] Dans le RE, il était conclu que la preuve montrait que [TRADUCTION] «dans ce milieu, un homme, du fait de son sexe, était considéré comme plus digne de foi, en particulier s’il travaillait seul à titre de présentateur»<sup>4</sup>. L’auteur du RE disait en outre que la preuve démontrait que [TRADUCTION] «le processus de sélection utilisé était subjectif et n’était pas appliqué de la façon prévue par la convention collective et par la politique en matière de dotation de la défenderesse»<sup>5</sup>. En fin de compte, l’auteur du RE concluait qu’un conciliateur devait être nommé, ce qui a été fait le 16 septembre 1996.

[21] À l’automne 1996, les parties ont rencontré un conciliateur, mais elles n’ont pas pu en arriver à un règlement.

[22] Le 14 novembre 1996, la Commission a envoyé une lettre aux parties en y joignant des copies du rapport de conciliation, énonçant les positions des parties et les invitant à présenter des observations par écrit.

[23] Le 14 février 1997, la Commission a informé Radio-Canada qu’elle avait décidé de demander qu’un tribunal soit constitué pour enquêter sur la plainte de M<sup>me</sup> Paul<sup>6</sup>. Aucun motif n’était donné à l’appui de cette décision.

[24] Radio-Canada a présenté la demande ici en cause le 13 mars 1997.

[25] La Commission s’est vu accorder le statut d’intervenante sur la question de la compétence seulement.

## RELEVANT LEGISLATIVE PROVISIONS

Paragraphs 41(1)(a) and (b) of the CHRA [as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49]:<sup>7</sup>

41. (1) Subject to section 40, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

(a) the alleged victim of the discriminatory practice to which the complaint relates ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available;

(b) the complaint is one that could more appropriately be dealt with, initially or completely, according to a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act;

Section 47 of the CHRA:

47. (1) Subject to subsection (2), the Commission may, on the filing of a complaint, or if the complaint has not been

(a) settled in the course of investigation by an investigator,

(b) referred or dismissed under subsection 44(2) or (3) or paragraph 45(2)(a) or 46(2)(a), or

(c) settled after receipt by the parties of the notice referred to in subsection 44(4),

appoint a person, in this Part referred to as a "conciliator", for the purpose of attempting to bring about a settlement of the complaint.

(2) A person is not eligible to act as a conciliator in respect of a complaint if that person has already acted as an investigator in respect of that complaint.

(3) Any information received by a conciliator in the course of attempting to reach a settlement of a complaint is confidential and may not be disclosed except with the consent of the person who gave the information.

Section 57 of the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2]:

57. (1) Every collective agreement shall contain a provision for final settlement without stoppage of work, by arbitration or otherwise, of all differences between the parties to or employees bound by the collective agreement, concerning its interpretation, application, administration or alleged contravention.

## LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

Les alinéas 41(1)a) et b) de la LCDP [mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49] sont ainsi libellés<sup>7</sup>:

41. (1) Sous réserve de l'article 40, la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants:

a) la victime présumée de l'acte discriminatoire devrait épuiser d'abord les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

b) la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale;

L'article 47 de la LCDP prévoit ce qui suit:

47. (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Commission peut charger un conciliateur d'en arriver à un règlement de la plainte, soit dès le dépôt de celle-ci, soit ultérieurement dans l'un des cas suivants:

a) l'enquête ne mène pas à un règlement;

b) la plainte n'est pas renvoyée ni rejetée en vertu des paragraphes 44(2) ou (3) ou des alinéas 45(2)a) ou 46(2)a);

c) la plainte n'est pas réglée après réception par les parties de l'avis prévu au paragraphe 44(4).

(2) Pour une plainte donnée, les fonctions d'enquêteur et de conciliateur sont incompatibles.

(3) Les renseignements recueillis par le conciliateur sont confidentiels et ne peuvent être divulgués sans le consentement de la personne qui les a fournis.

L'article 57 du *Code canadien de travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2] se lit comme suit:

57. (1) Est obligatoire dans la convention collective la présence d'une clause prévoyant le mode—par arbitrage ou toute autre voie—de règlement définitif, sans arrêt de travail, des désaccords qui pourraient survenir entre les parties ou les employés qu'elle régit, quant à son interprétation, son application ou sa prétendue violation.

(2) Where any difference arises between parties to a collective agreement that does not contain a provision for final settlement of the difference as required by subsection (1), the difference shall, notwithstanding any provision of the collective agreement, be submitted by the parties for final settlement

(a) to an arbitrator selected by the parties; or

(b) where the parties are unable to agree on the selection of an arbitrator and either party makes a written request to the Minister to appoint an arbitrator, to an arbitrator appointed by the Minister after such inquiry, if any, as the Minister considers necessary.

(3) Where any difference arises between parties to a collective agreement that contains a provision for final settlement of the difference by an arbitration board and either party fails to name its nominee to the board in accordance with the collective agreement, the difference shall, notwithstanding any provision in the collective agreement, be submitted by the parties for final settlement to an arbitrator in accordance with paragraphs (2)(a) and (b).

(4) Where a collective agreement provides for final settlement, without stoppage of work, of differences described in subsection (1) by an arbitrator or arbitration board and the parties or their nominees are unable to agree on the selection of an arbitrator or arbitration board chairman, as the case may be, either party or its nominee may, notwithstanding anything in the collective agreement, make a written request to the Minister to appoint an arbitrator or arbitration board chairman, as the case may be.

(5) On receipt of a written request under subsection (4), the Minister shall, after such inquiry, if any, as the Minister considers necessary, appoint an arbitrator or arbitration board chairman, as the case may be.

(6) Any person appointed or selected pursuant to subsection (2), (3) or (5) as an arbitrator or arbitration board chairman shall be deemed, for all purposes of this Part, to have been appointed pursuant to the collective agreement between the parties.

## ISSUES

1. Does an arbitrator have exclusive jurisdiction over a complaint arising from an alleged violation of the CHRA when the impugned conduct is prohibited by the Collective Agreement (the CA)?

2. Is the IR, on which the Commission relied to determine whether or not to recommend the naming of a Tribunal, sufficiently incomplete or biased to render the Commission's decision unreasonable?

(2) En l'absence de cette clause, tout désaccord entre les parties à la convention collective est, malgré toute disposition de la convention collective, obligatoirement soumis par elles, pour règlement définitif:

a) soit à un arbitre de leur choix;

b) soit, en cas d'impossibilité d'entente sur ce choix et sur demande écrite de nomination présentée par l'une ou l'autre partie au ministre, à l'arbitre que désigne celui-ci, après enquête, s'il le juge nécessaire.

(3) Lorsque la convention prévoit, comme mécanisme de règlement, le renvoi à un conseil d'arbitrage, tout désaccord est, malgré toute disposition de la convention collective, obligatoirement soumis à un arbitre conformément aux alinéas (2)a) et b) dans les cas où l'une ou l'autre des parties omet de désigner son représentant au conseil.

(4) Lorsque la convention collective prévoit le règlement définitif des désaccords par le renvoi à un arbitre ou un conseil d'arbitrage et que les parties ne peuvent s'entendre sur le choix d'un arbitre—ou dans le cas de leurs représentants au conseil d'arbitrage, sur le choix d'un président—, l'une ou l'autre des parties—ou un représentant—peut, malgré toute disposition de la convention collective, demander par écrit au ministre de nommer un arbitre ou un président, selon le cas.

(5) Le ministre procède à la nomination demandée aux termes du paragraphe (4), après enquête, s'il le juge nécessaire.

(6) L'arbitre ou le président nommé ou choisi en vertu des paragraphes (2), (3) ou (5) est réputé, pour l'application de la présente partie, avoir été nommé aux termes de la convention collective.

## LES POINTS EN LITIGE

1. L'arbitre a-t-il une compétence exclusive à l'égard d'une plainte découlant de la violation alléguée de la LCDP lorsque la conduite reprochée est prohibée par la convention collective (la CC)?

2. Le RE sur lequel la Commission s'est fondée pour déterminer si elle devait recommander qu'un tribunal soit constitué est-il incomplet ou partial à un point tel que la décision de la Commission est déraisonnable?



3. Does the fact that the conciliator disclosed his or her report to the Commission, without the consent of the CBC, vitiate the Commission's decision to recommend the naming of a Tribunal?

3. La décision que la Commission a prise de recommander qu'un tribunal soit constitué est-elle viciée du fait que le conciliateur a communiqué son rapport à celle-ci sans le consentement de Radio-Canada?

#### POSITIONS OF THE PARTIES

##### 1. Jurisdiction

[26] The CBC submits that the arbitrator has exclusive jurisdiction at first instance over any differences arising out of the CA, subject to judicial review, to the exclusion of all other fora, including the Commission.

[27] Ms. Paul submits that parties are not entitled to contract out of their human rights obligations; that the existence of a grievance procedure does not oust the jurisdiction of the Commission; and that the authorities submitted by the CBC deal only with the jurisdiction of the courts, not the Commission.

[28] The Commission submits that human rights legislation has paramountcy over other statutes; that the CHRA clearly indicates Parliament's intention to give the Commission jurisdiction over discrimination complaints notwithstanding any CA; and that one cannot contract out of human rights legislation.

##### 2. The Investigative Report

[29] The CBC submits that the IR was both biased and incomplete. Furthermore, the Commission failed to disclose new facts which were submitted to it by Ms. Paul, after the IR had been prepared, which was a breach of procedural fairness.

[30] Ms. Paul submits that amendments to the CHRA now allow the Commission to request the appointment of a Tribunal if it is satisfied that, having regard to all the circumstances, an inquiry into the complaint is warranted. The Commission considered the IR, along with the submissions of both parties on its contents, and made its decision. Furthermore, the failure to disclose new facts was not a breach of

#### POSITIONS DES PARTIES

##### 1. La question de la compétence

[26] Radio-Canada soutient que l'arbitre a de prime abord compétence exclusive sur tout désaccord découlant de la CC, sous réserve du contrôle judiciaire, à l'exclusion de toute autre tribunal, y compris la Commission.

[27] M<sup>me</sup> Paul soutient que les parties n'ont pas le droit de se soustraire par contrat aux obligations qui leur incombent en matière de droits de la personne; que l'existence d'une procédure de règlement des griefs n'a pas pour effet de priver la Commission de sa compétence; et que les arrêts invoqués par Radio-Canada portent uniquement sur la compétence des tribunaux, et non sur celle de la Commission.

[28] La Commission soutient que la législation sur les droits de la personne l'emporte sur les autres lois; que la LCDP montre clairement que le législateur avait l'intention de conférer à la Commission une compétence sur les plaintes de discrimination, indépendamment de toute CC; et que personne ne peut se soustraire à la législation sur les droits de la personne.

##### 2. Le rapport d'enquête

[29] Radio-Canada soutient que le RE était à la fois partial et incomplet. En outre, la Commission a omis de divulguer de nouveaux faits que M<sup>me</sup> Paul lui avait soumis, après que le RE eut été préparé, ce qui constituait une violation des règles d'équité procédurale.

[30] M<sup>me</sup> Paul soutient que les modifications apportées à la LCDP permettent maintenant à la Commission de demander qu'un tribunal soit constitué si elle est convaincue que, compte tenu des circonstances, l'examen de la plainte est justifié. La Commission a examiné le RE, ainsi que les observations que les deux parties avaient présentées au sujet de son contenu, et elle a pris sa décision. En outre, l'omission de divul-

procedural fairness, since the CBC is not entitled to know every detail; the new facts did not contain any facts which were not set out in the IR; and the applicant has failed to demonstrate that the information was fundamental to the outcome of the case.

### 3. Disclosure of Conciliation Report

[31] The CBC submits that the disclosure of the settlement details to the Commission, without the consent of the CBC, is a breach of the CHRA. The fact that the Commission had information before it contrary to law when it made its decision undermines the principles of mediation and taints the decision.

[32] Ms. Paul submits that the Commission is entitled to look at all the circumstances of the case; that the reasonableness of the settlement offers are an important factor; and that the Commission had the benefit of the CBC's arguments on this point before it rendered its decision.

## ANALYSIS

### Preliminary Matters

#### Prematurity

[33] The respondent submits that the application for judicial review of the Commission's decision to appoint a Tribunal should be dismissed as premature. Neither the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] nor the case law supports such an argument. This Court has jurisdiction to review decisions of the Commission to dismiss a complaint or to appoint a tribunal.<sup>8</sup> This matter is well settled, as evidenced by the recent decision of the Federal Court of Appeal in *Bell Canada*.<sup>9</sup>

#### Delay

[34] The respondent suggests that the CBC should have raised the jurisdictional question at the appointment of the conciliator and that now they are beyond

guer les nouveaux faits ne constituait pas une violation des règles d'équité procédurale, étant donné que Radio-Canada n'a pas le droit de connaître tous les détails; les nouveaux faits ne se rapportaient pas à des faits qui n'étaient pas énoncés dans le RE; de plus, la demanderesse n'a pas démontré qu'il s'agissait de renseignements essentiels à l'issue de la cause.

### 3. Communication du rapport de conciliation

[31] Radio-Canada soutient que le fait de communiquer à la Commission les conditions du règlement sans son consentement constitue une violation de la LCDP. Le fait que la Commission disposait de renseignements en violation de la loi lorsqu'elle a pris sa décision mine les principes de médiation et vicie la décision.

[32] M<sup>me</sup> Paul soutient que la Commission a le droit d'examiner toutes les circonstances de l'affaire; que le caractère raisonnable des offres de règlement est un facteur important; et que la Commission avait à sa disposition les arguments présentés par Radio-Canada sur ce point avant de prendre sa décision.

## ANALYSE

### Questions préliminaires

#### Le caractère prématuré

[33] La défenderesse soutient que la demande de contrôle judiciaire de la décision que la Commission a prise de constituer un tribunal devrait être rejetée parce qu'elle est prématurée. Ni la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] ni la jurisprudence n'étaient pareil argument. Cette Cour a compétence pour examiner les décisions que la Commission prend de rejeter une plainte ou de constituer un tribunal<sup>8</sup>. Cette question est réglée, comme le montre la décision que la Cour d'appel fédérale vient de rendre dans l'affaire *Bell Canada*<sup>9</sup>.

#### Le retard

[34] La défenderesse soutient que Radio-Canada aurait dû soulever la question de la compétence au moment où le conciliateur a été nommé et que le délai

the 30-day time limit for judicial review applications. This argument fails on two grounds. (1) The decision under review is the decision to appoint a Tribunal, not the decision to appoint a conciliator. The decision to appoint a Tribunal was communicated to the applicant in a letter dated 14 February 1998. This application was filed 13 March 1998, within the 30-day time limit. (2) Even if it had been beyond the time limit, the issue of jurisdiction can be raised at any time.<sup>10</sup> Furthermore, the complaint stems from events which occurred in 1988-1989, whereas, the Supreme Court's decision in *Weber v. Ontario Hydro*,<sup>11</sup> which gives rise to this motion, was handed down in 1995. Therefore, it is appropriate for the issue to be raised at this point.

#### *Res judicata*

[35] The respondent submits that because of the earlier decision of Noël J.,<sup>12</sup> the matter is *res judicata*.

[36] There are three main components to the principle of *res judicata*:

- (a) a final judicial decision,
- (b) identity of the action or issue, and
- (c) identity of the parties.<sup>13</sup>

[37] In the case before me, although there may be a final judicial decision and the parties may be the same, there is no identity of issues. Noël J.'s decision related to the first extension of time. He quashed the Commission's decision and ordered it to reconsider the matter. The case before me deals with the second decision to extend the time. The Commission is still bound by procedural fairness when it revisits the matter. Therefore, the doctrine of *res judicata* does not apply.

#### ISSUES

1. Does an arbitrator have exclusive jurisdiction over a complaint arising from an alleged violation of the

de 30 jours qui s'applique aux demandes de contrôle judiciaire est maintenant expiré. Cet argument doit être rejeté pour deux motifs. 1) La décision ici en cause est la décision de constituer un tribunal, et non la décision de nommer un conciliateur. La décision de constituer un tribunal a été communiquée à la demanderesse dans une lettre datée du 14 février 1998. La présente demande a été déposée le 13 mars 1998, soit dans le délai de 30 jours imparti à cette fin. 2) Même si la demande avait été présentée en dehors du délai, la question de la compétence peut être soulevée n'importe quand<sup>10</sup>. En outre, la plainte découle d'événements qui se sont produits en 1988-1989, alors que la décision que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Weber c. Ontario Hydro*<sup>11</sup>, qui donne lieu à la présente requête, a été rendue en 1995. Il est donc approprié de soulever maintenant la question.

#### La chose jugée

[35] La défenderesse soutient que, compte tenu de la décision rendue par le juge Noël<sup>12</sup>, il y a ici chose jugée.

[36] Le principe de la chose jugée comporte trois éléments principaux:

- a) une décision judiciaire définitive a été rendue;
- b) les actions ou points en litige sont les mêmes;
- c) les mêmes parties sont en cause<sup>13</sup>.

[37] En l'espèce, une décision judiciaire définitive a peut-être été rendue et les parties sont peut-être les mêmes, mais les points en litige ne sont pas les mêmes. La décision du juge Noël se rapportait à la première prorogation de délai. Le juge Noël a annulé la décision de la Commission et a ordonné à cette dernière de réexaminer l'affaire. L'affaire dont je suis ici saisie porte sur la seconde prorogation de délai. La Commission est encore tenue de respecter les règles d'équité procédurale lorsqu'elle réexamine l'affaire. La doctrine de la chose jugée ne s'applique donc pas.

#### LES POINTS EN LITIGE

1. L'arbitre a-t-il une compétence exclusive à l'égard d'une plainte découlant de la violation alléguée de la

*Canadian Human Rights Act* (the CHRA) when the impugned conduct is prohibited by the Collective Agreement (the CA)?

[38] In *Weber*,<sup>14</sup> the Supreme Court of Canada ruled that an arbitrator has the exclusive jurisdiction, subject to judicial review, to determine all differences arising out of a collective agreement.

[39] However, the Court was not addressing the situation where there is concurrent jurisdiction given by the legislator to another forum, as in the present case.

[40] Subsection 41(1) of the CHRA clearly gives jurisdiction to the Human Rights Commission to deal with any complaint arising from a collective agreement, unless it decides that the grievance procedure should be exhausted.

[41] Given the plain language of the Act, it is difficult to sustain the argument that the intention of the legislator was to limit the jurisdiction of the Commission. I note that the statute contains a number of provisions limiting the jurisdiction of the Commission and that each such limitation has been worded in express terms.

[42] The issue of statutory interpretation was clearly outlined by the Supreme Court of Canada, in the case of *R. v. McIntosh*. The Supreme Court affirmed that statutes are to be interpreted in a manner consistent with their plain meaning and that legislation is deemed to express completely what the legislator wanted to say.

. . . a statute should be interpreted in a manner consistent with the plain meaning of its terms. Where the language of the statute is plain and admits of only one meaning, the task of interpretation does not arise.

. . .

Since the judge's task is to interpret the statute, not to create it, as a general rule, interpretation should not add to the terms of the law. Legislation is deemed to be well drafted, and to express completely what the legislator wanted to say . . . .

LCDP lorsque la conduite reprochée est prohibée par la convention collective (la CC)?

[38] Dans l'arrêt *Weber*<sup>14</sup>, la Cour suprême du Canada a statué que l'arbitre a compétence exclusive, sous réserve du contrôle judiciaire, de régler tous les désaccords découlant d'une convention collective.

[39] Toutefois, il ne s'agissait pas d'un cas dans lequel le législateur avait conféré une compétence concurrente à un autre tribunal, comme c'est ici le cas.

[40] Le paragraphe 41(1) de la LCDP confère clairement à la Commission des droits de la personne la compétence voulue pour instruire toute plainte découlant d'une convention collective, à moins que celle-ci ne décide que la procédure de règlement des griefs doit être épuisée.

[41] Compte tenu du libellé de la Loi, il est difficile de soutenir que le législateur avait l'intention de limiter la compétence de la Commission. Je remarque que la loi renferme un certain nombre de dispositions restreignant la compétence de la Commission et que chaque restriction a été libellée en termes exprès.

[42] La question de l'interprétation de la loi a été clairement énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. McIntosh*. La Cour suprême a confirmé que les lois doivent être interprétées d'une façon compatible avec leur sens ordinaire et que la loi est censée exprimer complètement ce que le législateur entendait dire.

[. . .] une loi doit être interprétée d'une façon compatible avec le sens ordinaire des termes qui la compose. Si le libellé de la loi est clair et n'appelle qu'un seul sens, il n'y a pas lieu de procéder à un exercice d'interprétation.

[. . .]

La fonction du juge étant d'interpréter la loi et non de la faire, le principe général veut que le juge doive écarter une interprétation qui l'amènerait à ajouter des termes à la loi; celle-ci est censée être bien rédigée et exprimer complètement ce que le législateur entendait dire [. . .]

The Crown is asking this Court to read words into s. 34(2) which are simply not there. In my view, to do so would be tantamount to amending s. 34(2), which is a legislative and not a judicial function. The contextual approach provides no basis for the courts to engage in legislative amendment.<sup>15</sup>

[43] In the present case, the legislation is clear and plain: under section 41 of the CHRA the Commission is to decide if the complainant ought to exhaust the grievance or review procedures, or if the matter would more appropriately be dealt with under another Act of Parliament.

[44] The next question is whether or not section 57 of the *Canada Labour Code* may be construed as an exception to the jurisdiction of the Commission?

[45] The applicant asks the Court to read *Weber*<sup>16</sup> and *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*<sup>17</sup> as an invitation to exclude any other forum for the resolution of disputes arising under a collective agreement. I disagree with such a proposition. In *St. Anne Nackawic* the Court indicates that arbitration “is an integral part of that scheme, and is clearly the forum preferred by the legislature for the resolution of disputes arising under collective agreements” [emphasis mine].<sup>18</sup> However, in that case, the Court was not dealing with a statute like the CHRA, where the legislator has clearly provided another forum for disputes arising from allegedly discriminatory practices.

[46] Further, section 41 of the CHRA is a subsequent enactment to the section 57 *Canada Labour Code* provision. The rule in such a case is clear. The earlier enactment is repealed by implication, in so far as it confers exclusive jurisdiction to an arbitrator in matters specifically given, by the legislator, to the Human Rights Commission.

[47] The paramountcy of the CHRA, when a conflict arises between two pieces of legislation, was recognized by Lamer J. (as he then was) in *Heerspink*.<sup>19</sup>

Le ministère public demande à notre Cour d’inclure dans le par. 34(2) des termes qui ne s’y trouvent pas. À mon avis, cela équivaudrait à modifier le par. 34(2), ce qui constitue une fonction législative et non judiciaire. L’analyse contextuelle ne justifie aucunement les tribunaux de procéder à des modifications législatives<sup>15</sup>.

[43] En l’espèce, la loi est tout à fait claire: en vertu de l’article 41 de la LCDP, la Commission décide si le plaignant doit épuiser les recours internes ou les procédures d’appel ou de règlement des griefs, ou si l’affaire peut avantageusement être instruite en vertu d’une autre loi fédérale.

[44] Il s’agit ensuite de savoir si l’article 57 du *Code canadien du travail* peut être interprété comme une exception à la compétence de la Commission.

[45] La demanderesse demande à la Cour d’interpréter les arrêts *Weber*<sup>16</sup> et *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*<sup>17</sup>, comme permettant d’exclure tout autre tribunal aux fins du règlement des désaccords découlant d’une convention collective. Je ne suis pas d’accord. Dans l’arrêt *St. Anne Nackawic*, la Cour dit que l’arbitrage «constitue une partie intégrante de ce régime et est clairement la juridiction que la législature préfère pour le règlement des litiges qui résultent des conventions collectives» [soulignement ajouté]<sup>18</sup>. Toutefois, dans cette affaire-là, la Cour n’examinait pas une loi comme la LCDP dans laquelle le législateur a clairement conféré compétence à un autre tribunal à l’égard des litiges découlant de présumés actes discriminatoires.

[46] En outre, l’article 41 de la LCDP a été édicté après l’article 57 du *Code canadien du travail*. En pareil cas, la règle est claire. La première disposition est abrogée implicitement, dans la mesure où elle confère une compétence exclusive à l’arbitre sur des questions que le législateur a expressément confiées à la Commission des droits de la personne.

[47] Le caractère prédominant de la LCDP, lorsqu’il y a conflit entre deux textes législatifs, a été reconnu par le juge Lamer (tel était alors son titre) dans l’arrêt *Heerspink*<sup>19</sup>:

Therefore, short of that legislature speaking to the contrary in express and unequivocal language in the Code or in some other enactment, it is intended that the Code supersede all other laws when conflict arises.<sup>20</sup>

[48] He further cautioned against contracting out of the protection given under the Code.

Furthermore, as it is a public fundamental law, no one, unless clearly authorized by law to do so may contractually agree to suspend its operation and thereby put oneself beyond the reach of its protection.<sup>21</sup>

[49] This view was reiterated in *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*<sup>22</sup> McIntyre J. wrote:

There is no merit in the argument raised below, but not pressed in this Court, that the parties by agreeing to article 14 in the Collective Bargaining Agreement have contracted themselves out of the provisions of s. 6(1). *The Human Rights Act* is legislation declaring public policy and may not be avoided by private contract.<sup>23</sup>

[50] I agree with counsel for the Commission, that interpreting section 57 of the *Canada Labour Code* as giving exclusive jurisdiction to the arbitrator would in effect suspend in part the operation of section 41 of the CHRA, whenever a collective agreement incorporates the provisions of the CHRA. This is certainly not the effect envisaged in *St. Anne Nackawic* nor in *Weber*.

[51] In *St. Anne Nackawic*, Estey J. was concerned with the avoidance of a duplicative forum, where the legislature has not assigned the task of dealing with certain aspects of labour relations, and not, as in the present case, where the legislator has specifically enacted a provision in the Code, which deals with discriminatory practices. The jurisprudence of the Supreme Court is consistent with respect to the paramountcy of human rights legislation over other statutes.<sup>24</sup> In light of the foregoing, only a clear legislative pronouncement can oust the operation of paragraph 41(1)(a) of the CHRA.

En conséquence à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès dans le Code ou dans toute autre loi, il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit<sup>20</sup>.

[48] Le juge a en outre donné un avertissement lorsqu'il s'agit de renoncer par contrat à la protection prévue par le Code.

De plus, puisqu'il s'agit de droit public et de droit fondamental, personne ne peut, par contrat, à moins que la loi ne l'y autorise expressément, convenir d'en écarter l'application et se soustraire ainsi à son champ de protection<sup>21</sup>.

[49] Cet avis a été réitéré dans l'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*<sup>22</sup>. Voici ce que le juge McIntyre a dit:

Est sans fondement l'argument, soulevé en Cour d'appel mais sur lequel on n'a pas insisté en cette Cour, portant que les parties, en acceptant l'article 14 de la convention collective, ont renoncé par contrat aux dispositions du par. 6(1). *The Human Rights Act* est une loi qui énonce une politique générale et à laquelle on ne saurait déroger par contrat privé<sup>23</sup>.

[50] Je souscris à l'avis de l'avocat de la Commission, à savoir qu'interpréter l'article 57 du *Code canadien du travail* comme conférant une compétence exclusive à l'arbitre aurait en réalité pour effet de suspendre en partie l'application de l'article 41 de la LCDP, dès qu'une convention collective incorpore les dispositions de la LCDP. Ce n'est certainement pas l'effet qui a été prévu dans les arrêts *St. Anne Nackawic* et *Weber*.

[51] La question soulevée devant le juge Estey dans l'arrêt *St. Anne Nackawic* se rapportait au double emploi, dans les cas où le législateur n'a pas assigné la tâche de traiter de certains aspects des relations de travail, et non, comme en l'espèce, au cas où le législateur a expressément édicté dans le Code une disposition qui traite des actes discriminatoires. Les arrêts de la Cour suprême sont uniformes en ce qui concerne la suprématie de la législation sur les droits de la personne par rapport aux lois<sup>24</sup>. Cela étant, seule une disposition législative claire peut avoir pour effet d'annuler l'application de l'alinéa 41(1)a) de la LCDP.

[52] Nowhere in the *Canada Labour Code* is it expressly stated that the jurisdiction of the arbitrator supersedes the jurisdiction of the Human Rights Commission.

[53] I therefore conclude that the Canadian Human Rights Commission has full jurisdiction, over the arbitrator, to deal with discriminatory practices, unless, as provided by paragraph 41(1)(a), it appears to the Commission that the alleged victim should exhaust the grievance procedures available.

[54] I note that in a recent judgment, released after the hearing in the present case, McGillis J. also considered the issue of overlapping or conflicting grievance procedures. Although the case before her dealt with the jurisdiction of an adjudicator appointed under the *Public Service Staff Relations Act* [R.S.C., 1985, c. P-35], she determined that when faced with an overlap or conflict, paragraph 41(1)(a) of the CHRA is indicative of Parliament's intention of the primacy of the Commission. McGillis J. stated:

Paragraphs 41(1)(a) and 44(2)(a) also indicate that Parliament expressly considered that situations would arise in which a conflict or an overlap would occur between legislatively mandated grievance procedures, such as that provided for in the *Public Service Staff Relations Act*, and the legislative powers and procedures in the *Canadian Human Rights Act* for dealing with complaints of discriminatory practices. In the event of such a conflict or overlap, Parliament chose to permit the Commission, by virtue of paragraphs 41(1)(a) and 44(2)(a), to determine whether the matter should proceed as a grievance under other legislation such as the *Public Service Staff Relations Act*, or as a complaint under the *Canadian Human Rights Act*.<sup>25</sup>

I agree with my colleague on this point.

2. Is the IR, on which the Commission relied to determine whether or not to recommend the naming of a Tribunal, sufficiently incomplete or biased to render the Commission's decision unreasonable?

[55] The CHRA provides that upon receipt of an investigative report, the Commission has to determine

[52] Aucune disposition du *Code canadien du travail* ne prévoit expressément que la compétence de l'arbitre l'emporte sur la compétence de la Commission des droits de la personne.

[53] Je conclus donc que la compétence de la Commission canadienne des droits de la personne l'emporte sur celle de l'arbitre, en ce qui concerne les actes discriminatoires, à moins que, comme le prévoit l'alinéa 41(1)a), il apparaisse à la Commission que la victime alléguée doive épuiser la procédure de règlement des griefs qui lui est ouverte.

[54] Je remarque que dans un jugement récent, qui a été rendu après l'audition de la présente affaire, M<sup>me</sup> le juge McGillis a également examiné la question du chevauchement des procédures de règlement des griefs ou de conflit entre pareilles procédures. L'affaire dont M<sup>me</sup> le juge McGillis était saisie se rapportait à la compétence que possède l'arbitre nommé en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-35], mais le juge a statué qu'en cas de chevauchement ou de conflit, l'alinéa 41(1)a) de la LCDP montre que le législateur voulait que la primauté soit accordée à la Commission. Le juge McGillis a dit ceci:

Les alinéas 41(1)a) et 44(2)a) indiquent également que le législateur a expressément envisagé la possibilité que des conflits ou des chevauchements se produisent entre des procédures de règlement des griefs prescrites par différentes lois, comme celle qui est prévue dans la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, et les procédures et pouvoirs législatifs prévus dans la *Loi canadienne des droits de la personne* concernant le traitement des plaintes au sujet d'actes discriminatoires. En cas de conflit ou de chevauchement, donc, le législateur a choisi d'autoriser la Commission, aux termes des alinéas 44(1)a) et 44(2)a), à déterminer si la question devrait être réglée comme un grief en vertu de l'autre loi comme la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, ou en tant que plainte fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.<sup>25</sup>

Je suis d'accord avec ma collègue sur ce point.

2. Le RE sur lequel la Commission s'est fondée pour déterminer si elle devait recommander qu'un tribunal soit constitué est-il incomplet ou partial à un point tel que la décision de la Commission est déraisonnable?

[55] La LCDP prévoit que, sur réception d'un rapport d'enquête, la Commission doit déterminer s'il

whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage i.e. to appoint a Tribunal. This will occur if there is sufficient evidence to warrant the appointment.

[56] Where the Commission does not provide reasons for its decision to refer a complaint to a Tribunal, its reasons will be taken to be those set out in the investigative report.<sup>26</sup>

[57] The respondent argues that the *SEPQA*<sup>27</sup> decision does not apply because it was based on the CHRA, prior to the 1985 amendments.<sup>28</sup> This argument does not stand. The modifications were only minor and provide clarification of the Commission's procedure. This was noted by Sopinka J.:

This aspect of the Commission's procedure has been clarified by amendments to the Act (S.C. 1985, c. 26, s. 69). The current version of s. 36(3) is contained in s. 44(3) of the R.S.C., 1985, c. H-6 (as amended by c. 31 (1st Supp.), s. 64) and now provides that, upon receipt of the report of the investigator, the Commission may request the appointment of a tribunal if it is satisfied that, having regard to all the circumstances, an inquiry into the complaint is warranted.<sup>29</sup>

[58] Consequently, if the investigative report, adopted by the CHRC in making its decision, is fundamentally flawed, then the decision itself to appoint a Tribunal will be flawed.<sup>30</sup>

[59] The Commission is bound by procedural fairness in the investigation of complaints, which means that the matter must be dealt with objectively and with an open mind; that there can be no predetermination of the issue; and that the parties are informed of the evidence put before the Commission so they can make meaningful representations.<sup>31</sup> Put another way, as expressed by my colleague Nadon J. in *Slattery*, the Commission "must satisfy at least two conditions: neutrality and thoroughness".<sup>32</sup>

existe un fondement raisonnable dans la preuve pour passer à l'étape suivante, c'est-à-dire pour constituer un tribunal. Cela sera le cas s'il existe suffisamment d'éléments de preuve justifiant la constitution de pareil tribunal.

[56] Lorsque la Commission n'énonce pas de motifs à l'appui de la décision qu'elle a prise de renvoyer une plainte à un tribunal, ses motifs seront considérés comme étant ceux qui figurent dans le rapport d'enquête<sup>26</sup>.

[57] La défenderesse soutient que la décision *SEPQA*<sup>27</sup> ne s'applique pas parce qu'elle était fondée sur la LCDP, avant les modifications effectuées en 1985<sup>28</sup>. Cet argument ne tient pas. Les modifications en question étaient des modifications mineures et donnaient des précisions sur la procédure suivie par la Commission. Comme le juge Sopinka l'a fait remarquer:

Cet aspect de la procédure devant la Commission a été élucidé par des modifications apportées à la Loi (S.C. 1985, chap. 26, art. 69). La version actuelle du par. 36(3) se trouve au par. 44(3) des L.R.C. (1985), chap. H-6 (modifié par chap. 31 (1<sup>er</sup> supp.), art. 64) qui dispose que, sur réception du rapport de l'enquêteur, la Commission peut demander la constitution d'un tribunal si elle est convaincue que, compte tenu des circonstances, l'examen de la plainte est justifié<sup>29</sup>.

[58] Par conséquent, si le rapport d'enquête, que la CCDP a adopté dans sa décision, est fondamentalement vicié, la décision elle-même de constituer un tribunal sera également viciée<sup>30</sup>.

[59] La Commission doit respecter les règles d'équité procédurale lorsqu'elle enquête sur une plainte, ce qui veut dire que l'affaire doit être instruite objectivement et avec un esprit ouvert; que la question ne peut pas être tranchée à l'avance; et que les parties doivent être informées des éléments de preuve dont dispose la Commission de façon qu'elles puissent présenter des observations utiles<sup>31</sup>. En d'autres termes, comme l'a dit mon collègue le juge Nadon dans la décision *Slattery*, la Commission «doit satisfaire à au moins deux conditions: la neutralité et la rigueur»<sup>32</sup>.



[60] The role of the investigator is not prosecutorial. It is not meant to be a fishing expedition.

[61] The role of the Commission, when deciding whether a complaint should be processed further, was established in *Cooper*.<sup>33</sup> La Forest J. writing for the majority:

The Commission is not an adjudicative body; that is the role of a tribunal appointed under the Act. When deciding whether a complaint should proceed to be inquired into by a tribunal, the Commission fulfills a screening analysis somewhat analogous to that of a judge at a preliminary inquiry. It is not the job of the Commission to determine if the complaint is made out. Rather its duty is to decide if, under the provisions of the Act, an inquiry is warranted having regard to all the facts. The central component of the Commission's role, then, is that of assessing the sufficiency of the evidence before it.<sup>34</sup>

[62] In *SEPQA*,<sup>35</sup> the Supreme Court of Canada established the test to be applied when reviewing the decision of the Commission to appoint a Tribunal pursuant to section 44 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64] of the *Canadian Human Rights Act*. Although the threshold is very low, as pointed out in the recent *Bell Canada* decision of the Federal Court of Appeal,<sup>36</sup> Sopinka J. stated that the intention of paragraph 36(3)(b) (now section 44) is that the Commission should dismiss a complaint "where there is insufficient evidence to warrant appointment of a tribunal."<sup>37</sup> Although he acknowledged that this is not a judicial proceeding, he stated that the Commission must determine if there is "a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage."<sup>38</sup>

[63] In essence, the investigator must collect the information which will provide an adequate and fair basis for a particular case, and which will in turn allow the Commission to balance all the interests at stake and decide on the next step. No relevant fact should be left out. Omissions, particularly when the information is damaging to the complainant's position, only result in casting serious doubts on the neutrality of the investigator. I realize that this is a difficult task, but it is only in achieving this high standard of fairness that the investigator will help the Commission

[60] L'arbitre n'a pas un rôle de poursuivant. Il n'agit pas à l'aveuglette.

[61] Le rôle de la Commission, lorsqu'elle décide si une plainte doit continuer à être traitée, a été établi dans l'arrêt *Cooper*.<sup>33</sup> Le juge La Forest, qui parlait au nom de la majorité, a dit ceci:

La Commission n'est pas un organisme décisionnel; cette fonction est remplie par les tribunaux constitués en vertu de la Loi. Lorsqu'elle détermine si une plainte devrait être déferée à un tribunal, la Commission procède à un examen préalable assez semblable à celui qu'un juge effectue à une enquête préliminaire. Il ne lui appartient pas de juger si la plainte est fondée. Son rôle consiste plutôt à déterminer si, aux termes des dispositions de la Loi et eu égard à l'ensemble des faits, il est justifié de tenir une enquête. L'aspect principal de ce rôle est alors de vérifier s'il existe une preuve suffisante.<sup>34</sup>

[62] Dans l'arrêt *SEPQA*<sup>35</sup>, la Cour suprême du Canada a établi le critère à appliquer aux fins de l'examen de la décision que la Commission a prise de constituer un tribunal conformément à l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le critère préliminaire est très souple, comme la Cour d'appel fédérale l'a récemment souligné dans l'arrêt *Bell Canada*<sup>36</sup>, mais le juge Sopinka a dit que le but de l'alinéa 36(3)b) (maintenant article 44) était que la Commission rejette une plainte «pour les cas où la preuve ne suffit pas pour justifier la constitution d'un tribunal»<sup>37</sup>. Le juge a reconnu qu'il ne s'agissait pas d'une procédure judiciaire, mais il a dit que la Commission doit déterminer «si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l'étape suivante»<sup>38</sup>.

[63] L'enquêteur doit essentiellement recueillir les renseignements qui serviront de fondement adéquat et juste dans une affaire particulière, et qui permettront à la Commission de soupeser tous les intérêts en jeu et de décider de la prochaine étape. Aucun fait pertinent ne devrait être omis. Les omissions, en particulier lorsque les renseignements nuisent à la position du plaignant, laissent uniquement planer un doute sérieux sur la neutralité de l'enquêteur. Je me rends bien compte qu'il s'agit d'une tâche difficile, mais ce n'est qu'en respectant cette norme stricte d'équité que

retain its credibility.

i) Omission of Material Facts

[64] In the present case, after a careful review of the evidence, I am of the opinion that the investigative report is biased, as a result of the omission of relevant material information. The following is a list of significant omissions.

1. The investigative report<sup>39</sup> does not mention that Ms. Paul previously filed and withdrew two grievances under the CBC/CUPE collective agreement in relation to Ms. Macarenko's appointment. In these two grievances there are no allegations of any discrimination based on sex or age.

2. The report does not state that Ms. Paul did not apply for the first job competition.

3. The report fails to mention that out of the 13 candidates that applied for the second job competition, Ms. Paul did not make it on the short list.

4. The report fails to indicate the poor performance rating given to Ms. Paul by the producer that hired her.

5. The report does not correct patent mistakes in the interpretation of the collective agreement, although the Commission had received many submissions to this effect by the applicant.

6. Finally, the report fails to mention that none of the persons interviewed, with the exception of Ms. Paul, considered that sex or age played a role in the decision not to hire her.

[65] As a result, the IR does not meet the standard of neutrality and thoroughness. Therefore, the Commission's decision to appoint a Tribunal is quashed.

l'enquêteur aidera la Commission à maintenir sa crédibilité.

i) Omission de faits importants

[64] En l'espèce, j'ai minutieusement examiné la preuve et, à mon avis, le rapport d'enquête est partial parce que des renseignements pertinents importants ont été omis. Voici la liste des omissions importantes:

1. Le rapport d'enquête<sup>39</sup> ne fait pas mention du fait que M<sup>me</sup> Paul avait déjà déposé et retiré deux griefs présentés en vertu de la convention collective conclue entre Radio-Canada et le SCFP à l'égard de la nomination de M<sup>me</sup> Macarenko. La discrimination fondée sur le sexe ou l'âge n'est alléguée dans aucun de ces deux griefs.

2. Le rapport ne mentionne pas que M<sup>me</sup> Paul ne s'est pas portée candidate au premier concours.

3. Le rapport ne mentionne pas que, sur les 13 candidats qui se sont présentés au second concours, M<sup>me</sup> Paul n'a pas été inscrite sur la liste restreinte.

4. Le rapport ne mentionne pas la mauvaise évaluation du rendement donnée à M<sup>me</sup> Paul par le producteur qui l'avait embauchée.

5. Le rapport ne corrige pas des erreurs manifestes commises dans l'interprétation de la convention collective, même si la demanderesse avait présenté à la Commission de nombreuses observations à ce sujet.

6. Enfin, le rapport ne mentionne pas qu'aucune des personnes qui ont eu une entrevue, à l'exception de M<sup>me</sup> Paul, ne considérait que le sexe ou l'âge était entré en ligne de compte dans la décision de ne pas l'embaucher.

[65] Le RE ne satisfait donc pas à la norme de neutralité et de rigueur. Par conséquent, la décision que la Commission a prise de constituer un tribunal est annulée.

ii) Sufficiency of Evidence to Appoint a Tribunal

[66] Furthermore, following the test in *SEPQA*, I am doubtful as to whether there was sufficient evidence upon which to base the decision to appoint a Tribunal.

[67] In the investigative report, general comments are made about the treatment of male and female news anchors in the broadcasting industry but, as I noted above, none were made on the specific selection of Ms. Macarenko over Ms. Paul.

[68] I have included the relevant passages of the interviews on the subject of the hiring of Ms. Macarenko:

Mr. Marc Rymal, feature reporter at the time (no longer with the CBC):<sup>40</sup>

He says he does not think gender enters into it and he can't say whether or not age was an issue since he has no direct knowledge of the reasons Macarenko was hired. However, it is likely that it was a factor as reporters frequently refer to anchors as pretty faces and there is a general feeling that, left to their own devices the people who run the place would stock the place with nice hair and teeth. [My emphasis.]

Mr. Ted Chernecki, reporter and weekend anchor at the time (no longer with the CBC):<sup>41</sup>

Did age or sex have anything to do with the appointment of Gloria?

He says he does not know, but does not think so. The producer liked her better.

Gloria was only marginally better than Paul on camera, warmer. But Paul was definitely a better interviewer, particularly in live situations and had, on paper at least, the better journalistic qualifications. She was a competent but not a great reporter. [My emphasis.]

ii) Le caractère suffisant des éléments de preuve se rapportant à la constitution d'un tribunal

[66] En outre, compte tenu du critère énoncé dans l'arrêt *SEPQA*, je me demande s'il y avait suffisamment d'éléments de preuve justifiant la décision de constituer un tribunal.

[67] Dans le rapport d'enquête, des remarques générales ont été faites au sujet du traitement des présentateurs de sexe masculin et de sexe féminin dans l'industrie de la radiodiffusion, mais comme je l'ai fait remarquer, aucune remarque n'a été faite au sujet du fait que l'on avait choisi M<sup>me</sup> Macarenko plutôt que M<sup>me</sup> Paul.

[68] J'ai inclus les passages pertinents des entrevues se rapportant à la question de l'embauchage de M<sup>me</sup> Macarenko:

M. Marc Rymal, qui effectuait des reportages de fond à ce moment-là (qui ne travaille plus à Radio-Canada)<sup>40</sup>:

[TRADUCTION] Il dit qu'il ne croit pas que le sexe entre en ligne de compte et qu'il ne peut pas dire si l'âge était pris en considération étant donné qu'il n'a pas personnellement connaissance des raisons pour lesquelles M<sup>me</sup> Macarenko a été embauchée. Toutefois, ce facteur entrait probablement en ligne de compte puisque les reporters parlent souvent de la bonne mine des présentateurs et qu'en général, on croit que si on les laissait faire à leur guise, les dirigeants rempliraient la place de beau monde. [Je souligne.]

M. Ted Chernecki, reporter et présentateur de fin de semaine à ce moment-là (qui ne travaille plus à Radio-Canada)<sup>41</sup>:

[TRADUCTION] L'âge et le sexe ont-ils eu quelque chose à voir avec la nomination de Gloria?

Il dit qu'il ne le sait pas, mais qu'il ne le croit pas. Le producteur la préférerait.

Gloria était à peine meilleure que M<sup>me</sup> Paul devant la caméra, elle était plus chaleureuse. Cependant, M<sup>me</sup> Paul avait certes plus de talent en tant qu'intervieweuse, en particulier lorsqu'il s'agissait d'une émission en direct et, en théorie du moins, ses compétences de journaliste étaient meilleures. Elle était compétente, mais elle ne sortait pas de l'ordinaire. [Je souligne.]

Mr. Graham McMullen, CBC lineup edition at the time, retired.<sup>42</sup>

Do you think age had anything to do with the hiring of Macarenko over Paul?

He says he hopes he did not plant the idea in her head (Paul). He explains that one night he said that if he were making the selection, he would take the long term view. What kind of anchor would he hire for the next five or ten years? Age would be a factor. He says it is a world of television, merchandising advertising. Looks, appearance would always be a factor in the selection process, otherwise why would the CBC have a makeup department and spend so much time and money on the anchor's appearance. Therefore if you are hiring an anchor who is going to be there for the next ten years, you have to consider age. It would certainly be a consideration if he were the hiring supervisor. [My emphasis.]

Ms. Helen Slinger, previous executive producer (no longer with the CBC).<sup>43</sup>

Was there an evaluation?

...

She mentions that right after Leila Paul launched her complaint she met her in the building housing CBC Vancouver and they had a conversation about it. She told her she did not think it was ageism or sexism that was behind her not being hired. That she had a tendency to see herself as God gift's [sic] to the business and that sparkle would only take her so far. She remembers really trying to get through to her on that.

How much of a factor was age?

Television is a mirror of the times. Women on the air are judged as they are in society. There is an overall climate favouring younger better looking candidates and women, unlike men are not seen to gain credibility as they age.

Both Macarenko and Paul were smart ladies.

She says she did not think Macarenko was the right choice but she believes Ritchie may have thought he had discovered a talent.

Paul did not look like she was aging so she does not think her age would have prevented her hiring. She believes it was the other factors that prevented her selection (performance problems).

M. Graham McMullen, travaillant à la programmation à Radio-Canada, à ce moment-là, maintenant à la retraite<sup>42</sup>:

[TRADUCTION] Croyez-vous qu'il ait été tenu compte de l'âge lorsqu'il s'est agi d'embaucher M<sup>me</sup> Macarenko plutôt que M<sup>me</sup> Paul?

Il dit qu'il espère qu'il ne lui a pas mis cette idée dans la tête (à M<sup>me</sup> Paul). Il a expliqué qu'un bon soir, il a dit que si c'était lui qui effectuait la sélection, il songerait au long terme. Quel genre de présentateur embaucherait-il pour les cinq ou dix années à venir? L'âge serait un facteur. Il dit que dans le monde de la télévision, c'est une question de marchandisage. L'apparence entrerait toujours en ligne de compte dans le processus de sélection; autrement, pourquoi y aurait-il un service du maquillage à Radio-Canada et pourquoi consacrerait-on tant de temps et d'argent à l'apparence du présentateur? Par conséquent, si l'on embauche un présentateur qui sera là pendant les dix prochaines années, il faut tenir compte de l'âge. Il prendrait certainement cela en considération, s'il était le superviseur chargé de l'embauchage. [Je souligne.]

M<sup>me</sup> Helen Slinger, autrefois chef de production (qui ne travaille plus à Radio-Canada)<sup>43</sup>:

[TRADUCTION] Y a-t-il eu une évaluation?

[. . .]

Elle mentionne que juste après que Leila Paul eut porté plainte, elle l'a rencontrée dans l'immeuble où étaient situés les bureaux de Radio-Canada à Vancouver et qu'elles ont eu une conversation à ce sujet. Elle lui a dit qu'à son avis, si on ne l'avait pas embauchée, ce n'était pas à cause de son âge ou de son sexe, qu'elle avait tendance à se prendre pour une autre et que ce n'était pas tout que d'avoir de l'éclat. Elle se rappelle avoir essayé de le lui faire comprendre.

Jusqu'à quel point l'âge était-il un facteur?

La télévision est le reflet des temps. Les femmes qui sont sur l'antenne sont jugées comme elles le sont dans la société. En général, on favorise les candidates plus jeunes qui paraissent mieux. Contrairement aux hommes, les femmes ne deviennent pas plus dignes de foi avec l'âge.

M<sup>mes</sup> Macarenko et Paul étaient toutes les deux des femmes intelligentes.

Elle dit qu'à son avis, on n'aurait pas dû choisir M<sup>me</sup> Macarenko, mais elle croit que Ritchie croyait peut-être avoir découvert un talent.

M<sup>me</sup> Paul ne semblait pas vieillir, de sorte qu'elle ne croit pas que son âge l'ait empêchée d'être embauchée. Elle croit que d'autres facteurs sont entrés en ligne de compte (des problèmes de rendement).

She felt Paul's ego overrode other concerns. She is the classic not my fault person: always blaming an outside factor when her performance was not up to scratch. [My emphasis.]

Mr. Ron Harris, manager of administration and finance for television—CBC Vancouver, retired:<sup>44</sup>

Would you say they were looking for a male anchor?

No. He says he does not know.

At that point in time, CBC was attempting to be politically correct it would be the last thing they would say or admit, even if it were true.

He adds that he does not think sex or race entered into it.

What about age?

He does not think there was. At that point in time, anyone coming along looking superb, had a good chance.

Wayne Skene never said anything to him at any time [to] infer prejudice relating to sex or age. He had very little control of his temper and he probably would have said something at some time.

He says that Kevin Evans (NewsCentre) was the Winnipeg news anchor and his ratings were the best there. Skene hired him to do the same in Vancouver. He was perfect white male RCMP officer type and while that went over very well in Winnipeg, it does not necessarily do so in other locations. Skene was elated to get him. [My emphasis.]

Ms. Cecilia Walters, previous co-anchor:<sup>45</sup>

Do you think your age had anything to do with it?

No, when management changes (in this case, Helen Slinger had left), there are often a lot of changes: change in the format of shows, change of anchors, change of set etc. She says it is as if the new management wants to put their handprint on things and the idea is to boost the ratings. She adds that New Managers want their own people, they want to change or make the world their own.

Ms. Jan Tennant, anchor at the time:<sup>46</sup>

Elle croyait que l'égotisme de M<sup>me</sup> Paul l'emportait sur d'autres questions. C'est le cas classique de la personne qui ne s'estime jamais fautive; elle blâme toujours un facteur indépendant lorsque son rendement n'est pas ce qu'il devrait être. [Je souligne.]

M. Ron Harris, directeur, Administration et finances, Télévision, Radio-Canada, à Vancouver, qui est maintenant à la retraite, avait ceci à dire<sup>44</sup>:

[TRADUCTION] À votre avis, cherchaient-ils un présentateur de sexe masculin?

Non. Il dit qu'il ne le sait pas.

À ce moment-là, la Société Radio-Canada tentait de se montrer politiquement correcte; elle ne le dirait ou ne l'admettrait certainement pas, même si c'était vrai.

Il ajoute qu'il ne croit pas que le sexe ou la race soient entrés en ligne de compte.

Qu'en est-il de l'âge?

Il ne le croit pas. À ce moment-là, si une personne avait une belle apparence, elle avait des chances.

Wayne Skene ne lui a jamais dit quoi que ce soit qui laisse entendre qu'il y ait eu des préjugés fondés sur le sexe ou sur l'âge. C'était un homme coléreux et il aurait probablement dit quelque chose à un moment donné.

Il dit que Kevin Evans, de NewsCentre, était présentateur à Winnipeg, et c'était lui qui avait la meilleure cote d'écoute à cet endroit. M. Skene l'a embauché pour faire la même chose à Vancouver. Il avait tout à fait le genre «agent de la GRC de race blanche», ce qui convenait fort bien à Winnipeg, mais pas nécessairement ailleurs. M. Skene était fort heureux de l'avoir. [Je souligne.]

M<sup>me</sup> Cecilia Walters, autrefois coprésentatrice, a dit ceci<sup>45</sup>:

[TRADUCTION] Croyez-vous que l'âge soit entré en ligne de compte?

Non, lorsqu'il y a un changement de direction (dans ce cas-ci, Helen Slinger était partie), il y a souvent beaucoup de changements: qu'il s'agisse de la formule des émissions, des présentateurs, du décor, etc. Elle dit que c'est comme si la nouvelle direction veut mettre sa propre marque sur les choses afin d'améliorer la cote d'écoute. Elle ajoute que les directeurs de nouvelles veulent leurs propres gens, qu'ils veulent effectuer des changements ou organiser le monde à leur façon.

M<sup>me</sup> Jan Tennant, qui était alors présentatrice, avait ceci à dire<sup>46</sup>:

She says that yes, they discriminate against men and women on the basis of age, but that was not her complaint when she was there, hers had more to do with the management of the place. And she adds that she does not know anything about CBC Vancouver or Leila Paul, although she does recall what was in the press at the time. [My emphasis.]

[69] Based on these interviews, the investigator concluded the following:<sup>47</sup>

... that customer preference (viewers and advertisers) favoured the selection of younger and better looking anchors and that this preference was accentuated in relation to female anchors.

[70] When dealing with a specific complaint of discrimination, can evidence which may indicate a “general tendency” toward a discriminatory practice within an organization provide sufficient grounds for the Commission to appoint a Tribunal?

[71] It is important to note that this is an investigation under section 7 and not section 10 of the CHRA. In my view, in order to provide the sufficient grounds necessary to appoint a Tribunal, specific material facts must be found, which link a possible discriminatory practice to the case under investigation.

[72] This is not a section 10 inquiry where the discriminatory policy or practice of an organization is under scrutiny. Indications that a problem may exist in a particular industry, at best, only provide corroborating evidence.

[73] In my view this approach acts as a double-edged sword. The investigator may develop a predetermined view of the complaint, based on this general knowledge. Then, in order to help the alleged victim, the investigator may tend to filter the information, whether consciously or unconsciously, to “fit” the pattern. The result will undoubtedly be a distorted version of the events. Facts are facts. There must be some evidence, which relates the “general tendency” to the specific complaint. I do not find sufficient links

[TRADUCTION] Elle dit qu'en effet, ils agissent d'une façon discriminatoire à l'égard des hommes et des femmes en raison de leur âge, mais ce n'était pas là ce dont elle se plaignait lorsqu'elle travaillait à cet endroit, cela avait plutôt quelque chose à voir avec la direction de l'endroit. Et elle ajoute qu'elle ne sait absolument rien au sujet de Radio-Canada à Vancouver, ou au sujet de Leila Paul, mais qu'elle se rappelle ce que disaient les journaux à ce moment-là. [Je souligne.]

[69] Sur la base de ces entrevues, l'enquêteur a tiré la conclusion suivante<sup>47</sup>:

[TRADUCTION] [. . .] la clientèle (les téléspectateurs et les annonceurs) préférerait qu'on choisisse des présentateurs plus jeunes qui paraissaient bien; cette préférence était particulièrement marquée en ce qui concerne les présentatrices.

[70] Lorsqu'une plainte précise de discrimination est portée, des éléments de preuve tendant à montrer qu'on a «généralement tendance» à agir d'une façon discriminatoire au sein d'une organisation fournissent-ils des motifs suffisants pour permettre à la Commission de constituer un tribunal?

[71] Il est important de noter qu'il s'agit d'une enquête menée en vertu de l'article 7 de la LCDP et non en vertu de l'article 10. À mon avis, afin d'avoir des motifs suffisants pour constituer un tribunal, il faut constater l'existence de faits importants précis, établissant un lien entre un acte discriminatoire possible et l'affaire faisant l'objet de l'enquête.

[72] Il ne s'agit pas ici d'une enquête fondée sur l'article 10 dans laquelle les lignes de conduite discriminatoires d'une organisation font l'objet d'un examen. Toute indication montrant qu'un problème peut exister dans une industrie particulière ne constitue au mieux qu'une preuve corroborante.

[73] À mon avis, cette approche est une arme à double tranchant. L'enquêteur peut se faire une idée à l'avance au sujet de la plainte, en se fondant sur sa connaissance générale. Puis, afin d'aider la victime alléguée, l'enquêteur peut avoir tendance à filtrer l'information, consciemment ou non, de façon qu'elle «corresponde» au modèle. Il en résultera sans doute une version faussée des événements. Les faits sont des faits. Il doit exister certains éléments de preuve qui établissent un lien entre la «tendance générale» et la

in the present case.

[74] In summary:

(1) With respect to the appointment of a man for the permanent position as weekday anchor of "Night Final" in September 1988, the investigative report concluded:<sup>48</sup>

The evidence confirms that the Female Co-anchor was removed from her position hosting News Centre but it also shows that a change in management had occurred which usually led to actions affecting the format of the show and its anchors. However, it also shows that a climate existed whereby a man, by virtue of gender, was considered more credible, particularly in a solo news anchoring format.

However, the report does not mention that Ms. Paul never applied for the job. I fail to understand how a reasonable person could conclude that there is sufficient evidence to appoint a Tribunal with respect to a competition, when the complainant did not even apply.

(2) With respect to the 1989 job competition, as stated above, there is no evidence, other than Ms. Paul's own allegations, to support her claim that she was discriminated against because of her age or sex.

iii) Breach of Procedural Fairness

[75] The CBC submits that the Commission received information from Ms. Paul after the completion of the investigative report and after the Commission had received the CBC's submissions on the investigative report. In particular, Ms. Paul submitted letters from four former employers attesting to her skills and abilities.<sup>49</sup>

[76] Ms. Paul submits that a party is not entitled to know every detail of the case, but is only entitled to be informed of the broad grounds; that a party is entitled to disclosure only when the comments contain

plainte précise. En l'espèce, je ne puis constater l'existence de liens suffisants.

[74] En résumé:

1) En ce qui concerne la nomination d'un homme au poste permanent de présentateur en semaine de l'émission «Night Final», en septembre 1988, il a été conclu ce qui suit dans le rapport d'enquête<sup>48</sup>:

[TRADUCTION] La preuve confirme que la présentatrice de News Centre a été destituée de ses fonctions, mais elle montre également qu'il y avait eu des changements dans la direction, ce qui amenait habituellement des changements dans la formule de l'émission et un changement de présentateur. Toutefois, la preuve montre également que, dans ce milieu, un homme, du fait de son sexe, était considéré comme plus digne de foi, en particulier s'il travaillait seul comme présentateur.

Toutefois, le rapport ne mentionne pas que M<sup>me</sup> Paul ne s'est jamais portée candidate. Je ne puis comprendre comment une personne raisonnable pourrait conclure qu'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour constituer un tribunal à l'égard d'un concours, lorsque la plaignante ne s'est même pas portée candidate.

2) En ce qui concerne le concours qui a eu lieu en 1989, comme il en a ci-dessus été fait mention, il n'existe aucun élément de preuve, à part les allégations que M<sup>me</sup> Paul a elle-même faites au sujet de la discrimination fondée sur l'âge ou le sexe.

iii) La violation des règles d'équité procédurale

[75] Radio-Canada soutient que la Commission a obtenu des renseignements de M<sup>me</sup> Paul après que le rapport d'enquête eut été rédigé et après que la Commission eut reçu les observations que Radio-Canada avait à faire au sujet du rapport d'enquête. En particulier, M<sup>me</sup> Paul a soumis des lettres de quatre anciens employeurs attestant ses compétences et habiletés<sup>49</sup>.

[76] M<sup>me</sup> Paul soutient qu'une partie n'a pas le droit de connaître l'affaire en détail, mais qu'elle a uniquement le droit d'en être informée en gros; qu'une partie a uniquement droit à la communication lorsque les

facts which differ from those set out in the investigative report; and, finally, that in order to constitute a reviewable error, the applicant must demonstrate that the information was wrongly withheld and that such information is fundamental to the outcome of the case. I agree with the respondent that fairness only requires a party be informed of the substance of the report, and that he or she need not be given every detail.<sup>50</sup> However, the Commission must alert the parties as to the impact of any new evidence, which goes to the heart of the case.

[77] In *Bell Canada*, Décarý J.A. states that an investigator, and by extension the Commission, has a duty to alert the parties as to the impact of any new evidence which comes before him or her.

Where, therefore, an investigator in the course of investigating a complaint is provided with some evidence, not of her making, that there is a possible ground for discrimination which the complaint, as formulated, might not have encompassed, it becomes her duty to examine that evidence, to alert the parties as to the impact of that evidence on the investigation and even to suggest that the complaint be amended.<sup>51</sup>

[78] Of the four letters, the first three simply attest to Ms. Paul's abilities as a reporter. This information would have added nothing new to the investigation, which the CBC had not already been given the opportunity to address. However, the fourth letter, from Ken Coach of Damn Good Productions Limited,<sup>52</sup> contains information relating directly to the notion of the atmosphere at the CBC. Specifically, it makes reference to favouritism and criticizes the management of the newsroom. The final two paragraphs of the letter read as follows:

I observed that the newsroom had been operating on the basis of favouritism and personality as cultivated by quirky and inconsistent newsroom management. CBC in Vancouver lacked the degree of professionalism I had worked with in three other regional CBC newsrooms, as well as the CBC National newsroom and the CTV National newsroom . . .

commentaires font état de faits qui diffèrent de ceux qui sont énoncés dans le rapport d'enquête; et enfin, que pour établir l'existence d'une erreur susceptible de révision, le demandeur doit démontrer qu'on a eu tort de ne pas divulguer les renseignements et que pareils renseignements sont essentiels à l'issue de l'affaire. Je suis d'accord avec la défenderesse pour dire que l'équité exige uniquement qu'une partie soit informée de la substance du rapport, et qu'il n'est pas nécessaire de lui fournir tous les détails<sup>50</sup>. Toutefois, la Commission doit informer les parties des effets de tout nouvel élément de preuve qui se rapporte au nœud du litige.

[77] Dans l'arrêt *Bell Canada*, le juge Décarý, J.C.A. dit qu'un enquêteur, et par conséquent la Commission, est tenu de faire savoir aux parties quelles pourraient être les conséquences de tout nouvel élément de preuve qui lui est présenté.

Il s'ensuit donc que lorsqu'un enquêteur recueille, au cours de son enquête, une preuve qui ne provient pas de lui et selon laquelle il y aurait un motif de discrimination que la plainte, telle que rédigée, pourrait ne pas avoir englobé, il est de son devoir d'analyser cette preuve, de faire savoir aux parties quelles pourraient être ses conséquences sur l'enquête et, même, de suggérer la modification de la plainte<sup>51</sup>.

[78] Sur les quatre lettres, les trois premières attestent simplement les habiletés de M<sup>me</sup> Paul à titre de reporter. Ces renseignements n'auraient ajouté à l'enquête aucun élément que Radio-Canada n'aurait pas déjà eu l'occasion d'examiner. Toutefois, la quatrième lettre, de Ken Coach, de Damn Good Productions Limited<sup>52</sup>, renferme des renseignements se rapportant directement à la question de l'atmosphère qui régnait à Radio-Canada. En particulier, il y est fait mention de favoritisme et l'on critique la direction de la salle des nouvelles. Les deux derniers paragraphes de la lettre se lisent comme suit:

[TRADUCTION] J'ai remarqué que dans la salle des nouvelles, on fonctionnait sur la base du favoritisme et de la personnalité, et que cela était encouragé par la direction de la salle, qui était composée de personnes étranges qui manquaient de consistance. Radio-Canada à Vancouver n'avait pas le degré de professionnalisme qui existait lorsque je travaillais dans trois autres salles régionales de nouvelles de Radio-Canada, ainsi qu'à la salle nationale des nouvelles de Radio-Canada, et à la salle nationale des nouvelles de CTV [ . . . ]



She often displayed a feistiness consistent with a good investigative reporter but stopped short of the petulance displayed by some of her colleagues.

This information was not disclosed to the respondent, despite the fact that accusations of favouritism and improper management are extremely relevant to Ms. Paul's complaint.

[79] As discussed above, the Commission has a duty to alert the parties to the impact of any new evidence. The Commission accepted this evidence without notifying the CBC and without allowing them an opportunity to address the issues raised. This omission amounts to a breach of procedural fairness.

3. Does the fact that the conciliator disclosed his or her report to the Commission, without the consent of the CBC vitiate the Commission's decision to recommend the naming of a Tribunal?

[80] Subsection 47(3) of the Act provides for conciliation and states that any information provided to the conciliator will be confidential, unless the parties consent to its disclosure.

47. . . .

(3) Any information received by a conciliator in the course of attempting to reach a settlement of a complaint is confidential and may not be disclosed except with the consent of the person who gave the information.

[81] It is clear from the evidence that the positions of the parties were disclosed to the Commission, since the Commission included the information in its letter to the parties. This constitutes a breach of the Act and undermines the purpose of confidential negotiations. If the Commission has access to the parties' positions, without their consent, the entire mediation scheme is undermined.

[82] The respondent submits that the reasonableness of the terms of an offer of settlement is a factor the Commission can legitimately take into account. This is true only where the parties involved have consented to the release of the information, which is not the case

Elle fait souvent preuve d'une fougue qui est le propre d'un bon reporter enquêteur mais elle n'avait pas la pétulance de certains de ses collègues.

Ces renseignements n'ont pas été communiqués à la défenderesse, même si les accusations de favoritisme et de mauvaise gestion sont fort pertinentes, en ce qui concerne la plainte portée par M<sup>me</sup> Paul.

[79] Comme il en a ci-dessus été question, la Commission était tenue de faire savoir aux parties quelles pourraient être les conséquences d'une nouvelle preuve. La Commission a retenu cet élément de preuve sans informer Radio-Canada et sans lui donner la possibilité de répondre aux questions soulevées. Cette omission équivaut à une violation de l'équité procédurale.

3. La décision que la Commission a prise de recommander qu'un tribunal soit constitué est-elle viciée du fait que le conciliateur a communiqué son rapport à celle-ci sans le consentement de Radio-Canada?

[80] Le paragraphe 47(3) de la Loi prévoit la conciliation et dit que les renseignements fournis au conciliateur sont confidentiels, à moins que les parties ne consentent à leur divulgation.

47. [. . .]

(3) Les renseignements recueillis par le conciliateur sont confidentiels et ne peuvent être divulgués sans le consentement de la personne qui les a fournis.

[81] Il ressort de la preuve que les positions des parties ont été divulguées à la Commission, étant donné que cette dernière a inclus les renseignements dans la lettre qu'elle a envoyée aux parties. Cela constitue une violation de la Loi et cela mine le but des négociations confidentielles. Si la Commission a accès aux positions prises par les parties sans leur consentement, tout le processus de médiation est miné.

[82] La défenderesse soutient que le caractère raisonnable des conditions d'une offre de règlement est un facteur dont la Commission peut légitimement tenir compte. Cela est vrai uniquement si les parties en cause ont consenti à la divulgation des renseigne-

here. The Commission is not above the law. There is no exception to the rule provided in subsection 47(3).

[83] As a result of the release of confidential information, in violation of section 47 of the Act, the Commission's decision is based in part upon evidence that was not lawfully before it. It is impossible to know to what extent the Commission relied on it.

### CONCLUSIONS

[84] The judicial review is allowed. The Commission's decision of February 14, 1997 to request the President of the Canadian Human Rights Tribunal Panel to name a Tribunal to inquire into Ms. Paul's complaint against the CBC is quashed.

[85] Under the circumstances, I do not believe that this is an appropriate case to send back for the Commission to revisit its decision. The events occurred almost ten years ago and the Commission is still at the investigative stage. Twice it has requested a Tribunal be appointed and twice the decision has been struck down for reasons of bias or lack of procedural fairness. The parties need to have an end to this litigation. Therefore, the matter shall not be sent back for reconsideration by the Commission.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. H-6 as am. (hereinafter CHRA).

<sup>2</sup> *Canadian Broadcasting Corp. v. Canadian Human Rights Commission et al.* (1993), 71 F.T.R. 214 (F.C.T.D.) (hereinafter *CBC v. CHRC*).

<sup>3</sup> Bourassa affidavit, para. 8 and Exhibit 8 thereto, Applicant's Application Record, Vol. 1, at pp. 10 and 47.

<sup>4</sup> Investigation Report, Applicant's Application Record, Vol. 1, at p. 89.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Letter of L. Veillette, secretary to the HRC, to E. Bourassa, Mgr. Planning and Development, CBC (14 February 1998), Applicant's Application Record, Vol. 1, at p. 133.

ments, ce qui n'est pas ici le cas. La Commission doit observer la loi. La règle énoncée au paragraphe 47(3) ne comporte aucune exception.

[83] Par suite de la divulgation des renseignements confidentiels, en violation de l'article 47 de la Loi, la décision de la Commission est fondée en partie sur des éléments de preuve dont elle ne disposait pas légitimement. Il est impossible de savoir dans quelle mesure la Commission s'est fondée sur ces renseignements.

### CONCLUSIONS

[84] La demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision que la Commission a prise le 14 février 1997 de demander au président de Comité du tribunal des droits de la personne du Canada de constituer un tribunal chargé d'examiner la plainte que M<sup>me</sup> Paul avait portée contre Radio-Canada est annulée.

[85] Eu égard aux circonstances, je ne crois pas qu'il convienne dans ce cas-ci de renvoyer l'affaire à la Commission pour réexamen. Les événements ici en cause se sont produits il y a près de dix ans et la Commission en est encore au stade de l'enquête. La Commission a demandé à deux reprises qu'un tribunal soit constitué et la décision a été annulée à deux reprises pour cause de partialité et de manque d'équité procédurale. Il faut mettre fin à ce litige. L'affaire ne sera donc pas renvoyée à la Commission pour réexamen.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6, dans sa forme modifiée (ci-après la LCDP).

<sup>2</sup> *Société Radio-Canada c. Commission canadienne des droits de la personne et al.* (1993), 71 F.T.R. 214 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (ci-après *Radio-Canada c. CCDP*).

<sup>3</sup> Affidavit de M. Bourassa, par. 8 et pièce 8 qui y est jointe, dossier de la demande de la demanderesse, vol. 1, aux p. 10 et 47.

<sup>4</sup> Rapport d'enquête, dossier de la demande de la demanderesse, vol. 1, à la p. 89.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Lettre de L. Veillette, secrétaire de la CDP, à E. Bourassa, directeur, Planification et développement, Radio-Canada, (14 février 1998), dossier de la demande de la demanderesse, vol. 1, à la p. 133.

<sup>7</sup> *Supra*, note 1.

<sup>8</sup> *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1(3) [as enacted *idem*, s. 5]; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879 (hereinafter *SEPQA*).

<sup>9</sup> *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.) (hereinafter *Bell Canada*).

<sup>10</sup> *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Boutillier*, [1999] 1 F.C. 459 (T.D.).

<sup>11</sup> [1995] 2 S.C.R. 929 (*per* McLachlin J.) (hereinafter *Weber*).

<sup>12</sup> *CBC v. CHRC*, *supra*, note 2.

<sup>13</sup> J. Sopinka, S. Lederman & A. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), at pp. 990-991.

<sup>14</sup> *Weber*, *supra*, note 11.

<sup>15</sup> *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 18 and 26, pp. 697 and 701.

<sup>16</sup> *Weber*, *supra*, note 11.

<sup>17</sup> [1986] 1 S.C.R. 704 (hereinafter *St. Anne Nackawic*).

<sup>18</sup> *Ibid.*, at p. 721.

<sup>19</sup> *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145 (hereinafter *Heerspink*).

<sup>20</sup> *Ibid.*, at p. 158.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> [1985] 2 S.C.R. 150 (hereinafter *Craton*).

<sup>23</sup> *Ibid.*, at p. 154.

<sup>24</sup> *Heerspink*, *supra*, note 19; *Craton*, *supra*, note 22.

<sup>25</sup> *Boutillier*, *supra*, note 10, at p. 475.

<sup>26</sup> *Bell Canada*, *supra*, note 9, at para. 30, p. 134 (C.A.); *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.), at p. 598.

<sup>27</sup> *SEPQA*, *supra*, note 8.

<sup>28</sup> S.C. 1985, c. 26, s. 69 [now R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31].

<sup>29</sup> *Supra*, note 8, at p. 899.

<sup>30</sup> *Slattery*, *supra*, note 26, at p. 599; *CBC v. CHRC*, *supra*, note 2, at p. 226.

<sup>31</sup> *CBC v. CHRC*, *supra*, note 2.

<sup>32</sup> *Slattery*, *supra*, note 26, at p. 598.

<sup>33</sup> *Cooper*, *supra*, note 8.

<sup>34</sup> *Ibid.*, at p. 891.

<sup>35</sup> *SEPQA*, *supra*, note 8.

<sup>36</sup> *Bell Canada*, *supra*, note 9, at para. 35, p. 136.

<sup>37</sup> *SEPQA*, *supra*, note 8, at p. 899.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Applicant's Application Record, Vol. 1, at p. 89.

<sup>7</sup> *Supra*, note 1.

<sup>8</sup> *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18.1(3) [édicte, *idem*, art. 5]; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879 (ci-après *SEPQA*).

<sup>9</sup> *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.) (ci-après *Bell Canada*).

<sup>10</sup> *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Boutillier*, [1999] 1 C.F. 459 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>11</sup> [1995] 2 R.C.S. 929 (juge McLachlin) (ci-après *Weber*).

<sup>12</sup> *Radio-Canada c. CCDP*, *supra*, note 2.

<sup>13</sup> J. Sopinka, S. Lederman & A. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), aux p. 990 et 991.

<sup>14</sup> *Weber*, *supra*, note 11.

<sup>15</sup> *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, aux par. 18 et 26, p. 697 et 701.

<sup>16</sup> *Weber*, *supra*, note 11.

<sup>17</sup> [1986] 1 R.C.S. 704 (ci-après *St. Anne Nackawic*).

<sup>18</sup> *Ibid.*, à la p. 721.

<sup>19</sup> *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145 (ci-après *Heerspink*).

<sup>20</sup> *Ibid.*, à la p. 158.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> [1985] 2 R.C.S. 150 (ci-après *Craton*).

<sup>23</sup> *Ibid.*, à la p. 154.

<sup>24</sup> *Heerspink*, *supra*, note 19; *Craton*, *supra*, note 22.

<sup>25</sup> *Boutillier*, *supra*, note 10, aux p. 475 et 476.

<sup>26</sup> *Bell Canada*, *supra*, note 9, au par. 30, p. 134 (C.A.); *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 598.

<sup>27</sup> *SEPQA*, *supra*, note 8.

<sup>28</sup> S.C. 1985, ch. 26, art. 69 [maintenant L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31].

<sup>29</sup> *Supra*, note 8, à la p. 899.

<sup>30</sup> *Slattery*, *supra*, note 26, à la p. 599; *Radio-Canada c. CCDP*, *supra*, note 2, à la p. 226.

<sup>31</sup> *Radio-Canada c. CCDP*, *supra*, note 2.

<sup>32</sup> *Slattery*, *supra*, note 26, à la p. 598.

<sup>33</sup> *Cooper*, *supra*, note 8.

<sup>34</sup> *Ibid.*, à la p. 891.

<sup>35</sup> *SEPQA*, *supra*, note 8.

<sup>36</sup> *Bell Canada*, *supra*, note 9, au par. 35, p. 136.

<sup>37</sup> *SEPQA*, *supra*, note 8, à la p. 899.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 1, à la p. 89.

- <sup>40</sup> Applicant's Application Record, Vol. 2, at p. 299.
- <sup>41</sup> Applicant's Application Record, Vol. 2, at p. 305.
- <sup>42</sup> Applicant's Application Record, Vol. 2, at p. 308.
- <sup>43</sup> Applicant's Application Record, Vol. 2, at pp. 311-313.
- <sup>44</sup> Applicant's Application Record, Vol. 2, at p. 317.
- <sup>45</sup> Applicant's Application Record, Vol. 2, at pp. 323-324.
- <sup>46</sup> Applicant's Application Record, Vol. 2, at p. 325.
- <sup>47</sup> Applicant's Application Record, Vol. 1, at p. 100.
- <sup>48</sup> Applicant's Application Record, Vol. 1, at p. 100.
- <sup>49</sup> Bourassa affidavit, para. 15 and Exhibits 19, 20, 21 and 22 thereto, Applicant's Application Record, Vol. 1, at pp. 12, 118, 119, 120 and 121.
- <sup>50</sup> *SEPQA*, *supra*, note 8.
- <sup>51</sup> *Bell Canada*, *supra*, note 9, at para. 45, p. 140.
- <sup>52</sup> Applicant's Application Record, Vol. 1, at p. 121.
- <sup>40</sup> Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 2, à la p. 299.
- <sup>41</sup> Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 2, à la p. 305.
- <sup>42</sup> Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 2, à la p. 308.
- <sup>43</sup> Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 2, aux p. 311 à 313.
- <sup>44</sup> Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 2, à la p. 317.
- <sup>45</sup> Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 2, aux p. 323 et 324.
- <sup>46</sup> Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 2, à la p. 325.
- <sup>47</sup> Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 1, à la p. 100.
- <sup>48</sup> Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 1, à la p. 100.
- <sup>49</sup> Affidavit de M. Bourassa, par. 15 et pièces 19, 20, 21 et 22 qui y sont jointes, Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 1 aux p. 12, 118, 119, 120 et 121.
- <sup>50</sup> *SEPQA*, *supra*, note 8.
- <sup>51</sup> *Bell Canada*, *supra*, note 9, au par. 45, p. 140.
- <sup>52</sup> Dossier de la demande de la demanderesse, vol. 1, à la p. 121.

T-1603-98

T-1603-98

**Jean Conille** (*Applicant*)**Jean Conille** (*demandeur*)

v.

c.

**Minister of Citizenship and Immigration** (*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** (*défendeur*)**INDEXED AS: CONILLE v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: CONILLE c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Montréal, October 13; Ottawa, October 30, 1998.

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 13 octobre; Ottawa, 30 octobre 1998.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Practice — Application for citizenship left in abeyance more than three years on ground CSIS investigation not concluded — Unreasonable delay — Where applicant prima facie satisfying conditions precedent specified in Citizenship Act, s. 5(1) and where demand for performance, authorities have duty to act — Mandamus — Registrar of Citizenship must inform CSIS unless justification for continuing investigation provided as soon as Registrar shall consider appropriate, investigation will be considered closed and application will be forwarded to citizenship judge to consider and decide application.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Pratique — Demande de citoyenneté restée sans réponse plus de trois ans au motif que l'enquête du SCRS n'était pas terminée — Délai déraisonnable — Lorsqu'un demandeur rencontre prima facie les conditions préalables prévues à l'art. 5(1) de la Loi sur la citoyenneté et qu'il y a une demande d'exécution, il y a un devoir d'agir de la part des autorités — Mandamus — Le greffier de la citoyenneté doit informer le SCRS qu'à défaut de justifier la poursuite de l'enquête dans les meilleurs délais que le greffier jugera appropriés, il considérera celle-ci close et acheminera la demande à un juge de la citoyenneté pour qu'il statue sur la demande.*

*Security intelligence — Registrar of Citizenship causing inquiries to be commenced following application for citizenship — After three years, CSIS investigation still not complete — Unreasonable delay — CSIS has usurped decision-making powers of Registrar, citizenship judge — Requirements for writ of mandamus met.*

*Renseignement de sécurité — Lors du dépôt d'une demande de citoyenneté, le registraire de la citoyenneté a fait entreprendre les enquêtes appropriées — Demande d'enquête lors du dépôt d'une demande de citoyenneté — Après trois ans, l'enquête du SCRS n'était pas complétée — Délai déraisonnable — Le SCRS s'est arrogé des pouvoirs décisionnels du greffier et du juge de la citoyenneté — Les conditions d'émission d'un bref de mandamus sont remplies.*

*Administrative law — Judicial review — Mandamus — Unreasonable delay — CSIS investigation following application for citizenship — After three years, investigation still not complete — To allow CSIS to indefinitely delay conclusion of investigation and thereby prevent Registrar from submitting application to citizenship judge amounting to usurping powers conferred on Registrar, citizenship judge by Act — Where applicant prima facie meets requirements listed in Act, s. 5(1) and demand for performance made, authorities having duty to act and requirements for writ of mandamus met.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Mandamus — Délai déraisonnable — Enquête du SCRS à la suite d'une demande de citoyenneté — Après trois ans, l'enquête n'était toujours pas complétée — Permettre au SCRS de retarder indéfiniment la conclusion de son enquête et ainsi empêcher le greffier de soumettre la demande au juge de la citoyenneté équivaut à une usurpation des pouvoirs conférés par la Loi au greffier et au juge de la citoyenneté — Lorsqu'un demandeur rencontre prima facie les conditions préalables prévues à l'art. 5(1) de la Loi sur la citoyenneté et qu'il y a une demande d'exécution, il y a un devoir d'agir de la part des autorités et les conditions d'émission d'un bref de mandamus sont remplies.*

After his first application for citizenship was refused, the applicant made a second application in August 1995. Three years later, that application still not having received a response because the investigation undertaken by CSIS at the request of the Registrar of Citizenship had not been

Sa première demande de citoyenneté ayant été rejetée, le demandeur en présenta une deuxième en août 1995. Celle-ci demeurant toujours sans réponse trois ans plus tard, au motif que l'enquête menée par le SCRS à la demande du greffier de la citoyenneté n'était pas terminée, le demandeur a

completed, the applicant applied for a writ of *mandamus* directing the Minister of Citizenship and Immigration to process his application for citizenship. The applicant alleged that, although there was no time limit prescribed by statute, the three-year delay did not comply with the provisions of the Citizenship Act, which required that applications be processed promptly and transparently. The applicant further alleged that the processing of citizenship applications was not legally subject to the authorization of CSIS and accordingly that the powers conferred on the Registrar and the citizenship judge have been usurped.

*Held*, the application should be allowed.

When the applicant *prima facie* meets the requirements listed in subsection 5(1) of the Act, and there is a demand for performance, the authorities have a duty to act. In the instant case, the record did not show that the applicant was under a deportation order and he was no longer the subject of a declaration by the Governor in Council made pursuant to section 20.

It was not sufficient to allege that the Registrar had no legal obligation to act as long as the inquiries have not been completed. By that reckoning, an investigation could go on indefinitely and the Registrar would never have a duty to act. In fact, the statutory framework was defective. For one thing, the powers of the Registrar to direct that an investigation be conducted in order to ascertain that the requirements of the Act have been met are not subject to any temporal or pragmatic parameters, apart from the obligation to await completion of the inquiries provided for in section 11 of the Regulations, and for another, no time limits are placed on the powers of the investigators, in this case CSIS. The reasonableness of the time taken to perform a statutory obligation was defined in *Re Civil Service Association of Alberta, Branch 45 and Alberta Human Rights Commission et al.* (1975), 62 D.L.R. (3d) 531 (Alta. S.C.). A delay will be considered unreasonable if (1) the delay has been longer than the nature of the process required, *prima facie*; (2) the applicant and his counsel are not responsible for the delay; and (3) the authority responsible for the delay has not provided satisfactory justification.

To allow CSIS to delay the conclusion of its investigation indefinitely, and thereby prevent the Registrar from submitting the application to the citizenship judge amounts to usurping the powers conferred on the Registrar and the citizenship judge by the Act. The evidence showed that CSIS has usurped the decision-making powers conferred on the Registrar and the citizenship judge. Furthermore, the applicant has satisfied the requirements for the issue of a writ of *mandamus* stated in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.): (1) there was a public legal duty to the applicant, which rested on the Registrar and the citizenship judge, to determine and process the application in accordance with the Act and the Regulations; (2) first, the application satisfied the Act and the Regula-

réclamé une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de donner suite à sa demande de citoyenneté. Le demandeur a allégué que, bien qu'aucun délai ne soit prévu pour la conclusion de ces enquêtes, le délai de trois ans n'est pas conforme à la Loi sur la citoyenneté qui exige que les demandes soient traitées avec promptitude et clarté. Le demandeur a allégué en outre que le traitement des demandes de citoyenneté n'était pas légalement assujéti à l'autorisation du SCRS et qu'en ce sens il y a eu usurpation des pouvoirs conférés au greffier et au juge de la citoyenneté.

*Jugement*: la demande est accueillie.

Lorsqu'un demandeur rencontre *prima facie* les conditions préalables énumérées au paragraphe 5(1) de la Loi et qu'il y a une demande d'exécution, il y a un devoir d'agir de la part des autorités. Or, en l'espèce, le dossier n'indique pas que le demandeur est sous le coup d'une mesure d'expulsion et il n'est toujours pas visé par une déclaration en conseil faite en application de l'article 20.

Il ne suffit pas d'alléguer qu'il n'y a pas d'obligation légale d'agir pour le greffier tant que les enquêtes ne sont pas terminées. À ce compte, une enquête pourrait se poursuivre indéfiniment et le greffier n'aurait jamais le devoir d'agir. En fait, le cadre législatif est déficient. D'une part les pouvoirs du greffier de commander une enquête en vue de s'assurer que les conditions de la Loi sont remplies ne comportent aucun paramètre, temporel ou pragmatique, outre l'obligation d'attendre la fin des enquêtes, et, d'autre part, les pouvoirs des enquêteurs, le SCRS en l'espèce, ne sont circonscrits par aucune limite de temps. Les critères de raisonabilité des délais ont été définis dans *Re Civil Service Association of Alberta, Branch 45 and Alberta Human Rights Commission et al.* (1975), 62 D.L.R. (3d) 531 (C.S. Alb.). Il sera jugé déraisonnable si 1) le délai a été plus long que ce que la nature du processus exige de façon *prima facie*; 2) ni le demandeur ni son conseiller juridique n'en sont responsables; et 3) l'autorité responsable du délai ne l'a pas justifié de façon satisfaisante.

Permettre au SCRS de retarder indéfiniment la conclusion de son enquête et ainsi empêcher le greffier de soumettre la demande au juge de la citoyenneté équivaut à une usurpation des pouvoirs conférés par la Loi au greffier et au juge de la citoyenneté. La preuve démontre que le SCRS s'est arrogé des pouvoirs décisionnels conférés au greffier et au juge de la citoyenneté. En outre le demandeur a satisfait aux conditions d'émission d'un bref de *mandamus* énoncées dans la décision *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.): 1) il existe une obligation légale à caractère public, envers le demandeur, reposant sur le greffier et le juge de la citoyenneté, de déterminer et traiter l'application selon la Loi et les règlements; 2) d'une part, la demande est conforme à la Loi et au règlement dans la

tions to the extent possible, and second, the time taken by CSIS was unreasonable and amounted to an implied refusal; (3) in the instant case, the applicant had no other remedy.

Consequently, the Registrar will have to inform CSIS that unless justification for continuing the investigation is provided as soon as the Registrar shall consider appropriate, the investigation will be considered to be closed. If there are serious reasons to justify continuing the investigation, the Registrar shall then inform the applicant that the investigation is continuing and that processing of his application is suspended until the investigation is completed. If there are no serious reasons or a reply is not received, the Registrar shall, on the assumption that the investigation is closed, forward the application to a citizenship judge to consider the application and decide on the merits.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 14, 15, 41.  
*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1), 14 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 23), 20 (as am. by S.C. 1997, c. 22, s. 3), 21, 22 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 11; S.C. 1992, c. 47, s. 67; c. 49, s. 124).  
*Citizenship Regulations, 1993*, SOR/93-246, s. 11 (as am. by SOR/94-442, s. 2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 202, 203.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 52 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); *Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 315 (T.D.).

##### CONSIDERED:

*Lee v. Canada (Secretary of State) and Registrar of Citizenship* (1987), 16 F.T.R. 314; 4 Imm. L.R. (2d) 97 (F.C.T.D.); *Re Civil Service Association of Alberta, Branch 45 and Alberta Human Rights Commission et al.* (1975), 62 D.L.R. (3d) 531 (Alta. S.C.).

APPLICATION for judicial review seeking a writ of *mandamus* directing the Minister of Citizenship and Immigration to process the applicant's application for citizenship, which has received no response after three

mesure du possible, et d'autre part, la durée de l'enquête du SCRS est déraisonnable, et équivaut à un refus implicite; 3) en l'espèce, il n'existe aucun autre recours pour le demandeur.

En conséquence, le greffier devra informer le SCRS qu'à défaut de justifier la poursuite de l'enquête, dans les meilleurs délais que le greffier jugera appropriés, celle-ci sera considérée close. Si des motifs sérieux justifient la poursuite de l'enquête, le greffier doit alors en informer le demandeur et que le traitement de sa demande est suspendu jusqu'à la fin de l'enquête. En l'absence de motifs sérieux ou d'une réponse, le greffier présumera que l'enquête est close et acheminera la demande auprès d'un juge de la citoyenneté pour qu'il en soit saisi et statue au fond sur la demande.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 202, 203.  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1), 14 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 23), 20 (mod. par L.C. 1997, ch. 22, art. 3), 21, 22 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 11; L.C. 1992, ch. 47, art. 67; ch. 49, art. 124).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 14, 15, 41.  
*Règlement sur la citoyenneté, 1993*, DORS/93-246, art. 11 (mod. par DORS/94-442, art. 2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 52 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); *Bhatnager c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 315 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Lee c. Canada (Secrétaire d'État) et Registraire de la Citoyenneté* (1987), 16 F.T.R. 314; 4 Imm. L.R. (2d) 97 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Re Civil Service Association of Alberta, Branch 45 and Alberta Human Rights Commission et al.* (1975), 62 D.L.R. (3d) 531 (C.S. Alb.).

DEMANDE de contrôle judiciaire en vue d'obtenir l'émission d'un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de donner suite à la demande de citoyenneté du deman-

years because the investigation by CSIS has not been completed. Application allowed.

APPEARANCES:

*Jean-Ernest Pierre* and *Jean Casimir* for applicant.  
*Pascale-Catherine Guay* and *Josée Paquin* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Jean-Ernest Pierre*, Montréal, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following is the English version of the reasons for order rendered by*

[1] TREMBLAY-LAMER J.: The applicant, Jean Édouard Conille, has filed an application for judicial review under section 18 of the *Federal Court Act*<sup>1</sup> seeking a writ of *mandamus* to direct the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) to process the application for citizenship he filed on August 7, 1995, under the *Citizenship Act*<sup>2</sup> (the Act).

FACTS

[2] The applicant comes from Haiti, and was born in 1967. He arrived in Canada in 1973 as a permanent resident. On November 18, 1991, he made his first application for citizenship, which was refused on June 15, 1995 by the Citizenship Judge Elizabeth Wilcock. The applicant did not meet the residence requirement set out in subsection 5(1) of the Act in that he had been under a probation order for a period of three years ending on August 3, 1991, and in accordance with section 21 of the Act that period could not be taken into account in calculating the length of residence in Canada. The period of probation had been imposed on the applicant after he was convicted of causing death by criminal negligence, on August 3,

deur, qui demeure sans réponse depuis trois ans au motif que l'enquête du SCRS n'est pas encore terminée. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

*Jean-Ernest Pierre* et *Jean Casimir* pour le demandeur.  
*Pascale-Catherine Guay* et *Josée Paquin* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Jean-Ernest Pierre*, Montréal, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur

*Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par*

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Le demandeur, Jean Édouard Conille, a déposé une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>1</sup> en vue d'obtenir l'émission d'un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) de donner suite à la demande de citoyenneté qu'il a déposée le 7 août 1995, conformément à la *Loi sur la citoyenneté*<sup>2</sup> (la Loi).

FAITS

[2] Le demandeur est originaire de Haïti et est né en 1967. Il est arrivé au Canada en 1973 à titre de résident permanent. Le 18 novembre 1991, il a fait une première demande de citoyenneté, laquelle a été refusée le 15 juin 1995, par le juge de la citoyenneté M<sup>me</sup> Elizabeth Wilcock. Le demandeur ne satisfaisait pas à l'exigence de la résidence prévue à l'article 5(1) de la Loi, car il avait été sous ordonnance de probation pendant une période de trois ans se terminant le 3 août 1991, et conformément à l'article 21 de la Loi cette période ne pouvait être prise en compte dans le calcul de la durée de résidence au Canada. Cette période de probation avait été imposée au demandeur après qu'il eu été déclaré coupable, le 3 août 1988,



1988, contrary to sections 202 and 203 of the *Criminal Code*.<sup>3</sup>

[3] On August 7, 1995, the applicant made a new application for citizenship which has not yet received a response. Accordingly, the purpose of this application for judicial review is to obtain an order directing the Minister of Citizenship and Immigration to process the application for citizenship.

#### THE PARTIES' ARGUMENTS

[4] The applicant contends, first, that the three-year delay since the application for citizenship was made on August 7, 1995, is unreasonable. In his view, the investigation concerning him, which is cited as justification for the delay in processing his case, should have started in December 1994, although the application in question here was filed in August 1995. Under the regulatory procedure, requests for investigations are submitted when the application for citizenship is filed, and do not take three years to be completed. This delay does not comply with the provisions of the Act, which requires, in mandatory language, that applications be processed promptly and transparently.

[5] In addition, the applicant alleges that the processing of applications, for citizenship is not legally subject to the authorization of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and accordingly that the powers conferred on the Registrar and the citizenship judge have been usurped. The respondent, on the other hand, asserts that the applicant's citizenship application cannot be examined as long as CSIS has not given its authorization. In the applicant's view, this amounts to an unauthorized and illegal delegation of power, since CSIS has no statutory power to authorize or not authorize a citizenship application. Sections 14 and 15 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*<sup>4</sup> only gives CSIS powers to advise the Minister of Citizenship and Immigration.

[6] With respect to the delegation of power, the respondent contends that CSIS is involved only as an adviser, supplying the results of its investigation. As

d'avoir causé la mort par négligence criminelle tel que prescrit aux articles 202 et 203 du *Code criminel*.<sup>3</sup>

[3] Le 7 août 1995, le demandeur a présenté une nouvelle demande de citoyenneté qui demeure sans réponse. La présente demande en contrôle judiciaire vise donc à obtenir une ordonnance enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de donner suite à ladite demande de citoyenneté.

#### PRÉTENTIONS DES PARTIES

[4] Le demandeur soutient en premier lieu que le délai de trois ans qui s'est écoulé depuis la demande de citoyenneté en date du 7 août 1995 est déraisonnable. Selon lui, l'enquête dont il fait l'objet et que l'on invoque pour justifier le délai dans le traitement de son dossier aurait débuté en décembre 1994, alors que la demande dont il est ici question fut déposée en août 1995. Selon la procédure réglementaire, les demandes d'enquêtes sont acheminées lors du dépôt de la demande de citoyenneté, et ne prennent pas trois ans à être complétées. Ce délai n'est pas conforme aux termes de la Loi qui, selon un ton impératif, exige que les demandes soient traitées avec promptitude et clarté.

[5] De plus, le demandeur allègue que le traitement des demandes de citoyenneté n'est pas légalement assujéti à l'autorisation du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et qu'en ce sens il y a usurpation des pouvoirs conférés au greffier et au juge de citoyenneté. Pour sa part, le défendeur indique que la demande de citoyenneté du demandeur ne peut être examinée tant que le SCRS n'aura pas donné son autorisation. Selon le demandeur, cela équivaut à une délégation de pouvoir non autorisée et illégale puisque le SCRS ne possède aucun pouvoir législatif d'autoriser ou de ne pas autoriser une demande de citoyenneté. Les articles 14 et 15 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*<sup>4</sup> ne confère au SCRS que des pouvoirs de conseils auprès du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.

[6] En ce qui a trait à la délégation de pouvoir, le défendeur soutient pour sa part que le SCRS n'intervient qu'à titre de conseiller en fournissant les résul-

set out in the record, the decision-making power is not exercised by CSIS.

#### ISSUE

[7] Is issuance of a writ of *mandamus* directing the Minister of Citizenship and Immigration to process the applicant's citizenship application justified having regard to the allegations of unreasonable delay and usurpation of powers by CSIS?

#### ANALYSIS

[8] We need only briefly recall that issuance of a writ of *mandamus* is subject to the following conditions precedent:

- (1) there is a public legal duty to the applicant to act;
- (2) the duty must be owed to the applicant;
- (3) there is a clear right to the performance of that duty, in particular:
  - (a) the applicant has satisfied all conditions precedent giving rise to the duty;
  - (b) there was a prior demand for performance of the duty, a reasonable time to comply with the demand, and a subsequent refusal which can be either expressed or implied, e.g. unreasonable delay; and
- (4) there is no other adequate remedy.<sup>5</sup>

[9] Processing of citizenship applications is governed by the Act and the *Citizenship Regulations, 1993*<sup>6</sup> (the Regulations). In accordance with subsection 5(1) of the Act, the Minister shall grant citizenship to any person who meets the requirements. Subsection 5(1) reads as follows:

5. (1) The Minister shall grant citizenship to any person who

- (a) makes application for citizenship;
- (b) is eighteen years of age or over;

tats de son enquête. Et que tel qu'il appert du dossier, le pouvoir décisionnel n'est pas exercé par le SCRS.

#### QUESTION EN LITIGE

[7] L'émission d'un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de donner suite à la demande de citoyenneté du demandeur est-elle justifiée eu égard aux allégations de délai déraisonnable et d'usurpation de pouvoirs par la SCRS?

#### ANALYSE

[8] Il suffit de rappeler brièvement que l'émission d'un bref de *mandamus* est assujettie à des conditions préalables:

- 1) il existe une obligation légale à caractère public envers le demandeur;
- 2) l'obligation doit exister envers le demandeur;
- 3) il existe un droit clair d'obtenir l'exécution de cette obligation, notamment,
  - a) le demandeur a satisfait à toutes les conditions préalables donnant naissance à cette obligation;
  - b) il y a eu une demande d'exécution de l'obligation, un délai raisonnable a été accordé pour permettre de donner suite à la demande, et il y a eu un refus ultérieur, exprès ou implicite, par exemple, un délai déraisonnable; et
- 4) il n'existe aucun autre recours<sup>5</sup>.

[9] Le traitement des demandes de citoyenneté est régi par la Loi et le *Règlement sur la citoyenneté, 1993*<sup>6</sup>, (le Règlement). Conformément au paragraphe 5(1) de la Loi, le ministre doit accorder la citoyenneté à toutes les personnes qui remplissent les conditions. Le paragraphe 5(1) se lit comme suit:

5. (1) Le ministre attribue la citoyenneté à toute personne qui, à la fois:

- a) en fait la demande;
- b) est âgée d'au moins dix-huit ans;

(c) has been lawfully admitted to Canada for permanent residence, has not ceased since such admission to be a permanent resident pursuant to section 24 of the *Immigration Act*, and has, within the four years immediately preceding the date of his application, accumulated at least three years of residence in Canada calculated in the following manner:

(i) for every day during which the person was resident in Canada before his lawful admission to Canada for permanent residence the person shall be deemed to have accumulated one-half of a day of residence, and

(ii) for every day during which the person was resident in Canada after his lawful admission to Canada for permanent residence the person shall be deemed to have accumulated one day of residence;

(d) has an adequate knowledge of one of the official languages of Canada;

(e) has an adequate knowledge of Canada and of the responsibilities and privileges of citizenship; and

(f) is not under a deportation order and is not the subject of a declaration by the Governor in Council made pursuant to section 20.

[10] Section 11 [as am. by SOR/94-442, s. 2] of the Regulations provides that when a citizenship application is filed the Registrar is responsible for causing the inquiries necessary for the application of the Act to be commenced. Section 11 of the Regulations provides:

11. (1) On receipt of an application made in accordance with subsection 3(1), 6(1), 7(1) or 8(1), the Registrar shall cause to be commenced the inquiries necessary to determine whether the person in respect of whom the application is made meets the requirements of the Act and these Regulations with respect to the application.

[11] The inquiries referred to in section 11 are of three types:

(a) inquiries under subsection 5(1) to ascertain that applicants have permanent resident status;

(b) inquiries under paragraph 5(1)(f) concerning the declaration by the Governor in Council pursuant to section 20 [as am. by S.C. 1997, c. 22, s. 3] to the Canadian Security Intelligence Service (CSIS); and

(c) inquiries under sections 21 and 22 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 11; S.C. 1992, c.

c) a été légalement admise au Canada à titre de résident permanent, n'a pas depuis perdu ce titre en application de l'article 24 de la *Loi sur l'immigration*, et a, dans les quatre ans qui ont précédé la date de sa demande, résidé au Canada pendant au moins trois ans en tout, la durée de sa résidence étant calculée de la manière suivante:

(i) un demi-jour pour chaque jour de résidence au Canada avant son admission à titre de résident permanent,

(ii) un jour pour chaque jour de résidence au Canada après son admission à titre de résident permanent;

d) a une connaissance suffisante de l'une des langues officielles du Canada;

e) a une connaissance suffisante du Canada et des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté;

f) n'est pas sous le coup d'une mesure d'expulsion et n'est pas visée par une déclaration du gouverneur en conseil faite en application de l'article 20.

[10] L'article 11 [mod. par DORS/94-442, art. 2] du Règlement prévoit que lorsqu'une demande de citoyenneté est déposée, le greffier se charge de faire entreprendre les enquêtes nécessaires à l'application de la Loi. L'article 11 du Règlement indique:

11. (1) Sur réception d'une demande visée aux paragraphes 3(1), 6(1), 7(1) ou 8(1), le greffier fait entreprendre les enquêtes nécessaires pour déterminer si la personne faisant l'objet de la demande remplit les exigences applicables de la Loi et du présent règlement.

[11] Les enquêtes dont il est fait mention à l'article 11, sont de trois types:

a) les enquêtes fondées sur le paragraphe 5(1) en vue de s'assurer du statut de la résidence permanente des demandeurs,

b) les enquêtes fondées sur l'alinéa 5(1)f) concernant la déclaration du gouverneur en application de l'article 20 [mod. par L.C. 1997, ch. 22, art. 3] auprès du Service canadien de renseignement et de sécurité (le SCRS); et

c) les enquêtes fondées sur les articles 21 et 22 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 11;

47, s. 67; c. 49, s. 124] of the Act relating to the whether the person is under a probation order, is a paroled inmate or is imprisoned.

[12] After completion of the inquiries commenced, the Registrar shall refer the applications to the citizenship judge for consideration in accordance with subsection 11(5) of the Regulations.

11. . . .

(5) After completion of the inquiries commenced pursuant to subsection (1), the Registrar shall

(a) in the case of an application and materials filed with a citizenship officer in accordance with subsection 3(1), or forwarded to the Registrar under subsection 3(3), request the citizenship officer with whom the application and materials have been filed or to whom they have been forwarded under subsection 3(5) to refer the application and materials to a citizenship judge for consideration; and

(b) in the case of an application and materials filed under subsection 6(1), 7(1) or 8(1), forward the application and materials to a citizenship officer of the citizenship court that the Registrar considers appropriate in the circumstances, and request the citizenship officer to refer the application and materials to a citizenship judge for consideration.

No time limit is provided for completing these inquiries.

[13] Section 14 [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 23] of the Act sets out the procedure and time limits for processing the case once it has been referred to the judge for consideration.

14. (1) An application for

(a) a grant of citizenship under subsection 5(1),

(b) a retention of citizenship under section 8,

(c) a renunciation of citizenship under subsection 9(1), or

(d) a resumption of citizenship under subsection 11(1)

shall be considered by a citizenship judge who shall, within sixty days of the day the application was referred to the judge, determine whether or not the person who made the application meets the requirements of this Act and the regulations with respect to the application.

(1.1) Where an applicant is a permanent resident who is the subject of an inquiry under the *Immigration Act*, the

L.C. 1992, ch. 47, art. 67; ch. 49, art. 124] de la Loi, relativement à l'existence d'une ordonnance de probation, d'une libération conditionnelle ou la détention carcérale.

[12] Une fois que les enquêtes entreprises sont terminées, le greffier saisit le juge de la citoyenneté des demandes conformément au paragraphe 11(5) du Règlement.

11. [ . . ]

(5) Une fois que les enquêtes entreprises en vertu du paragraphe (1) sont terminées, le greffier:

a) dans le cas d'une demande et des documents déposés auprès de l'agent de la citoyenneté conformément au paragraphe 3(1) ou transmis au greffier selon le paragraphe 3(3), demande à l'agent de la citoyenneté auprès de qui ils ont été déposés ou à qui ils ont été transmis conformément au paragraphe 3(5) d'en saisir le juge de la citoyenneté;

b) dans le cas d'une demande et des documents déposés conformément aux paragraphes 6(1), 7(1) ou 8(1), les transmet à l'agent de la citoyenneté du bureau de la citoyenneté qu'il juge compétent en l'espèce et lui demande d'en saisir le juge de la citoyenneté.

Aucun délai n'est prévu pour la conclusion de ces enquêtes.

[13] L'article 14 [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 23] de la Loi indique la procédure et les délais pour le traitement du dossier lorsque le juge en est saisi.

14. (1) Dans les soixante jours de sa saisine, le juge de la citoyenneté statue sur la conformité—avec les dispositions applicables en l'espèce de la présente loi et de ses règlements—des demandes déposées en vue de:

a) l'attribution de la citoyenneté, au titre du paragraphe 5(1);

b) la conservation de la citoyenneté, au titre de l'article 8;

c) la répudiation de la citoyenneté, au titre du paragraphe 9(1);

d) la réintégration dans la citoyenneté, au titre du paragraphe 11(1).

(1.1) Le juge de la citoyenneté ne peut toutefois statuer sur la demande émanant d'un résident permanent qui fait

citizenship judge may not make a determination under subsection (1) until there has been a final determination whether, for the purposes of that Act, a removal order shall be made against that applicant.

(1.2) The expressions “permanent resident” and “removal order” in subsection (1.1) have the meanings assigned to those expressions by subsection 2(1) of the *Immigration Act*.

(2) Forthwith after making a determination under subsection (1) in respect of an application referred to therein but subject to section 15, the citizenship judge shall approve or not approve the application in accordance with his determination, notify the Minister accordingly and provide the Minister with the reasons therefor.

(3) Where a citizenship judge does not approve an application under subsection (2), the judge shall forthwith notify the applicant of his decision, of the reasons therefor and of the right to appeal.

(4) A notice referred to in subsection (3) is sufficient if it is sent by registered mail to the applicant at his latest known address.

[14] Thus, when the citizenship judge finds that the application meets the requirements, the Minister “shall” grant citizenship to any person who meets the requirements therefor. Accordingly, in the instant case, there is a public legal duty owed to the applicant where the requirements are met.

[15] In the instant case, the applicant filed a citizenship application on August 7, 1995, and his application has still not been processed three years later.

[16] The respondent contends that the Registrar cannot act as long as the inquiries have not been completed. Accordingly, there is no legal obligation to act as long as the investigation has not been concluded, and consequently issuance of *mandamus* cannot be justified.

[17] On this point, the respondent bases his argument on *Lee v. Canada (Secretary of State) and Registrar of Citizenship*.<sup>7</sup> In that case, the applicant Lee was seeking a writ of *mandamus* directing the respondent to proceed with the processing of his case as soon as possible. Lee had asked that his application be processed urgently, and this memorandum had been placed on his file. After obtaining the results of the RCMP investigation concerning his criminal record,

l’objet d’une enquête dans le cadre de la *Loi sur l’immigration* tant qu’il n’a pas été décidé en dernier ressort si une mesure de renvoi devrait être prononcée contre lui.

(1.2) Pour l’application du paragraphe (1.1), les termes «mesure de renvoi» et «résident permanent» s’entendent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l’immigration*.

(2) Aussitôt après avoir statué sur la demande visée au paragraphe (1), le juge de la citoyenneté, sous réserve de l’article 15, approuve ou rejette la demande selon qu’il conclut ou non à la conformité de celle-ci et transmet sa décision motivée au ministre.

(3) En cas de rejet de la demande, le juge de la citoyenneté en informe sans délai le demandeur en lui faisant connaître les motifs de sa décision et l’existence d’un droit d’appel.

(4) L’obligation d’informer prévue au paragraphe (3) peut être remplie par avis expédié par courrier recommandé au demandeur à sa dernière adresse connue.

[14] Ainsi, lorsque le juge de citoyenneté conclut à la conformité de la demande, le ministre «doit» accorder la citoyenneté à toute personne qui en remplit les conditions. Il existe donc en l’espèce une obligation légale à caractère public envers le demandeur lorsque les conditions sont remplies.

[15] En l’espèce, le demandeur a déposé une demande de citoyenneté le 7 août 1995, et sa demande n’a pas encore été traitée trois ans plus tard.

[16] Le défendeur soutient que le greffier ne peut agir tant que les enquêtes ne sont pas complétées. Ainsi, il n’y a donc pas d’obligation légale d’agir tant que l’enquête n’est pas terminée et conséquemment l’obtention d’un *mandamus* ne peut être justifiée.

[17] À cet égard, le défendeur fonde ses prétentions sur la cause *Lee c. Canada (Secrétaire d’État) et Registraire de la Citoyenneté*<sup>7</sup>. Dans cette affaire, le demandeur Lee demandait un bref de *mandamus* enjoignant au défendeur de donner suite au traitement de son dossier dans les meilleurs délais. Lee avait demandé à ce qu’on procède au traitement de sa demande de façon urgente, et cette note avait été portée à son dossier. Après avoir obtenu les résultats

the registry had forwarded the file to CSIS on April 11, 1986. On June 26, 1987, CSIS informed the registry that the investigation was still ongoing and that the results were not yet available. One year had passed since the applicant applied for citizenship. Jerome J. dismissed the application for *mandamus*, stating that the Registrar was not in a position to act as long as the investigation was ongoing:

On the basis of that information, the Registrar is not in a position to determine whether the applicant meets the requirements for the grant of citizenship specified in s. 5. On the contrary, while the CSIS investigation is ongoing, preliminary indications are that the applicant may be ineligible for citizenship. It would appear, therefore, that the respondent is acting precisely in conformity with her statutory obligation. The Registrar of Citizenship has not determined whether the applicant meets the requirements of the Act and is therefore under no statutory duty to refer the citizenship application to a citizenship judge. Indeed, in the face of existing information, it is difficult to see how the Registrar could permit the matter to get before a citizenship judge without offending the sections of the Act to which I referred above.<sup>8</sup>

[18] Certainly, some types of investigations may delay processing of citizenship applications.

[19] Can they, however, justify an application being indefinitely suspended? In my view, when an applicant *prima facie* meets the requirements listed in subsection 5(1) of the Act, and there is a demand for performance, the authorities involved have a duty to act. In the instant case, the record does not show that the applicant is under a deportation order and he is no longer the subject of declaration by the Governor in Council made pursuant to section 20.

[20] It is too easy to argue, as does the respondent, that the Registrar has no legal obligation to act as long as the inquiries have not been completed. By that reckoning, an investigation could go on indefinitely and the Registrar would never have a duty to act. The difficulty lies essentially in the fact that there is no time limit provided in the Regulations for completing these inquiries. In fact, the source of the problem is a defective statutory framework. For one thing, the

de l'enquête de la GRC concernant les antécédents criminels, le greffe a acheminé le dossier auprès du SCRS le 11 avril 1986. En date du 26 juin 1987, le SCRS avisait le greffe que l'enquête était toujours en cours et que les résultats n'étaient pas encore disponibles. Un délai d'un an s'était écoulé depuis la demande de citoyenneté du demandeur. Le juge Jerome refusait la demande de *mandamus* en précisant que le registraire n'était pas en position d'agir tant que l'enquête était en cours:

Compte tenu de ces renseignements, le greffier ne peut déterminer si le requérant satisfait aux conditions relatives à l'octroi de la citoyenneté qui sont énoncées à l'article 5. Au contraire, alors que l'enquête du SCRS est en cours, les résultats préliminaires laissent croire qu'il est possible que le requérant soit non admissible à la citoyenneté. Par conséquent, il semblerait que le greffier de la citoyenneté se conforme exactement à l'obligation que lui impose la loi. Il n'a pas déterminé si le requérant satisfait aux exigences de la Loi et, par conséquent, il n'est pas légalement tenu de saisir un juge de la citoyenneté de la demande de citoyenneté. En fait, il est difficile, compte tenu des renseignements existants, de voir comment le greffier pourrait permettre que l'affaire soit soumise à un juge de la citoyenneté sans contrevenir aux articles de la Loi que j'ai cités plus haut<sup>8</sup>.

[18] Bien sûr certains types d'enquêtes peuvent retarder le traitement des demandes de citoyenneté.

[19] Toutefois, peuvent-elles justifier qu'une demande soit indéfiniment en suspens? À mon avis, lorsqu'un demandeur rencontre *prima facie* les conditions préalables énumérées au paragraphe 5(1) de la Loi et qu'il y a une demande d'exécution, il y a un devoir d'agir de la part des autorités impliquées. En l'espèce le dossier n'indique pas que le demandeur est sous le coup d'une mesure d'expulsion et il n'est toujours pas visé par une déclaration en conseil fait en application de l'article 20.

[20] Il est trop facile d'alléguer comme le fait le défendeur qu'il n'y a pas d'obligation légale d'agir pour le greffier tant que les enquêtes ne sont pas terminées. À ce compte-là, une enquête pourrait se poursuivre indéfiniment et le greffier n'aurait jamais le devoir d'agir. La difficulté repose essentiellement sur le fait qu'il n'y a aucun délai de prévu au règlement pour la conclusion de ces enquêtes. En fait, cette problématique s'inscrit dans un cadre législatif défi-

powers of the Registrar to direct that an investigation be conducted in order to ascertain that the requirements of the Act have been met are not subject to any temporal or pragmatic parameters, apart from the obligation to await completion of the inquiries provided for in section 11 of the Regulations, and for another, no time limits are placed on the powers of the investigators, in this instance CSIS. Given these circumstances, the processing time may extend well beyond the time required for conducting the investigation. At what point can that time be regarded as unreasonable?

[21] The reasonableness of the time taken to perform a statutory obligation has been examined in several cases: *Re Civil Service Association of Alberta, Branch 45 and Alberta Human Rights Commission et al.*;<sup>9</sup> *Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration*<sup>10</sup> and *Lee v. Canada*.<sup>11</sup>

[22] In *Alberta Human Rights Commission*, the Alberta Supreme Court examined the question of whether a delay in performing a duty warranted issuance of a writ of *mandamus*. The Court dismissed the applicant's case on the ground that the delay was justified because another similar investigation and hearing was underway and the respondent had proceeded reasonably in the performance of its duties, and the delay did not amount to a refusal to perform its duties.

[23] From the reasons of the Court, it appears that three requirements must be met if a delay is to be considered unreasonable:

- (1) the delay in question has been longer than the nature of the process required, *prima facie*;
- (2) the applicant and his counsel are not responsible for the delay; and
- (3) the authority responsible for the delay has not provided satisfactory justification.

[24] In *Bhatnager*,<sup>12</sup> which the applicant cited in support of his argument, the Federal Court examined

cient. D'une part, les pouvoirs du greffier de commander une enquête en vue de s'assurer que les conditions de la Loi sont remplies ne comportent aucuns paramètres, temporels ou pragmatiques, outre l'obligation d'attendre la fin des enquêtes prévue à l'article 11 du Règlement, et d'autre part, les pouvoirs des enquêteurs, SCRS en l'espèce, ne sont circonscrits par aucunes limites de temps. Sur cette base, le délai de traitement des demandes peut se prolonger bien au-delà du temps nécessaire pour la tenue des enquêtes. À quel moment peut-on considérer que le délai est déraisonnable?

[21] La raisonabilité des délais dans le cadre de l'exécution d'une obligation statutaire a été examinée dans quelques causes: *Re Civil Service Association of Alberta, Branch 45 and Alberta Human Rights Commission et al.*;<sup>9</sup> *Bhatnager c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*<sup>10</sup>; et *Lee c. Canada*<sup>11</sup>.

[22] Dans l'affaire *Alberta Human Rights Commission*, la Cour suprême de l'Alberta s'est penchée sur la question de savoir si un délai dans l'exécution d'une obligation statutaire justifiait l'émission d'un bref de *mandamus*. La Cour a débouté le demandeur pour le motif que le délai était justifié en raison de l'existence d'une autre enquête et instance semblable et que la partie défenderesse avait procédé raisonnablement dans le cadre de l'exécution de ses fonctions et que le délai n'équivalait pas à un refus de s'acquitter de ses obligations.

[23] À la lumière des motifs de la Cour, il semble que trois conditions s'imposent à ce qu'un délai soit jugé déraisonnable:

- 1) le délai en question a été plus long que ce que la nature du processus exige de façon *prima facie*;
- 2) le demandeur et son conseiller juridique n'en sont pas responsables; et
- 3) l'autorité responsable du délai ne l'a pas justifié de façon satisfaisante.

[24] Dans l'affaire *Bhatnager*<sup>12</sup>, qu'invoque le demandeur à l'appui de ses prétentions, la Cour

an application for a writ of *mandamus* to direct the Minister of Citizenship and Immigration to process an application for permanent residence in Canada. In that case, processing had been delayed by investigations into the parties' *bona fides*. The Court granted the *mandamus* requiring that a decision be made, on the ground that the responsible authority had not adequately justified the delay. In that situation, unreasonable delay amounted to failure to decide. Mr. Justice Strayer stated:

The decision to be taken by a visa officer pursuant to section 6 of the Regulations with respect to issuing an immigrant visa to a sponsored member of the family class is an administrative one and the Court cannot direct what that decision should be. But *mandamus* can issue to require that some decision be made. Normally this would arise where there has been a specific refusal to make a decision, but it may also happen where there has been a long delay in the making of a decision without adequate explanation. I believe that to be the case here. The respondents have in the evidence submitted on their behalf suggested a number of general problems which they experience in processing these applications, particularly in New Delhi but they have not provided any precise explanation for the long delays in this case. While I would not presume to fix any uniform length of time as being the limit on what is reasonable, I am satisfied on the basis of the limited information which I have before me that a delay of 4 1/2 years from the time the renewed application was made is unreasonable and on its face amounts to a failure to make a decision.<sup>13</sup>

[25] When, as it is in this case, an investigation drags on beyond the normal time for this kind of investigation, it is my opinion that the Registrar may inform the investigator that he will consider the investigation to be concluded, unless he is informed, as soon as he considers appropriate, that there are serious reasons to justify continuing it. Unless CSIS indicates otherwise as to the importance of confidentiality, procedural fairness demands that the Registrar inform the applicant that an investigation is ongoing, delaying a decision on his citizenship application. In most cases, I do not believe that this kind of requirement could jeopardize the result of the investigation since, as in the instant case and in *Lee*,<sup>14</sup> the applicant is in any event aware that there is an investigation, having brought an application for *mandamus* in the

fédérale s'est penchée sur une demande de bref de *mandamus* d'enjoindre au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de donner suite à une demande de résidence permanente au Canada. Dans cette affaire, le traitement aurait été retardé en raison d'enquêtes sur la bonne foi des parties. La Cour a accordé l'ordonnance de *mandamus* exigeant qu'une décision soit rendue au motif que l'autorité responsable n'avait pas justifié le délai de façon suffisante. Le délai déraisonnable équivaut dans une telle situation à une absence de décision. Le juge Strayer s'exprime ainsi:

La décision que doit rendre un agent des visas en vertu de l'article 6 du Règlement relativement à la délivrance d'un visa d'immigrant à un membre parrainé de la catégorie de la famille est de nature administrative, et la Cour ne saurait ordonner ce que cette décision devrait être. Mais un bref de *mandamus* peut être délivré pour exiger qu'une décision soit rendue. Normalement, il en est ainsi lorsqu'il y a eu refus exprès de rendre une décision, mais ce peut être également le cas lorsqu'on tarde beaucoup à rendre une décision sans donner d'explication suffisante. J'estime que telle est la situation en l'espèce. Les intimés ont, dans la preuve soumise en leur nom, mentionné des problèmes d'ordre général qu'ils rencontrent dans le traitement de ces demandes, particulièrement à New Delhi, mais ils n'ont donné aucune explication précise des délais considérables survenus dans cette affaire. Je ne me permettrai pas de fixer un délai qui servirait de limite à ce qui est raisonnable. Mais je suis convaincu, compte tenu des renseignements limités dont je dispose, qu'un délai de quatre ans et demi à partir du moment de la présentation de la nouvelle demande est déraisonnable et qu'il équivaut, à première vue, à une absence de décision<sup>13</sup>.

[25] Lorsqu'une enquête languit comme c'est le cas en l'espèce au delà du délai normal pour ce type d'enquête, le greffier doit, à mon avis, aviser l'enquêteur qu'il considérera l'enquête close à moins qu'il ne soit informé, dans les meilleurs délais que le greffier jugera appropriés, qu'il existe des motifs sérieux en justifiant la poursuite. Sauf indication contraire sur l'importance de la confidentialité par la SCRS, l'équité procédurale commande que le greffier informe le demandeur qu'une enquête est en cours retardant une décision sur sa demande de citoyenneté. Dans la plupart des cas, je ne crois pas qu'une telle exigence puisse compromettre le résultat de l'enquête puisque comme dans le présent dossier, et dans l'affaire *Lee*<sup>14</sup> le demandeur est de toute façon informé de l'existence d'une enquête après avoir pris un recours en *manda-*



Federal Court. The applicant would then have an opportunity to initiate other proceedings before the body in question, *inter alia* through the complaint procedure set out in section 41 *et seq.* of the *Canadian Security Intelligence Service Act*,<sup>15</sup> which provides:

41. (1) Any person may make a complaint to the Review Committee with respect to any act or thing done by the Service and the Committee shall, subject to subsection (2), investigate the complaint if

(a) the complainant has made a complaint to the Director with respect to that act or thing and the complainant has not received a response within such a period of time as the Committee considers reasonable or is dissatisfied with the response given; and

(b) the Committee is satisfied that the complaint is not trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith.

[26] To allow CSIS to delay the conclusion of its investigation indefinitely, and thereby prevent the Registrar from submitting the application to the citizenship judge, amounts, in my view, to usurping the powers conferred on the Registrar and the citizenship judge by the Act.

[27] It is furthermore not surprising that the affidavit of the respondent's representative, Mr. Payette, refers to the practice of waiting for CSIS authorization in processing complaints. On this point, he says in his affidavit:<sup>16</sup>

[TRANSLATION] 12. I have been informed by representatives of CSIS that the applicant's case is still being examined. To date, CSIS has never given its authorization in respect of the citizenship application filed by the applicant on August 7, 1995.

13. The applicant's citizenship application cannot be examined as long as CSIS has not given its authorization for that to be done.

[28] In addition, the memoranda in the file reiterate that the application is suspended as long as "the clearance has not been finalized".<sup>17</sup>

[29] The respondent referred to Mr. Payette's cross-examination<sup>18</sup> in which he stated that what he meant was checks. He also referred to a memorandum in the file dated December 7, 1995, in which Mr. Payette, on

*mus* devant la Cour fédérale. Le demandeur aurait alors l'opportunité d'exercer d'autres recours devant l'organisme concerné, entre autres le mécanisme de plaintes prévu à l'article 41 et suivant de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*<sup>15</sup>, lequel prévoit:

41. (1) Toute personne peut porter plainte contre des activités du Service auprès du comité de surveillance; celui-ci, sous réserve du paragraphe (2), fait enquête à la condition de s'assurer au préalable de ce qui suit:

a) d'une part, la plainte a été présentée au directeur sans que ce dernier ait répondu dans un délai jugé normal par le comité ou ait fourni une réponse qui satisfasse le plaignant;

b) d'autre part, la plainte n'est pas frivole, vexatoire, sans objet ou entachée de mauvaise foi.

[26] Permettre au SCRS de retarder indéfiniment la conclusion de son enquête et ainsi empêcher le greffier de soumettre la demande au juge de la citoyenneté équivaut, à mon avis, à une usurpation des pouvoirs conférés par la Loi au greffier et au juge de la citoyenneté.

[27] D'ailleurs, il n'est pas étonnant que l'affidavit du représentant du défendeur, M. Payette, réfère à la pratique dans le traitement des plaintes d'attendre l'autorisation du SCRS. À cet effet, il affirme dans son affidavit<sup>16</sup>:

12. J'ai été informé par des représentants du SCRS que le dossier du demandeur était toujours sous étude. À ce jour, le SCRS n'a jamais donné son autorisation relativement à la demande de citoyenneté présentée par le demandeur le 7 août 1995.

13. La demande de citoyenneté du demandeur ne pourra être étudiée davantage tant et aussi longtemps que le SCRS n'aura pas donné son autorisation à ce propos.

[28] De plus, les notes de services au dossier réitérent que la demande est en suspens tant que [TRADUCTION] «l'autorisation n'aura pas été donnée»<sup>17</sup>.

[29] Le défendeur renvoie au contre-interrogatoire<sup>18</sup> de M. Payette dans lequel il indique qu'il s'agit de vérifications. Il réfère aussi à une note au dossier en date du 7 décembre 1995 dans laquelle M. Payette, au

behalf of Mr. Sabourin, told CSIS that processing of the case would be suspended while awaiting advice from CSIS.<sup>19</sup>

[30] However, having carefully reread the transcript, it appears that Mr. Payette stated several times that he was talking about CSIS giving authorization, and not advice as provided in section 14 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*:

14. The Service may

(a) advise any minister of the Crown on matters relating to the security of Canada, or

(b) provide any minister of the Crown with information relating to security matters or criminal activities,

that is relevant to the exercise of any power or the performance of any duty or function by that Minister under the *Citizenship Act* or the *Immigration Act*.

[31] In my opinion, it is apparent on a balance of probabilities that CSIS has usurped the decision-making powers conferred on the Registrar and the citizenship judge. Furthermore, I am of the view that the applicant has satisfied the requirements that must be met in order for a writ of *mandamus* to be issued.

(1) There is a public legal duty to the applicant, which rests on the Registrar and the citizenship judge, to determine and process the application in accordance with the Act and the Regulations;

(2) first, the applicant's application satisfies the Act and the Regulations to the extent possible, and second, the time taken by CSIS is unreasonable and amounts to an implied refusal;

(3) in the instant case, the applicant has no other remedy.

## CONCLUSION

[32] This application for judicial review is allowed.

[33] The Registrar shall inform CSIS that unless justification for continuing the investigation is pro-

nom de M. Sabourin, indiquait au SCRS que le traitement du dossier serait suspendu en attendant les conseils du SCRS<sup>19</sup>.

[30] Cependant, après avoir relu soigneusement la transcription, M. Payette mentionne à maintes reprises qu'il s'agit d'une autorisation accordée par le SCRS et non pas d'un conseil comme le prévoit l'article 14 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*:

14. Le Service peut:

a) fournir des conseils à un ministre sur les questions de sécurité du Canada;

b) transmettre des informations à un ministre sur des questions de sécurité ou des activités criminelles,

dans la mesure où ces conseils et informations sont en rapport avec l'exercice par ce ministre des pouvoirs et fonctions qui lui sont conférés en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* ou de la *Loi sur l'immigration*.

[31] À mon avis, la prépondérance de la preuve démontre que le SCRS s'est arrogé des pouvoirs décisionnels conférés au greffier et au juge de la citoyenneté. En outre, je suis d'avis que le demandeur a satisfait aux exigences qui sous-tendent l'émission d'un bref de *mandamus*.

1) Il existe une obligation légale à caractère public, envers le demandeur, reposant sur le greffier et le juge de la citoyenneté, de déterminer et traiter l'application selon la Loi et les règlements;

2) d'une part, la demande du demandeur est conforme à la Loi et à la réglementation dans la mesure du possible, et d'autre part, le délai encouru par SCRS est déraisonnable, et équivaut à un refus implicite;

3) en l'espèce, il n'existe aucun autre recours pour le demandeur.

## CONCLUSION

[32] La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie.

[33] Le greffier doit informer le SCRS qu'à défaut de justifier la poursuite de l'enquête, dans les meil-

vided as soon as the Registrar shall consider appropriate, the investigation will be considered to be closed.

[34] If there are serious reasons to justify continuing the investigation, the Registrar shall then inform the applicant that the investigation is continuing and that processing of his application is suspended until the investigation is completed.

[35] If there are no serious reasons or a reply is not received, the Registrar shall, on the assumption that the investigation is closed, forward the application to a citizenship judge for the citizenship judge to consider the application and decide it on the merits.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4].

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. C-29.

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. C-46.

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. C-23.

<sup>5</sup> *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.).

<sup>6</sup> SOR/93-246.

<sup>7</sup> (1987), 16 F.T.R. 314 (F.C.T.D.).

<sup>8</sup> *Id.*, at p. 318.

<sup>9</sup> (1975), 62 D.L.R. (3d) 531 (Alta. S.C.).

<sup>10</sup> [1985] 2 F.C. 315 (T.D.).

<sup>11</sup> *Supra*, note 7.

<sup>12</sup> *Supra*, note 10.

<sup>13</sup> *Supra*, note 10, at p. 317.

<sup>14</sup> *Supra*, note 7.

<sup>15</sup> *Supra*, note 4.

<sup>16</sup> Respondent's record, affidavit of Roger Payette, at paras. 12 and 13.

<sup>17</sup> Exhibit P-13 to the affidavit of Mr. Conille.

<sup>18</sup> Respondent's record, at p. 21.

<sup>19</sup> Court's record, at p. 38.

leurs délais que le greffier jugera appropriés, celle-ci sera considérée close.

[34] Si des motifs sérieux justifient la poursuite de l'enquête, le greffier doit alors informer le demandeur que l'enquête se poursuit et que le traitement de sa demande est suspendu jusqu'à la fin de l'enquête.

[35] En l'absence de motifs sérieux ou d'une réponse, le greffier, se fondant sur la présomption que l'enquête est close, doit acheminer la demande auprès d'un juge de la citoyenneté pour qu'il en soit saisi et statue au fond sur la demande.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4].

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. C-29.

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. C-46.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. C-23.

<sup>5</sup> *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.).

<sup>6</sup> DORS/93-246.

<sup>7</sup> (1987), 16 F.T.R. 314 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>8</sup> *Id.*, à la p. 318.

<sup>9</sup> (1975), 62 D.L.R. (3d) 531 (Alta. S.C.).

<sup>10</sup> [1985] 2 C.F. 315 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>11</sup> *Supra*, note 7.

<sup>12</sup> *Supra*, note 10.

<sup>13</sup> *Supra*, note 10, à la p. 317.

<sup>14</sup> *Supra*, note 7.

<sup>15</sup> *Supra*, note 4.

<sup>16</sup> Dossier du défendeur, affidavit de M. Roger Payette, aux par. 12 et 13.

<sup>17</sup> Pièce P-13 à l'appui de l'affidavit de M. Conille.

<sup>18</sup> Dossier du défendeur, à la p. 21.

<sup>19</sup> Dossier du tribunal, à la p. 38.

T-2243-93

Edward Anderson, Garnet Woodhouse, Marshall Woodhouse, Robert McLean, Patrick Anderson, Ormand Stagg and George Traverse on their own behalf and on behalf of all members of the Fairford First Nation, a body of Indians described as the Fairford Band and declared to be a band for the purposes of the *Indian Act* by P.C. 1973-3571 (*Plaintiffs*)

v.

The Attorney General of Canada on behalf of Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Defendant*)

INDEXED AS: FAIRFORD FIRST NATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

Trial Division, Rothstein J.—Edmonton, March 6, 7, 1997; Winnipeg, January 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 19, 21, 22, 26, 27, 28, 29, February 4, 17, 18, 19, March 2, 3, 4, 5, 23, 24, 25, 26, 27; Ottawa, November 12, 1998.

*Native peoples — Lands — Indian Band suing Crown Federal for breach of fiduciary duty relating to construction of dam by Manitoba — Dam causing extensive flooding on Indian reserve — Manitoba accepting responsibility for flooding, providing Band with compensation land — Crown refusing to ratify compensation agreement, but accepting transfer of compensation lands — Band not satisfied with compensation land for losses suffered by members — Whether Crown liable for breach of fiduciary duty owed to Band — Plaintiffs' case based on Indian Act, s. 18(1) — Fiduciary duty arising only upon surrender of land to Crown — Defendant in breach of fiduciary duty to Band in failing to address deficiencies of compensation agreement in timely manner, to consult with Band.*

*Crown — Action for breach of fiduciary duty by Indian Band following construction of dam by Manitoba on Indian Reserve — Band members allegedly suffering loss from breach of fiduciary duties owed to Band — Relying on Indian Act, s. 18(1) to argue defendant breached fiduciary duty in study, planning approval of dam — Case law on fiduciary duty reviewed — Dependency, vulnerability*

T-2243-93

Edward Anderson, Garnet Woodhouse, Marshall Woodhouse, Robert McLean, Patrick Anderson, Ormand Stagg et George Traverse en leur nom personnel et au nom de tous les membres de la Première nation de Fairford, groupe d'Indiens désigné comme étant la bande de Fairford et déclaré être une bande pour l'application de la *Loi sur les Indiens* par le décret C.P. 1973-3571 (*demandeurs*)

c.

Le procureur général du Canada, au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ: PREMIÈRE NATION DE FAIRFORD c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Rothstein—Edmonton, 6 et 7 mars 1997, Winnipeg, 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 19, 21, 22, 26, 27, 28 et 29 janvier, 4, 17, 18 et 19 février, 2, 3, 4, 5, 23, 24, 25, 26 et 27 mars; Ottawa, 12 novembre 1998.

*Peuples autochtones — Terres — Une bande indienne a poursuivi la Couronne fédérale par suite de la violation d'une obligation fiduciaire se rapportant à la construction d'un barrage par le Manitoba — Le barrage avait causé de grosses inondations dans la réserve indienne — Le Manitoba avait reconnu être responsable des inondations et avait remis à la bande des terres de remplacement — La Couronne avait refusé de ratifier l'accord d'indemnisation, mais avait accepté le transfert des terres de remplacement — La bande n'était pas satisfaite des terres de remplacement remises par suite des pertes subies par ses membres — La question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande — La cause des demandeurs était fondée sur l'art. 18(1) de la Loi sur les Indiens — L'obligation fiduciaire ne prenait naissance qu'au moment de la cession des terres en faveur de la Couronne — Le défendeur avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande en omettant de remédier aux lacunes de l'accord d'indemnisation en temps opportun et en omettant de consulter la bande.*

*Couronne — Action fondée sur la violation d'une obligation fiduciaire intentée par une bande indienne à la suite de la construction d'un barrage par le Manitoba dans une réserve indienne — Les membres de la bande auraient subi des pertes par suite de la violation d'obligations fiduciaires envers la bande — Les demandeurs se fondaient sur l'art. 18(1) de la Loi sur les Indiens pour soutenir que le*

*requirement indispensable to fiduciary duty — For fiduciary duty to arise, one party must have ceded power to other — No fiduciary duty herein under reasonable expectations, ceding of power-vulnerability approaches — Actions taken by defendant public law duties, not giving rise to fiduciary relationship — Defendant acting in conformity with Indian Act in permitting Manitoba to use Reserve for coffer dam, in obtaining Band Council resolution authorizing such use — Defendant having no discretion, power to control operation of dam — Not breaching fiduciary duty in failing to use provisions of Navigable Waters Protection Act as leverage to exact concessions from Manitoba respecting flooding of Reserve land — Duty of consultation on Crown in questions involving surrenders of reserve land, extending to dispositions of reserve land by defendant under Indian Act, s. 35 — Consultation conducted in 1971 between Indian Affairs, Band Council according with standard of consultation prescribed by S.C.C. — Defendant in breach of fiduciary duty to Band from 1978 to 1984 in failing to address deficiencies of compensation agreement in timely manner, in failing to consult with Band — From September 1984 to February 1986, defendant's actions, except for failure to consult, diligent, consistent with those expected of fiduciary.*

*Practice — Limitation of actions — Six-year limitation period on plaintiffs' claims under The Limitation of Actions Act, s. 2(1)(k) of Manitoba — Claims arising before September 15, 1987 statute-barred — Continuing breach of fiduciary duty argument without merit — Period of limitation to run in respect of each alleged breach — Time beginning to run upon discovery of cause of action — Delay, failures to consult occurring more than six years before statement of claim filed on September 15, 1993 — Issue when plaintiffs, with reasonable diligence, could have discovered causes of action against defendant — Plaintiffs' cause of action for delay between 1978 and September 1984 not statute-barred — Cause of action for failure to consult between September 1984 and February 1986 statute-barred in February 1992.*

*défendeur avait violé son obligation fiduciaire au moment de l'étude, de la planification et de l'approbation du barrage — Examen de la jurisprudence relative à l'obligation fiduciaire — L'exigence relative à la dépendance et à la vulnérabilité est indispensable pour qu'il y ait obligation fiduciaire — Pour qu'une obligation fiduciaire prenne naissance, une partie doit avoir cédé un pouvoir à l'autre — En l'espèce, il n'existait aucune obligation fiduciaire, que ce soit selon l'approche des attentes raisonnables ou selon l'approche de la cession de pouvoir et de la vulnérabilité — Les mesures prises par le défendeur étaient des obligations de droit public ne donnant pas naissance à un rapport fiduciaire — Le défendeur a agi conformément à la Loi sur les Indiens en permettant au Manitoba d'utiliser la réserve aux fins de la construction d'un batardeau et en obtenant une résolution du conseil de la bande autorisant pareille utilisation — Le défendeur n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de contrôler l'exploitation du barrage — Il n'a pas violé son obligation fiduciaire en omettant d'utiliser les dispositions de la Loi sur la protection des eaux navigables pour obtenir des concessions du Manitoba à l'égard de l'inondation des terres de la réserve — L'obligation de consultation qui incombe à la Couronne en ce qui concerne la cession de terres d'une réserve s'étend aux aliénations de terres de la réserve par le défendeur en vertu de l'art. 35 de la Loi sur les Indiens — La consultation qui a eu lieu en 1971 entre les Affaires indiennes et le conseil de la bande était conforme à la norme de consultation prescrite par la C.S.C. — Le défendeur a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande entre 1978 et 1984 en omettant de remédier aux lacunes de l'accord d'indemnisation en temps opportun et en omettant de consulter la bande — Du mois de septembre 1984 au mois de février 1986, les mesures prises par le défendeur, à l'exception de l'omission de consulter, ont été prises avec diligence et étaient conformes à ce à quoi l'on peut s'attendre d'un fiduciaire.*

*Pratique — Prescription — Prescription de six ans à l'égard des demandes présentées par les demandeurs en vertu de l'art. 2(1)(k) de la Loi sur la prescription du Manitoba — Les demandes qui ont pris naissance avant le 15 septembre 1987 sont prescrites — L'argument fondé sur la violation continue de l'obligation fiduciaire n'est pas fondé — Le délai de prescription commence à courir à l'égard de chaque violation alléguée — Le délai commence à courir au moment de la découverte de la cause d'action — Le retard et l'omission de consulter se sont produits plus de six ans avant que la déclaration eut été déposée, le 15 septembre 1993 — La question était de savoir à quel moment les demandeurs auraient pu découvrir, s'ils avaient fait preuve d'une diligence raisonnable, les causes d'action contre le défendeur — La cause d'action des demandeurs fondée sur le fait que la Couronne a tardé à agir entre 1978 et le mois de septembre 1984 n'est pas prescrite — La cause d'action fondée sur l'omission de consulter entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986 est prescrite depuis le mois de février 1992.*

This was an action for breach of fiduciary duty brought by the members of the Fairford Indian Band against the Crown in Right of Canada. In 1960 and 1961, the Government of Manitoba, with the defendant's knowledge and financial assistance, constructed the Fairford River Water Control Structure, a dam, the purpose of which was to regulate the level of Lake Manitoba upstream from the Fairford Reserve. Commencing in 1967, there was extensive flooding of the Fairford Reserve as a result of the construction of the dam and for which Manitoba accepted full responsibility. The plaintiffs alleged that their Aboriginal rights to fish, hunt and trap, as well as their interest in agricultural production, were negatively impacted by the operation of the dam. Negotiations were entered into between Manitoba and the Band whereby Manitoba was to provide it with land (the compensation land) in compensation for the land that was being flooded. In 1974, the Band signed a compensation agreement whereby it agreed to accept 5771.91 acres of compensation land and to release Manitoba from any further liability regarding flooding. Canada, however, refused to ratify the agreement for a number of reasons. As of 1979, members of the Band were occupying the compensation land even though it had still not been transferred to Her Majesty and was not legally a part of the Reserve. Eventually, the latter accepted transfer of the compensation land and set apart the lands as an addition to the Fairford Indian Reserve No. 50. The Fairford Band was not satisfied with the compensation land as full compensation for the losses suffered by its members and filed a statement of claim on September 15, 1993. Even though the plaintiffs have conceded that Manitoba was the source of their problems, they took the position that the Crown in Right of Canada was liable for all losses they suffered over the entire period since the construction of the dam and that Canada had repeatedly breached its fiduciary duties to the Fairford First Nation. Thus, the plaintiffs' argument seemed to be that the Crown Federal has a general ongoing fiduciary obligation to protect Aboriginal interests. This action raised a number of issues, all directly related to the Crown's fiduciary duty to the Fairford Band, and a last issue pertaining to limitation of actions.

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

The first issue was whether the Crown had breached its fiduciary duty to the Fairford Band in the planning, approval and financing of the Water Control Structure. The latter was a provincial government project, owned, operated and controlled by Manitoba, even though the Crown Federal had provided financial assistance for its construction. The plaintiffs argued that the defendant had a duty under subsection 18(1) of the *Indian Act* not to act in any way that would impair the Band's use and benefit of the Reserve and

Il s'agissait d'une action en violation d'obligation fiduciaire intentée par les membres de la bande indienne de Fairford contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada. En 1960 et 1961, le gouvernement du Manitoba, à la connaissance du défendeur et avec son aide financière, avait construit l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford, un barrage, en vue de régulariser le niveau des eaux du lac Manitoba, en amont de la réserve de Fairford. En 1967 et par la suite, de grosses inondations ont eu lieu dans la réserve de Fairford en raison de la construction du barrage; le Manitoba a reconnu sa responsabilité à cet égard. Les demandeurs ont allégué que l'exploitation du barrage avait eu un impact négatif sur leurs droits autochtones en ce qui concerne la chasse, la pêche et le piégeage ainsi que sur leur droit à la production agricole. Le Manitoba et la bande ont engagé des négociations en vertu desquelles le Manitoba devait remettre des terres à la bande (les terres de remplacement) pour l'indemniser des terres qui étaient inondées. En 1974, la bande a signé un accord d'indemnisation par lequel elle convenait d'accepter des terres de remplacement d'une superficie de 5 771,91 acres et de libérer le Manitoba de toute responsabilité additionnelle à l'égard des inondations. Toutefois, le Canada a refusé de ratifier l'accord, et ce, pour un certain nombre de raisons. En 1979, les membres de la bande occupaient les terres de remplacement même si celles-ci n'avaient pas encore été transférées à Sa Majesté et même si elles ne faisaient pas légalement partie de la réserve. Finalement, le Canada a accepté le transfert des terres de remplacement et les a mises de côté en tant qu'additions à la réserve indienne de Fairford n° 50. La bande de Fairford ne croyait pas que les terres de remplacement soient suffisantes pour indemniser complètement ses membres des pertes subies; elle a déposé une déclaration le 15 septembre 1993. Même s'ils ont concédé que le Manitoba était à l'origine de leurs problèmes, les demandeurs ont soutenu que Sa Majesté la Reine du chef du Canada était responsable de toutes les pertes subies depuis que le barrage avait été construit et que le Canada avait violé à maintes reprises les obligations fiduciaires qu'il avait envers la Première nation de Fairford. Les demandeurs semblaient donc soutenir que la Couronne fédérale avait une obligation fiduciaire générale continue de protéger leurs droits autochtones. L'action soulevait un certain nombre de questions, qui étaient toutes directement liées à l'obligation fiduciaire que la Couronne avait envers la bande de Fairford, ainsi que la question de la prescription de l'action.

*Jugement*: l'action doit être accueillie en partie.

La première question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford au moment de la planification de l'approbation et du financement de l'ouvrage de régularisation des eaux. Le Manitoba possédait, exploitait et contrôlait cet ouvrage dans le cadre d'un projet du gouvernement provincial, même si la Couronne fédérale avait fourni une aide financière en vue de la construction de l'ouvrage. Les demandeurs soutenaient que le défendeur était tenu, en vertu du paragraphe 18(1) de

that its involvement with the Structure breached that duty. In *Guerin et al. v. The Queen et al.*, the Supreme Court of Canada held that the effect of subsection 18(1) was to impose upon the Crown an obligation to protect Indians' interests in transactions with third parties. Once land was surrendered, the Crown was given a discretion to decide what was in the best interests of the Indians. This discretion on the part of the Crown has the effect of transforming its obligation into a fiduciary one. It was also recognized that both a discretion or power on the part of the fiduciary and vulnerability on the part of the beneficiary defined the fiduciary relationship. Vulnerability, which is an essential requirement to a fiduciary duty, means that the beneficiary, despite his best efforts, is unable to prevent the injurious exercise of discretion or power by the fiduciary and that other legal or practical remedies are inadequate or absent. In the Aboriginal context, it was held that, in order for a fiduciary duty to arise, one party must have ceded its power to the other. In order to determine whether a fiduciary obligation arose with respect to the Crown's involvement with the dam, it was necessary to determine whether by statute, agreement, particular course of conduct or unilateral undertaking, there was a mutual understanding that the Crown Federal would act on behalf of the Fairford Band in such way as to give rise to a reasonable expectation that it would act in the Band's best interests to the exclusion of other interests. The facts of this case did not demonstrate a contractual relationship between the Crown and the Fairford Band. Nor was there evidence of an undertaking on the part of the Crown to act in a fiduciary capacity on behalf of the Indians during the study, approval and financing stages of the dam. As to course of conduct, it should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Duties that arise from legislative or executive action are public law duties and do not give rise to a fiduciary relationship. Actions taken by the Indian Affairs Branch at the relevant time arose under the *Indian Act* and the *Department of Citizenship and Immigration Act* and were public law duties. There was no indication they would be in the nature of private law duties such as when Indian land is surrendered. For these reasons, course of conduct by the Crown in its dealings with Indians under these Acts could not be relied upon as a basis for the creation of a fiduciary duty. The facts herein did not disclose ceding of any authority or power over any matter. Whether under the reasonable expectations approach or the ceding of power-vulnerability approach, the Crown was not a fiduciary with respect to its involvement in the study, approval or financing of the dam. The law of fiduciary duties, in the Aboriginal context, cannot be interpreted to place the Crown in the untenable position of having to forego its public law duties when such duties conflict with Indian interests.

la *Loi sur les Indiens*, de ne pas agir de façon à gêner l'utilisation de la réserve par la bande et qu'en participant à l'ouvrage, il avait violé cette obligation. Dans l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*, la Cour suprême du Canada avait statué que le paragraphe 18(1) avait pour effet de conférer à la Couronne l'obligation de protéger les droits des Indiens dans des opérations avec des tiers. Une fois les terres cédées, la Couronne se voyait conférer le pouvoir discrétionnaire de décider ce qui était vraiment le plus avantageux pour les Indiens. Ce pouvoir discrétionnaire avait pour effet de transformer l'obligation qui incombait à la Couronne en une obligation de fiduciare. Il a également été reconnu que le rapport fiduciare était défini à la fois par l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de la part du fiduciare et par la vulnérabilité du bénéficiaire. La vulnérabilité était une exigence essentielle, et elle signifiait que le bénéficiaire, malgré ses meilleurs efforts, ne pouvait pas empêcher l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire par le fiduciare et que les autres recours juridiques ou pratiques étaient insuffisants ou absents. Dans le contexte autochtone, il a été statué que pour qu'une obligation fiduciare prenne naissance, une partie doit avoir cédé son pouvoir à l'autre. Afin de déterminer si une obligation fiduciare a pris naissance par suite de la participation de la Couronne au barrage, il fallait déterminer si, en vertu d'une loi, d'une entente, d'une conduite particulière ou d'un engagement unilatéral, il avait mutuellement été convenu que la Couronne agirait pour le compte de la bande de Fairford de façon à donner naissance à une attente raisonnable selon laquelle la Couronne agirait dans l'intérêt de la bande à l'exclusion d'autres intérêts. Les faits de l'espèce ne démontraient pas l'existence d'un rapport contractuel entre la Couronne et la bande de Fairford. Rien ne montrait non plus que la Couronne se soit engagée à agir à titre de fiduciare pour le compte des Indiens aux stades de l'étude, de l'approbation et du financement du barrage. En ce qui concerne la conduite particulière, il faut remarquer que, de façon générale, il n'existe une obligation fiduciare que dans le cas d'une obligation prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations qui découlent d'une mesure prise par le pouvoir législatif ou par le pouvoir exécutif sont des obligations de droit public et ne créent aucun rapport fiduciare. Les mesures prises par la Division des affaires indiennes au moment pertinent l'ont été en vertu de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration*, et il s'agissait d'obligations de droit public. Rien ne montrait qu'il s'agirait d'obligations de droit privé telles que celles qui existent lorsque des terres indiennes sont cédées. C'est pourquoi la conduite de la Couronne, lorsqu'elle traitait avec les Indiens en vertu de ces lois ne pouvait pas servir de fondement à la création d'une obligation fiduciare. Les faits de l'espèce ne montraient pas qu'un pouvoir avait été cédé sur une question. Tant en vertu de l'approche fondée sur les attentes raisonnables que de l'approche relative à la cession d'un pouvoir et à la vulnérabilité, la Couronne n'agissait pas à titre de fiduciare pour ce qui est de sa participation à l'étude, à

The second issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band in securing authorization by way of Band Council Resolution for the coffer dam on the reserve. Erection of a coffer dam was necessary to limit the flow through the Fairford River channel temporarily. As use of the Reserve by Manitoba for purposes of the coffer dam was not to exceed a period of one year, the Minister may have authorized such use without obtaining consent of the Band Council. However, there was consultation and consent of the Band Council was obtained. There was no breach of the *Indian Act* in that consent having been obtained. The Minister was not bound to act without consent of the Band Council under subsection 28(2) of the Act, even if the temporary disposition was for less than one year. There was, therefore, no requirement under the *Indian Act* to treat use by Manitoba of the Reserve for the coffer dam as a surrender under section 37 of the Act and no necessity to obtain Band approval for such use. Canada acted in conformity with the *Indian Act* in permitting Manitoba to use the Reserve for the coffer dam and in obtaining a Band Council resolution authorizing such use.

The third issue was whether the Crown breached its fiduciary duty by failing to address the periodic flooding and related adverse impacts on the Fairford First Nation interests. The plaintiffs claimed that the Crown's knowledge of the adverse impacts they were experiencing by the operation of the dam imposed a fiduciary duty to do whatever was necessary to protect the Band's interests from the effects of that structure. They also suggested that the Crown had a duty to exercise leverage under the *Navigable Waters Protection Act* (NWPA) to control the way in which Manitoba operated the dam. Although the Fairford Band brought many of its concerns to the Indian Affairs Branch, it knew that it was Manitoba's operation of the dam which was causing its difficulties. There was no evidence that the Band was relying on the Crown to remedy the problems caused by the dam, and that the latter had any discretion or power to control its operation. The Crown's only direct involvement with the dam was with respect to its study, approval and financing. Manitoba owned the dam and operated it. Subsection 31(3) of the *Indian Act* preserves the right of the band and its members to bring an action for trespass themselves. The Band did not cede that power to the Crown nor was there any mutual understanding between them giving rise to a reasonable expectation that such an

l'approbation ou au financement du barrage. Le droit des obligations fiduciaires, dans le contexte autochtone, ne peut pas être interprété comme plaçant la Couronne dans la situation impossible d'avoir à renoncer à ses obligations de droit public lorsque pareilles obligations sont contraires aux intérêts des Indiens.

La deuxième question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en obtenant l'autorisation au moyen d'une résolution du conseil de la bande à l'égard de la construction du batardeau dans la réserve. Il fallait construire un batardeau en vue de limiter temporairement le débit de la rivière Fairford. Étant donné que le Manitoba ne devait pas utiliser la réserve aux fins de la construction du batardeau pendant plus d'un an, le ministre pouvait avoir autorisé pareille utilisation sans obtenir le consentement du conseil de la bande. Toutefois, il y avait eu consultation, et le conseil de la bande avait donné son consentement. Il n'y avait pas eu violation de la *Loi sur les Indiens* puisque le consentement avait été obtenu. Le ministre n'était pas tenu d'agir en l'absence d'un consentement donné par le conseil de bande en vertu du paragraphe 28(2) de la Loi, même s'il s'agissait d'une aliénation temporaire pour une période de moins d'un an. La *Loi sur les Indiens* n'exigeait donc pas que l'utilisation de la réserve par le Manitoba aux fins de la construction du batardeau soit considérée comme une cession en vertu de l'article 37 de la Loi et il n'était pas nécessaire d'obtenir l'approbation de la bande à pareille fin. Le Canada a agi conformément à la *Loi sur les Indiens* en permettant au Manitoba d'utiliser la réserve aux fins de la construction du batardeau et en obtenant une résolution du conseil de la bande autorisant pareille utilisation.

La troisième question était de savoir si la Couronne avait violé son obligation fiduciaire en omettant de remédier aux inondations périodiques et aux impacts négatifs connexes qui en découlaient pour les droits de la Première nation de Fairford. Les demandeurs alléguaient qu'étant donné qu'elle était au courant des impacts négatifs auxquels ils faisaient face en raison de l'exploitation du barrage, la Couronne était tenue, en vertu d'une obligation fiduciaire, de faire ce qu'il fallait pour protéger les droits de la bande contre les effets de cet ouvrage. Les demandeurs soutenaient également que la Couronne était tenue d'exercer son influence en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* (LPEN) pour contrôler la façon dont le Manitoba exploitait le barrage. Même si elle avait fait part d'un grand nombre de ses préoccupations à la Division des affaires indiennes, la bande de Fairford savait que c'était l'exploitation du barrage par le Manitoba qui causait des problèmes. Rien ne montrait que la bande comptait sur la Couronne pour remédier aux problèmes causés par le barrage et que cette dernière avait le pouvoir discrétionnaire de contrôler l'exploitation du barrage. La seule participation directe de la Couronne à l'égard du barrage se rapportait à l'étude qu'elle avait effectuée, ainsi qu'à l'approbation et au financement du projet. C'était le Manitoba qui était propriétaire du barrage



action would be commenced by the Crown. The Fairford Band was not in a vulnerable position *vis-à-vis* the Crown with respect to third parties who trespassed on its land or otherwise interfered with its interests. Actions taken by the Indian Affairs Branch were in the performance of public law duties under the *Indian Act* and could not give rise to a fiduciary duty. The plaintiffs' argument that the Crown breached its fiduciary duty in failing to use the provisions of the NWA as leverage to exact concessions from Manitoba respecting the flooding of the Fairford Reserve land was also untenable.

The fourth issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Band in the unconditional section 35 transfer of 23 acres of land for road purposes in 1962 without consulting the Band, prescribing terms and conditions in the transfer to ensure minimal infringement on the interests of the Fairford First Nation and ensuring just compensation. The construction of the dam required the realignment of a provincial highway through the Reserve to eliminate curves. To do so, Manitoba needed approximately 34 acres of Fairford Reserve land as highway right of way. Section 35 of the *Indian Act* is the relevant provision for the taking of land for provincial purposes. By Band Council resolution dated December 7, 1960, 11 acres closest to the dam were authorized to be transferred to Manitoba. By Band Council resolution dated June 12, 1962, a further 23 acres was agreed to be transferred to Manitoba. The Crown consented to the taking by Manitoba of the entire 34 acres for the highway right of way. The plaintiffs were consulted with respect to the transfer of land for highway purposes and as to the compensation therefor. The Crown's necessary involvement under section 35 of the Act in the taking of land from the Fairford Reserve for highway purposes by Manitoba gave rise to a fiduciary duty to ensure that the Band's best interests were protected in so far as the Crown's unilateral discretion with respect to the transaction was concerned. The Crown's failure to properly consent to the transfer of the northern 11 acres to Manitoba by order in council for over 12 years constituted a breach of fiduciary duty to the Band. Failure to collect the full purchase price from Manitoba in a timely manner also constituted a breach of fiduciary duty. However, payment in full was received by the Crown with interest and an order in council consenting to the transfer of the entire 34 acres to Manitoba was executed. The breaches of fiduciary duty were thus remedied. There was no further outstanding cause of action based upon breach of fiduciary duty in these circumstances.

et qui l'exploitait. Le paragraphe 31(3) de la *Loi sur les Indiens* préserve le droit de la bande et de ses membres d'intenter eux-mêmes une action fondée sur la violation du droit de propriété. La bande n'avait pas cédé ce pouvoir à la Couronne et il n'y avait pas d'entente mutuelle entre le Canada et la bande donnant lieu à une attente raisonnable permettant de croire que la Couronne intenterait une telle action. La bande de Fairford n'était pas vulnérable face à la Couronne en ce qui concerne les tiers qui pénétraient, sans droit ni autorisation, dans leur réserve, ou qui portaient de quelque autre façon atteinte à leurs droits. Les mesures que la Division des affaires indiennes a prises étaient conformes aux obligations de droit public prévues par la *Loi sur les Indiens* et ne pouvaient pas donner naissance à une obligation fiduciaire. L'argument des demandeurs selon lequel le Canada avait violé son obligation fiduciaire en omettant d'utiliser les dispositions de la LPEN pour exiger des concessions du Manitoba à l'égard de l'inondation des terres de la réserve de Fairford était également insoutenable.

La quatrième question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande en transférant sans condition en 1962, en vertu de l'article 35, 23 acres de terrain aux fins d'une route sans consulter la bande, sans imposer à l'égard du transfert des conditions destinées à assurer qu'il soit le moins possible porté atteinte aux droits de la Première nation de Fairford et sans obtenir une juste indemnité. Pour construire le barrage, il fallait procéder à un nouvel alignement d'une route provinciale à travers la réserve en vue d'éliminer les courbes. Pour ce faire, le Manitoba avait besoin d'environ 34 acres dans la réserve de Fairford comme emprise routière. La disposition pertinente de la *Loi sur les Indiens* concernant la prise de terres à des fins provinciales est l'article 35. Au moyen d'une résolution du conseil de la bande datée du 7 décembre 1960, le transfert au Manitoba de 11 acres, situées à proximité du barrage, a été autorisé. Au moyen d'une résolution du conseil de la bande datée du 12 juin 1962, le transfert au Manitoba de 23 autres acres de terrain a été autorisé. La Couronne a consenti à ce que le Manitoba prenne les 34 acres aux fins de l'emprise routière. Les demandeurs ont été consultés au sujet du transfert des terres aux fins de la route et de l'indemnisation y afférente. La participation nécessaire de la Couronne, en vertu de l'article 35 de la Loi, à la prise par le Manitoba des terres de la réserve de Fairford aux fins d'une route a donné naissance à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne de veiller à ce que les intérêts de la bande soient protégés puisque celle-ci avait un pouvoir discrétionnaire unilatéral à l'égard de l'opération. En omettant de consentir de la façon appropriée au transfert au Manitoba des 11 acres situées au nord au moyen d'un décret pendant plus de 12 ans, la Couronne a violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande. En omettant d'obtenir du Manitoba le plein montant du prix d'achat dans un délai opportun, la Couronne avait encore une fois violé son obligation fiduciaire. Toutefois, la Couronne a obtenu le paiement intégral, avec

The fifth issue was whether the Crown breached its fiduciary duty by encouraging the Fairford Band to engage in land exchange negotiations with Manitoba in 1969 when it knew that the construction and operation of the dam adversely impacted the Band's practical and legal interests far beyond merely land and that the Band had no authority to conclude such negotiations or agreements. The relationship between the Crown and Indian bands respecting their lands and rights is governed by the twin policies of autonomy and protection. Although Aboriginal peoples are protected by the *Indian Act*, they are to be treated as autonomous actors whose decisions must be respected and honoured. There was therefore no legal reason why the Fairford Band could not and should not have negotiated with Manitoba. Because the compensation land had to be transferred from Manitoba to the Crown in order for it to become part of the Reserve, a fiduciary duty arose at the time of transfer to ensure that the Band was not exploited. However, that duty arose only when the Crown was asked to ratify the agreement negotiated by the Band. No such duty existed at the negotiating stage. There is no reason in principle why an Indian band should not be able to determine its own requirements, conduct its own negotiations and conclude those negotiations.

The sixth issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band by failing to disclose to it and attempting unilaterally to correct the clear lack of authority for the province to be on Reserve land by purporting to transfer, in 1973, a 34-acre block of land for public road purposes without consulting the Band. In questions involving surrenders of reserve land, there is a duty of consultation on the Crown, which duty extends to dispositions of reserve land by the latter under section 35 of the Act. The minutes of a meeting held on September 16, 1971 between officials of Indian Affairs, the Fairford Band Council and a representative of the Manitoba Indian Brotherhood indicated that right-of-ways for roads had never been finalized, that total compensation had not been paid and that interest would be paid. They indicated a very complete disclosure of the circumstances to the Band Council. The consultation conducted between Indian Affairs and the Band Council accorded with the standard of consultation prescribed by the Supreme Court of Canada in *Delgamuukw v. British Columbia*.

intérêts, et un décret autorisant le transfert des 34 acres au Manitoba a été pris. Il a donc été remédié aux violations de l'obligation fiduciaire. Dans ces conditions, il n'y avait aucune autre cause d'action fondée sur la violation d'une obligation fiduciaire.

La cinquième question était de savoir si la Couronne avait violé son obligation fiduciaire en encourageant la bande de Fairford à entamer des négociations avec le Manitoba, en 1969, en vue d'un échange de terres, alors qu'elle savait que la construction et l'exploitation du barrage allaient avoir un impact négatif sur les intérêts pratiques et juridiques de la bande s'étendant bien au-delà d'un intérêt foncier et que la bande n'avait pas le pouvoir de conclure pareilles négociations ou ententes. Le rapport existant entre la Couronne et les bandes indiennes à l'égard des terres et droits de ces dernières est régi par les deux principes d'autonomie et de protection. Même si la *Loi sur les Indiens* offre une protection, il faut traiter les peuples autochtones comme des acteurs autonomes dont les décisions doivent être respectées. Il n'existait donc aucun motif d'ordre juridique pour lequel la bande de Fairford n'aurait pas pu ou n'aurait pas dû négocier avec le Manitoba. Étant donné que les terres de remplacement devaient être transférées du Manitoba à la Couronne afin de faire partie de la réserve, une obligation fiduciaire de veiller à ce que la bande ne soit pas exploitée a pris naissance au moment du transfert. Toutefois, cette obligation a uniquement pris naissance lorsqu'on a demandé à la Couronne de ratifier l'entente négociée par la bande. Au stade des négociations, il n'existait pas d'obligation de ce genre. Rien n'empêche, en principe, une bande indienne d'être en mesure de déterminer ses propres exigences ainsi que de conduire ses propres négociations et de les mener à bonne fin.

La sixième question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en omettant de lui divulguer des renseignements et en tentant unilatéralement de remédier au fait que la province n'était de toute évidence pas autorisée à occuper les terres de la réserve au moyen du transfert réputé, en 1973, d'une parcelle de 34 acres aux fins d'une voie publique, sans consulter la bande. En ce qui concerne les questions de cession de terres d'une réserve, il existe une obligation de consultation de la part de la Couronne; cette obligation s'étend aux aliénations des terres d'une réserve par la Couronne en vertu de l'article 35 de la Loi. Le procès-verbal d'une réunion tenue le 16 septembre 1971 entre les représentants des Affaires indiennes, le conseil de la bande de Fairford et un représentant de la Fraternité des Indiens du Manitoba montrait que la question des emprises routières n'avait jamais été réglée, que le plein montant de l'indemnité n'avait pas été versé et que des intérêts seraient payés. Le procès-verbal montrait que toutes les circonstances de l'affaire avaient pleinement été divulguées au conseil de la bande. La consultation qui avait eu lieu entre les Affaires indiennes et le conseil de la bande était conforme à la

The seventh issue was whether the Crown breached its fiduciary duty in failing between 1977 and 1984 to address the deficiencies in the purported 1974 compensation land transfer agreement in a timely fashion. The Fairford Band had been negotiating with Manitoba for compensation as a result of flooding from the operation of the dam since 1967. These negotiations culminated in 1974 in the preparation by Manitoba of an agreement between the Band, Manitoba and the Crown for the transfer of compensation land to the Fairford Band. During the period between 1977 and 1984, many events occurred, delaying considerably the transfer of the compensation land to the Fairford Band. The prime cause of the delay rested with the Crown and that delay was unjustified. What gave rise to the fiduciary duty was the discretion vested in the Crown to deal with surrendered land and the vulnerable position of the Indian band once it has surrendered the land. The Crown did not act in a timely manner after it received the compensation agreement from Manitoba in 1977. The 1974 compensation agreement was an improvident transaction from the Band's perspective since, in exchange for 5771.91 acres of land, the Band was prepared to release Manitoba from any further claims and restriction on the operation of the dam, irrespective of the extent of flooding that might result. However, in not ratifying an improvident transaction to which the Band was prepared to agree, the Crown was not free of a fiduciary liability because it delayed the ratification of the transaction due to confusion on its part as to how to proceed. The Crown was required to determine, in a timely manner, what was improvident in the compensation agreement and advise the Fairford Band. In not doing so, it breached its fiduciary duty to the Band. That breach started at the beginning of 1978 when the Crown failed to exercise its discretion with respect to the compensation agreement based upon a sound analysis of its deficiencies, to advise the Fairford Band and to seek its instructions. Between the beginning of 1978 and September 1984, there was no progress on these issues, little or no advice given to the Band as to the deficiencies of the agreement and no discussion with the Band as to how the matter should proceed. This period of over six and one half years constituted a period of unreasonable delay during which there was no adequate consultation with the Band.

The eighth issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band in actively negotiating with Manitoba from 1984 to 1991 in respect of compensation for the adverse effects of the dam without the Band's involvement or knowledge in the details of same. While up

norme de consultation prescrite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*.

La septième question était de savoir si la Couronne avait violé son obligation fiduciaire en omettant, entre 1977 et 1984, de remédier aux lacunes du prétendu accord de 1974 concernant le transfert des terres de remplacement d'une façon opportune. La bande de Fairford avait négocié avec le Manitoba la question de l'indemnité à verser par suite des inondations causées, depuis 1967, par l'exploitation du barrage. Ces négociations ont abouti, en 1974, à la préparation par le Manitoba d'une entente entre la bande, le Manitoba et le Canada en vue du transfert des terres de remplacement à la bande de Fairford. Entre 1977 et 1984, de nombreux événements avaient considérablement retardé le transfert des terres de remplacement à la bande de Fairford. Le retard était principalement attribuable à la Couronne et il était injustifié. C'était le pouvoir discrétionnaire dévolu à la Couronne de s'occuper des terres cédées et de remédier à la vulnérabilité de la bande indienne, une fois qu'elle avait cédé les terres, qui donnait naissance à l'obligation fiduciaire. La Couronne n'avait pas agi en temps opportun après avoir reçu l'accord d'indemnisation du Manitoba en 1977. L'accord d'indemnisation de 1974 était une opération déraisonnable pour la bande, puisque, en échange de terres d'une superficie de 5 771,91 acres, la bande était prête à libérer le Manitoba de toute autre demande et à lui permettre, sans restriction aucune, d'exploiter le barrage, et ce, quelle que soit l'étendue des inondations possibles. Toutefois, en ne ratifiant pas une opération déraisonnable à laquelle la bande était prête à consentir, la Couronne n'était pas exemptée d'une obligation fiduciaire parce qu'elle avait tardé à ratifier l'opération à cause de la confusion qui régnait au sujet de la façon de procéder. La Couronne était tenue de déterminer, en temps opportun, ce qui était déraisonnable dans l'accord d'indemnisation et d'en informer la bande de Fairford. En omettant de le faire, elle avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande. Cette violation avait commencé au début de 1978, du fait que la Couronne n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'accord d'indemnisation en se fondant sur une analyse réfléchie de ses lacunes, qu'elle n'avait pas informé la bande de Fairford des lacunes et qu'elle ne lui avait pas demandé d'instructions. Entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984, aucun progrès n'avait été fait à l'égard de ces questions, la bande n'avait pas été conseillée au sujet des lacunes de l'accord ou fort peu de conseils lui avaient été donnés à ce sujet, et il n'y avait pas eu de discussions avec la bande au sujet de ce qu'il fallait faire. Étant donné que la bande n'a pas été adéquatement consultée pendant plus de six ans et demi, le retard était déraisonnable.

La huitième question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en négociant activement avec le Manitoba entre 1984 et 1991 à l'égard de l'indemnité accordée pour les effets préjudiciables du barrage sans que la bande participe

to September 1984, the Crown's understanding and progress with respect to the compensation land agreement was inadequate, the situation changed when Jim Gallo, an official from the Department of Indian and Northern Affairs, took over the file. The only period during which the plaintiffs' allegation of non-consultation was supported by the evidence was from September 1984 to February 1986. The Crown's failure to consult with the Band during that period gave rise to a breach of fiduciary duty to protect the Band in its dealings with Manitoba. There was no evidence of delay or, except for the failure to consult, any other malfeasance on Mr. Gallo's part. His actions were, except for the failure to consult, diligent and consistent with those expected of a fiduciary. When the Crown was unilaterally dealing with Manitoba, the duty to consult existed and the failure to consult during that period constituted a breach of fiduciary duty.

The last issue concerns the limitation of actions. Relying on clause 2(1)(k) of *The Limitation of Actions Act* of Manitoba, the defendant argued that the plaintiffs' claims are statute-barred. A six-year limitation period is imposed by that provision on the claims advanced by the plaintiffs. Since the plaintiffs' statement of claim was filed on September 15, 1993, claims arising prior to September 15, 1987 are statute-barred. The plaintiffs argued that the defendant continually breached its fiduciary duties to the Band ever since it approved and partly financed the dam. Any breach of fiduciary duty must, however, be located at a specific point in time. A continuing breach argument is without merit. A separate and distinct cause of action for breach of fiduciary duty arises against the Crown with respect to each distinct set of circumstances and a period of limitation will begin to run in respect of each alleged breach of fiduciary duty. Time does not begin to run for limitation purposes until "the discovery of the cause of action" within the meaning of clause 2(1)(k) of the Act. A cause of action is considered to be discoverable when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence. The issue herein was at what point the plaintiffs could have discovered, through reasonable diligence, the causes of action which have been established against the Crown. The Fairford Band was aware of delay as early as March 8, 1979. However, it was not aware of whether the delay was for justifiable reasons or whether the Crown was failing to act with the diligence required of a fiduciary. The Band became aware that the delay was unjustified in 1992 after engaging the firm of E. E. Hobbs and Associates Ltd. to research events giving rise to the dam and the subsequent failure to conclude a satisfactory settlement, as well as to assess the damages suffered. Until 1990, the Fairford Band had no reason to believe that it had

à ces négociations ou sans qu'elle en ait connaissance. Jusqu'au mois de septembre 1984, la Couronne comprenait mal l'accord d'indemnisation et faisait peu de progrès à cet égard, mais la situation avait changé lorsque Jim Gallo, fonctionnaire au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, a pris l'affaire en main. La seule période pour laquelle l'allégation des demandeurs selon laquelle il n'y avait pas eu consultation était étayée par la preuve était celle qui allait du mois de septembre 1984 au mois de février 1986. L'omission de la Couronne de consulter la bande pendant cette période a donné lieu à la violation d'une obligation fiduciaire de protéger la bande lorsqu'elle traitait avec le Manitoba. Rien ne montrait qu'il y avait eu un retard ou, à l'exception de l'omission de consulter, quelque autre délit de la part de M. Gallo. Les mesures que M. Gallo avait prises, à l'exception de l'omission de consulter, étaient diligentes et conformes à ce qu'on s'attendrait d'un fiduciaire. Lorsque la Couronne traitait unilatéralement avec le Manitoba, elle était tenue de consulter la bande et l'omission de la consulter pendant cette période constituait une violation d'une obligation fiduciaire.

La dernière question se rapporte à la prescription. En invoquant l'alinéa 2(1)(k) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba, le défendeur a soutenu que les demandes des demandeurs étaient prescrites. Un délai de prescription de six ans est imposé par cette disposition à l'égard des demandes que les demandeurs ont présentées. Étant donné que la déclaration des demandeurs avait été déposée le 15 septembre 1993, les demandes antérieures au 15 septembre 1987 sont prescrites. Les demandeurs ont soutenu que le défendeur avait continuellement violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande à compter du moment où il avait approuvé et en partie financé le barrage. Toutefois, tout manquement à l'obligation fiduciaire doit pouvoir être situé à un moment précis. L'argument qu'il y a eu violation continue n'est pas fondé. Une cause d'action distincte fondée sur la violation d'une obligation fiduciaire invoquée contre la Couronne découle de chaque ensemble distinct de circonstances et un nouveau délai de prescription commencera à courir à l'égard de chaque violation alléguée de l'obligation fiduciaire. Le délai ne commence pas à courir, aux fins de la prescription, tant qu'il n'y a pas eu «découverte de la cause d'action» au sens de l'alinéa 2(1)(k) de la Loi. Une cause d'action est considérée comme pouvant être découverte lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être si celui-ci avait fait preuve d'une diligence raisonnable. Il s'agissait de savoir à quel moment les demandeurs auraient pu découvrir, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, qu'ils avaient ces causes d'action contre la Couronne. La bande de Fairford était au courant du retard dès le 8 mars 1979. Cependant, elle ne savait pas si le retard était attribuable à des motifs justifiables ou si la Couronne omettait d'agir avec la diligence dont le fiduciaire doit faire preuve. La bande a appris que le retard était injustifié en 1992 après avoir retenu les services de la

a cause of action against the Crown or that, when the latter was acting in a fiduciary capacity, it was not acting with reasonable diligence. Prior to delivery of the Hobbs Report in February 1992, the Band could not have reasonably discovered the material facts relating to the Crown's handling of the compensation agreement between the beginning of 1978 and September 1984. The plaintiffs' cause of action for delay over that period was not statute-barred. With respect to the Crown's failure to consult the Fairford Band between September 1984 and February 1986, the Band was made aware, in February 1986, of the efforts made by the Crown with Manitoba during that period. The plaintiffs' cause of action for failure to consult in that period became statute-barred in February 1992.

firme E. E. Hobbs and Associates Ltd. en vue d'effectuer des recherches sur les événements qui avaient donné lieu à la construction du barrage et à l'omission subséquente de conclure un règlement satisfaisant, ainsi qu'en vue d'évaluer les dommages qui avaient été subis. Jusqu'en 1990, il n'y avait pas lieu pour la bande de Fairford de croire qu'elle avait une cause d'action contre la Couronne ou que, lorsque cette dernière agissait à titre de fiduciaire, elle ne faisait pas preuve d'une diligence raisonnable. Avant la présentation du rapport Hobbs, en février 1992, la bande de Fairford n'aurait pas pu raisonnablement découvrir les faits importants concernant la façon dont la Couronne s'était occupée de l'accord d'indemnisation entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984. En ce qui concerne la cause d'action des demandeurs fondée sur le fait que la Couronne a tardé à agir au cours de cette période, l'action n'était pas prescrite. Quant à l'omission de la Couronne de consulter la bande de Fairford entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986, la bande a été mise au courant, en février 1986, des efforts que la Couronne avait faits auprès du Manitoba pendant cette période. La cause d'action fondée sur l'omission de consulter la bande au cours de cette période est prescrite depuis le mois de février 1992.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, ss. 2(1) "environmental effect", 16(1)(a).  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1).  
*Department of Citizenship and Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 67, s. 5.  
*Expropriation Act*, R.S.C., 1985, c. E-21, s. 26(11).  
*Expropriation Act*, S.C. 1969-70, c. 41, s. 24.  
*Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 34.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "reserve" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1), 18(1),(2), 31(1),(3), 28(2), 35, 37(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 2), 39(1)(b) (as am. *idem*, s. 3), 64 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10).  
*Limitation of Actions Act (The)*, R.S.M. 1987, c. L150, s. 2(1)(k).  
 Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba) (confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], Sch. (1.), para. 13.  
*Navigable Waters' Protection Act*, R.S.C. 1927, c. 140, s. 4.  
*Navigable Waters Protection Act*, R.S.C. 1952, c. 193, ss. 4, 5, 10.  
 Treaty No. 2 (1871).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba) (confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], annexe (1.), par. 13.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, art. 2(1) «effets environnementaux», 16(1)a).  
*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. 35(1).  
*Loi de la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1927, ch. 140, art. 4.  
*Loi sur la prescription*, L.R.M. 1987, ch. L150, art. 2(1)k).  
*Loi sur la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1952, ch. 193, art. 4, 5, 10.  
*Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration*, S.R.C. 1952, ch. 67, art. 5.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «réserve» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1), 18(1),(2), 31(1),(3), 28(2), 35, 37(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2), 39(1)b) (mod., *idem*, art. 3), 64 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10).  
*Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34.  
*Loi sur l'expropriation*, L.R.C. (1985), ch. E-21, art. 26(11).

*Loi sur l'expropriation*, S.C. 1969-70, ch. 41, art. 24.  
Traité n° 2 (1871).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

*Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97.

## APPLIED:

*Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119; (1997), 147 D.L.R. (4th) 1; [1997] 7 W.W.R. 253; 90 B.C.A.C. 1; [1998] 1 C.N.L.R. 134; 9 R.P.R. (3d) 115; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *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; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3; (1997) 148 D.L.R. (4th) 523; [1998] 1 C.N.L.R. 250; 215 N.R. 241 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Sandvik, A.B. v. Windsor Machine Co.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 433; 7 C.I.P.R. 232; 2 F.T.R. 81 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*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; *Union of Nova Scotia Indians v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 325; (1996), 22 C.E.L.R. (N.S.) 293; [1997] 4 C.N.L.R. 280; 122 F.T.R. 81 (T.D.); *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; (1994), 117 D.L.R. (4th) 161; [1994] 9 W.W.R. 609; 49 B.C.A.C. 1; 97 B.C.L.R. (2d) 1; 16 B.L.R. (2d) 1; 6 C.C.L.S. 1; 22 C.C.L.T. (2d) 1; 57 C.P.R. (3d) 1; 95 DTC 5135; 5 E.T.R. (2d) 1; 171 N.R. 245; 80 W.A.C. 1; *Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 3 F.C. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (T.D.); *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band* (1995), 99 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS SUIVIES:

*Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; (1997), 147 D.L.R. (4th) 1; [1997] 7 W.W.R. 253; 90 B.C.A.C. 1; [1998] 1 C.N.L.R. 134; 9 R.P.R. (3d) 115; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *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; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3; (1997) 148 D.L.R. (4th) 523; [1998] 1 C.N.L.R. 250; 215 N.R. 241 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Sandvik, A.B. c. Windsor Machine Co.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 433; 7 C.I.P.R. 232; 2 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*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; *Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 325; (1996), 22 C.E.L.R. (N.S.) 293; [1997] 4 C.N.L.R. 280; 122 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.); *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; (1994), 117 D.L.R. (4th) 161; [1994] 9 W.W.R. 609; 49 B.C.A.C. 1; 97 B.C.L.R. (2d) 1; 16 B.L.R. (2d) 1; 6 C.C.L.S. 1; 22 C.C.L.T. (2d) 1; 57 C.P.R. (3d) 1; 95 DTC 5135; 5 E.T.R. (2d) 1; 171 N.R. 245; 80 W.A.C. 1; *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1995), 99 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## REFERRED TO:

*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian & Northern Affairs)* (1996), 11 Admin. L.R. (2d) 232; [1997] 1 C.N.L.R. 1; 116 F.T.R. 37 (F.C.T.D.); *Custer v. Hudson's Bay Co. Dev. Ltd.*, [1983] 1 W.W.R. 566 (Sask. C.A.); *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; (1996), 181 A.R. 321; 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321; *Diggon-Hibben Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712; [1949] 4 D.L.R. 785; *Woods v. The King*, [1951] S.C.R. 504; [1951] 2 D.L.R. 465; (1951), 67 C.R.T.C. 87; *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3; (1985), 17 D.L.R. (4th) 591; [1985] 3 C.N.L.R. 15; 32 L.C.R. 65; 58 N.R. 241 (C.A.); *Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1991] 2 F.C. 3; [1991] 2 C.N.L.R. 22; (1990), 39 F.T.R. 142 (T.D.); *C. (C.D.) v. Starzecki*, [1996] 2 W.W.R. 317; (1995), 44 C.P.C. (3d) 319 (Man. Q.B.); *Lower Kootenay Indian Band v. Canada*, [1992] 2 C.N.L.R. 54; (1991), 42 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; (1992), 96 D.L.R. (4th) 289; 14 C.C.L.T. (2d) 1; 142 N.R. 321; 57 O.A.C. 321.

## AUTHORS CITED

Finn, P. D. "The Fiduciary Principle" in Youdan, T. G. (ed.). *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.

Indian Treaties and Surrender. Ottawa: Queen's Printer, 1957.

Macklem, P. "Aboriginal Rights and State Obligations" (1997), 36 *Alta. L.R.* 97.

Rotman, L. I. *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1996.

ACTION for breach of fiduciary duty brought by the members of the Fairford Indian Band as a result of extensive flooding caused by the construction of a dam on the Fairford Indian Reserve in Manitoba. Action allowed in part.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Bande de la première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1996), 11 Admin. L.R. (2d) 232; [1997] 1 C.N.L.R. 1; 116 F.T.R. 37 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Custer v. Hudson's Bay Co. Dev. Ltd.*, [1983] 1 W.W.R. 566 (C.A. Sask.); *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; (1996), 181 A.R. 321; 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321; *Diggon-Hibben Ltd. v. The King*, [1949] R.C.S. 712; [1949] 4 D.L.R. 785; *Woods v. The King*, [1951] R.C.S. 504; [1951] 2 D.L.R. 465; (1951), 67 C.R.T.C. 87; *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3; (1985), 17 D.L.R. (4th) 591; [1985] 3 C.N.L.R. 15; 32 L.C.R. 65; 58 N.R. 241 (C.A.); *Bande Alexander (n° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1991] 2 C.F. 3; [1991] 2 C.N.L.R. 22; (1990), 39 F.T.R. 142 (1<sup>re</sup> inst.); *C. (C.D.) v. Starzecki*, [1996] 2 W.W.R. 317; (1995), 44 C.P.C. (3d) 319 (B.R. Man.); *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada*, [1992] 2 C.N.L.R. 54; (1991), 42 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; (1992), 96 D.L.R. (4th) 289; 14 C.C.L.T. (2d) 1; 142 N.R. 321; 57 O.A.C. 321.

## DOCTRINE

Finn, P. D. «The Fiduciary Principle» in Youdan, T. G. (ed.). *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.

Indian Treaties and Surrender. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1957.

Macklem, P. «Aboriginal Rights and State Obligations» (1997), 36 *Alta. L.R.* 97.

Rotman, L. I. *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1996.

ACTION en violation d'une obligation fiduciaire intentée par les membres de la bande indienne de Fairford par suite de grosses inondations causées par la construction d'un barrage dans la réserve indienne de Fairford, au Manitoba. Action accueillie en partie.

## APPEARANCES:

*E. Anthony Ross and Kevin J. Scullion* for plaintiffs.  
*Craig J. Henderson, Sidney R. Restall and Brian H. Hay* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Harris & Harris, Etobicoke, Ontario*, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

## EDITOR'S NOTE

*The Executive Editor has decided that the decision herein should be published in the Federal Court Reports as it provides an exhaustive review of the Crown's fiduciary duty to Indian bands, in this case the Fairford First Nation living on the Fairford Indian Reserve in Manitoba. His Lordship made numerous references to important Supreme Court of Canada decisions relating to the fiduciary duty of the Crown in the Aboriginal context. It was, however, determined that part only of the decision should be published and that portions of His Lordship's 154 page reasons for judgment, which gave a detailed review of facts and documentary evidence, would be deleted and replaced by Editor's notes.*

ROTHSTEIN, J.:

1. OVERVIEW

[1] This is an action for breach of fiduciary duty brought by the members of the Fairford Indian Band<sup>1</sup> against the Government of Canada. In 1960 and 1961 the Government of Manitoba, with the knowledge and financial assistance of Canada, constructed the

## ONT COMPARU:

*E. Anthony Ross et Kevin J. Scullion* pour les demandeurs.  
*Craig J. Henderson, Sidney R. Restall et Brian H. Hay* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Harris & Harris, Etobicoke (Ontario)* pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

*Le directeur général a décidé que la présente décision devrait être publiée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale étant donné qu'elle renferme un examen exhaustif de l'obligation fiduciaire que la Couronne a envers les bandes indiennes, dans ce cas-ci la Première nation de Fairford, qui habite dans la réserve indienne de Fairford, au Manitoba. Le juge a mentionné à maintes reprises des décisions importantes de la Cour suprême du Canada se rapportant à l'obligation fiduciaire qui incombe à la Couronne dans le contexte autochtone. Toutefois, il a été décidé qu'une partie seulement de la décision devait être publiée et que certains passages des motifs du jugement de 154 pages, dans lesquels les faits et la preuve documentaire étaient examinés à fond, seraient omis et remplacés par des notes de l'arrêtiste.*

LE JUGE ROTHSTEIN:

1. APERÇU

[1] Il s'agit d'une action en violation d'obligation fiduciaire intentée par les membres de la bande indienne de Fairford<sup>1</sup> contre le gouvernement du Canada. En 1960 et 1961, le gouvernement du Manitoba, à la connaissance du Canada et avec son



Fairford River Water Control Structure (the Water Control Structure or Structure, a dam) and deepened the channel on the Fairford River which runs adjacent to the Fairford Indian Reserve and into Lake St. Martin in central Manitoba. The purpose of the Water Control Structure was to regulate the level of Lake Manitoba upstream from the Fairford Reserve.

[2] Commencing in 1967 and in many following years, there was extensive flooding of the Fairford Reserve from the Fairford River and Lake St. Martin.<sup>2</sup> Manitoba accepted responsibility for this flooding. Initially, Manitoba compensated the Fairford Band on an annual basis for the loss of hay from the flooding of hay lands. Negotiations were then entered into between Manitoba and the Band whereby Manitoba was to provide the Band with land (the compensation land) in compensation for the land that was being flooded.

[3] In 1974, the Band signed a three party agreement (the 1974 compensation agreement, compensation agreement, 1974 agreement or agreement) whereby it agreed to accept 5771.91 acres of compensation land and to release Manitoba from any further liability regarding flooding.<sup>3</sup> By Order in Council 1398/76, Manitoba authorized the transfer of the compensation land in accordance with the agreement. In 1977, it was sent to Canada as legal owner of the Fairford Reserve for its ratification. Canada refused to ratify the agreement for a number of reasons. Initially, Canada's only objection was that the Fairford Band could not be a party to the agreement and that the transfer of land had to be to Her Majesty the Queen in right of Canada. Later, other objections to the substance of the agreement were raised.

[4] There is an indication in the evidence that the Band members had use of some of the compensation land from 1975 onward. As of 1979, members of the Band were occupying the compensation land even

aide financière, a construit l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford (l'ouvrage de régularisation des eaux ou l'ouvrage, un barrage) et a approfondi le chenal de la rivière Fairford, qui coule le long de la réserve indienne de Fairford et se déverse dans le lac St-Martin, au centre du Manitoba. L'ouvrage de régularisation des eaux était destiné à régulariser le niveau des eaux du lac Manitoba, en amont de la réserve de Fairford.

[2] En 1967 et par la suite, pendant de nombreuses années, les eaux de la rivière Fairford et du lac St-Martin ont causé de grosses inondations dans la réserve de Fairford<sup>2</sup>. Le Manitoba a reconnu sa responsabilité à cet égard. Il a initialement indemnisé la bande de Fairford chaque année pour la perte de foin résultant de l'inondation des champs de foin. Le Manitoba et la bande ont par la suite engagé des négociations en vertu desquelles le Manitoba devait remettre des terres à la bande (les terres de remplacement) pour l'indemniser des terres qui étaient inondées.

[3] En 1974, la bande a signé un accord tripartite (l'accord d'indemnisation de 1974, l'accord d'indemnisation, l'accord de 1974 ou l'accord) par lequel elle convenait d'accepter des terres de remplacement d'une superficie de 5 771,91 acres et de libérer le Manitoba de toute responsabilité additionnelle à l'égard des inondations<sup>3</sup>. Par le décret 1398/76, le Manitoba a autorisé le transfert des terres de remplacement conformément à l'accord. En 1977, l'accord a été envoyé au Canada en sa qualité de propriétaire en common law de la réserve de Fairford aux fins de sa ratification. Le Canada a refusé de ratifier l'accord, et ce, pour un certain nombre de raisons. Initialement, sa seule objection était que la bande de Fairford ne pouvait pas être partie à l'accord et que le transfert des terres devait être effectué en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada. Par la suite, d'autres objections concernant le fond de l'accord ont été soulevées.

[4] La preuve indique que les membres de la bande ont pu utiliser une partie des terres de remplacement à compter de 1975. En 1979, les membres de la bande occupaient les terres de remplacement même si

though this land had still not been transferred to Her Majesty and was not legally a part of the Reserve.

[5] In 1984, Canada began to focus on further deficiencies in the 1974 agreement. An important deficiency was that the agreement did not provide for a maximum flood limit. There were then further discussions between Manitoba and Canada, of which the Fairford Band was from time to time informed. Initially, Manitoba refused to consider any changes to the agreement. Eventually, however, Manitoba agreed to some changes. One was that Manitoba acknowledged the need for a maximum flood limit. Eventually, Manitoba agreed that the compensation land was to be considered only partial compensation to the Band. This was reflected in a memorandum of understanding between Canada and Manitoba dated December 13, 1990. Finally, by federal Order in Council 1992/430, Canada accepted transfer of the compensation lands and set apart the lands as an addition to the Fairford Indian Reserve No. 50. The 1974 agreement has never been signed by Canada.

[6] The Fairford Band was not satisfied with the compensation land as full compensation for the losses suffered by its members. The Band therefore decided to bring this action against Her Majesty in right of Canada and filed its statement of claim on September 15, 1993. Even though the plaintiffs have conceded that Manitoba is the source of their problems, they take the position that because Canada had a fiduciary duty to the Fairford Band, Canada is liable for the loss and damage suffered. No action has been taken by the Band against Manitoba.<sup>4</sup>

## 2. THE PLAINTIFFS' CLAIM

[7] The plaintiffs say that the members of the Fairford Band have suffered loss as a result of the breach of the fiduciary duties which the plaintiffs say Canada owed to the Band relating to the Water Control Structure (and other matters). The specific duties and breaches will be elaborated upon later. The alleged losses suffered by members of the Band

celles-ci n'avaient pas encore été transférées à Sa Majesté et même si elles ne faisaient pas légalement partie de la réserve.

[5] En 1984, le Canada a commencé à se concentrer sur d'autres lacunes de l'accord de 1974. Une lacune importante était que l'accord ne prévoyait pas le niveau maximal d'inondation. Il y a alors eu entre le Manitoba et le Canada d'autres discussions dont la bande de Fairford a de temps en temps été informée. Le Manitoba a d'abord refusé d'envisager de modifier l'accord. Toutefois, il a finalement convenu de certaines modifications. Il reconnaissait notamment la nécessité d'établir un niveau maximal d'inondation. En fin de compte, le Manitoba a convenu que les terres de remplacement devaient être considérées comme visant à indemniser la bande en partie seulement. La chose a été consignée dans un protocole d'entente entre le Canada et le Manitoba daté du 13 décembre 1990. Finalement, par le décret fédéral 1992/430, le Canada a accepté le transfert des terres de remplacement et les a mises de côté en tant qu'additions à la réserve indienne de Fairford n° 50. Le Canada n'a jamais signé l'accord de 1974.

[6] La bande de Fairford ne croyait pas que les terres de remplacement étaient suffisantes pour indemniser complètement ses membres des pertes subies. Elle a donc décidé d'intenter la présente action contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada; elle a déposé sa déclaration le 15 septembre 1993. Même si les demandeurs ont concédé que le Manitoba est à l'origine de leurs problèmes, ils soutiennent que le Canada est responsable de la perte et du préjudice subis parce qu'il avait une obligation fiduciaire envers la bande de Fairford. La bande n'a pas intenté d'action contre le Manitoba<sup>4</sup>.

## 2. LA DEMANDE

[7] Les demandeurs affirment que les membres de la bande de Fairford ont subi une perte par suite de la violation des obligations fiduciaires que le Canada avait, selon eux, envers la bande en ce qui concerne l'ouvrage de régularisation des eaux (et d'autres questions). Les obligations et violations précises seront énoncées en détail ci-dessous. Les pertes qu'auraient

included the loss of hay lands negatively impacting farming on the Reserve and destruction of the natural habitat negatively impacting the opportunity for Band members to engage in hunting, fishing and trapping, both on and off the Reserve. They also say there have been occurrences of disease such as dysentery and contamination of water. In addition to the direct economic loss which they say they have incurred, the plaintiffs say that Canada's breach of fiduciary duties has resulted in a loss of self-sufficiency by Band members including an increase in alcoholism, drug addiction, mental illness or distress, community strife and an increase in unemployment and dependency on government welfare. As a result of the losses suffered, the plaintiffs have claimed general and special damages, including damages for economic loss and future damages and punitive and exemplary damages.

[8] The parties agreed, and the Court ordered that the plaintiffs need not strictly prove the *quantum* of damages at the liability stage of the proceedings. This decision deals only with the question of liability.<sup>5</sup>

### 3. THE EVIDENCE

[9] The plaintiffs' oral evidence consisted of testimony by a number of Band members, a former Indian agent involved with the Fairford Band in the early 1960s, as well as two witnesses called as experts. The plaintiffs' evidence was essentially directed to adverse changes which Band members attributed to the Water Control Structure, the relationship between Canada and the Band, and some Band members' recollections of various events over the relevant time. The expert evidence of L. G. Chambers of Wardrop Engineering Inc. consisted of a preliminary hydrological investigation of the Reserve and a cursory review of the Reserve infrastructure before and after construction of the Water Control Structure. The expert evidence of

subies les membres de la bande comprenaient la perte de champs de foin, qui avait eu un impact négatif sur l'agriculture dans la réserve, et la destruction de l'habitat naturel, qui avait eu un impact négatif sur la possibilité pour les membres de la bande de se livrer à leurs activités de chasse, de pêche et de piégeage, tant dans la réserve qu'en dehors de la réserve. Les demandeurs affirment également que des maladies comme la dysenterie sont apparues et que l'eau a été contaminée. En plus de la perte financière directe qu'ils affirment avoir subie, les demandeurs disent que la violation par le Canada de ses obligations fiduciaires a entraîné une perte d'autonomie des membres de la bande, et a notamment occasionné une hausse de l'alcoolisme, de la toxicomanie, des maladies mentales ou des troubles de détresse, des querelles au sein de la collectivité ainsi qu'une hausse du chômage et de la dépendance envers l'aide sociale. Par suite des pertes subies, les demandeurs sollicitent des dommages-intérêts généraux et spéciaux, et notamment des dommages-intérêts pour la perte financière qu'ils ont subie et des dommages-intérêts futurs ainsi que des dommages-intérêts punitifs et exemplaires.

[8] Les parties ont convenu, et la Cour a déclaré, que les demandeurs n'ont pas à établir strictement le montant des dommages-intérêts au stade de l'instance où la question de la responsabilité est en jeu. Cette décision traite uniquement de la question de la responsabilité<sup>5</sup>.

### 3. LA PREUVE

[9] Les témoignages oraux présentés par les demandeurs étaient composés des témoignages d'un certain nombre de membres de la bande, d'un ancien agent des Indiens qui s'occupait de la bande de Fairford au début des années 1960 ainsi que de deux témoins qui ont été cités à titre d'experts. La preuve présentée par les demandeurs se rapportait essentiellement aux changements néfastes que les membres de la bande attribuaient à l'ouvrage de régularisation des eaux, aux rapports entre le Canada et la bande et aux souvenirs que certains membres de la bande gardaient de divers événements qui s'étaient produits pendant la période pertinente. Le témoignage d'expert de L. G. Chambers, de Wardrop Engineering Inc., était com-

A. Brian Ransom consisted of an investigation of the impact of flooding on the Reserve in 1995. This report reviewed the history of the Water Control Structure and flooding on the Reserve, with particular reference to negotiations between the Fairford Band and the Province of Manitoba in the 1970s for the compensation land.

[10] The defendant's oral evidence provided Canada's explanation of some of the events that occurred, particularly those relating to Canada's attempt to have Manitoba agree to amend the 1974 compensation agreement. Two expert witnesses were also called with respect to the question of the boundary of the Fairford Reserve in relation to the Fairford River and whether the Water Control Structure was partially constructed on Reserve land or entirely on provincial Crown land.

[11] The plaintiffs called a rebuttal witness as to the issue of the boundary of the Fairford Reserve with the Fairford River and Lake St. Martin.

[12] In addition to the oral evidence, the parties submitted an agreed statement of facts together with some twelve volumes of over 800 documents dating from 1871 to the early 1990s. It is largely these documents that outline the facts relating to the planning and construction of the Water Control Structure, negotiations between the Band and Manitoba after the 1967 flooding, the 1974 agreement and the discussions and negotiations relating to changes sought to the agreement by Canada.

[13] The case commenced in Edmonton on March 6, 1997 for two days of evidence. It then continued in Winnipeg, from January 5, 1998 until February 4,

posé d'une étude hydrologique préliminaire de la réserve et d'un bref examen de l'infrastructure de la réserve avant et après la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux. Le témoignage d'expert d'A. Brian Ransom était composé d'une étude de l'impact des inondations dans la réserve en 1995. Ce rapport comportait un historique du projet concernant l'ouvrage de régularisation des eaux et des inondations dans la réserve, et il était en particulier fait mention des négociations qui avaient eu lieu entre la bande de Fairford et la province du Manitoba dans les années 1970 à l'égard des terres de remplacement.

[10] Dans ses témoignages oraux, le défendeur donnait des explications au sujet de certains événements, en particulier de ceux qui se rapportaient à la tentative que le Canada avait faite pour que le Manitoba consente à modifier l'accord d'indemnisation de 1974. Deux experts ont également été appelés à témoigner au sujet de la question des limites de la réserve de Fairford par rapport à la rivière Fairford et de la question de savoir si l'ouvrage de régularisation des eaux était en partie construit sur des terres de la réserve ou entièrement sur des terres publiques provinciales.

[11] En contre-preuve, les demandeurs ont produit un témoin qui a déposé au sujet de la question des limites de la réserve de Fairford par rapport à la rivière Fairford et au lac St-Martin.

[12] En plus des témoignages oraux, les parties ont soumis un exposé conjoint des faits ainsi qu'une douzaine de volumes renfermant plus de 800 documents datant de l'année 1871 jusqu'au début des années 1990. Ce sont surtout dans ces documents que figurent les faits se rapportant à la planification et à la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux, aux négociations qui ont eu lieu entre la bande et le Manitoba après l'inondation de 1967, à l'accord de 1974 ainsi qu'aux discussions et négociations se rapportant aux modifications que le Canada voulait apporter à l'accord.

[13] L'audience a commencé à Edmonton le 6 mars 1997; l'interrogatoire des témoins a duré deux jours. L'audience s'est ensuite poursuivie à Winnipeg, du

1998 for 16 more days of evidence. Argument has taken 12 days commencing on February 17 and concluding March 27, 1998, with final written argument by the defendant respecting the issue of limitation of actions being submitted on April 20, 1998.

#### 4. FIDUCIARY DUTIES AND BREACHES ALLEGED BY THE PLAINTIFFS

[14] The approach to the law adopted by the plaintiffs in this case was general. The plaintiffs' argument seemed to be that the Crown has a general ongoing fiduciary obligation to protect Aboriginal interests. Having regard to well-known Supreme Court of Canada jurisprudence, *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335 and *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, as well as other cases, they aggregate references to fiduciary duties which, taken together, they allege, support the existence of fiduciary obligations owed by the Crown to the Fairford Band in this case. The plaintiffs interweave various facts over the 34-year period from 1958 when active planning for the Water Control Structure was underway through to 1993. They say the Crown is liable for all losses the plaintiffs suffered over the entire period since construction of the Water Control Structure and that "Canada repeatedly breached its fiduciary duties to the Fairford First Nation. Not only have breaches occurred in numerous specific instances, but many of these breaches are of a 'continuing nature'". The plaintiffs then enumerate specific duties and instances of breach. It will be convenient to analyse each in the order set out by the plaintiffs. The alleged duties and breaches are, for the most part, quoted exactly as set out by the plaintiffs in their material.

4.A. Did the Crown breach its fiduciary duty to the Fairford Band "in the planning and approval stages of the 1960 Water Control Structure in

5 janvier 1998 au 4 février 1998, l'interrogatoire des témoins couvrant 16 autres jours. La présentation des plaidoyers, qui a débuté le 17 février et a pris fin le 27 mars 1998, a duré 12 jours et, le 20 avril 1998, le défendeur a présenté un plaidoyer écrit final au sujet de la question de la prescription.

#### 4. OBLIGATIONS FIDUCIAIRES ET VIOLATIONS ALLÉGUÉES PAR LES DEMANDEURS

[14] L'approche que les demandeurs ont adoptée en ce qui concerne le droit était de nature générale. Les demandeurs semblaient soutenir que la Couronne a une obligation fiduciaire générale continue de protéger les droits ancestraux. Compte tenu de la jurisprudence bien connue établie par la Cour suprême du Canada, à savoir les arrêts *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, ainsi que d'autres arrêts, les demandeurs accumulent les remarques qui ont été faites au sujet de l'obligation fiduciaire, lesquelles, considérées dans leur ensemble, allèguent-ils, étaient en l'espèce l'existence d'obligations fiduciaires de la part de la Couronne envers la bande de Fairford. Ils entremêlent divers faits s'échelonnant sur une période de plus de 34 ans, de 1958, période pendant laquelle on planifiait activement la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux, jusqu'à 1993. Ils disent que la Couronne est responsable de toutes les pertes qu'ils ont subies depuis que l'ouvrage de régularisation des eaux a été construit et que [TRADUCTION] «le Canada a violé à maintes reprises les obligations fiduciaires qu'il avait envers la première nation de Fairford. Ces violations ont non seulement été commises dans de nombreux cas précis, mais un grand nombre d'entre elles sont aussi d'une "nature continue"». Les demandeurs énumèrent ensuite des obligations précises et des cas précis de violation. Il sera utile d'analyser chacune de ces obligations et violations dans l'ordre établi par les demandeurs. Les obligations et violations alléguées sont en général citées exactement de la même façon que les demandeurs l'ont fait dans leur documentation.

4.A. La Couronne a-t-elle violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford «aux stades de la planification et de l'approba-

light of the 1948 report, Canada's involvement in the 1958 study which failed to consider the legal and practical interests of the Fairford First Nation, and in committing financing to the project without addressing the interests of the Fairford First Nation?"

#### 4.A.1. Plaintiffs' position

[15] The plaintiffs argue that Canada had a fiduciary duty to the Fairford Band with respect to Canada's involvement in the planning, approval and financing of the Water Control Structure. The plaintiffs characterize Canada's decisions with respect to the planning, approval and financing of the Water Control Structure as if Canada had exercised discretion which adversely affected a vulnerable Indian band. They say the circumstances gave rise to a fiduciary obligation on the part of Canada to consider the effects of the Water Control Structure on the Fairford Band's interest, to ascertain that flooding and other adverse effects would not take place and therefore to refuse to permit construction of the Water Control Structure. In their memorandum of fact and law, the plaintiffs state:

When Canada agreed to fund 50% of the Water Control Structure, it assured that the Water Control Structure would be constructed. This approval was made prior to any discussions were considered [*sic*] with the Fairford First Nation and prior to any notice being given to the Fairford First Nation. Tacitly at least, Canada accepted that the Water Control Structure would be constructed without required provisions to respect and protect Fairford First Nation interests, and in fact this is what occurred.

Canada then knew, or ought to have known, that the construction and operation of the Water Control Structure had the known potential to interfere with the use and enjoyment of the Fairford reserve by the First Nation, including the aboriginal, treaty and/or constitutional rights to hunt, trap, fish and pursue other traditional customs and practices on Reserve lands and on neighbouring unoccupied Crown lands.

tion de l'ouvrage de régularisation des eaux de 1960 compte tenu du rapport de 1948 et de la participation à l'étude de 1958, dans laquelle on omettait de tenir compte des intérêts juridiques et pratiques de la première nation de Fairford, et en s'engageant à financer le projet sans s'occuper des intérêts de la première nation de Fairford?»

#### 4.A.1. La position des demandeurs

[15] Les demandeurs soutiennent que le Canada avait une obligation fiduciaire envers la bande de Fairford pour ce qui est de sa participation à la planification, à l'approbation et au financement du projet concernant l'ouvrage de régularisation des eaux. Ils caractérisent les décisions du Canada à l'égard de la planification, de l'approbation et du financement de l'ouvrage comme s'il avait exercé un pouvoir discrétionnaire au détriment d'une bande indienne vulnérable. Ils disent que les circonstances ont donné naissance à une obligation fiduciaire de la part du Canada de tenir compte des effets de l'ouvrage sur les droits de la bande de Fairford, de s'assurer qu'il n'y ait pas d'inondations et d'autres effets néfastes et, par conséquent, de refuser de permettre la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux. Dans leur mémoire des faits et du droit, les demandeurs disent ceci:

[TRADUCTION] Lorsque le Canada a convenu de financer le projet à 50 p. 100, il a assuré que l'ouvrage de régularisation des eaux serait construit. Il a donné son approbation avant même qu'on envisage d'entamer des discussions avec la première nation de Fairford et avant d'aviser cette dernière à ce sujet. Le Canada a accepté, tacitement du moins, que l'ouvrage de régularisation des eaux soit construit sans exiger que des dispositions soient prises en vue d'assurer le respect et la protection des droits de la première nation de Fairford, et de fait, c'est ce qui s'est produit.

Le Canada savait alors, ou aurait dû savoir, que la construction et l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux risquaient de gêner l'utilisation de la réserve de Fairford par la première nation, et porteraient notamment atteinte aux droits ancestraux, aux droits issus de traités ou aux droits constitutionnels permettant à la bande de se livrer à des activités de chasse, de pêche et de piégeage et d'observer d'autres coutumes et pratiques traditionnelles sur les terres de la réserve et sur les terres publiques voisines inoccupées.

#### 4.A.2. Facts

[16] In the early and mid-1950s, Manitoba had experienced severe spring flooding. In 1955, then Premier Douglas L. Campbell asked the Government of Canada to undertake a survey of Manitoba's main rivers and lakes as a preliminary to a comprehensive flood control program. Canada had an interest in such work as it had been called upon to provide flood relief in Manitoba in the past.

[17] By an agreement between Manitoba and Canada dated July 5, 1956, the Lakes Winnipeg and Manitoba Board was established and its terms of reference set out. The Board was to consist of representatives of both governments. Paragraphs 4, 5 and 6 of the Terms of Reference provided:

4. . . . The Board shall plan, supervise and carry out a survey of Lakes Winnipeg and Manitoba and the resources of waters within Manitoba flowing into and from those lakes and shall determine and report what further developments and controls of these water resources in its judgment would appear to be physically practicable with particular reference to (a) flood control and (b) hydro-electric power.

5. If the Board finds that certain works, projects or controls are feasible for one or both of the purposes designated above, it shall indicate in what respects other interests (whether public or private) would be affected either adversely or advantageously.

6. The Board may submit interim reports to the two governments but, at all events, shall render a final report on its findings not later than July 1, 1958. The reports shall be limited to engineering facts and opinions but shall contain estimates of the cost of measures found to be feasible and may contain estimates of the cost of and periods of time considered necessary to complete specific detailed studies with respect to various projects or control works covered by the reports and which, following review, may be selected and determined by Manitoba as advisable to be carried out. The survey and reports shall be limited to the matters mentioned above and shall not contain cost-benefit estimates.<sup>6</sup>

[18] The report of the Lakes Winnipeg and Manitoba Board on Measures for the Control of Water of Lakes Winnipeg and Manitoba was issued in June 1958. The

#### 4.A.2. Les faits

[16] Au début et au milieu des années 1950, il y a eu au Manitoba de grosses inondations printanières. En 1955, le premier ministre de l'époque, Douglas L. Campbell, a demandé au gouvernement du Canada d'effectuer une étude préliminaire des principales rivières et des principaux lacs du Manitoba en vue de l'élaboration d'un programme global de prévention des crues. Le Canada avait intérêt à effectuer pareille étude étant donné que, par le passé, il s'était vu obligé de secourir le Manitoba.

[17] Par une entente conclue entre le Manitoba et le Canada le 5 juillet 1956, la Commission des lacs Winnipeg et Manitoba a été établie et son mandat a été énoncé. La Commission était composée de représentants des deux gouvernements. Les paragraphes 4, 5 et 6 du mandat prévoyaient ceci:

[TRADUCTION] 4. [ . . . ] La Commission planifiera, supervisera et effectuera une étude des lacs Winnipeg et Manitoba ainsi que des cours d'eau du Manitoba se versant dans ces lacs ou ayant leur source dans ces lacs; elle déterminera quels projets d'aménagement et de régularisation de ces cours d'eau sembleraient, à son avis, réalisables, notamment en ce qui concerne a) la prévention des crues et b) l'énergie hydro électrique, et fera rapport à ce sujet.

5. Si la Commission conclut que certains ouvrages et projets ou certaines mesures de contrôle sont faisables à l'une des fins énoncées ci-dessus ou aux deux fins énoncées ci-dessus, elle indiquera à quels égards d'autres intérêts (publics ou privés) seraient touchés, et ce, que ce soit d'une façon favorable ou d'une façon défavorable.

6. La Commission pourra soumettre des rapports provisoires aux deux gouvernements, et elle présentera un rapport final sur ses conclusions au plus tard le 1<sup>er</sup> juillet 1958. Les rapports ne porteront que sur des faits et avis concernant l'aspect technique, mais ils renfermeront des estimations du coût des mesures jugées faisables et pourront renfermer des estimations du coût et du temps jugés nécessaires pour effectuer des études détaillées précises à l'égard des divers projets et ouvrages de régularisation qui y sont mentionnés et que le Manitoba jugera opportun, à la suite d'un examen, de réaliser. L'étude et les rapports ne porteront que sur les questions susmentionnées et ne renfermeront pas d'évaluations coût-bénéfice<sup>6</sup>.

[18] Le rapport de la Commission des lacs Winnipeg et Manitoba sur les mesures à prendre aux fins de la régularisation des eaux des lacs Winnipeg et Manitoba

recommended measure to alleviate flooding of lands bordering Lake Manitoba was the construction of the Water Control Structure on the Fairford River and a deepening of the channel in the Fairford River. The intent was to regulate the level of water in Lake Manitoba between 811 and 813 feet above sea level.

[19] Canada also provided Manitoba with financial assistance for construction of the Structure. Canada was to contribute one half of the cost up to a maximum of \$300,000.

[20] For purposes of financial assistance, Canada had to approve matters such as the location, engineering feasibility of the route, and method of construction which Manitoba proposed to follow. This is outlined in a federal government memorandum dated January 22, 1960:

In any case where the Federal Government makes a contribution to the cost of a project, it is essential that there be an engineering review of all the project data to determine as far as it is possible that the project is feasible and acceptable. Such a review is necessary regardless of the proportion of the cost to be paid by Canada. Under the Canada Water Conservation Assistance Act such a review of project data is carried out by engineers of the Water Resources Branch prior to approval of the project by this Department.

It would appear that Canada provided such approval.

[21] However, Manitoba owned, operated and controlled the Structure. The Water Control Structure was a provincial government project, a fact confirmed by a letter dated January 3, 1961, from G. L. MacKenzie, Director, Prairie Farm Rehabilitation, Department of Agriculture, Canada, to J. A. Griffiths, Director of Water Control and Conservation, Department of Agriculture and Conservation, Manitoba. Mr. MacKenzie states:

With respect to Section 3 of your second paragraph, I do not think that Canada should assume any responsibility for maintenance or third party liability. This is your Govern-

a été rendu public en juin 1958. Pour atténuer les effets de l'inondation des terres en bordure du lac Manitoba, on recommandait la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford et l'approfondissement du chenal de la rivière Fairford. On cherchait ainsi à régulariser le niveau des eaux du lac Manitoba de façon qu'il soit de 811 à 813 pieds au-dessus du niveau de la mer.

[19] Le Canada a également fourni au Manitoba de l'aide financière en vue de la construction de l'ouvrage. Il devait prendre en charge la moitié des coûts jusqu'à un maximum de 300 000 \$.

[20] Aux fins de l'aide financière, le Canada devait approuver des questions telles que l'emplacement, la faisabilité de la voie sur le plan technique, et la méthode de construction que le Manitoba se proposait d'employer. Ces questions sont énoncées dans un mémoire du gouvernement fédéral daté du 22 janvier 1960:

[TRADUCTION] Dans tous les cas où le gouvernement fédéral finance le coût d'un projet, il est essentiel qu'un examen technique de toutes les données relatives au projet soit effectué de façon qu'il soit possible de déterminer si le projet est faisable et s'il est souhaitable de le réaliser. Cet examen est nécessaire quelle que soit la mesure dans laquelle le Canada finance le projet. En vertu de la Loi canadienne sur l'aide à la conservation des eaux, l'examen des données relatives au projet est effectué par des ingénieurs de la Direction des ressources en eau avant que le ministère approuve le projet.

Le Canada semble avoir donné pareille approbation.

[21] Toutefois, le Manitoba possédait, exploitait et contrôlait l'ouvrage de régularisation des eaux. Il s'agissait d'un projet du gouvernement provincial, fait qui est confirmé par une lettre datée du 3 janvier 1961, de G. L. MacKenzie, directeur, Rétablissement agricole des Prairies, ministère de l'Agriculture du Canada, à J. A. Griffiths, directeur, Régularisation et conservation des eaux, ministère de l'Agriculture et de la Conservation du Manitoba. Voici ce que dit M. MacKenzie:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la section 3 de votre deuxième paragraphe, je ne crois pas que le Canada doive être tenu responsable de l'entretien ou de la responsabilité



ment's project and we are merely contributing part of the cost as set out in our authority, P.C. 1960-1/1461. There is no similarity with the South Saskatchewan River Dam Project which is a national project being constructed by the Federal Government under special Agreement. The matter of controlling the project should determine liability.

[22] There is no evidence, apart from Canada's participation in the study, engineering approval and financing, leading to its construction, of any other involvement or control by Canada over the Water Control Structure.

#### 4.A.3. Fiduciary Duty Analysis

##### 4.A.3.a. Subsection 18(1) of the *Indian Act*

[23] To support their argument that Canada acted in a fiduciary capacity with respect to its involvement in the study, planning and approval of the Water Control Structure, the plaintiffs rely on subsection 18(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, which provides:

**18.** (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

The plaintiffs' argument is that Canada had a duty arising from subsection 18(1) not to act in any way that would impair the Band's use and benefit of the Reserve and that Canada's involvement with the Water Control Structure breached that duty.

[24] The plaintiffs' argument raises the question of whether a fiduciary duty arises when Her Majesty holds the Fairford Reserve for the use and benefit of the Band, to protect the Band and Reserve from the adverse effects of the operation of the Water Control Structure.

[25] The plaintiffs rely heavily on the *dicta* of Wilson J. in *Guerin*, *supra*, at pages 349-350:

civile. Il s'agit d'un projet de votre gouvernement et nous ne faisons que financer une partie des coûts tel qu'il est prévu dans le décret C.P. 1960-1/1461. Ce projet ne ressemble en rien au projet des ouvrages de la rivière Saskatchewan sud, qui est un projet national relevant du gouvernement fédéral en vertu d'une entente spéciale. Le responsable devrait être celui qui exerce un contrôle sur le projet.

[22] Rien ne montre que le Canada ait participé de quelque façon à l'ouvrage de régularisation des eaux ou qu'il ait exercé un contrôle, si ce n'est le fait qu'il a participé à l'étude, qu'il a donné son approbation sur le plan technique et qu'il a financé le projet, aux fins de sa réalisation.

#### 4.A.3. Analyse de l'obligation fiduciaire

##### 4.A.3.a. Paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*

[23] Pour étayer l'argument selon lequel le Canada a agi à titre de fiduciaire pour ce qui est de sa participation à l'étude, à la planification et à l'approbation de l'ouvrage de régularisation des eaux, les demandeurs se fondent sur le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, qui prévoit ceci:

**18.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

Les demandeurs soutiennent que le Canada était tenu, en vertu du paragraphe 18(1), de ne pas agir de façon à gêner l'utilisation de la réserve par la bande et qu'en participant à l'ouvrage, il a violé cette obligation.

[24] L'argument invoqué par les demandeurs soulève la question de savoir si, lorsque Sa Majesté détient la réserve de Fairford à l'usage et au profit de la bande, naît une obligation fiduciaire de protéger la bande et la réserve contre les effets néfastes de l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux.

[25] Les demandeurs se fondent fortement sur l'opinion incidente exprimée par le juge Wilson dans l'arrêt *Guerin*, précité, aux pages 349 et 350:

I think that when s. 18 mandates that reserves be held by the Crown for the use and benefit of the Bands for which they are set apart, this is more than just an administrative direction to the Crown. I think it is the acknowledgement of a historic reality, namely that Indian Bands have a beneficial interest in their reserves and that the Crown has a responsibility to protect that interest and make sure that any purpose to which reserve land is put will not interfere with it. That is not to say that the Crown either historically or by s. 18 holds the land in trust for the Bands. The Bands do not have the fee in the land; their interest is a limited one. But it is an interest which cannot be derogated from or interfered with by the Crown's utilization of the land for purposes incompatible with the Indian title unless, of course, the Indians agree. I believe that in this sense the Crown has a fiduciary obligation to the Indian Bands with respect to the uses to which reserve land may be put and that s. 18 is a statutory acknowledgement of that obligation. It is my view, therefore, that while the Crown does not hold reserve land under s.18 of the Act in trust for the Bands because the Bands' interests are limited by the nature of Indian title, it does hold the lands subject to a fiduciary obligation to protect and preserve the Bands' interests from invasion or destruction. [Emphasis added.]

Relying on this statement, the plaintiffs argue that subsection 18(1) imposed a duty on Canada not to permit the Water Control Structure to be constructed.

[26] In *Guerin, supra*, Wilson J. wrote for three judges. Dickson J. (as he then was) wrote for four. Dickson J.'s approach was to associate the Crown's fiduciary duty to the Indians' unique interest in their lands and the inalienability of those lands except upon surrender to the Crown. At page 376 he states:

The fiduciary relationship between the Crown and the Indians has its roots in the concept of the aboriginal, native or Indian title. The fact that Indians Bands have a certain interest in lands does not, however, in itself give rise to a fiduciary relationship between the Indians and the Crown. The conclusion that the Crown is a fiduciary depends upon the further proposition that the Indian interest in the land is inalienable except upon surrender to the Crown.

An Indian Band is prohibited from directly transferring its interest to a third party. Any sale or lease of land can only

Je crois qu'en disposant que les réserves seront détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit des bandes pour lesquelles elles sont mises de côté, l'art. 18 fait plus que donner une directive administrative à Sa Majesté. Je crois qu'il s'agit de la reconnaissance d'une réalité historique, savoir que les Indiens ont un droit de bénéficiaire sur leurs réserves et qu'il incombe à Sa Majesté de protéger ce droit et de s'assurer que les fins auxquelles les terres des réserves sont utilisées ne portent pas atteinte à ce droit. Cela ne signifie pas que, soit historiquement soit en vertu de l'art. 18, Sa Majesté détient les terres en fiducie pour les bandes. Les bandes n'ont pas la propriété absolue des terres; leur droit est limité. C'est cependant un droit auquel Sa Majesté ne peut porter atteinte ou qu'elle ne peut diminuer par l'utilisation des terres à des fins incompatibles avec le titre indien, à moins évidemment que les Indiens y consentent. Je crois que, dans ce sens, Sa Majesté a une obligation de fiduciaire envers les bandes indiennes relativement à l'utilisation qui peut être faite des terres des réserves, et que l'art. 18 constitue une reconnaissance légale de cette obligation. Par conséquent, je suis d'avis que, bien que Sa Majesté ne détienne pas les terres des réserves en fiducie pour les bandes en vertu de l'art. 18 de la Loi, parce que les droits des bandes sont limités par la nature du titre indien, elle les détient sous réserve de l'obligation qui incombe au fiduciaire de protéger et préserver les droits des bandes contre l'extinction ou l'empiètement. [Je souligne.]

En se fondant sur cette remarque, les demandeurs soutiennent que le paragraphe 18(1) imposait au Canada l'obligation de ne pas permettre la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux.

[26] Dans l'arrêt *Guerin*, précité, le juge Wilson a prononcé des motifs au nom de trois juges. Le juge Dickson (tel était alors son titre) a prononcé des motifs au nom de quatre juges. L'approche adoptée par le juge Dickson consistait à associer l'obligation fiduciaire de la Couronne au droit unique en son genre que les Indiens ont sur leurs terres et à l'inaliénabilité de ces terres sauf par cession à la Couronne. À la page 376, le juge dit ceci:

Le rapport fiduciaire entre Sa Majesté et les Indiens découle du concept du titre aborigène, autochtone ou indien. Cependant, le fait que les bandes indiennes possèdent un certain droit sur des terres n'engendre pas en soi un rapport fiduciaire entre les Indiens et Sa Majesté. Pour conclure que Sa Majesté est fiduciaire, il faut aussi que le droit des Indiens sur les terres soit inaliénable, sauf dans le cas d'une cession à Sa Majesté.

Il est interdit à une bande indienne de céder son droit directement à un tiers. La vente ou la location de terres ne

be carried out after a surrender has taken place, with the Crown then acting on the Band's behalf. The Crown first took this responsibility upon itself in the Royal Proclamation of 1763. It is still recognized in the surrender provisions of the *Indian Act*. The surrender requirement, and the responsibility it entails, are the source of a distinct fiduciary obligation owed by the Crown to the Indians. [Emphasis added.]

That a fiduciary duty arose only upon surrender was further reinforced at page 382:

It is true that the *sui generis* interest which the Indians have in the land is personal in the sense that it cannot be transferred to a grantee, but it is also true, as will presently appear, that the interest gives rise upon surrender to a distinctive fiduciary obligation on the part of the Crown to deal with the land for the benefit of the surrendering Indians. . . . The nature of the Indians' interest is therefore best characterized by its general inalienability, coupled with the fact that the Crown is under an obligation to deal with the land on the Indians' behalf when the interest is surrendered. Any description of Indian title which goes beyond these two features is both unnecessary and potentially misleading. [Emphasis added.]

[27] According to Dickson J., the effect of subsection 18(1) was to confer upon the Crown an obligation to protect Indians' interests in transactions with third parties. For that purpose, the Crown, once land was surrendered, was given a discretion to decide what was in the best interests of the Indians. He states at pages 383-384:

The purpose of this surrender requirement is clearly to interpose the Crown between the Indians and prospective purchasers or lessees of their land, so as to prevent the Indians from being exploited. This is made clear in the Royal Proclamation itself, which prefaces the provision making the Crown an intermediary with a declaration that "great Frauds and Abuses have been committed in purchasing Lands of the Indians, to the great Prejudice of our Interests, and to the great Dissatisfaction of the said Indians . . ." Through the confirmation of the *Indian Act* of the historic responsibility which the Crown has undertaken, to act on behalf of the Indians so as to protect their interests in transactions with third parties, Parliament has conferred upon the Crown a discretion to decide for itself where the Indians' best interests really lie. This is the effect of s. 18(1) of the Act.

This discretion on the part of the Crown, far from ousting, as the Crown contends, the jurisdiction of the courts to

peut avoir lieu qu'à la suite d'une cession et c'est alors Sa Majesté qui agit au nom de la bande. C'est dans la Proclamation royale de 1763 que Sa Majesté a pour la première fois endossé cette responsabilité qui lui est encore reconnue dans les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives aux cessions. L'exigence d'une cession et la responsabilité qui en découle ont pour effet d'imposer à Sa Majesté une obligation de fiduciaire distincte envers les Indiens. [Je souligne.]

Le fait qu'une obligation fiduciaire n'existe qu'en cas de cession a en outre été renforcé à la page 382:

Il est vrai que le droit *sui generis* des Indiens sur leurs terres est personnel en ce sens qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire, mais il est également vrai, comme nous allons le constater plus loin, que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées [. . .] Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit. Toute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur. [Je souligne.]

[27] Selon le juge Dickson, le paragraphe 18(1) avait pour effet de conférer à la Couronne l'obligation de protéger les droits des Indiens dans des opérations avec des tiers. À cette fin, une fois les terres cédées, la Couronne se voyait conférer le pouvoir discrétionnaire de décider elle-même ce qui était vraiment le plus avantageux pour les Indiens. Le juge fait la remarque suivante aux pages 383 et 384:

Cette exigence d'une cession vise manifestement à interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter. Cet objet ressort nettement de la Proclamation royale elle-même qui porte, au début de la disposition qui fait de Sa Majesté un intermédiaire, «qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers [. . .]» En confirmant dans la *Loi sur les Indiens* cette responsabilité historique de Sa Majesté de représenter les Indiens afin de protéger leurs droits dans les opérations avec des tiers, le Parlement a conféré à Sa Majesté le pouvoir discrétionnaire de décider elle-même ce qui est vraiment le plus avantageux pour les Indiens. Tel est l'effet du par. 18(1) de la Loi.

Ce pouvoir discrétionnaire, loin de supplanter comme le prétend Sa Majesté, le droit de regard qu'ont les tribunaux

regulate the relationship between the Crown and the Indians, has the effect of transforming the Crown's obligation into a fiduciary one. [Emphasis added.]

[28] It is Dickson J.'s approach to the fiduciary relationship between the Crown and the Aboriginals that is authoritative and that has been adopted in subsequent cases. See *Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3 (C.A.); *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian & Northern Affairs)* (1996), 11 Admin. L.R. (2d) 232 (F.C.T.D.).

[29] For example, in *Blueberry*, *supra*, the bands argued that because the Crown holds title to reserve lands, it possesses power with respect to those lands and must exercise that power as a fiduciary on behalf of the band. They argued that such a fiduciary duty was consistent with the paternalistic tone of the *Indian Act*. In rejecting this notion, McLachlin J.<sup>7</sup> stated at page 370:

... the *Indian Act's* provisions for surrender of band reserves strikes a balance between the two extremes of autonomy and protection. The band's consent was required to surrender its reserve. Without that consent the reserve could not be sold. But the Crown, through the Governor in Council, was also required to consent to the surrender. The purpose of the requirement of Crown consent was not to substitute the Crown's decision for that of the band, but to prevent exploitation.

...

In short, the Crown's obligation was limited to preventing exploitative bargains.

[30] There is no indication in the authorities that a fiduciary duty arises simply by reason of Her Majesty holding reserve land for the use and benefit of an

sur les rapports entre Sa Majesté et les Indiens, a pour effet de transformer l'obligation qui lui incombe en une obligation de fiduciaire. [Je souligne.]

[28] C'est l'approche que le juge Dickson a adoptée à l'égard du rapport fiduciaire existant entre la Couronne et les Autochtones qui fait autorité et qui a été adoptée dans les arrêts subséquents. Voir *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.); *Bande de la première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1996), 11 Admin. L.R. (2d) 232 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[29] Ainsi, dans l'affaire *Blueberry*, précitée, les bandes avaient soutenu qu'étant donné que la Couronne détient le titre relatif aux terres de la réserve, elle est investie de certains pouvoirs à l'égard de ces terres et elle doit les exercer à titre de fiduciaire, pour le compte de la bande concernée. Les bandes avaient soutenu que pareille obligation fiduciaire était conforme au ton paternaliste de la *Loi sur les Indiens*. En rejetant cette idée, le juge McLachlin<sup>7</sup> a dit ceci, aux pages 370 et 371:

[...], les dispositions de la *Loi des Indiens* relatives à la cession des réserves des bandes établissent un équilibre entre les deux pôles extrêmes que constituent l'autonomie et la protection. Il fallait que la bande visée consente à la cession de sa réserve, à défaut de quoi celle-ci ne pouvait pas être vendue. Par ailleurs, il fallait également que la Couronne, par l'intermédiaire du gouverneur en conseil, consente à la cession. L'exigence que la Couronne consente à la cession n'avait pas pour objet de substituer la décision de cette dernière à celle des bandes, mais plutôt d'empêcher que celles-ci se fassent exploiter.

[...]

Bref, l'obligation de la Couronne se limitait à prévenir les marchés abusifs.

[30] Rien n'indique dans les arrêts qu'une obligation fiduciaire prend naissance du simple fait que Sa Majesté détient les terres de la réserve à l'usage et au

Indian band pursuant to subsection 18(1).

[31] That is not to say there is no academic comment criticizing the consistent practice of the courts following *Guerin* to adhere to the approach of Dickson J. See for example Leonard Ian Rotman, *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1996), at pages 104-110. However, there is no indication that the courts have deviated from Dickson J.'s approach.

#### 4.A.3.b. *R. v. Sparrow*

[32] In light of the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Sparrow*, *supra*, it has also been argued that fiduciary obligations are triggered whenever, by government action, Aboriginal rights are extinguished, i.e. that surrender is not a necessary condition. In Patrick Macklem, "Aboriginal Rights and State Obligations" (1997), 36 *Alta. L.R.* 97, the author states at page 112 that:

First, *Sparrow* is an indication that the conservative view that fiduciary obligations are triggered only upon the voluntary surrender of Aboriginal land is to be supplemented with a more expansive view that fiduciary obligations are also triggered upon unilateral extinguishments of Aboriginal rights. If the Crown owes fiduciary obligations to Aboriginal people when it unilaterally interferes with the exercise of Aboriginal rights, then *a fortiori* the Crown, at least after 1982, owes certain fiduciary obligations when it unilaterally extinguishes Aboriginal rights.

[33] *Sparrow* was a challenge to the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, section 34 on the grounds that section 34 of the Act conflicted with Aboriginal rights recognized and affirmed under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].<sup>8</sup> In *Sparrow*, the Supreme Court held that when such legislation is enacted, the Crown is under a duty to justify any negative effect on Aboriginal rights protected under subsection 35(1). The Court held that

profit d'une bande indienne conformément au paragraphe 18(1).

[31] Cela ne veut pas pour autant dire que les auteurs n'ont pas critiqué la pratique uniforme des tribunaux, à la suite de la décision rendue dans l'affaire *Guerin*, de souscrire à l'approche préconisée par le juge Dickson. Voir par exemple Leonard Ian Rotman, *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1996), aux pages 104 à 110. Toutefois, rien n'indique que les tribunaux aient dérogé à cette approche.

#### 4.A.3.b. *R. c. Sparrow*

[32] À la lumière de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sparrow*, précitée, il a également été soutenu qu'une obligation fiduciaire prend naissance dès que, par suite d'une mesure gouvernementale, les droits ancestraux sont éteints, c'est-à-dire que la cession n'est pas une condition nécessaire. Dans «Aboriginal Rights and State Obligations» (1997), 36 *Alta. L.R.* 97, Patrick Macklem dit ceci, à la page 112:

[TRADUCTION] Premièrement, l'arrêt *Sparrow* montre qu'à l'avis conservateur selon lequel les obligations fiduciaires prennent naissance seulement si des terres autochtones sont volontairement cédées, il faut ajouter l'avis plus large selon lequel ces obligations prennent également naissance lorsque les droits ancestraux sont unilatéralement éteints. Si la Couronne a envers le peuple autochtone des obligations fiduciaires lorsqu'elle s'ingère unilatéralement dans l'exercice des droits ancestraux, elle a *a fortiori* certaines obligations fiduciaires, du moins depuis 1982, lorsqu'elle éteint unilatéralement les droits ancestraux.

[33] Dans l'affaire *Sparrow*, l'article 34 de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, était contesté pour le motif qu'il allait à l'encontre des droits ancestraux reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]<sup>8</sup>. La Cour suprême a statué que lorsque pareilles dispositions législatives sont édictées, la Couronne est tenue de justifier tout effet préjudiciable sur les droits ances-

this justification requirement acknowledges the concept of “holding the Crown to a high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal peoples of Canada as suggested by *Guerin v. The Queen, supra*” (see page 1109). Other than recognizing a duty upon the Crown to justify legislative infringement on Aboriginal rights recognized and affirmed under subsection 35(1), I do not read the Supreme Court in *Sparrow* to have added or derogated from the findings of Dickson J. in *Guerin* respecting the law of fiduciary duties in the Aboriginal context.

4.A.3.c. *Union of Nova Scotia Indians v. Canada*  
(Attorney General)

[34] The plaintiffs also refer to the *dicta* of MacKay J. in *Union of Nova Scotia Indians v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 325 (T.D.). The plaintiffs say that *Union* stands for the proposition that Canada has a general fiduciary duty not to permit unjustified adverse effects upon Aboriginal interests.

[35] *Union* was a judicial review of an environmental assessment process. At one point, the Mi’kmaq Indians alleged procedural unfairness because the respondents did not request that the applicants sign off on an environmental screening document before undertaking to commence with a channel improvement project. The applicants alleged this was a failure to discharge the Crown’s fiduciary duty owed to the Mi’kmaq Indians in light of the provisions set out in the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (CEAA).

[36] At page 339, MacKay J. observed that while the nature of the relevant fiduciary duty was not spelled out in argument:

traux protégés par le paragraphe 35(1). La Cour a statué que cette exigence, en ce qui concerne la justification, reconnaît l’idée selon laquelle «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 c. La Reine*, précité» (page 1109). À part le fait de reconnaître que la Couronne est tenue de justifier la violation législative des droits ancestraux reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1), je n’interprète pas la décision que la Cour suprême a rendue dans l’affaire *Sparrow* comme ajoutant quoi que ce soit aux conclusions tirées par le juge Dickson dans l’affaire *Guerin* à l’égard du droit des obligations fiduciaires dans le contexte autochtone, ou comme dérogeant à ces conclusions.

4.A.3.c. *Union of Nova Scotia Indians c. Canada*  
(Procureur général)

[34] Les demandeurs citent également l’opinion incidente exprimée par le juge MacKay dans la décision *Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 325 (1<sup>re</sup> inst.). Ils disent que cette décision étaye la thèse selon laquelle le Canada a une obligation fiduciaire générale de ne pas permettre qu’il y ait des effets négatifs injustifiés sur les droits ancestraux.

[35] Dans l’affaire *Union*, la Cour effectuait le contrôle judiciaire d’une évaluation environnementale. À un moment donné, les Indiens Micmac avaient allégué qu’il y avait iniquité procédurale parce que les défendeurs n’avaient pas demandé aux demandeurs de signer un document relatif à l’examen préliminaire avant d’entreprendre un projet d’amélioration d’un chenal. Les demandeurs avaient allégué que la Couronne avait ainsi omis de s’acquitter de l’obligation fiduciaire qu’elle avait envers les Indiens Micmac compte tenu des dispositions énoncées dans la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (LCEE).

[36] À la page 339, le juge MacKay a fait remarquer que bien que la nature de l’obligation fiduciaire en question n’ait pas été énoncée dans l’argumentation:

. . . it would at least include the duty not to permit unjustified adverse effects upon continuing Aboriginal interests.

At pages 349-350 he concludes:

As earlier stated, I find that those acting on behalf of the Ministers concerned failed to assess potential adverse effects of the project upon the use of fishery resources within the Bras d'Or Lakes by the Mi'kmaq people for traditional purposes, that is, for food. As earlier noted, that use has clearly been affirmed by the Nova Scotia Court of Appeal. It is an Aboriginal interest which those acting on behalf of Her Majesty have a fiduciary duty to protect from unwarranted adverse effects of the project, and I have found that those acting on behalf of the Ministers concerned failed to consider the fiduciary duty here owed. Those failures constituted unfairness in the process and errors in law. [Emphasis added.]

It is these statements on which the plaintiffs in this case rely to support their claim that Canada had a similar duty not to allow the Water Control Structure to negatively affect the interests of the Fairford Band.

[37] Paragraph 16(1)(a) of the CEAA sets out one of the requirements for an environmental screening report as consideration of the "environmental effects of a project". Subsection 2(1) defines "environmental effect" as:

2. (1) In this Act,

. . .

"environmental effect" means, in respect of a project,

(a) any change that the project may cause in the environment, including any effect of any such change on health and socio-economic conditions, on physical and cultural heritage, on the current use of lands and resources for traditional purposes by aboriginal persons, or on any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance. [Emphasis added.]

[38] In describing the duty of the government, MacKay J. states at page 342:

It was urged for the applicants that under the CEAA, they, as representatives of Aboriginal peoples, have a special role

[. . .] elle comporterait au moins le fait de ne pas permettre que s'exercent des effets négatifs injustifiés sur des droits autochtones permanents.

Aux pages 349 et 350, le juge conclut ce qui suit:

Comme je l'ai indiqué plus tôt, je conclus que les personnes agissant pour le compte des ministres concernés ont omis d'évaluer les effets négatifs éventuels du projet sur l'usage des ressources halieutiques des lacs Bras d'Or par les Micmacs à des fins traditionnelles, c'est-à-dire, alimentaires. Ainsi que je l'ai signalé plus tôt, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a clairement confirmé cet usage. Il s'agit d'un droit des Autochtones, que les personnes agissant au nom de Sa Majesté se trouvent dans l'obligation fiduciaire de protéger contre les effets négatifs injustifiés du projet, et je suis arrivé à la conclusion que les personnes agissant pour le compte des ministres concernés ont omis de prendre en considération l'obligation fiduciaire qui était requise en l'espèce. Ces omissions constituaient un cas d'inéquité procédurale et des erreurs de droit. [Je souligne.]

En l'espèce, les demandeurs se fondent sur ces remarques pour étayer l'allégation selon laquelle le Canada avait une obligation similaire de ne pas permettre que l'ouvrage de régularisation des eaux ait un effet négatif sur les droits de la bande de Fairford.

[37] En vertu de l'alinéa 16(1)a) de la LCEE, il doit être tenu compte, dans le rapport d'examen préalable, des «effets environnementaux du projet». L'expression «effets environnementaux» est définie comme suit au paragraphe 2(1):

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[. . .]

«effets environnementaux» [. . .] les changements que la réalisation d'un projet risque de causer à l'environnement [. . .] sont comprises parmi les changements à l'environnement les répercussions de ceux-ci soit en matière sanitaire et socio-économique, soit sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles par les autochtones, soit sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance en matière historique, archéologique, paléontologique ou architecturale. [Je souligne.]

[38] En décrivant l'obligation du gouvernement, le juge MacKay dit ceci, à la page 342:

Il a été allégué pour le compte des requérantes qu'en vertu de la LCEE, ces dernières, en qualité de représentantes des

in the environmental assessment process, as a result of the Act itself and the fiduciary duty owed to them. I am not persuaded of this. Nevertheless, it is clear that the CEAA requires assessment of many effect of environmental change on the current use of their interests in the fisheries in the Bras d'Or Lakes for traditional purposes. [Emphasis added.]

[39] In my opinion, the plaintiffs have carried the *dicta* of MacKay J. in *Union* beyond its context and purpose. I think that the basis for MacKay J.'s reference to the fiduciary duty, "not to permit unjustified adverse effects upon continuing Aboriginal interests" was the statutory requirement that an environmental report consider the effect of any project on the use of the lands and resources for traditional purposes by Aboriginal persons. I do not read MacKay J. to have identified a general and pervasive obligation on the Crown in the manner argued by the plaintiffs in this case.

#### 4.A.3.d. *Frame v. Smith*

[40] While I do not suggest that the Crown's fiduciary duty is limited to the surrendering of Indian land, there must be circumstances present which give rise to a fiduciary duty on the Crown which arise from the facts. In *Semiahmoo*, *supra*, at page 22, Isaac C.J. states:

The authorities on fiduciary duties establish that courts must assess the specific relationship between the parties in order to determine whether or not it gives rise to a fiduciary duty and, if yes, to determine the nature and scope of that duty.

This raises the question as to whether, apart from subsection 18(1) of the *Indian Act*, the facts relating to the Crown's involvement in the study, approval and financing of the Water Control Structure gave rise to a fiduciary duty upon the Crown.

Autochtones, ont un rôle spécial à jouer dans le processus d'évaluation environnementale, et ce, du fait de la Loi elle-même et de l'obligation fiduciaire à leur endroit. Je n'en suis pas convaincu. Il est clair toutefois que la LCEE exige que l'on évalue tout effet d'un changement environnemental sur l'usage courant de leurs droits sur les ressources halieutiques des lacs Bras d'Or à des fins traditionnelles. [Je souligne.]

[39] À mon avis, les demandeurs ont interprété la remarque incidente que le juge MacKay a faite dans la décision *Union* au delà du contexte et du but visé. Je crois qu'en disant qu'il existait une obligation fiduciaire «de ne pas permettre que s'exercent des effets négatifs injustifiés sur des droits autochtones permanents», le juge MacKay se fondait sur l'exigence législative voulant qu'il soit tenu compte, dans le rapport, des effets de la réalisation d'un projet sur l'usage des terres et des ressources à des fins traditionnelles par les autochtones. Contrairement à ce que les demandeurs ont soutenu en l'espèce, je n'interprète pas les remarques du juge MacKay comme ayant établi l'existence d'une obligation générale primordiale incombant à la Couronne.

#### 4.A.3.d. *Frame c. Smith*

[40] Je ne veux pas laisser entendre que l'obligation fiduciaire de la Couronne est limitée à la cession des terres indiennes, mais il doit exister des circonstances donnant lieu à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne. Dans l'arrêt *Semiahmoo*, précité, à la page 22, le juge en chef Isaac, dit ceci:

Les ouvrages et arrêts portant sur les obligations fiduciaires établissent que les tribunaux doivent évaluer la relation particulière qui existe entre les parties afin de décider si elle donne lieu à une obligation fiduciaire et, dans l'affirmative, en vue de déterminer la nature et l'étendue de cette obligation.

Cela soulève la question de savoir si, indépendamment du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, les faits se rapportant à la participation de la Couronne à l'étude ainsi qu'à l'approbation et au financement de l'ouvrage de régularisation des eaux ont donné naissance à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne.



[41] Outside of the traditionally recognized categories of fiduciary, i.e. trustee, agent, etc., Wilson J. in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at page 136, proposed a “rough and ready guide” to determining whether the imposition of a fiduciary obligation on a relationship would be appropriate:

Relationships in which a fiduciary obligation have been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary’s legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

Although Wilson J. wrote in dissent in *Frame v. Smith*, her “rough and ready” guide has been widely adopted in subsequent jurisprudence.

4.A.3.e. *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*

[42] In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, Sopinka J., writing for the majority of the Court (dissenting in part with respect to the appropriate remedy but speaking for three of five judges relative to the issue of fiduciary relationship), adopted Wilson J.’s approach. At pages 599-600 he added:

It is possible for a fiduciary relationship to be found although not all of these characteristics are present, nor will the presence of these ingredients invariably identify the existence of a fiduciary relationship.

He went on to note, however, that the one requirement indispensable to a fiduciary duty was dependency or vulnerability:

The one feature, however, which is considered to be indispensable to the existence of the relationship, and which is most relevant in this case, is that of dependency or vulnerability. In this regard, I agree with the statement of Dawson J. in *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.*, *supra*, at p. 488, that:

[41] En dehors des catégories de fiduciaires traditionnellement reconnues, à savoir le fiduciaire, le mandataire, etc., le juge Wilson, dans l’arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la page 136, a proposé un «guide rudimentaire» permettant de déterminer si l’imposition d’une obligation fiduciaire est appropriée:

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Le juge Wilson prononçait des motifs dissidents dans l’arrêt *Frame c. Smith*, mais son guide «rudimentaire» a été largement adopté dans des arrêts subséquents.

4.A.3.e. *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*

[42] Dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge Sopinka, au nom de la majorité de la Cour (tout en étant dissident en partie en ce qui concerne la réparation qu’il convenait d’accorder, mais prononçant des motifs au nom de trois des cinq juges au sujet de la question du rapport fiduciaire) a adopté l’approche préconisée par le juge Wilson. Aux pages 599 et 600, il a ajouté ceci:

Il est possible de conclure qu’il y a des rapports fiduciaires, même si toutes ces caractéristiques ne sont pas présentes. Par ailleurs, leur présence n’est pas toujours concluante quant à l’existence de rapports fiduciaires.

Toutefois, il a ensuite fait remarquer que la seule exigence indispensable en ce qui concerne l’obligation fiduciaire était la dépendance ou la vulnérabilité:

Toutefois la seule caractéristique jugée indispensable à l’existence de rapports fiduciaires—la plus pertinente en l’espèce—est celle de la dépendance ou de la vulnérabilité. À ce propos, je souscris à l’avis exprimé par le juge Dawson dans l’affaire *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.*, précitée, à la p. 488:

There is, however, the notion underlying all the cases of fiduciary obligation that inherent in the nature of the relationship itself is a position of disadvantage or vulnerability on the part of one of the parties which causes him to place reliance upon the other and requires the protection of equity acting upon the conscience of that other . . . .

At page 607, Sopinka J. quoted Wilson J. in *Frame*, in describing vulnerability:

This vulnerability arises from the inability of the beneficiary (despite his or her best efforts) to prevent the injurious exercise of the power or discretion combined with the grave inadequacy or absence of other legal or practical remedies to redress the wrongful exercise of the discretion or power.

[43] With Sopinka J.'s majority reasons in *Lac Minerals*, Wilson J.'s "rough and ready" guide became authoritative. In essence, it recognized that both a discretion or power on the part of the fiduciary and vulnerability on the part of the beneficiary, defined the fiduciary relationship. Vulnerability was an essential requirement and vulnerability meant that the beneficiary, despite his or her best efforts, was unable to prevent the injurious exercise of discretion or power by the fiduciary and that other legal or practical remedies were inadequate or absent.

#### 4.A.3.f. *Hodgkinson v. Simms*—majority—reasonable expectations

[44] The question of fiduciary duty outside of the recognized categories was again addressed by the Supreme Court in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377. This case is a notable departure from Wilson J.'s guide in *Frame*, and the definition of vulnerability adopted in *Lac Minerals*.

[45] La Forest J., who wrote for the majority in that case<sup>9</sup> held that "Wilson J.'s guidelines constitute *indicia* that help recognize a fiduciary relationship rather than ingredients that define it." Moreover, for the first time, a majority of the Supreme Court found that the existence of a fiduciary duty depended, not on

[TRADUCTION] Cependant, sous-jacente à tous les cas d'obligation fiduciaire est la notion que, de par la nature des rapports eux-mêmes, l'une des parties se trouve désavantagée ou vulnérable et, pour cette raison, fait confiance à l'autre partie et doit bénéficier en conséquence de la protection de l'*equity* qui fait appel à la conscience de cette autre partie [. . .]

À la page 607, le juge Sopinka a cité les remarques que le juge Wilson avait faites dans l'arrêt *Frame*, en décrivant ce qu'on entendait par vulnérabilité:

Cette vulnérabilité découle de l'incapacité du bénéficiaire (malgré ses meilleurs efforts) d'empêcher l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire combiné à la grave insuffisance ou à l'absence de tout autre recours juridique ou pratique pour réparer l'exercice injustifié du pouvoir discrétionnaire.

[43] Avec les motifs que le juge Sopinka a prononcés au nom de la majorité dans l'arrêt *Lac Minerals*, le guide «rudimentaire» du juge Wilson fait autorité. Il a reconnu essentiellement que le rapport fiduciaire était défini à la fois par l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de la part du fiduciaire et par la vulnérabilité du bénéficiaire. La vulnérabilité était une exigence essentielle, et elle signifiait que le bénéficiaire, malgré ses meilleurs efforts, ne pouvait pas empêcher l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire par le fiduciaire et que les autres recours juridiques ou pratiques étaient insuffisants ou absents.

#### 4.A.3.f. *Hodgkinson c. Simms*—majorité—attentes raisonnables

[44] La question de l'existence d'une obligation fiduciaire en dehors des catégories reconnues a de nouveau été examinée par la Cour suprême dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377. Cet arrêt s'écarte d'une façon notable du guide proposé par le juge Wilson dans l'arrêt *Frame* et de la définition de la vulnérabilité adoptée dans l'arrêt *Lac Minerals*.

[45] Le juge La Forest, au nom de la majorité<sup>9</sup>, a statué que «[l]es lignes directrices du juge Wilson sont des indices qui aident à reconnaître une relation fiduciaire plutôt que les éléments qui la définissent». En outre, pour la première fois, la majorité des juges ont conclu que l'existence d'une obligation fiduciaire

the existence and/or type of vulnerability defined by the majority in *Lac Minerals*, but on the reasonable expectations of the parties. At page 409, La Forest J. says that the question to ask is whether:

. . . given all the surrounding circumstances, one party could reasonably have expected that the other party would act in the former's best interests with respect to the subject matter at issue. Discretion, influence, vulnerability and trust were mentioned as non-exhaustive examples of evidential factors to be considered in making this determination.

[46] La Forest J. also noted the necessity for a mutual understanding on behalf of both parties of this reasonable expectation. At pages 409-410, he states:

. . . outside the established categories, what is required is evidence of a mutual understanding that one party has relinquished its own self-interest and agreed to act solely on behalf of the other party.

[47] La Forest J. found that a "reasonable expectations approach" defined a fiduciary relationship in "advisory cases" where one party held himself out to have particular expertise and agreed to act in the other's best interests in using that expertise. However, at page 410, he cautioned that "there must be something more than a simple undertaking by one party to provide information and execute orders for the other for a relationship to be enforced as fiduciary". Elements "such as trust, confidentiality, and the complexity and importance of the subject matter" were all necessary to make it "reasonable for the advisee to expect that the advisor [wa]s in fact exercising his or her special skills in that other party's best interests, unless the contrary [wa]s disclosed".

4.A.3.g. *Hodgkinson v. Simms*—the dissent—one party in the power of the other

[48] The dissenting opinion of Sopinka and McLachlin JJ. in *Hodgkinson* also requires consideration in light of the reasons given by Iacobucci J. While he supported La Forest J. in finding a fiduciary

dépendait non de l'existence d'une vulnérabilité au sens attribué à ce mot par la majorité dans l'arrêt *Lac Minerals*, ou du genre de vulnérabilité décrit dans ce dernier arrêt, mais des attentes raisonnables des parties. À la page 409, le juge La Forest dit qu'il s'agit de savoir si:

[. . .] compte tenu de toutes les circonstances en présence, une partie pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'autre agisse dans l'intérêt de la première relativement au sujet en cause. La discrétion, l'influence, la vulnérabilité et la confiance étaient décrits comme des exemples non exhaustifs de facteurs probants dont il faut tenir compte lorsqu'on prend cette décision.

[46] Le juge La Forest a également fait remarquer qu'il doit exister une entente mutuelle pour le compte des deux parties au sujet de cette attente raisonnable. Aux pages 409 et 410, il a dit ceci:

[. . .] lorsqu'on ne se trouve pas en présence des catégories établies, il faut faire la preuve que les parties ont mutuellement convenu que l'une d'elles renoncerait à agir dans son propre intérêt et accepterait d'agir seulement pour le compte de l'autre.

[47] Le juge La Forest a conclu qu'une «approche fondée sur les attentes raisonnables» définissait un rapport fiduciaire dans le «contexte consultatif» où une partie affirmait avoir des connaissances spéciales et acceptait d'agir dans l'intérêt de l'autre partie en utilisant ces connaissances. Toutefois, à la page 410, il a fait remarquer que «pour qu'une relation puisse être qualifiée de fiduciaire, il doit exister davantage qu'un simple engagement par une partie de fournir des renseignements et d'exécuter les ordres de l'autre». Des éléments «comme la confiance, la confidentialité ainsi que la complexité et l'importance du sujet» devaient tous exister pour qu'il soit «raisonnable que la personne qui reçoit les conseils s'attende à ce que le conseiller exerce ses compétences spéciales dans son intérêt, à moins d'avis contraire».

4.A.3.g. *Hodgkinson c. Simms*—dissidence—une partie est assujettie au pouvoir de l'autre

[48] L'opinion exprimée en dissidence par les juges Sopinka et McLachlin dans l'arrêt *Hodgkinson* doit également être examinée à la lumière des motifs prononcés par le juge Iacobucci. Celui-ci était d'ac-

duty, he continued to recognize the law in *Lac Minerals* by saying at page 480 that he preferred “to treat *Lac Minerals* . . . by simply distinguishing that case from the present one”. The implication is that *Lac Minerals* is still authoritative although it is not entirely clear to what type of cases. It is therefore still necessary to have regard for *Lac Minerals*.

[49] The role of vulnerability in a fiduciary analysis was a key issue on which La Forest J. on the one hand, and Sopinka and McLachlin JJ. differed in *Hodgkinson*. La Forest J. was of the opinion that the concept of vulnerability was not the “hallmark of a fiduciary relationship” although it was an important *indicium* of its existence (see *Hodgkinson, supra*, at page 405). Sopinka and McLachlin JJ., consistent with the majority on the issue of vulnerability in *Lac Minerals*, continued to be of the opinion that vulnerability meant that the beneficiary had to be in the power of the fiduciary. They state at page 466:

Vulnerability, in this broad sense, may be seen as encompassing all three characteristics of the fiduciary relationship mentioned in *Frame v. Smith*. It comports the notion, not only of weakness in the dependent party, but of a relationship in which one party is in the power of the other.

They explain further at pages 467 and 468:

Phrases like “unilateral exercise of power”, “at the mercy of the other’s discretion” and “has given over that power” suggest a total reliance and dependence on the fiduciary by the beneficiary. In our view, these phrases are not empty verbiage. The courts and writers have used them advisedly, concerned for the need for clarity and aware of the draconian consequences of the imposition of a fiduciary obligation. Reliance is not a simple thing.

. . .

This is in accordance with the concepts of trust and loyalty which lie at the heart of the fiduciary obligation. The word “trust” connotes a state of complete reliance, of

cord avec le juge La Forest pour dire qu’il existait une obligation fiduciaire, mais il a continué à reconnaître le droit établi dans l’arrêt *Lac Minerals* en disant, à la page 480, qu’il préférerait «traiter de l’arrêt *Lac Minerals* [. . .] en [s]e contentant de le distinguer de la présente affaire». Il laisse ainsi entendre que l’arrêt *Lac Minerals* fait encore autorité même si l’on ne sait pas exactement à quel genre d’affaires il s’applique. Il faut donc encore tenir compte de l’arrêt *Lac Minerals*.

[49] Le rôle de la vulnérabilité dans une analyse fiduciaire était une question cruciale sur laquelle le juge La Forest d’une part et les juges Sopinka et McLachlin d’autre part différaient d’opinions dans l’arrêt *Hodgkinson*. Le juge La Forest était d’avis que la vulnérabilité n’était pas la «marque distinctive d’une relation fiduciaire», mais qu’elle constituait une indication importante de son existence (voir *Hodgkinson*, précité, à la page 405). Les juges Sopinka et McLachlin, conformément à l’avis exprimé par la majorité des juges au sujet de la question de la vulnérabilité dans l’arrêt *Lac Minerals*, étaient toujours d’avis que par vulnérabilité, on entendait que le bénéficiaire devait être assujéti au pouvoir du fiduciaire. Voici ce qu’ils ont dit, à la page 466:

On peut considérer que la vulnérabilité dans ce sens large possède les trois caractéristiques de la relation fiduciaire mentionnées dans l’arrêt *Frame c. Smith*. Elle comporte l’idée non seulement de la faiblesse de la partie dépendante, mais d’une relation dans laquelle une partie est assujéti au pouvoir de l’autre.

Ils ont fourni des explications supplémentaires, aux pages 467 et 468:

Des expressions comme «exercice unilatéral de pouvoir», «à la merci du pouvoir discrétionnaire de l’autre» et «a transmis ce pouvoir» laissent entendre que le bénéficiaire se fie entièrement au fiduciaire et dépend totalement de lui. À notre avis, ces expressions ne sont pas que du verbiage. Elles ont été utilisées délibérément par les tribunaux et les auteurs qui étaient soucieux du besoin de clarté et conscients des conséquences draconiennes de l’imposition d’une obligation fiduciaire. La confiance n’est pas une chose simple.

[. . .]

Cela est conforme aux notions de confiance et de loyauté qui sont au cœur même de l’obligation fiduciaire. Le mot «confiance» comporte l’idée d’un état de confiance absolue,

putting oneself or one's affairs in the power of the other. The correlative duty of loyalty arises from this level of trust and the complete reliance which it evidences. Where a party retains the power and ability to make his or her own decisions, the other person may be under a duty of care not to misrepresent the true state of affairs or face liability in tort or negligence. But he or she is not under a duty of loyalty. That higher duty arises only when the person has unilateral power over the other person's affairs placing the latter at the mercy of the former's discretion.

[50] At page 470, of their reasons, they confine the scope of vulnerability saying that the ability to retain some decision-making power does not leave a party vulnerable for the purposes of finding any fiduciary obligation present in a given case:

But neither of these rationales would appear to justify imposing a fiduciary obligation on the purveyor of investment advice where the client retains the power and ability to make the decisions of which he later complains.

4.A.3.h. *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*—ceding of power to the fiduciary

[51] In the Aboriginal context, requirements for a fiduciary relationship were revisited by McLachlin J. in *Blueberry, supra*. In her decision, she observed that generally, in order for a fiduciary duty to arise, one party must have ceded its power to the other. At pages 371-372 she states:

Generally speaking, a fiduciary obligation arises where one person possesses unilateral power or discretion on a matter affecting a second "peculiarly vulnerable" person: see *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; and *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377. The vulnerable party is in the power of the party possessing the power or discretion, who is in turn obligated to exercise that power or discretion solely for the benefit of the vulnerable party. A person cedes (or more often finds himself in the situation where someone else has ceded for him) his power over a matter to another person. The person who has ceded power trusts the person to whom power is ceded to exercise the power with loyalty and care. This is the notion at the heart of the fiduciary obligation. [Underlining mine.]

l'idée de confier ses affaires à l'autre. L'obligation corrélative de loyauté découle de cette confiance absolue. Lorsqu'une partie conserve le pouvoir et la capacité de prendre ses propres décisions, l'autre partie peut avoir une obligation de diligence de ne pas présenter sous un faux jour la situation existante, sous peine de responsabilité en matière délictuelle ou pour négligence. Cependant, cette partie n'a aucun devoir de loyauté. Ce devoir supérieur n'existe que si la personne exerce un pouvoir unilatéral sur les affaires de l'autre personne, de sorte que cette dernière se trouve à la merci de son pouvoir discrétionnaire.

[50] À la page 470, les juges ont limité la portée de la vulnérabilité en disant que la capacité de conserver un certain pouvoir décisionnel ne rend pas une partie vulnérable lorsqu'il s'agit de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire dans un cas donné:

Toutefois, aucun de ces raisonnements ne semblerait justifier l'imposition d'une obligation fiduciaire au conseiller en placements dans le cas où c'est le client qui conserve le pouvoir et la capacité de prendre les décisions dont il se plaint ultérieurement.

4.A.3.h. *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*—cession d'un pouvoir au fiduciaire

[51] Dans le contexte autochtone, les exigences, en ce qui concerne un rapport fiduciaire, ont de nouveau été examinées par le juge McLachlin dans l'arrêt *Blueberry*, précité. Dans sa décision, le juge a fait remarquer qu'en général, pour qu'une obligation fiduciaire prenne naissance, une partie doit avoir cédé son pouvoir à l'autre. Aux pages 371 et 372, le juge a dit ceci:

En règle générale, une obligation de fiduciaire prend naissance lorsqu'une personne possède un pouvoir unilatéral ou discrétionnaire à l'égard d'une question touchant une autre personne «particulièrement vulnérable»: voir *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377. La partie vulnérable est tributaire de la partie qui possède le pouvoir unilatéral ou discrétionnaire, qui, à son tour, est obligée d'exercer ce pouvoir uniquement au profit de la partie vulnérable. La personne qui cède (ou, plus souvent, qui se trouve dans la situation où quelqu'un d'autre a cédé pour elle) son pouvoir sur quelque chose à une autre personne escompte que la personne à qui le pouvoir en question est cédé l'exercera avec loyauté et diligence. Cette notion est la pierre d'assise de l'obligation de fiduciaire. [Je souligne.]

McLachlin J.'s reference in *Blueberry* to a ceding of power is consistent with her reasons (with Sopinka J.) in *Hodgkinson*.<sup>10</sup> This is an indication, although not conclusive, that in the Aboriginal context, one party ceding power to the other may still be a requirement in order for a fiduciary duty to arise.

4.A.3.i The framework to determine whether reasonable expectations arise or a ceding of power takes place.

[52] Because both the reasonable expectations and the ceding of power-vulnerability approaches appear to be authoritative for different factual situations, and because the plaintiffs put forward arguments based on the Fairford Band's reasonable expectations, I test the facts of the present case against both approaches to determine whether a fiduciary duty upon the Crown may have arisen under either. I conclude that no fiduciary duty arose under either approach.

4.A.3.j. Reasonable expectations approach

[53] In *Hodgkinson*, La Forest J. established that what was required to determine whether a fiduciary duty existed was a mutual understanding that one party had relinquished his own self-interest and had agreed to act solely on behalf of the other party. In the context of advisory opinions, La Forest J. found that when one party undertakes<sup>11</sup> to perform duties when elements such as trust, confidentiality, complexity and importance of the subject-matter are present, a fiduciary obligation may arise (page 410). More generally, however, he refers to a statute, agreement, particular course of conduct, or unilateral undertaking whereby one party gains a position of overriding power or influence over the other as giving rise to a fiduciary duty (at page 411).

La mention que le juge McLachlin a faite, dans l'arrêt *Blueberry*, au sujet de la cession d'un pouvoir est compatible avec les motifs qu'elle a prononcés (avec le juge Sopinka) dans l'arrêt *Hodgkinson*<sup>10</sup>. Il s'agit d'un indice qui n'est toutefois pas concluant, montrant que dans le contexte autochtone, la cession d'un pouvoir par une partie peut encore être nécessaire aux fins de la création d'une obligation fiduciaire.

4.A.3.i. Le cadre dans lequel il faut déterminer si des attentes raisonnables prennent naissance ou si un pouvoir a été cédé.

[52] Étant donné que tant l'approche fondée sur les attentes raisonnables que l'approche fondée sur la cession d'un pouvoir et la vulnérabilité semblent faire autorité dans des circonstances différentes, et puisque les demandeurs invoquent des arguments fondés sur les attentes raisonnables de la bande de Fairford, j'apprécierai les faits de la présente espèce par rapport aux deux approches en vue de déterminer si une obligation fiduciaire de la part de la Couronne a pu prendre naissance. Je conclus que ni dans un cas ni dans l'autre, une obligation fiduciaire n'a pris naissance.

4.A.3.j. L'approche fondée sur les attentes raisonnables

[53] Dans l'arrêt *Hodgkinson*, le juge La Forest a établi que, pour déterminer s'il existe une obligation fiduciaire, il faut que les parties aient mutuellement convenu que l'une d'elle renoncerait à agir dans son propre intérêt et accepterait d'agir seulement pour le compte de l'autre. Dans le contexte consultatif, le juge La Forest a conclu que lorsqu'une partie s'engage<sup>11</sup> à s'acquitter de certaines obligations comportant l'existence d'éléments comme la confiance, la confidentialité, ainsi que la complexité et l'importance du sujet, une obligation fiduciaire peut prendre naissance (page 410). Toutefois, le juge dit qu'en général, l'obligation fiduciaire résulte d'une loi, d'une entente, d'une conduite particulière ou d'un engagement unilatéral par lequel une partie acquiert une position de force ou d'influence écrasante sur une autre partie (à la page 411).

[54] In order to determine whether a fiduciary obligation arose with respect to the Crown's involvement with the Water Control Structure, it is necessary to determine whether by statute, agreement, particular course of conduct or unilateral undertaking, the Fairford Band and the Crown had a mutual understanding that the Crown would act on behalf of the Fairford Band such as to give rise to a reasonable expectation that the Crown would act in the Band's best interests to the exclusion of other interests.

[55] In the absence of surrender, subsection 18(1) of the *Indian Act* does not give rise to a fiduciary duty on the part of the Crown: *Guerin*. No other statutory provision was referred to by the plaintiffs in the context of the Crown's involvement with the Water Control Structure. The facts of this case do not demonstrate a contractual relationship between the Crown and the Fairford Band. Nor is there evidence of an undertaking on the part of the Crown to act in a fiduciary capacity on behalf of the Indians during the study, approval and financing stages of the Water Control Structure.

[56] I turn to course of conduct. The plaintiffs did not couch their argument by reference to La Forest J.'s reasonable expectations approach in *Hodgkinson*. However, they did refer to prior actions by Canada which they said justified the Band expecting Canada to take similar action with respect to the 1961 Water Control Structure. Specifically, the plaintiffs refer to Canada's approval of a 1934 water control structure on the Fairford River and Canada's concern at the time for the welfare of the Fairford Band.

[57] The plaintiffs rely on a series of undertakings provided by the Minister of Public Works for Manitoba to the Department of Public Works for Canada as conditions for Canada's approval of the construction of the 1934 water control structure. The undertakings provided by Manitoba to Canada upon which the plaintiffs rely were:

[54] Afin de déterminer si une obligation fiduciaire a pris naissance par suite de la participation de la Couronne à l'ouvrage de régularisation des eaux, il faut déterminer si, en vertu d'une loi, d'une entente, d'une conduite particulière ou d'un engagement unilatéral, la bande de Fairford et la Couronne avaient mutuellement convenu que la Couronne agirait pour le compte de la bande de façon à donner naissance à une attente raisonnable selon laquelle la Couronne agirait dans l'intérêt de la bande à l'exclusion d'autres intérêts.

[55] En l'absence d'une cession, le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* ne donne pas naissance à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne: *Guerin*. Aucune autre disposition législative n'a été citée par les demandeurs dans le contexte de la participation de la Couronne à l'ouvrage ici en cause. Les faits de la présente espèce ne démontrent pas l'existence d'un rapport contractuel entre la Couronne et la bande de Fairford. Rien ne montre non plus que la Couronne se soit engagée à agir à titre de fiduciaire pour le compte des Indiens pendant que l'ouvrage était aux stades de l'étude, de l'approbation et du financement.

[56] J'examinerai maintenant la question de la conduite. Les demandeurs n'ont pas formulé leur plaidoyer en se référant à l'approche relative aux attentes raisonnables que le juge La Forest a énoncée dans l'arrêt *Hodgkinson*. Toutefois, ils ont mentionné des mesures antérieures prises par le Canada, lesquelles, selon eux, permettaient à juste titre à la bande de s'attendre à ce que le Canada prenne des mesures similaires à l'égard de l'ouvrage de régularisation des eaux de 1961. Plus précisément, les demandeurs disent qu'en 1934, le Canada a approuvé un projet de construction d'un ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford et qu'à ce moment-là, il s'était préoccupé du bien-être de la bande de Fairford.

[57] Les demandeurs se fondent sur une série d'engagements que le ministre des Travaux publics du Manitoba avait pris, en 1934, envers le ministère des Travaux publics du Canada à titre de conditions de l'approbation par le Canada de la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux, et en particulier sur les engagements suivants:

1.—The Minister hereby agrees that in any question which may arise from the approval of the application the settlement thereof shall be governed by full recognition of the dominant interest of navigation and the necessity of reserving therefor all or any requisite part of the natural flow of the Fairford River.

...

9.—The Minister further agrees to indemnify and save harmless His Majesty in the right of the Dominion from all claims and demands of every kind arising from or by reason of the approval of the said works, the said approval in no way to be deemed to add or to take away from the proprietary rights of any riparian owner or lessee above or below the said works.

The plaintiffs claim that these undertakings amounted to guarantees, obtained by Canada from Manitoba, that the Fairford Band and its members' riparian rights and other interests with respect to the natural flow of the Fairford River would be protected from adverse consequences resulting from the construction and operation of the 1934 water control structure.

[58] The undertakings sought and obtained by Canada in respect of the 1934 water control structure were pursuant to section 4 of the *Navigable Waters' Protection Act*, R.S.C. 1927, c. 140, which required that construction of works on navigable waters such as the Fairford River be approved by the Governor in Council and be built, placed and maintained in accordance with regulations made or approved by the Governor in Council. Undertaking number 1 makes explicit reference to navigation. Undertaking number 9 is an indemnity provision protecting Canada from claims made against it. These undertakings from Manitoba to Canada are not relevant to the Band's interest and do not evidence mutual understanding between the Band and the Crown which could give rise to subsequent expectations by the Band.

[59] Plaintiffs' counsel also referred to a letter sent by the federal Indian Affairs Branch of the Depart-

[TRANSLATION]

1.—Le ministre convient par les présentes que s'il se pose une question par suite de l'approbation de la demande de règlement, il sera avant tout pleinement tenu compte des besoins, en ce qui concerne la navigation, et de la nécessité d'assurer aux fins de la navigation, dans la mesure nécessaire, l'écoulement naturel de la rivière Fairford.

[. . .]

9.—Le ministre s'engage en outre à indemniser Sa Majesté du chef du Canada de toute demande, de quelque nature qu'elle soit, découlant de l'approbation dudit projet; cette approbation n'est aucunement réputée ajouter ou enlever quoi que ce soit aux droits des propriétaires riverains ou des preneurs à bail en amont ou en aval des ouvrages.

Les demandeurs affirment que ces engagements équivalaient à des garanties que le Canada avait obtenues du Manitoba, selon lesquelles les droits de riverain et autres droits liés à l'écoulement naturel de la rivière Fairford que la bande de Fairford et ses membres possédaient seraient protégés contre les conséquences préjudiciables résultant de la construction et de l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux de 1934.

[58] Les engagements que le Canada avait demandés et obtenus, en 1934, à l'égard de l'ouvrage de régularisation des eaux étaient fondés sur l'article 4 de la *Loi de la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1927, ch. 140, qui exigeait que la construction d'ouvrages sur des eaux navigables telles que la rivière Fairford soit agréée par le gouverneur en conseil et que lesdits ouvrages soient construits, placés et entretenus en conformité avec les règlements pris ou agréés par le gouverneur en conseil. Le premier engagement fait expressément mention de la navigation. Le neuvième engagement est une clause d'indemnisation protégeant le Canada contre toute demande dont il fait l'objet. Ces engagements que le Manitoba avait pris envers le Canada n'ont rien à voir avec les droits de la bande et ne montrent pas l'existence entre la bande et la Couronne d'une entente mutuelle susceptible de donner lieu à des attentes subséquentes de la part de la bande.

[59] L'avocat des demandeurs a également cité une lettre que la Division des affaires indiennes du minist-



ment of Citizenship and Immigration to the Manitoba Department of Mines and Natural Resources dated November 10, 1933 seeking compensation if the dam was operated in such manner as to interfere with the fish supply in Lake St. Martin. There is no reply to this request in the evidence and no reference to protecting fish supply in the undertakings given by Manitoba to Canada. Nor is there evidence that the Fairford Band knew of the November 10, 1933 letter either in 1933 or in the 1950s when the Water Control Structure was being considered by Canada. It is therefore difficult to construe this letter as a course of conduct that could give rise to reasonable expectations by the Fairford Band that Canada would protect its interest when Canada approved and committed financing to the 1961 Water Control Structure.

[60] Nonetheless, the plaintiffs have made much of the paternalistic relationship between the Crown and Indians and the reliance which the Indians have had on the government. While there is evidence that the Indians trusted and communicated with the Indian Affairs Branch, it cannot be said that in performing its duties under the *Indian Act*, the Crown demonstrated a course of conduct which gave rise to reasonable expectations on the part of the Fairford Band that the Crown would, to the exclusion of other interests, act in the best interests of the Band with respect to the Water Control Structure, i.e. in a fiduciary capacity.

[61] In *Guerin*, Dickson J. points out the distinction, for fiduciary duty purposes, between private law and public law duties. At page 385:

It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. As the “political trust” cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function.

tère fédéral de la Citoyenneté et de l’Immigration avait envoyée au ministère des Mines et Ressources naturelles du Manitoba le 10 novembre 1933, dans laquelle il était mentionné qu’une indemnité serait demandée si le barrage était exploité de façon à nuire aux ressources halieutiques du lac St-Martin. Aucune réponse n’a été produite en preuve et, dans les engagements que le Manitoba a pris envers le Canada, il n’est pas fait mention de la protection des ressources halieutiques. Il n’est pas établi non plus qu’en 1933 ou dans les années 1950, lorsque le Canada étudiait le projet de construction de l’ouvrage de régularisation des eaux, la bande de Fairford était au courant de l’existence de la lettre du 10 novembre 1933. Il est donc difficile d’interpréter cette lettre comme constituant une conduite susceptible de donner lieu à des attentes raisonnables de la part de la bande de Fairford, selon lesquelles le Canada protégerait ses droits lorsqu’il approuverait et financerait le projet de 1961.

[60] Néanmoins, les demandeurs ont fait grand cas du rapport paternaliste existant entre la Couronne et les Indiens et du fait que les Indiens se fiaient au gouvernement. Selon certains éléments de preuve, les Indiens faisaient confiance à la Division des affaires indiennes et communiquaient avec elle, mais on ne saurait dire qu’en s’acquittant des obligations qui lui incombaient en vertu de la *Loi sur les Indiens*, la Couronne s’est conduite de façon à susciter chez la bande de Fairford, des attentes raisonnables selon lesquelles elle agirait dans l’intérêt de la bande à l’exclusion des autres intérêts, à l’égard de l’ouvrage de régularisation des eaux, c’est-à-dire qu’elle agirait à titre de fiduciaire.

[61] Dans l’arrêt *Guerin*, le juge Dickson signale la distinction, aux fins de l’obligation fiduciaire, entre les obligations de droit privé et les obligations de droit public. À la page 385, il a fait la remarque suivante:

Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n’existe d’obligations de fiduciaire que dans le cas d’obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l’acquittement nécessite l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. Comme il se dégage d’ailleurs des décisions portant sur les «fiducies politiques», on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives.

[62] Dickson J. finds, that in dealing with Indian land upon surrender, the Crown assumes a fiduciary obligation. However, that is because of the Indians' "independent legal interest" in their land that predates any "executive order or legislative provision." (*Guerin, supra*, at page 379). It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. As a result, he says [at page 385] the duty is "in the nature of a private law duty".

[63] By contrast, duties that arise from legislative or executive action are public law duties. Such duties, as Dickson J. has said, typically do not give rise to a fiduciary relationship. Actions taken by the Indian Affairs Branch at the relevant time arose under and by reason of the *Indian Act* and section 5 of the *Department of Citizenship and Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 67. The *Indian Act* is replete with references to government involvement in virtually every aspect of the administration of Indian interests and the welfare of Indians. Section 5 of the *Department of Citizenship and Immigration Act* provided that the "duties, powers and functions of the Minister extend to and include all matters over which the Parliament of Canada has jurisdiction, relating to . . . Indian Affairs . . . and not by law assigned to any other Department of the Government of Canada". There is no doubt that under these Acts, the Crown, through its Indian Affairs Branch, and later, its Department of Indian Affairs and Northern Development, over many years was active in its dealings with the Fairford Band. However, the actions taken by the Indian Affairs Branch arose under and by reason of the *Indian Act* and the *Department of Citizenship and Immigration Act* and were public law duties. There is no indication they would be in the nature of private law duties such as when Indian land is surrendered. Nor is there any suggestion the Crown was exercising a discretion or power for or on behalf of the Indians. For these reasons, course of conduct by the Crown in its dealings with and for Indians under these Acts generally, may not be relied upon as a basis for the creation of a fiduciary duty upon the Crown and, in particular, with respect to its involvement with the Water Control Structure in this case.

[62] Le juge Dickson conclut qu'en s'occupant des terres indiennes qui ont été cédées, la Couronne assume une obligation fiduciaire. Toutefois, c'est à cause du «droit qui a une existence juridique indépendante» des Indiens sur leurs terres, lequel «existait avant toute disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif» (*Guerin*, précité, à la page 379). Ce droit ne doit son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. Le juge dit [à la page 385] que l'obligation est donc «de la nature d'une obligation de droit privé».

[63] Par contre, les obligations qui découlent d'une mesure prise par le pouvoir législatif ou par le pouvoir exécutif sont des obligations de droit public. Pareilles obligations, comme l'a dit le juge Dickson, ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. Les mesures prises par la Division des affaires indiennes au moment pertinent l'ont été en vertu et à cause de la *Loi sur les Indiens* et de l'article 5 de la *Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration*, S.R.C. 1952, ch. 67. La *Loi sur les Indiens* renferme de nombreuses dispositions prévoyant la participation gouvernementale, et ce, à presque tous les égards, en ce qui concerne l'administration des affaires indiennes et le bien-être des Indiens. L'article 5 de la *Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration* prévoyait que les «devoirs, pouvoirs et fonctions du Ministre s'étendent à toutes matières de la compétence du Parlement du Canada concernant [. . .] les affaires indiennes [. . .], mais non assignées par la loi à un autre département du gouvernement du Canada, et embrassent lesdites matières». Il est certain qu'en vertu de ces lois, la Couronne, par l'entremise de la Division des affaires indiennes, et par la suite, du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, a traité activement pendant de nombreuses années avec la bande de Fairford. Toutefois, les mesures prises par la Division des affaires indiennes l'ont été en vertu et à cause de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration*; il s'agissait d'obligations de droit public. Rien ne montre qu'il s'agirait d'obligations de droit privé telles que celles qui existent lorsque des terres indiennes sont cédées. On ne laisse pas non plus entendre que la Couronne a exercé un pouvoir discrétionnaire pour le compte des Indiens. C'est pourquoi la conduite de la

Couronne, lorsqu'elle traitait avec les Indiens et au nom des Indiens en vertu de ces lois généralement, ne peut pas servir de fondement à la création d'une obligation fiduciaire, en particulier à l'égard de sa participation au projet en cause.

#### 4.A.3.k. Ceding of Power—Vulnerability Approach

[64] I turn to the question of whether power over “any matter” was ceded by the Fairford Band to the Crown with respect to the Water Control Structure such that the Band was left “vulnerable” or at the “mercy of the Crown’s discretion”. The facts do not disclose ceding of any authority or power over any matter. Again, it is necessary to look for the existence of any relevant statute, contract or unilateral undertaking.<sup>12</sup> There is simply no evidence of any statute, contract or unilateral undertaking leading to a ceding of the Band’s power over any matter to the Crown. Indeed, there was no communication between the Crown and the Band at the time the Crown was studying, approving and financing the Water Control Structure. The type of vulnerability contemplated by *Lac Minerals* and *Blueberry*, is not present here.

##### 4.A.3.l. Conclusion

[65] For these reasons, I conclude that, whether under the reasonable expectations approach or the ceding of power-vulnerability approach, the Crown was not a fiduciary with respect to its involvement in the study, approval or financing of the Water Control Structure.

[66] That is not to say that the Fairford Band is without recourse or that, generally speaking, where a government’s action interferes with the use and benefit of a reserve by an Indian band, a responsible government would not address questions of compensation. Subsection 31(3) of the *Indian Act* preserves for an Indian or Indian band the opportunity to bring an action against anyone interfering with their rights. See

#### 4.A.3.k. L’approche fondée sur la cession d’un pouvoir et la vulnérabilité

[64] J’examinerai maintenant la question de savoir si la bande de Fairford a cédé à la Couronne, à l’égard de l’ouvrage de régularisation des eaux, un pouvoir «sur une question» de sorte que la bande est devenue «vulnérable» ou qu’elle était «à la merci du pouvoir discrétionnaire de la Couronne». Les faits ne montrent pas qu’un pouvoir a été cédé sur une question. Ici encore, il faut déterminer s’il existe une loi, un contrat ou un engagement unilatéral pertinent<sup>12</sup>. Il n’existe tout simplement aucun élément de preuve tendant à montrer l’existence d’une loi, d’un contrat ou d’un engagement unilatéral en vertu duquel la bande a cédé à la Couronne un pouvoir sur une question. De fait, la Couronne et la bande n’ont pas communiqué entre elles au moment où la Couronne étudiait, approuvait et finançait le projet de construction de l’ouvrage de régularisation des eaux. Le genre de vulnérabilité envisagé par les arrêts *Lac Minerals* et *Blueberry* n’existe pas dans ce cas-ci.

##### 4.A.3.l. Conclusion

[65] Pour ces motifs, je conclus que, tant en vertu de l’approche fondée sur les attentes raisonnables que de l’approche relative à la cession d’un pouvoir et à la vulnérabilité, la Couronne n’agissait pas à titre de fiduciaire pour ce qui est de sa participation à l’étude, à l’approbation ou au financement de l’ouvrage de régularisation des eaux.

[66] Cela ne veut pas dire que la bande de Fairford n’a aucun recours ou qu’en général, si une mesure gouvernementale gêne l’utilisation d’une réserve par une bande indienne, un gouvernement responsable ne s’occuperait pas de la question de l’indemnisation. Le paragraphe 31(3) de la *Loi sur les Indiens* prévoit la possibilité pour un Indien ou une bande indienne d’intenter une action contre toute personne qui porte

*Custer v. Hudson's Bay Co. Dev. Ltd.*, [1983] 1 W.W.R. 566 (Sask. C.A.). Section 31 states in part:

31. (1) Without prejudice to section 30, where an Indian or a band alleges that persons other than Indians are or have been

- (a) unlawfully in occupation or possession of,
- (b) claiming adversely the right to occupation or possession of, or
- (c) trespassing on

a reserve or part of a reserve, the Attorney General of Canada may exhibit an information in the Federal Court claiming, on behalf of the Indian or band, the relief or remedy sought.

...

(3) Nothing in this section shall be construed to impair, abridge or otherwise affect any right or remedy that, but for this section, would be available to Her Majesty or to an Indian or a band.

Except where the *Indian Act* imposes restrictions, Indians may sue for negligence, trespass, or I think, any other interference with their interest in their land or any other rights recognized by statute, common law or, indeed, the Constitution. It is this statutory acknowledgment that indicates the Indians are not, in the absence of surrender, vulnerable, at the mercy of the Crown's discretion<sup>13</sup> or without rights and remedies so that it is necessary for them to resort to fiduciary duty as a cause of action. In *Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 3 F.C. 3 (T.D.), (reversed on appeal in [*sub nom.*] *Blueberry, supra*) Addy J. expressed this view in the following words. Nothing in the appeal decisions detract from his statement. At pages 46-47 he stated:

The *Indian Act* does impose certain restrictions on the actions and on the rights of status Indians. Except insofar as those specific restrictions might prevent them from acting

atteinte à ses droits. Voir *Custer v. Hudson's Bay Co. Dev. Ltd.*, [1983] 1 W.W.R. 566 (C.A. Sask.). L'article 31 prévoit notamment ce qui suit:

31. (1) Sans préjudice de l'article 30, lorsqu'un Indien ou une bande prétend que des personnes autres que des Indiens, selon le cas:

- a) occupent ou possèdent illégalement, ou ont occupé ou possédé illégalement, une réserve ou une partie de réserve;
- b) réclament ou ont réclamé sous forme d'opposition le droit d'occuper ou de posséder une réserve ou une partie de réserve;
- c) pénètrent ou ont pénétré, sans droit ni autorisation, dans une réserve ou une partie de réserve,

le procureur général du Canada peut produire à la Cour fédérale une dénonciation réclamant, au nom de l'Indien ou de la bande, les mesures de redressement désirées.

[. . .]

(3) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou recours que, en son absence, Sa Majesté, un Indien ou une bande pourrait exercer.

Sauf dans les cas où la *Loi sur les Indiens* impose des restrictions, les Indiens peuvent engager des poursuites pour négligence, violation du droit de propriété ou, à mon avis, dans tous les autres cas où il est porté atteinte aux droits qu'ils ont sur leurs terres ou à tout autre droit qui leur est reconnu par la loi, par la common law ou de fait par la Constitution. C'est cette reconnaissance législative qui montre qu'en l'absence d'une cession, les Indiens ne sont pas vulnérables ou qu'ils ne sont pas à la merci du pouvoir discrétionnaire de la Couronne<sup>13</sup>, ou encore qu'ils ne sont pas sans droits et sans recours, de sorte qu'ils doivent se fonder sur l'obligation fiduciaire comme cause d'action. Dans la décision *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.), (infirmer en appel dans [*sub nom.*] *Blueberry, supra*) le juge Addy s'est exprimé comme suit et rien dans les décisions rendues en appel ne diminue le bien-fondé de sa déclaration. Aux pages 46 et 47, voici ce que le juge a dit:

La *Loi sur les Indiens* apporte certaines restrictions aux actes et aux droits des Indiens inscrits. Sauf dans la mesure où ces restrictions particulières pourraient les empêcher

freely, the Indians are not to be treated at law somehow as if they were not *sui juris* such as infants or persons incapable of managing their own affairs, which would cause some legally enforceable fiduciary duty to arise on the part of the Crown to protect them or to take action on their behalf. They are fully entitled to avail themselves of federal and provincial laws and of our judicial system as a whole to enforce their rights, as they are indeed doing in the case at bar.

[67] Finally, to find a fiduciary duty with respect to Canada's involvement with the Water Control Structure, would, I think, place a far broader scope on the obligation of the Crown than implied by subsection 18(1) or the relevant fiduciary duty and Aboriginal jurisprudence. It would place the government in a conflict between its responsibility to act in the public interest and its fiduciary duty of loyalty to the Indian band to the exclusion of other interests. In the absence of legislative or constitutional provisions to the contrary, the law of fiduciary duties, in the Aboriginal context, cannot be interpreted to place the Crown in the untenable position of having to forego its public law duties when such duties conflict with Indian interests.

[68] Having said this, as will be subsequently described, Canada clearly had regard for the interests of the Fairford Band with respect to the Water Control Structure. However, it did not do so pursuant to any fiduciary obligation but rather, in the performance of its public law functions under the *Indian Act* and the *Department of Citizenship and Immigration Act*.

[69] No other cause of action against Canada than breach of fiduciary duty was pleaded or argued in this case. Therefore, whether by reason of its involvement in the study, approval or financing of the Water Control Structure, Canada could be found liable in trespass, nuisance, negligence or any other cause of action was not before me. Nor, of course, was any action against Manitoba or any other person. I can only reiterate that merely because the plaintiffs do not

d'agir librement, les Indiens ne doivent pas être légalement traités comme s'ils étaient incapables d'exercer pleinement leurs droits, comme le sont les mineurs ou les personnes incapables de s'occuper de leurs affaires, ce qui créerait pour la Couronne une obligation fiduciaire, exécutoire en justice, de les protéger ou d'intenter des actions en leur nom. Ils sont pleinement habilités à recourir aux lois fédérales et provinciales ainsi qu'à notre système judiciaire pour faire valoir leurs droits, comme ils le font d'ailleurs en l'espèce.

[67] Enfin, conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire pour ce qui est de la participation du Canada à l'ouvrage de régularisation des eaux serait à mon avis attribuer à l'obligation de la Couronne une portée beaucoup plus étendue que celle qui est implicitement visée par le paragraphe 18(1), ou encore par l'obligation fiduciaire pertinente ou par la jurisprudence concernant les autochtones. On placerait ainsi le gouvernement dans une situation où il y aurait conflit entre la responsabilité qui lui incombe d'agir dans l'intérêt public et l'obligation fiduciaire de loyauté qu'il a envers la bande indienne à l'exclusion des autres intérêts. En l'absence de dispositions législatives ou constitutionnelles contraires, le droit des obligations fiduciaires, dans le contexte autochtone, ne peut pas être interprété comme plaçant la Couronne dans la situation impossible d'avoir à renoncer à ses obligations de droit public lorsque pareilles obligations sont contraires aux intérêts des Indiens.

[68] Cela dit, comme je l'expliquerai ci-dessous, le Canada a clairement tenu compte des intérêts de la bande de Fairford à l'égard de l'ouvrage de régularisation des eaux. Toutefois, il ne l'a pas fait en vertu d'une obligation fiduciaire, mais plutôt dans l'exercice de ses fonctions de droit public, en vertu de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration*.

[69] Aucune autre cause d'action contre le Canada, à part la violation d'une obligation fiduciaire, n'a été plaidée ou débattue en l'espèce. Par conséquent, je n'étais pas saisi de la question de savoir si, en raison de sa participation à l'étude, ou encore de l'approbation ou du financement de l'ouvrage ici en cause, le Canada pourrait être tenu responsable de violation du droit de propriété, de nuisance ou de négligence ou d'une autre cause d'action et, bien sûr, je n'étais pas

have a valid action against Canada for breach of fiduciary duty with respect to its involvement with the Water Control Structure are they necessarily without recourse.<sup>14</sup>

saisi non plus d'une action contre le Manitoba ou contre une autre personne. Je puis uniquement répéter que l'absence d'une cause d'action fondée contre le Canada en raison de la violation d'une obligation fiduciaire découlant de la participation de celui-ci à l'ouvrage en question ne veut pas nécessairement dire que les demandeurs ne disposent d'aucun recours<sup>14</sup>.

Editor's Note (replacing  
paras. 70-100)

*That portion of the decision refers to the Crown's participation in the Lakes Winnipeg and Manitoba Board which issued a report in June 1958. The report considered the impact of the Water Control Structure on downstream interests and concluded that high water levels would be slightly reduced and low water levels could be controlled by adjustment to the Lake Manitoba operation rule. As to the Crown's consultation with the Fairford Band with respect to the construction of the dam, it was found as a fact that the Crown had no fiduciary duty by reason of its involvement in the study, approval and financing of the dam, and that even absent such duty, it had considerable regard for the interests of the Band either specifically or in conjunction with all downstream interests. But there was a duty to consult the Fairford Band regarding use of their reserve land for the construction of a coffer dam. In that respect, His Lordship found that the Indian Affairs Branch has consulted the Fairford Band Council and has neither misrepresented any fact nor withheld any information.*

Note de l'arrêviste (remplaçant  
les par. 70 à 100)

*Cette partie de la décision se rapporte à la participation de la Couronne aux travaux de la Commission des lacs Winnipeg et Manitoba, qui avait publié un rapport en juin 1958. Le rapport traitait de l'impact de l'ouvrage de régularisation des eaux sur les intérêts des tiers en aval; il était conclu que le niveau des hautes eaux diminuerait légèrement et qu'il était possible de régulariser le niveau des basses eaux en modifiant la règle d'exploitation du lac Manitoba. Quant à la question de la consultation de la bande de Fairford au sujet de la construction du barrage, il a été conclu que la Couronne n'avait pas d'obligation fiduciaire découlant de sa participation à l'étude, à l'approbation et au financement du barrage et que même en l'absence de pareille obligation, elle avait fortement tenu compte des intérêts de la bande, que ce soit isolément ou avec les intérêts des tiers en aval. Cependant, il existait une obligation de consulter la bande de Fairford au sujet de l'utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction d'un batardeau. À cet égard, le juge a conclu que la Division des affaires indiennes avait consulté le conseil de la bande de Fairford et qu'elle n'avait pas présenté les faits de manière inexacte ou qu'elle n'avait pas omis de divulguer certains renseignements.*

[101] With respect to the use of Reserve land for the coffer dam, the plaintiffs say that it was the consent of a majority of electors of the Band as opposed to a majority of the members of the Band Council that was required. The October 18, 1960 meeting was a meeting of both the Band and the Band Council. In addition to the Band Council, approximately forty-five other Band members attended. It would thus appear

[101] En ce qui concerne l'utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction du batardeau, les demandeurs disent qu'il fallait obtenir le consentement de la majorité des électeurs de la bande plutôt que celui de la majorité des conseillers de la bande. La réunion du 18 octobre 1960 était à la fois une réunion de la bande et du conseil de la bande. En plus des conseillers, environ 45 autres membres de la bande y

that the Band members present were aware of and agreed to the use of Reserve land for purposes of the coffer dam. Nonetheless, the minutes of the meeting are not explicit on this point and I do not have evidence as to whether the number of Band members present constituted “a majority of electors of the band”. Therefore, it is necessary to deal with the issue as if only the Band Council and not a majority of electors of the Band agreed to the use of Reserve land for the purpose of the coffer dam.

[102] It appears Canada thought it was proceeding under subsection 18(2) of the *Indian Act* and that what was required was a Band Council resolution and not a vote of the electors of the Band. In his November 21, 1960 letter to Mr. Leslie, Mr. Jones states:

The Band Council having approved the application, you may inform the Water Control and Conservation Branch that permission to enter on the Reserve and construct the temporary works is given pursuant to Section 18(2) of the *Indian Act*, subject to the Branch’s undertaking to observe conditions imposed by the Band Council.

[103] Subsection 18(2) provides:

18. . . .

(2) The Minister may authorize the use of lands in a reserve for the purpose of Indian schools, the administration of Indian affairs, Indian burial grounds, Indian health projects or, with the consent of the council of the band, for any other purpose for the general welfare of the band, and may take any lands in a reserve required for such purposes, but where an individual Indian, immediately prior to the taking, was entitled to the possession of those lands, compensation for that use shall be paid to the Indian, in such amount as may be agreed between the Indian and the Minister, or, failing agreement, as may be determined in such manner as the Minister may direct.

[104] Notwithstanding that Mr. Jones referred to subsection 18(2) in his letter, I think that must have been an error as his actions were consistent with

assistaient. Il semblerait donc que les membres de la bande qui étaient présents aient su que les terres de la réserve devaient être utilisées aux fins de la construction du batardeau et qu’ils aient convenu de pareille utilisation. Néanmoins, le procès-verbal de la réunion n’est pas explicite sur ce point et je ne dispose d’aucun élément de preuve au sujet de la question de savoir si les membres de la bande qui étaient présents constituaient «une majorité des électeurs de la bande». Il faut donc examiner la question comme si c’était uniquement le conseil de la bande plutôt que la majorité des électeurs de la bande qui avait convenu de l’utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction du batardeau.

[102] Il appert que le Canada pensait qu’il agissait en vertu du paragraphe 18(2) de la *Loi sur les Indiens* et qu’il fallait obtenir une résolution du conseil de la bande plutôt qu’un vote des électeurs de la bande. Dans la lettre du 21 novembre 1960 qu’il a envoyée à M. Leslie, M. Jones dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Le conseil de la bande ayant approuvé la demande, vous pouvez informer la Direction de la régularisation et de la conservation des eaux que l’autorisation de pénétrer dans la réserve et de construire les ouvrages temporaires est accordée conformément au paragraphe 18(2) de la *Loi sur les Indiens*, à condition que la Direction s’engage à observer les conditions imposées par le conseil de la bande.

[103] Le paragraphe 18(2) prévoit ce qui suit:

18. [. . .]

(2) Le ministre peut autoriser l’utilisation de terres dans une réserve aux fins des écoles indiennes, de l’administration d’affaires indiennes, de cimetières indiens, de projets relatifs à la santé des Indiens, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour tout autre objet concernant le bien-être général de la bande, et il peut prendre toutes terres dans une réserve, nécessaires à ces fins, mais lorsque, immédiatement avant cette prise, un Indien particulier avait droit à la possession de ces terres, il doit être versé à cet Indien, pour un semblable usage, une indemnité d’un montant dont peuvent convenir l’Indien et le ministre, ou, à défaut d’accord, qui peut être fixé de la manière que détermine ce dernier.

[104] Dans sa lettre, M. Jones mentionnait le paragraphe 18(2), mais je crois qu’il doit avoir commis une erreur étant donné que les mesures qu’il a prises

subsection 28(2). Subsection 28(2) provides:

28. . . .

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

[105] Subsection 18(2) appears to authorize the use of reserve lands for purposes of the band. This can be seen by the types of uses authorized—Indian schools, administration of Indian affairs, Indian burial grounds, Indian health projects. Application of the *ejusdem generis* rule suggests that “any other purpose for the general welfare of the band” would be a purpose such as schools, administration, cemeteries, etc. It would not be a disposition, even temporary, to a non-member of the band.

[106] It is section 28 that deals with occupancy or use of the reserve by persons other than members of the band. Subsection 28(2) provides that the Minister may authorize a person who is not a member of the band to use or occupy the reserve. That, I think, was the situation with respect to the use of the Reserve for purposes of the coffer dam by Manitoba and Mr. Jones’ letter should have referred to subsection 28(2) rather than subsection 18(2).<sup>15</sup>

[107] While the Band Council Resolution does not refer to any specific time period for use of the Reserve for the coffer dam, it clearly refers to the land being necessary for “the purpose of constructing a coffer dam” and states, “all materials deposited on the reserve will be removed and the site left in the same, or better than its original, condition”. The correspondence at the time refers to the coffer dam being removed on completion of construction of the Water Control Structure. The use of the Reserve for the coffer dam was clearly for a short, temporary period.

étaient plutôt conformes au paragraphe 28(2) qui est ainsi libellé:

28. [. . .]

(2) Le ministre peut, au moyen d’un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période maximale d’un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

[105] Il appert que le paragraphe 18(2) autorise l’utilisation des terres de la réserve aux fins de la bande. Les genres d’utilisations autorisées permettent de le constater—écoles indiennes, administration d’affaires indiennes, cimetières indiens, projets relatifs à la santé des Indiens. Par application de la règle *ejusdem generis*, l’expression «pour tout autre projet concernant le bien-être général des Indiens», laisserait entendre une fin telle que les écoles, l’administration, les cimetières, etc. Il ne s’agirait pas d’une aliénation, même temporaire, en faveur d’une personne qui n’est pas membre de la bande.

[106] C’est l’article 28 qui traite de l’occupation ou de l’utilisation de la réserve par des personnes autres que des membres de la bande. Le paragraphe 28(2) prévoit que le ministre peut autoriser une personne qui n’est pas membre de la bande à utiliser ou à occuper la réserve. Telle était à mon avis la situation en ce qui concerne l’utilisation de la réserve aux fins de la construction du batardeau par le Manitoba; dans sa lettre, M. Jones aurait donc dû mentionner le paragraphe 28(2) plutôt que le paragraphe 18(2).<sup>15</sup>

[107] La résolution du conseil de la bande ne précise pas la période pendant laquelle la réserve peut être utilisée aux fins de la construction du batardeau, mais elle dit clairement que les terres sont nécessaires «aux fins de la construction du batardeau» et que «tous les matériaux déposés sur les terres de la réserve [seront] enlevés et l’emplacement remis dans le même état ou dans un meilleur état qu’initialement». Les lettres qui ont été échangées à ce moment-là mentionnent que le batardeau sera enlevé une fois les travaux de construction de l’ouvrage de régularisation des eaux achevés. De toute évidence, la réserve ne devait être utilisée pour le batardeau que pendant une brève période et d’une façon temporaire.



[108] The plaintiffs were not precise as to which provision of the *Indian Act* they thought was applicable with respect to the approval required for use of Reserve land for the coffer dam. However, it would appear that by plaintiffs' counsel's reference to *Guerin et al. v. The Queen et al.*, *supra*, the plaintiffs consider the use of the Reserve land for the coffer dam as a form of surrender under subsection 37(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 2] of the *Indian Act*. Subsection 37(1) provides:

37. (1) Lands in a reserve shall not be sold nor title to them conveyed until they have been absolutely surrendered to Her Majesty pursuant to subsection 38(1) by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

[109] There is no doubt that a surrender requires the assent of a majority of the electors of the band. Paragraph 39(1)(b) [as am. *idem*, s. 3] of the *Indian Act* provides:

39. (1) An absolute surrender or designation is void unless

. . .

(b) it is assented to by a majority of the electors of the band

(i) at a general meeting of the band called by the council of the band,

(ii) at a special meeting of the band called by the Minister for the purpose of considering a proposed absolute surrender or designation, or

(iii) by a referendum as provided in the regulations.

[110] Section 37, dealing with surrenders, and other provisions of the *Indian Act* dealing with temporary dispositions, overlap. See *Opetchesaht*, at pages 141-142. That subsection 28(2) refers to dispositions of a temporary nature is made clear in *Opetchesaht*, in which Major J. says, at page 145:

. . . under s. 28(2), lesser dispositions are contemplated and the interest transferred must be temporary.

[108] Les demandeurs ne précisent pas quelle disposition de la *Loi sur les Indiens* s'appliquait, selon eux, à l'égard de l'approbation nécessaire aux fins de l'utilisation des terres de la réserve pour le batardeau. Toutefois, compte tenu du fait que leur avocat a mentionné l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*, précité, les demandeurs semblaient estimer que l'utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction du batardeau était un genre de cession au sens du paragraphe 37(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2] de la *Loi sur les Indiens*, qui est ainsi libellé:

37. (1) Les terres dans une réserve ne peuvent être vendues ou aliénées que si elles sont cédées à titre absolu conformément au paragraphe 38(1) à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

[109] Il est certain qu'une cession exige l'assentiment de la majorité des électeurs de la bande. L'alinéa 39(1)(b) [mod., *idem*, art. 3] de la *Loi sur les Indiens* prévoit ceci:

39. (1) Une cession à titre absolu ou une désignation n'est valide que si les conditions suivantes sont réunies:

[. . .]

b) elle est sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande:

(i) soit à une assemblée générale de la bande convoquée par son conseil,

(ii) soit à une assemblée spéciale de la bande convoquée par le ministre en vue d'examiner une proposition de cession à titre absolu ou de désignation,

(iii) soit au moyen d'un référendum comme le prévoient les règlements;

[110] L'article 37, qui traite des cessions, et d'autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* traitant des aliénations temporaires, se chevauchent. Voir *Opetchesaht*, aux pages 141 et 142. L'arrêt *Opetchesaht* montre clairement que le paragraphe 28(2) traite des aliénations d'une nature temporaire; en effet, le juge Major fait la remarque suivante à la page 145:

[. . .] le par. 28(2) vise des dispositions moins importantes, et le droit transféré doit avoir un caractère temporaire.

The use of Reserve land for the coffer dam was a temporary use and not a permanent disposition. In *Opetchesaht*, Major J. held that such temporary use requires permission of the band council and not the band. He states at page 145:

In the case of sales, dispositions and long-term leases or alienations permanently disposing of any Indian interest in reserve land, surrender is required, involving the vote of all members of the band. On the other hand in the case of rights of use, occupation or residence for a period of longer than one year, only band council approval is required.

[111] As the evidence suggests that use of the Reserve by Manitoba for purposes of the coffer dam was not to be for a period exceeding one year, the Minister may have authorized such use without obtaining consent of the Band Council. However, as previously explained, there was consultation, and consent of the Band Council was obtained. I can see no breach of the *Indian Act* in that consent having been obtained. The Minister was not bound to act without consent of the Band Council under subsection 28(2), even if the temporary disposition was for less than one year. There was, therefore, no requirement under the *Indian Act* to treat use by Manitoba of the Reserve for the coffer dam as a surrender under section 37 and no necessity to obtain Band approval for such use. Canada acted in conformity with the *Indian Act* in permitting Manitoba to use the Reserve for the coffer dam and in obtaining a Band Council resolution authorizing such use.

Editor's Note (replacing  
paras. 112-141)

*This deleted portion covered a number of issues, namely the plaintiffs' argument that the typed version of the Band Council Resolution was not presented to a meeting of the Band Council, the compensation for use of Reserve land for purposes of the coffer dam and the effect of low*

L'utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction du batardeau était une utilisation temporaire et non une aliénation permanente. Dans l'arrêt *Opetchesaht*, le juge Major a statué que pareille utilisation temporaire exige l'autorisation du conseil de la bande plutôt que celui de la bande. Voici ce qu'il dit à la page 145:

En cas de vente, de disposition et de location à long terme ou autre aliénation permanente d'un droit des Indiens sur les terres de la réserve, il doit y avoir une cession nécessitant le vote de tous les membres de la bande. Cependant, dans le cas des droits d'utilisation, d'occupation ou de résidence pour une période de plus d'un an, seule l'approbation du conseil de la bande suffit.

[111] Étant donné que la preuve laisse entendre que le Manitoba ne devait pas utiliser la réserve aux fins de la construction du batardeau pendant plus d'un an, le ministre pouvait autoriser pareille utilisation sans obtenir le consentement du conseil de la bande. Toutefois, comme je l'ai déjà expliqué, il y a eu consultation, et le conseil de la bande a donné son consentement. Je ne puis constater l'existence d'aucune violation de la *Loi sur les Indiens* puisque le consentement a été obtenu. Le ministre n'était pas tenu d'agir en l'absence d'un consentement donné par le conseil en vertu du paragraphe 28(2), même s'il s'agissait d'une aliénation temporaire pour une période de moins d'un an. La *Loi sur les Indiens* n'exigeait donc pas que l'utilisation de la réserve par le Manitoba aux fins de la construction du batardeau soit considérée comme une cession en vertu de l'article 37 et il n'était pas nécessaire d'obtenir l'approbation de la bande à pareille fin. Le Canada a agi conformément à la *Loi sur les Indiens* en permettant au Manitoba d'utiliser la réserve aux fins de la construction du batardeau et en obtenant une résolution du conseil de la bande autorisant pareille utilisation.

Note de l'arrêtiiste (remplaçant  
les par. 112 à 141)

*Le passage qui a été omis se rapportait à un certain nombre de questions, soit l'argument des demandeurs selon lequel la version dactylographiée de la résolution du conseil de la bande n'avait pas été présentée à une assemblée du conseil de la bande, la question de l'indemnisa-*

*water in 1961. However, the main issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band in permitting construction of the south section of the dam on Fairford First Nation lands. There were discussions on what constitutes the Water Control Structure and whether a dyke which formed part of the Structure was in the Fairford River bed or on the Reserve. The conclusion was that an embankment, when it also served as a dyke, was not located on Reserve land but was within the bed of the Fairford River on land belonging to the Province of Manitoba. The allegation that the Crown permitted construction of the Water Control Structure on Fairford Reserve land was unfounded.*

*tion accordée à l'égard de l'utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction du batardeau ainsi que la question de l'effet des basses eaux en 1961. Toutefois, la principale question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en permettant la construction de la section sud du barrage sur les terres de la Première nation de Fairford. On a discuté de la composition de l'ouvrage de régularisation des eaux et de la question de savoir si une digue faisant partie de l'ouvrage était située sur le lit de la rivière Fairford ou dans la réserve. Il a été conclu que la levée, lorsqu'elle servait également de digue, n'était pas située sur les terres de la réserve, mais dans le lit de la rivière Fairford, sur des terres détenues par le Manitoba. L'allégation selon laquelle la Couronne avait permis la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux sur les terres de la réserve de Fairford n'était pas fondée.*

4.D. Did Canada breach its fiduciary duty by “failing to address the periodic flooding and related adverse impacts on the Fairford First Nation interests”?

4.D. Le Canada a-t-il violé son obligation fiduciaire en «omettant de remédier aux inondations périodiques et aux impacts négatifs connexes qui en découlaient pour les droits de la Première nation de Fairford»?

#### 4.D.1. Plaintiffs' position

[142] The plaintiffs argue that Canada failed to address the periodic flooding and related adverse impacts on the Fairford Band's interests from 1961 to the present day. They allege that their Aboriginal rights to fish, hunt and trap, as well as their interest in agricultural production, were negatively impacted by the operation of the Water Control Structure. They claim that although the Structure was operated by Manitoba and that Manitoba was the direct cause of the problems, Canada had a fiduciary duty to put a stop to the adverse effects being experienced by the Band and its members.

#### 4.D.1. Position des demandeurs

[142] Les demandeurs soutiennent que le Canada n'a pas remédié aux inondations périodiques et aux impacts négatifs connexes que les inondations ont eus sur les droits de la bande de Fairford de 1961 jusqu'à ce jour. Ils allèguent que leurs droits ancestraux, en ce qui concerne la pêche, la chasse et le piégeage, ainsi que leur droit à la production agricole, ont été touchés d'une façon négative par l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux. Ils allèguent que même si l'ouvrage était exploité par le Manitoba et même si le Manitoba avait directement causé les problèmes, le Canada avait l'obligation fiduciaire de mettre fin aux effets préjudiciables auxquels faisaient face la bande et ses membres.

#### 4.D.2. Facts

[143] The alleged infringement of the plaintiffs' fishing, hunting and trapping rights arose from the

#### 4.D.2. Les faits

[143] L'atteinte alléguée aux droits de pêche, de chasse et de piégeage des demandeurs découlait de

flooding of lands on which the plaintiffs hunted and trapped and from the impact of the operation of the Water Control Structure on water quality and fish stocks in the water bodies adjacent or nearby the Fairford Reserve. The negative impact on agricultural production arose from the flooding of hay lands.

[144] As early as 1961, the Fairford Band members experienced problems with fishing and trapping around Pineimuta Marsh. The flooding that began in 1963 had further negative impact on waterfowl and muskrat reproduction as well as commercial fishing. The severe flooding that was experienced in 1967 caused loss of hay production<sup>16</sup>.

[145] When water quality problems arose in 1961 and thereafter, Canada communicated with Manitoba to ask that the problems being suffered by the Fairford and other Indian bands be addressed. In 1964, representatives from the Indian Affairs Branch met with representatives of Manitoba and members of the Fairford Band and other bands to discuss a number of concerns relating to Indian fishermen. The subject of decreased fish stocks due to the reduced water level on Lake St. Martin was raised and arrangements were made to allow some fishermen on Lake St. Martin to fish on the Dauphin River. As well, representatives of the Indian Affairs Branch attended a public meeting on June 22, 1965, convened by the Province to acquaint Fairford-Lake St. Martin residents with the operation of the Water Control Structure. At that meeting a committee was established whose function would be to keep in touch with the Provincial Water Control and Conservation Branch concerning lake levels and to inform local residents of impending dam operations. Two members of the Fairford Band were appointed to the committee.

l'inondation des terres sur lesquelles ceux-ci se livraient à des activités de chasse et de piégeage ainsi que de l'impact qu'avait l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux sur la qualité de l'eau et sur la population halieutique des cours d'eau situés à côté ou à proximité de la réserve de Fairford. L'impact négatif sur la production agricole était attribuable à l'inondation des champs de foin.

[144] Dès 1961, les membres de la bande de Fairford ont fait face à certains problèmes en ce qui concerne la pêche et le piégeage aux environs du marais Pineimuta. Les inondations qui ont commencé en 1963 ont eu d'autres impacts négatifs sur la reproduction des oiseaux aquatiques et des rats musqués ainsi que sur la pêche commerciale. La grosse inondation qui a eu lieu en 1967 a occasionné la perte de la production de foin<sup>16</sup>.

[145] Lorsque des problèmes de qualité d'eau se sont posés en 1961 et par la suite, le Canada a communiqué avec le Manitoba pour lui demander de remédier aux problèmes auxquels faisaient face la bande de Fairford et les autres bandes indiennes. En 1964, les représentants de la Division des affaires indiennes ont rencontré les représentants du Manitoba ainsi que des membres de la bande de Fairford et d'autres bandes pour discuter d'un certain nombre de questions concernant les pêcheurs indiens. La question de la diminution de la population halieutique attribuable à la baisse du niveau des eaux du lac St-Martin a été soulevée et des dispositions ont été prises en vue de permettre à certains pêcheurs du lac St-Martin de pêcher sur la rivière Dauphin. De plus, des représentants de la Division des affaires indiennes ont assisté, le 22 juin 1965, à une assemblée publique que la province avait convoquée en vue de familiariser les résidents de Fairford et du lac St-Martin avec le fonctionnement de l'ouvrage de régularisation des eaux. On a alors créé un comité chargé de rester en contact avec la Direction provinciale de régularisation et de conservation des eaux, relativement aux niveaux du lac, et d'informer la population locale de toute mesure qui était sur le point d'être prise à l'égard du barrage. Deux membres de la bande de Fairford ont été nommés membres du comité.

[146] Once severe flooding took place in 1967 and 1968, there were direct negotiations between Manitoba and the Band, and Manitoba agreed to compensate the Band for hay losses. Once it became apparent that flooding would be periodic thereafter, there were negotiations between the Band and Manitoba respecting the transfer of land from Manitoba to the Fairford Reserve in compensation for the flooded land.

#### 4.D.3. Fiduciary Duty Analysis

[147] On the basis of *Guerin, supra*, and *Union of Nova Scotia Indians, supra*,<sup>17</sup> the plaintiffs claim that Canada's knowledge of the adverse impacts they were experiencing by the operation of the Water Control Structure, imposed a fiduciary duty upon Canada to alleviate and put a stop to such effects. The plaintiffs suggest that Canada had a duty to do "whatever was necessary" to protect the Band's interests from the effects of the Structure. This included a duty to recognize that the flooding on Reserve land gave rise to a cause of action in trespass and then to bring an action for trespass against Manitoba on behalf of the Fairford Indians.

[148] They also suggest Canada had a duty to exercise leverage under the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C. 1952, c. 193 (NWP) to control the way in which Manitoba operated the Water Control Structure.

##### 4.D.2.a. *Guerin, Union* and Other Bases for Fiduciary Duties

[149] I have earlier noted that the majority in *Guerin, supra*, found that a fiduciary obligation arose from the surrender of land by an Indian band to the Crown, imposing an obligation on the Crown to act in the band's best interests in dealing with that land. I also observed that in *Union*, what gave rise to an obligation on the government "not to permit adverse

[146] Lorsqu'il y a eu de grosses inondations en 1967 et en 1968, des négociations directes ont été tenues entre le Manitoba et la bande, et le Manitoba a accepté d'indemniser la bande à l'égard du foin perdu. Une fois qu'il est devenu évident que des inondations périodiques se produiraient à l'avenir, la bande et le Manitoba ont entamé des négociations au sujet du transfert de terres du Manitoba à la réserve de Fairford, lesquelles étaient destinées à remplacer les terres inondées.

#### 4.D.3. Analyse de l'obligation fiduciaire

[147] Compte tenu des arrêts *Guerin*, précité, et *Union of Nova Scotia Indians*, précité<sup>17</sup>, les demandeurs allèguent qu'étant donné qu'il était au courant des impacts négatifs auxquels ils faisaient face en raison de l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux, le Canada avait l'obligation fiduciaire d'atténuer ces effets et d'y mettre fin. Les demandeurs soutiennent que le Canada était tenu de faire [TRADUCTION] «ce qu'il fallait» pour protéger les droits de la bande contre ces effets préjudiciables, et qu'il était notamment tenu de reconnaître que l'inondation des terres de la réserve faisait naître une cause d'action fondée sur la violation du droit de propriété, puis qu'il était tenu d'intenter contre le Manitoba une action fondée sur pareille violation au nom des Indiens de Fairford.

[148] Les demandeurs soutiennent également que le Canada était tenu d'exercer son influence en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1952, ch. 193 (LPEN) pour contrôler la façon dont le Manitoba exploitait l'ouvrage de régularisation des eaux.

##### 4.D.2.a. Les arrêts *Guerin* et *Union* et les autres fondements de l'obligation fiduciaire

[149] J'ai déjà fait remarquer que dans l'arrêt *Guerin*, précité, la majorité des juges avaient conclu qu'une obligation fiduciaire prenait naissance si une bande indienne cédait des terres à la Couronne, de sorte que cette dernière était tenue d'agir dans l'intérêt de la bande lorsqu'elle s'occupait de ces terres. J'ai également fait remarquer que dans l'arrêt *Union*,

effects on continuing Aboriginal interests” was a requirement to consider any environmental effects of a project on Aboriginal interests as prescribed by subsection 2(1) of the CEEA. The duty arose from a particular statutory scheme. Neither *Guerin* nor *Union* prescribe a general fiduciary duty upon the Crown to Indians or Indian bands as proposed by the plaintiffs.

[150] As I found in section 4.A. above, a statute, agreement, particular course of conduct, or unilateral undertaking must be present which either gives rise to a reasonable expectation on the part of the Indians that the Crown would act in a fiduciary capacity or under which power over a matter was ceded by the Indians to the Crown such that the Indians were left vulnerable or at the mercy of the Crown’s discretion. The facts are to the contrary.

[151] The evidence indicates that Band members brought their complaints to the attention of Canada through its Indian Affairs Branch. There is also evidence that employees of the Indian Affairs Branch wrote to Manitoba informing them of the negative effects the Water Control Structure was having on the Reserve and other interests of the Band. Public meetings were held which members of the Fairford Band attended. Members of the Fairford Band were appointed to a liaison committee to keep Manitoba informed of lake levels and to inform local residents of impending dam operations. Later, negotiations commenced between the Fairford Band and Manitoba with respect to compensation for flooded lands. The evidence indicates that even though the Fairford Band brought many of its concerns to Indian Affairs, the Band was aware that it was Manitoba’s operation of the Structure which was causing its difficulties. There is no evidence, at the time these public meetings and negotiations were taking place, that the Band was relying on Canada to remedy the problems caused by the Water Control Structure.

l’obligation du gouvernement de «ne pas permettre que s’exercent des effets négatifs sur des droits autochtones permanents» découlait d’une exigence voulant que le gouvernement tienne compte de tout effet environnemental de la réalisation d’un projet sur les droits ancestraux comme il en est fait mention au paragraphe 2(1) de la LCEE. Cette obligation découlait d’un texte législatif particulier. Or, contrairement à ce que disent les demandeurs, ni l’arrêt *Guerin* ni l’arrêt *Union* n’imposent à la Couronne une obligation fiduciaire générale envers les Indiens ou les bandes indiennes.

[150] Comme je l’ai conclu ci-dessus, dans la section 4.A., il doit exister une loi, une entente, une conduite ou un engagement unilatéral qui donne lieu de la part des Indiens à une attente raisonnable selon laquelle la Couronne agirait à titre de fiduciaire ou qui permet aux Indiens de céder un pouvoir sur une question à la Couronne de sorte qu’ils sont vulnérables ou à la merci du pouvoir discrétionnaire de la Couronne. Or, les faits montrent le contraire.

[151] La preuve montre que les membres de la bande ont porté leurs plaintes à la connaissance du Canada par l’entremise de la Division des affaires indiennes. Elle montre également que des fonctionnaires de la Division des affaires indiennes ont écrit au Manitoba pour informer la province des effets négatifs que l’ouvrage de régularisation des eaux avait sur la réserve et sur les autres droits de la bande. On a tenu des assemblées publiques, auxquelles des membres de la bande de Fairford ont assisté. Des membres de la bande ont été nommés membres d’un comité de liaison chargé de tenir le Manitoba au courant des niveaux du lac et d’informer la population locale des mesures qui étaient sur le point d’être prises à l’égard du barrage. Par la suite, la bande de Fairford et le Manitoba ont entamé des négociations au sujet de l’octroi d’une indemnité à l’égard des terres inondées. La preuve montre que même si elle a fait part d’un grand nombre de ses préoccupations aux Affaires indiennes, la bande de Fairford savait que c’était l’exploitation de l’ouvrage par le Manitoba qui causait des problèmes. Rien ne montre qu’au moment où ces assemblées publiques et négociations ont eu lieu, la bande comptait sur le Canada pour remédier aux

[152] Furthermore, there is no evidence that Canada had any discretion or power to control the operation of the Water Control Structure. Canada's only direct involvement with the Water Control Structure was with respect to its study, approval and financing. Manitoba owned the Water Control Structure and operated it. The only power that Canada had would have been to bring an action for trespass (or perhaps some other type of action) against Manitoba. Although the plaintiffs argue that Canada should have commenced such an action on their behalf, subsection 31(3) of the *Indian Act* preserves the right of the band and/or its members to bring such an action themselves. The Band did not cede that power to Canada nor was there any mutual understanding between Canada and the Band giving rise to a reasonable expectation that such an action would be commenced by Canada.

[153] The Fairford Band was not in a vulnerable position *vis-à-vis* Canada with respect to third parties who trespassed on their land or otherwise interfered with their interests. While it might be said that the Indians were vulnerable and at the mercy of the effects of the operation of the Water Control Structure, they were not reliant on Canada to exercise discretion as to whether or not to protect their interests.

[154] As I have already determined, actions taken by the Indian Affairs Branch were in the performance of public law duties under the *Indian Act*. Such actions cannot be construed as a holding out or course of conduct giving rise to a fiduciary duty.

#### 4.D.2.b. *Navigable Waters Protection Act*

[155] In support of their argument under the NWPA, the plaintiffs rely on sections 4 and 5 of that Act which provide, in part:

problèmes causés par l'ouvrage de régularisation des eaux.

[152] En outre, rien ne montre que le Canada ait eu le pouvoir discrétionnaire de contrôler l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux. La seule participation directe du Canada à l'égard de l'ouvrage de régularisation des eaux se rapportait à l'étude qu'il avait effectuée, ainsi qu'à l'approbation et au financement du projet. C'était le Manitoba qui était propriétaire de l'ouvrage de régularisation des eaux et qui l'exploitait. Le Canada aurait uniquement eu le pouvoir d'intenter une action fondée sur la violation du droit de propriété (ou peut-être un autre genre d'action) contre le Manitoba. Les demandeurs soutiennent que le Canada aurait dû intenter pareille action en leur nom, mais le paragraphe 31(3) de la *Loi sur les Indiens* préserve le droit de la bande ou de ses membres d'intenter eux-mêmes pareille action. La bande n'a pas cédé ce pouvoir au Canada et il n'y avait pas d'entente mutuelle entre le Canada et la bande donnant lieu à une attente raisonnable permettant de croire que le Canada intenterait une telle action.

[153] La bande de Fairford n'était pas vulnérable face au Canada en ce qui concerne les tiers qui pénétraient, sans droit ni autorisation, dans leur réserve, ou qui portaient de quelque autre façon atteinte à leurs droits. Il serait possible de dire que les Indiens étaient vulnérables et qu'ils étaient à la merci des effets de l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux, mais ils ne comptaient pas sur le Canada pour exercer un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la protection de leurs droits.

[154] Comme je l'ai déjà conclu, les mesures que la Division des affaires indiennes a prises étaient conformes aux obligations de droit public prévues par la *Loi sur les Indiens*. Ces mesures ne peuvent pas être interprétées comme une promesse ou comme une conduite donnant naissance à une obligation fiduciaire.

#### 4.D.2.b. *Loi sur la protection des eaux navigables*

[155] À l'appui de l'argument fondé sur le LPEN, les demandeurs invoquent les articles 4 et 5 de la *Loi*, qui prévoient notamment ceci:

4. (1) No work shall be built or placed in, upon, over, under, through or across any navigable water unless the site thereof has been approved by the Governor in Council, nor unless such work is built, placed and maintained in accordance with plans and regulations approved or made by the Governor in Council.

...

5. (1) Any work to which this Part applies that is built or placed upon a site not approved by the Governor in Council, or is not built or placed in accordance with plans so approved, or, having been so built or placed, is not maintained in accordance with such plans and regulations, may be removed and destroyed under the authority of the Governor in Council by the Minister of Public Works, and the materials contained in the said work may be sold, given away or otherwise disposed of, and the costs of and incidental to the removal, destruction or disposition of such work, deducting therefrom any sum that may be realized by sale or otherwise, are recoverable with costs in the name of her Majesty from the owner.

[156] The plaintiffs assert that the Water Control Structure was never approved by the Governor in Council. They submit that because Canada had the authority to remove and destroy the Water Control Structure under section 5, Canada therefore had considerable leverage with which to compel Manitoba to operate the Water Control Structure in such a way as to eliminate, or at least minimize, harm to Fairford Indians and Reserve land, or to pay additional compensation to the Band.

[157] There are two problems with this argument. First, it is not clear from the evidence as to whether the Governor in Council ever approved the Water Control Structure pursuant to section 4.

[158] More importantly, the NWPA does not give Canada the kind of authority that the plaintiffs claim it does. It is not open to Canada, pursuant to section 5 of the Act, to use its authority to destroy the Water Control Structure as leverage to persuade Manitoba to operate the Structure in a way that would minimize harm to the Fairford Band and its members' interests, or to provide them with additional compensation. The NWPA concerns the navigability of waterways. The

4. (1) Aucun ouvrage ne doit être construit ou placé dans des eaux navigables, ni sur, sous ou à travers de telles eaux, ni au-dessus, à moins que l'emplacement n'en ait été agréé par le gouverneur en conseil, et que ledit ouvrage ne soit construit, placé et entretenu en conformité des plans et règlements approuvés ou établis par le gouverneur en conseil.

[. . .]

5. (1) Tout ouvrage visé par la présente Partie, qui a été construit ou placé sur un emplacement non approuvé par le gouverneur en conseil, ou qui n'a pas été construit ou placé conformément à des plans ainsi approuvés, ou qui, après avoir été ainsi construit ou placé, n'est pas entretenu conformément à de semblables plans et règlements, peut être enlevé et détruit sous l'autorité du gouverneur en conseil par le ministre des Travaux publics, et les matériaux contenus dans ledit ouvrage peuvent être vendus, donnés ou autrement aliénés, et les frais de l'enlèvement, de la destruction ou autre aliénation de cet ouvrage, et les frais y afférents, sont, après déduction de toute somme réalisée par vente ou autrement, recouvrables du propriétaire, avec dépens, au nom de Sa Majesté.

[156] Les demandeurs affirment que l'ouvrage de régularisation des eaux n'a jamais été agréé par le gouverneur en conseil. Ils soutiennent qu'étant donné que le Canada était autorisé à enlever et à détruire l'ouvrage de régularisation des eaux en vertu de l'article 5, il pouvait donc exercer des pressions considérables pour contraindre le Manitoba à exploiter l'ouvrage de régularisation des eaux de façon à éliminer, ou du moins à minimiser, le préjudice causé aux Indiens de Fairford et les dommages causés aux terres de la réserve, ou à verser une indemnité additionnelle à la bande.

[157] Cet argument soulève deux problèmes. En premier lieu, la preuve ne montre pas clairement si le gouverneur en conseil a agréé l'ouvrage de régularisation des eaux conformément à l'article 4.

[158] Fait encore plus important, la LPEN ne confère pas au Canada le genre de pouvoir que celui-ci aurait selon les demandeurs. Il n'est pas loisible au Canada, conformément à l'article 5 de la LPEN, d'exercer le pouvoir qu'il possède de détruire l'ouvrage de régularisation des eaux en vue de convaincre le Manitoba d'exploiter l'ouvrage de façon à minimiser le préjudice causé à la bande de Fairford et l'atteinte portée aux droits de ses membres, ou de leur



Governor in Council's authority to make regulations or orders is set out in section 10, which provides, in part:

10. (1) The Governor in Council may make such orders or regulations as he deems expedient for navigation purposes respecting any work to which this Part applies . . . [Underlining added.]

Sections 4 and 10 of the Act authorize the Governor in Council to make orders or regulations for the purpose of ensuring navigability of the water body concerned. They do not give Canada the general authority to exact concessions unrelated to the purposes of the Act on the threat of tearing the Structure down.

[159] As a result I must conclude that the plaintiffs' argument that Canada breached its fiduciary duty in failing to use the provisions of the NWPA as leverage to exact concessions from Manitoba respecting the flooding of the Fairford Reserve land is also untenable.

4.E. Did Canada breach its fiduciary duty to the Band "in the unconditional section 35 transfer of 23 acres of land 'for road purposes' in 1962 without: consulting the Band; prescribing terms and conditions in the transfer to ensure minimal infringement on the interests of the Fairford First Nation; and ensuring just compensation"?

#### 4.E.1. Facts

[160] In conjunction with the construction of the Water Control Structure, Provincial Trunk Highway No. 6 was diverted to use the top of the Water Control Structure as a bridge over the Fairford River. In using the Water Control Structure as a bridge, Manitoba realigned the highway through the Reserve to eliminate curves. In order to realign the highway, Manitoba required approximately 34 acres of Fairford Reserve land as highway right of way.

accorder une indemnité additionnelle. La LPEN se rapporte à la navigabilité des cours d'eau. Le pouvoir que possède le gouverneur en conseil d'établir des règlements ou des arrêtés est énoncé à l'article 10, qui prévoit notamment ceci:

10. (1) Le gouverneur en conseil peut établir les arrêtés ou les règlements qu'il juge utiles aux fins de la navigation, concernant tout ouvrage auquel s'applique la présente Partie, [. . .] [Je souligne.]

Les articles 4 et 10 de la LPEN autorisent le gouverneur en conseil à prendre des arrêtés ou des règlements afin d'assurer la navigabilité du cours d'eau en cause. Ils ne confèrent pas au Canada le pouvoir général d'exiger des concessions qui n'ont rien à voir avec l'application de la Loi en menaçant de démolir l'ouvrage.

[159] Je dois donc conclure que l'argument des demandeurs selon lequel le Canada a violé son obligation fiduciaire en omettant d'utiliser les dispositions de la LPEN pour exiger des concessions du Manitoba à l'égard de l'inondation des terres de la réserve de Fairford est également insoutenable.

4.E. Le Canada a-t-il violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande «en transférant sans condition en 1962, en vertu de l'article 35, 23 acres de terrain "aux fins d'une route" sans consulter la bande, sans imposer à l'égard du transfert des conditions destinées à assurer qu'il soit le moins possible porté atteinte aux droits de la Première nation de Fairford et sans obtenir une juste indemnité»?

#### 4.E.1. Les faits

[160] En même temps que la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux, la route provinciale à grande circulation n° 6 a été détournée de façon que le sommet de l'ouvrage de régularisation des eaux serve de pont sur la rivière Fairford. Le Manitoba a ainsi procédé à un nouvel alignement de la route à travers la réserve en vue d'éliminer les courbes. Pour ce faire, le Manitoba avait besoin d'environ 34 acres dans la réserve de Fairford comme emprise routière.

[161] The relevant provision of the *Indian Act* for the taking of land for provincial purposes is section 35:

35. (1) Where by an Act of the Parliament or a provincial legislature Her Majesty in right of a province, a municipal or local authority or a corporation is empowered to take or to use lands or any interest therein without the consent of the owner, the power may, with the consent of the Governor in Council and subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council, be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein.

(2) Unless the Governor in Council otherwise directs, all matters relating to compulsory taking or using of lands in a reserve under subsection (1) are governed by the statute by which the powers are conferred.

(3) Whenever the Governor in Council has consented to the exercise by a province, a municipal or local authority or a corporation of the powers referred to in subsection (1), the Governor in Council may, in lieu of the province, authority or corporation taking or using the lands without the consent of the owner, authorize a transfer or grant of the lands to the province, authority or corporation, subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council.

(4) Any amount that is agreed on or awarded in respect of the compulsory taking or using of land under this section or that is paid for a transfer or grant of land pursuant to this section shall be paid to the Receiver General for the use and benefit of the band or for the use and benefit of any Indian who is entitled to compensation or payment as a result of the exercise of the powers referred to in subsection (1).

[162] By Band Council resolution dated December 7, 1960, 11 acres closest to the Water Control Structure were authorized to be transferred to Manitoba. Compensation was agreed in the sum of \$50 per acre. Partial payment of eighty percent of the purchase price was made. Canada did not enact an order in council under section 35 and thus, a transfer of title of these 11 acres was not legally effected at this time.

[163] By Band Council resolution dated June 12, 1962, a further 23 acres (south of the 11 acres which was the subject of the December 7, 1960 Band Council resolution) was agreed to be transferred to Manitoba. Again, compensation was agreed to in the sum of \$50 per acre plus \$500 for severance and general inconvenience. Partial payment of the agreed

[161] La disposition pertinente de la *Loi sur les Indiens* concernant la prise de terres à des fins provinciales est l'article 35:

35. (1) Lorsque, par une loi fédérale ou provinciale, Sa Majesté du chef d'une province, une autorité municipale ou locale, ou une personne morale, a le pouvoir de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit sur celles-ci sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu'il peut prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout droit sur celles-ci.

(2) À moins que le gouverneur en conseil n'en ordonne autrement, toutes les questions concernant la prise ou l'utilisation obligatoire de terres dans une réserve, aux termes du paragraphe (1), doivent être régies par la loi qui confère les pouvoirs.

(3) Lorsque le gouverneur en conseil a consenti à l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1) par une province, une autorité municipale ou locale ou une personne morale, il peut, au lieu que la province, l'autorité ou la personne morale prenne ou utilise les terres sans le consentement du propriétaire, permettre un transfert ou octroi de ces terres à la province, autorité ou personne morale, sous réserve des conditions qu'il fixe.

(4) Tout montant dont il est convenu ou qui est accordé à l'égard de la prise ou de l'utilisation obligatoire de terrains sous le régime du présent article ou qui est payé pour un transfert ou octroi de terre selon le présent article, doit être versé au receveur général à l'usage et au profit de la bande ou à l'usage et au profit de tout Indien qui a droit à l'indemnité ou au paiement du fait de l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1).

[162] Au moyen d'une résolution du conseil de la bande datée du 7 décembre 1960, le transfert au Manitoba de 11 acres, situées à proximité de l'ouvrage de régularisation des eaux, a été autorisé. L'indemnité convenue était de 50 \$ l'acre. Un paiement partiel correspondant à 80 p. 100 du prix d'achat a été effectué. Le Canada n'a pas pris de décret en vertu de l'article 35, de sorte que le titre relatif à ces 11 acres n'a jamais été légalement transféré.

[163] Au moyen d'une résolution du conseil de la bande datée du 12 juin 1962, le transfert au Manitoba de 23 acres de terrain (au sud des 11 acres visées par la résolution du 7 décembre 1960) a été autorisé. Encore une fois, l'indemnité convenue était de 50 \$ l'acre, plus 500 \$ pour la séparation et les inconvénients généraux. Un paiement partiel a été effectué.

upon amount was paid. This time, by Order in Council 1962-1761 dated December 13, 1962, Canada consented to the transfer of the 23 acres to Manitoba in accordance with section 35 of the *Indian Act*.

[164] It then appears there was misunderstanding, error and delay with respect to the payment of the balance of the amount owing by Manitoba and the finalization of the transfer of title to Manitoba for both the 11 and 23 acres. Eventually, in 1971, payment in full, including interest, was made by Manitoba. By federal order in council 1973-1734, dated June 19, 1973, Canada consented to the taking by Manitoba of the entire 34 acres for the highway right of way. This 1973 Order in Council covered both the 23 acres that had already been the subject of Order in Council 1962-1761 and the 11 acres which had not been the subject of an order in council.

#### 4.E.2. Failure to Consult

[165] The plaintiffs say they were not consulted with respect to the transfer of land for highway purposes but clearly they were. The evidence shows they passed Band Council resolutions for both the 11 and 23 acres and were consulted as to the compensation therefor. There is no evidence to suggest the compensation was not appropriate. The plaintiffs led no evidence to indicate that the fair market value of the land was greater than was agreed upon or that the taking exceeded a minimal infringement of the Band's interests.

[166] The plaintiffs argue that by reason of Order in council 1973-1734 covering all 34 acres having been delayed for over a decade, the fact the highway was then in place made the land more valuable and that the Order in Council should not have been passed without renegotiating the value of the land as highway land. This argument ignores the fact that 23 acres were the subject of Order in council 1962-1761 in 1962. Moreover, the value of land is determined by the value of comparable land in the area, not by placing a special value on the land for the highway.<sup>18</sup> No evidence was led to suggest the value of comparable land was higher than \$50 per acre when the Band Council

Cette fois-ci, au moyen du décret 1962-1761 du 13 décembre 1962, le Canada a consenti au transfert des 23 acres au Manitoba conformément à l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*.

[164] Il appert qu'il y a ensuite eu un malentendu, une erreur et un retard lorsqu'il s'est agi de payer le solde du montant dû par le Manitoba et de mener à bonne fin le transfert du titre au Manitoba tant pour les 11 acres que pour les 23 acres en question. Finalement, en 1971, le Manitoba a effectué le paiement intégral, intérêts compris. Par le décret fédéral 1973-1734 du 19 juin 1973, le Canada a consenti à ce que le Manitoba prenne les 34 acres aux fins de l'emprise routière. Ce décret de 1973 se rapportait tant aux 23 acres déjà visés par le décret 1962-1761 qu'aux 11 acres qui n'avaient fait l'objet d'aucun décret.

#### 4.E.2. L'omission de consulter la bande

[165] Les demandeurs affirment qu'ils n'ont pas été consultés au sujet du transfert des terres aux fins de la route, mais ils l'ont clairement été. La preuve montre que le conseil de la bande a adopté des résolutions tant pour les 11 acres que pour les 23 acres et qu'il y a eu consultation au sujet de la question de l'indemnisation. Rien ne donne à entendre que l'indemnité n'ait pas été suffisante. Les demandeurs n'ont présenté aucune preuve tendant à montrer que la juste valeur marchande des terres était supérieure à ce qui avait été convenu ou que la prise des terres constituait plus qu'une atteinte minime aux droits de la bande.

[166] Les demandeurs soutiennent qu'étant donné que l'adoption du décret 1973-1734, se rapportant aux 34 acres, a été retardée pendant plus d'une décennie, la valeur des terres avait alors augmenté puisque la route était alors construite, et que le décret n'aurait pas dû être pris sans qu'on négocie de nouveau la valeur des terres en tant que terres sur lesquelles une route était située. Cet argument ne tient pas compte du fait que 23 acres étaient visées par le décret 1962-1761 pris en 1962. En outre, la valeur des terres dépend de la valeur de terrains comparables de la région, et non d'une valeur spéciale attribuée aux terres à cause de la route<sup>18</sup>. On n'a présenté aucun

resolutions were passed or that the value increased between the early 1960s and the early 1970s.

#### 4.E.3. Trespass by Manitoba

[167] The plaintiffs also say that until the land was formally transferred, Manitoba was trespassing and Canada failed to obtain appropriate compensation for the trespass. This argument could only apply to the northern 11 acres for which there was no order in council until 1973. The plaintiffs do not indicate what amount would be appropriate compensation for the trespass. However, the evidence is that Manitoba paid eighty percent of the agreed upon price when the Band originally agreed to the taking of the 11 acres in 1960. As evidenced by its Band Council resolutions, a meeting held at Ashern, Manitoba, between Indian Affairs and the Band Council on September 16, 1971, where an explanation of the delay was given that was satisfactory to the Band Council, and payment of the balance of the amount owing, including interest, the Band was informed of, and understood, the circumstances.

[168] Although the formality of transfer of the northern 11 acres did not take place in 1960, the entry onto the Reserve and use of the land by Manitoba was not unauthorized. It is difficult to conceive of this as a trespass when there was agreement to the transfer by the Band, eighty percent of the acquisition price was paid, there was authorized entry onto and use of the land without objection and, when the final payment was made in the early 1970s, interest was added for the period of delay in payment and this was satisfactory to the Band at the time.

#### 4.E.4. Failure to Complete Transaction

[169] The circumstances here involve the taking of land from the Reserve. Once Band Council resolutions

élément de preuve donnant à entendre que les terrains comparables valaient plus de 50 \$ l'acre lorsque les résolutions du conseil de la bande ont été adoptées ou que la valeur des terres a augmenté entre le début des années 1960 et le début des années 1970.

#### 4.E.3. Violation du droit de propriété par le Manitoba

[167] Les demandeurs affirment également que tant que les terres n'ont pas été officiellement transférées, le Manitoba pénétrait, sans droit ni autorisation, dans la réserve et que le Canada n'a pas obtenu une indemnité appropriée à l'égard de cette violation. Cet argument pourrait uniquement s'appliquer aux 11 acres situées au nord, pour lesquelles un décret n'a été pris qu'en 1973. Les demandeurs n'indiquent pas quelle serait l'indemnité appropriée à l'égard de la violation du droit de propriété. Toutefois, selon la preuve, le Manitoba aurait payé 80 p. 100 du prix convenu lorsque la bande a initialement accepté, en 1960, que les 11 acres soient prises. Comme en font foi les résolutions du conseil de la bande, des représentants des Affaires indiennes et le conseil de la bande se sont rencontrés à Ashern (Manitoba) le 16 septembre 1971; des explications qui satisfaisaient le conseil de la bande ont alors été données au sujet du retard et la bande a été informée des circonstances relatives au paiement du solde du montant dû, intérêts compris, et elle les a comprises.

[168] Les 11 acres situées au nord n'ont pas été officiellement transférées en 1960, mais le Manitoba était autorisé à pénétrer dans la réserve et à utiliser les terres. Il est difficile d'imaginer qu'il s'agit là d'une violation du droit de propriété puisque la bande avait consenti au transfert, que 80 p. 100 du prix d'achat avait été payé, qu'on avait autorisé le Manitoba à pénétrer dans la réserve et à utiliser les terres sans que des objections soient formulées, et que, lorsque le prix a finalement été payé au début des années 1970, des intérêts ont été ajoutés et que ces dispositions satisfaisaient la bande à ce moment-là.

#### 4.E.4. L'omission de compléter l'opération

[169] Les circonstances se rapportent ici à la prise des terres de la réserve. Une fois les résolutions du

were passed by the Band, Canada was obliged to effect the transfer of land and obtain the agreed upon compensation. Canada failed to effect the transfer of the northern 11 acres for over a decade after the Band Council resolution authorizing the transfer had been passed. Further, Canada failed to secure payment of the full agreed upon price for the entire 34 acres until 1971.

[170] Canada's necessary involvement under section 35 of the *Indian Act* in the taking of land from the Fairford Reserve for highway purposes by Manitoba gave rise to a fiduciary duty upon Canada to ensure that the best interests of the Band were protected in so far as Canada's unilateral discretion with respect to the transaction was concerned. (See *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3 (C.A.), at page 13, *per* Heald J.A. and at page 45, *per* Urie J.A.). While the transfer of the land and the amount of compensation was agreed to by the Band Council, the Band was vulnerable to the exercise of Canada's discretion with respect to the effecting of the transfer and the obtaining of payment.

[171] The failure by Canada to properly consent to the transfer of the northern 11 acres to Manitoba by order in council for over 12 years constituted a breach of fiduciary duty to the Band. Failure by Canada to collect the full purchase price from Manitoba in a timely manner also constituted a breach of fiduciary duty. The Band was completely reliant on Canada with respect to payment arrangements. Clearly, Canada failed to act in a reasonable and prudent manner as if it were looking after its own interests when it came to securing payment in full.

[172] In *Blueberry, supra*, Gonthier J. found at page 365 that the Crown's fiduciary duty in that case extended to exercising the power it had under section 64 of the *Indian Act* to correct the error it had committed in inadvertently selling certain mineral rights. In the present case, the Crown's fiduciary duty also extended to completing the transaction by consenting

conseil de la bande adoptées, le Canada était tenu de transférer les terres et d'obtenir l'indemnité convenue. Or, les 11 acres situées au nord ont été transférées plus d'une décennie après l'adoption de la résolution du conseil de la bande autorisant le transfert. En outre, le paiement intégral du prix convenu pour les 34 acres n'a été obtenu qu'en 1971.

[170] La participation nécessaire du Canada, en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, à la prise par le Manitoba des terres de la réserve de Fairford aux fins d'une route a donné naissance à une obligation fiduciaire de la part du Canada de veiller à ce que les intérêts de la bande soient protégés puisque celui-ci avait un pouvoir discrétionnaire unilatéral à l'égard de l'opération. (Voir *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.), à la page 13, juge Heald, J.C.A., et à la page 45, juge Urie, J.C.A.). Le conseil de la bande avait consenti au transfert des terres et avait convenu du montant de l'indemnité, mais la bande était vulnérable par suite du pouvoir discrétionnaire exercé par le Canada à l'égard du transfert et du paiement.

[171] En omettant de consentir de la façon appropriée au transfert au Manitoba des 11 acres situées au nord au moyen d'un décret pendant plus de 12 ans, le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande. En omettant de recouvrer le plein montant du prix d'achat dans un délai opportun, le Canada a encore une fois violé son obligation fiduciaire. La bande comptait entièrement sur le Canada pour prendre des dispositions à l'égard du paiement. À coup sûr, le Canada n'a pas agi d'une façon raisonnable et prudente comme s'il veillait à ses propres intérêts lorsqu'il s'est agi d'obtenir le paiement intégral.

[172] Dans l'arrêt *Blueberry*, précité, le juge Gonthier a conclu, à la page 365, que l'obligation fiduciaire de la Couronne dans ce cas-là allait jusqu'à exercer le pouvoir qu'elle avait en vertu de l'article 64 de la *Loi sur les Indiens* en vue de corriger l'erreur qu'elle avait commise en vendant par inadvertance certains droits miniers. En l'espèce, la Couronne était

to the transfer of the northern 11 acres by order in council and by securing payment of the balance owing by Manitoba including interest.

[173] Ultimately, payment in full was received with interest and an order in council consenting to the transfer of the entire 34 acres to Manitoba was executed. The breaches of fiduciary duty were thus remedied. I can see no further outstanding cause of action based upon breach of fiduciary duty in these circumstances.

4.F. Did Canada breach its fiduciary duty “by encouraging the Fairford First Nation to engage in land exchange negotiations with Manitoba in 1969 when Canada knew that the construction and operation of the Water Control Structure adversely impacted the Fairford First Nation’s practical and legal interests far beyond merely land and that the Fairford First Nation had no capacity or authority to conclude such negotiations or agreements”?

Editor’s Note (replacing  
paras. 174-182)

*On that aspect of breach of fiduciary duty, the plaintiffs argued first that the Crown knew that the dam adversely impacted the Fairford Band and its members in respect of matters beyond land, that is fishing, hunting and trapping, and second, that the Band had no capacity or authority to conclude an agreement. Facts relating to these arguments were reviewed. The Fairford Band was, at the time, being advised by legal counsel and could not therefore argue that it had ceded its authority respecting negotiations with Manitoba to the Crown or that it had any expectation that the latter would negotiate on its behalf.*

également tenue, en vertu de son obligation fiduciaire, de mener l’opération à bonne fin en consentant au transfert des 11 acres situées au nord au moyen d’un décret et en obtenant le paiement du solde dû par le Manitoba, intérêts compris.

[173] Enfin, le paiement intégral a été obtenu, avec intérêts, et un décret autorisant le transfert des 34 acres au Manitoba a été pris. Il a donc été remédié aux violations de l’obligation fiduciaire. Dans ces conditions, je ne puis constater l’existence d’aucune autre cause d’action fondée sur la violation d’une obligation fiduciaire.

4.F. Le Canada a-t-il violé son obligation fiduciaire «en encourageant la Première nation de Fairford à entamer des négociations avec le Manitoba, en 1969, en vue d’un échange de terres, alors qu’il savait que la construction et l’exploitation de l’ouvrage de régularisation des eaux allaient avoir un impact négatif sur les intérêts pratiques et juridiques de la Première nation de Fairford s’étendant bien au-delà d’un intérêt foncier et que la Première nation de Fairford n’avait pas la capacité ou le pouvoir de conclure pareilles négociations ou ententes»?

Note de l’arrêviste (remplaçant  
les par. 174 à 182)

*En ce qui concerne cet aspect de la violation de l’obligation fiduciaire, les demandeurs ont en premier lieu soutenu que la Couronne savait que le barrage aurait un impact négatif sur la bande de Fairford et sur ses membres à l’égard de questions autres que des questions foncières, c’est-à-dire sur la pêche, la chasse et le piégeage, et en son second lieu, que la bande n’avait pas la capacité ou le pouvoir de conclure une entente. Les faits se rapportant à ces arguments ont été examinés. À ce moment-là, la bande de Fairford était représentée par un avocat et ne pouvait donc pas soutenir qu’elle avait cédé son pouvoir à la Couronne à l’égard des négociations avec le Manitoba ou qu’elle s’attendait à ce que cette dernière négocie pour son compte.*

#### 4.F.3. The Crown's Duty

[183] The relationship between the Crown and Indian bands respecting their lands and rights is governed by the twin policies of autonomy and protection. Depending upon the significance of the rights at issue, different levels of protection and autonomy may apply. In *Opetchesaht*, *supra*, at page 145, Major J. explains the balancing of these two policies:

It is important that the band's interest be protected but on the other hand the autonomy of the band in decision making affecting its land and resources must be promoted and respected. These sometimes conflicting values were identified by McLachlin J. in *Blueberry River Indian Band*, *supra*, at p. 370:

My view is that the *Indian Act's* provisions for surrender of band reserves strikes a balance between the two extremes of autonomy and protection.

Gonthier J. at p. 358, speaking for the majority, accepted this principle:

As McLachlin J. observes, the law treats aboriginal peoples as autonomous actors with respect to the acquisition and surrender of their lands, and for this reason, their decisions must be respected and honoured.

[184] This *dicta* points out that even though there is protection afforded by the *Indian Act*, Aboriginal peoples are to be treated as autonomous actors whose decisions must be respected and honoured. There is therefore no legal reason why the Fairford Band could not and should not have negotiated with Manitoba. Canada's role arises with respect to the carrying out of the policy of protection. It is not necessary and, having regard to the fact that Aboriginals are to be treated as autonomous actors, it may be undesirable, for Canada to actively participate in a band's negotiations with third parties.

[185] Later, it will be explained that because the compensation land had to be transferred from Manitoba to Canada in order for it to become part of the Reserve, a fiduciary duty arose at the time of transfer to ensure that the Band was not exploited. However, that duty arose only when Canada was asked to ratify the agreement negotiated by the Band.

#### 4.F.3. L'obligation de la Couronne

[183] Le rapport existant entre la Couronne et les bandes indiennes à l'égard des terres et droits de ces dernières est régi par les deux principes d'autonomie et de protection. L'étendue de la protection et de l'autonomie peut varier en fonction de l'importance des droits en cause. Dans l'arrêt *Opetchesaht*, précité, à la page 145, le juge Major explique l'équilibre qu'il faut établir entre les deux politiques:

D'une part, il est important de protéger les droits de la bande, mais, d'autre part, il faut également favoriser et respecter son autonomie dans la prise de décisions concernant ses terres et ses ressources. Dans *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, le juge McLachlin a fait état de ces valeurs, qui entrent parfois en conflit, à la p. 370:

À mon avis, les dispositions de la *Loi des Indiens* relatives à la cession des réserves des bandes établissent un équilibre entre les deux pôles extrêmes que constituent l'autonomie et la protection.

À la page 358, le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la majorité, a accepté ce principe:

Ainsi que l'a fait remarquer le juge McLachlin, la loi traite les peuples autochtones comme des acteurs autonomes en ce qui concerne l'acquisition et la cession de leurs terres, il faut donc respecter leurs décisions.

[184] Cette remarque incidente montre que même si la *Loi sur les Indiens* offre une protection, il faut traiter les peuples autochtones comme des acteurs autonomes dont les décisions doivent être respectées. Il n'existe donc aucun motif d'ordre juridique pour lequel la bande de Fairford n'aurait pas pu ou n'aurait pas dû négocier avec le Manitoba. Le rôle du Canada se rapporte à l'application de la politique relative à la protection. Il n'est pas nécessaire et, puisque les Autochtones doivent être considérés comme des acteurs autonomes, il n'est peut-être pas souhaitable, que le Canada participe activement aux négociations entre une bande et des tiers.

[185] Il sera ci-dessous expliqué qu'étant donné que les terres de remplacement devaient être transférées du Manitoba au Canada afin de faire partie de la réserve, une obligation fiduciaire de veiller à ce que la bande ne soit pas exploitée a pris naissance au moment du transfert. Toutefois, cette obligation a uniquement pris naissance lorsqu'on a demandé au Canada de ratifier l'entente négociée par la bande.

[186] During the negotiating stage there was no such duty. The Band was in the best position to know the losses it suffered. It retained counsel. I can think of no reason in principle why an Indian band should not be able to determine its own requirements, conduct its own negotiations and conclude those negotiations. I think this approach is consistent with the *dicta* in *Opetchesaht*, *supra*. If and when Canada is called upon to ratify a negotiated agreement, as I have said, a fiduciary duty arises to ensure the Band has not been exploited, but not before.

Editor's note (replacing  
paras. 187-195)

*The conclusion drawn in this deleted portion was that the evidence did not support the plaintiffs' arguments that the Crown may have withheld information crucial to negotiations between the Fairford Band and the Province of Manitoba.*

4.G. Did Canada breach its fiduciary duty to the Fairford Band "by failing to disclose to the Fairford First Nation and attempting unilaterally to correct the clear lack of authority for the province to be on Reserve land by purporting to transfer, in 1973, a 34-acre block of land for 'public road purposes', again without consulting the Fairford First Nation"?

4.G.1. Plaintiffs' Position

[196] This argument pertains to the same 34 acres of reserve land taken for Provincial Trunk Highway No. 6 already discussed under issue 4.E. above. The plaintiffs say the Crown did not disclose or consult with the Band when it completed the transactions involving the land taken for the highway.

[186] Au stade des négociations, il n'existait pas d'obligation de ce genre. La bande était la mieux placée pour savoir quelles pertes elle avait subies. Elle a retenu les services d'un avocat. Je ne puis voir pourquoi, en principe, une bande indienne ne devrait pas être en mesure de déterminer ses propres exigences ainsi que de conduire ses propres négociations et de les mener à bonne fin. Je crois que cette approche est conforme aux remarques incidentes qui ont été faites dans l'arrêt *Opetchesaht*, précité. Comme je l'ai dit, si le Canada est appelé à ratifier une entente négociée, il doit alors veiller à ce que la bande ne soit pas exploitée, mais autrement il n'est pas tenu de le faire.

Note de l'arrêtiste (remplaçant  
les par. 187 à 195)

*La conclusion qui a été tirée dans ce passage était que la preuve n'était pas l'argument des demandeurs voulant que la Couronne avait peut-être omis de divulguer des renseignements essentiels aux négociations entre la bande de Fairford et la province du Manitoba.*

4.G. Le Canada a-t-il violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande de Fairford «en omettant de divulguer des renseignements à la Première nation de Fairford et en tentant unilatéralement de remédier au fait que la province n'était de toute évidence pas autorisée à occuper les terres de la réserve au moyen du transfert réputé, en 1973, d'une parcelle de 34 acres aux "fins d'une voie publique", encore une fois sans consulter la première nation de Fairford»?

4.G.1. La position des demandeurs

[196] Cet argument se rapporte à la parcelle de 34 acres qui a été prise aux fins de la route provinciale à grande circulation n° 6 dont il a déjà été question dans la section 4.E. Les demandeurs affirment que la Couronne n'a pas informé ou consulté la bande lorsqu'elle a conclu les opérations relatives aux terres qui étaient prises aux fins d'une route.



#### 4.G.2. Duty to Consult

[197] As earlier noted, Canada was under a fiduciary duty to protect the Band's interests when it was in the process of consenting to transfer reserve land to Manitoba and obtaining the compensation agreed upon. There is no doubt that in questions involving surrenders of reserve land, there is a duty of consultation on the Crown. In my opinion, this duty of consultation extends to dispositions of reserve land by Canada under section 35 of the *Indian Act*. In *Guerin*, *supra*, Dickson J. found at page 388:

When the promised lease proved impossible to obtain, the Crown, instead of proceeding to lease the land on different, unfavourable terms, should have returned to the Band to explain what had occurred and seek the Band's counsel on how to proceed.

[198] In *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, Lamer C.J. states at page 1113:

This aspect of aboriginal title suggests that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation. Whether the aboriginal group has been consulted is relevant to determining whether the infringement of aboriginal title is justified, in the same way that the Crown's failure to consult an aboriginal group with respect to the terms by which reserve land is leased may breach its fiduciary duty at common law: *Guerin*.

[199] The degree of the consultation required is described by Lamer C.J. again at page 1113:

The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact

#### 4.G.2. L'obligation de consulter

[197] Comme il en a déjà été fait mention, le Canada avait l'obligation fiduciaire de protéger les intérêts de la bande lorsqu'il était en train de négocier le transfert de terres de la réserve au Manitoba et d'obtenir l'indemnité convenue. Il est certain qu'en ce qui concerne les questions de cession de terres d'une réserve, il existe une obligation de consultation de la part de la Couronne. À mon avis, cette obligation s'étend aux aliénations des terres d'une réserve par le Canada en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*. Dans l'arrêt *Guerin*, précité, le juge Dickson a tiré la conclusion suivante, à la page 388:

Lorsqu'il s'est révélé impossible d'obtenir le bail promis, Sa Majesté, au lieu de procéder à la location des terres à des conditions différentes et défavorables, aurait dû retourner devant la bande pour lui expliquer ce qui s'était passé et demander son avis sur ce qu'il lui fallait faire.

[198] Dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, le juge en chef Lamer dit ceci, à la page 1113:

Cet aspect du titre aborigène indique qu'il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres. Il y a toujours obligation de consultation. La question de savoir si un groupe autochtone a été consulté est pertinente pour décider si l'atteinte au titre aborigène est justifiée, au même titre que le fait pour la Couronne de ne pas consulter un groupe autochtone au sujet des conditions auxquelles des terres d'une réserve sont cédées à bail peut constituer un manquement à l'obligation de fiduciaire de celle-ci en commun law: *Guerin*.

[199] À la page 1113, le juge en chef Lamer définit également le degré de consultation nécessaire:

La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient

hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands.

The question then is whether there was consultation in the present case and if so, if it was of sufficient depth and detail to satisfy Canada's fiduciary duty to the Fairford Band.

#### 4.G.3. Facts

[200] As previously discussed, on September 16, 1971, a meeting was convened at Ashern, Manitoba between officials of the Department of Indian Affairs and the Fairford Band Council, and a representative of the Manitoba Indian Brotherhood, to bring the matter of the right-of-way for Provincial Trunk Highway No. 6 up to date. The minutes indicate disclosure of the fact that right-of-ways for roads had never been finalized, that total compensation had not been paid and that interest would be paid. While the minutes make it obvious that officials of the Department wanted to finalize the matter, it was left to the Band Council to decide whether to confirm the original arrangements. The minutes indicate a very complete disclosure of the circumstances to the Band Council. I quote from the minutes:

Mr. Jackson opened the meeting by explaining that the matter of right-of-ways for roads for Fairford Indian Reserve since approximately 1960 had never been finalized and that the purpose of the meeting was to bring Chief and Council up to date, if they approve Provincial plans for the public road through their reserve which would promote this issue to be finalized and completed satisfactorily. There was also the matter of settlement for lands involved in PTH #6.

Chief Anderson stated that in view of negotiations of former Councils, all of which are on file, they would uphold and approve the agreement as per the records. However, he had mentioned that he would like to know what lines of communication he should follow with regards to road maintenance since road maintenance in the past was not satisfactory to the Band and he was anxious to see that the problem was overcome.

même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones.

Il s'agit donc de savoir s'il y a eu consultation en l'espèce et, dans l'affirmative, si elle était suffisamment complète et détaillée pour satisfaire à l'obligation fiduciaire que le Canada avait envers la bande de Fairford.

#### 4.G.3. Les faits

[200] Comme il en a déjà été fait mention, le 16 septembre 1971, une réunion a été tenue à Ashern (Manitoba) entre les représentants du ministère des Affaires indiennes et le conseil de la bande de Fairford, ainsi qu'un représentant de la Fraternité des Indiens du Manitoba, mettre à jour la question relative à l'emprise de la route provinciale à grande circulation n° 6. Le procès-verbal de la réunion montre que la question des emprises routières n'avait jamais été réglée, que le plein montant de l'indemnité n'avait pas été versé et que des intérêts seraient payés. Il ressort du procès-verbal que les représentants du Ministère voulaient régler l'affaire, mais qu'on laissait au conseil le soin de décider s'il allait confirmer les dispositions qui avaient initialement été prises. Le procès-verbal montre que toutes les circonstances de l'affaire ont pleinement été divulguées au conseil de la bande. Je cite le procès-verbal:

[TRADUCTION] M. Jackson a commencé la réunion en expliquant que la question des emprises routières dans la réserve indienne de Fairford, qui traînait depuis environ 1960, n'avait jamais été réglée, et que la réunion visait à mettre le chef et le conseil au courant de la situation, s'ils approuvaient les plans provinciaux concernant la construction de la voie publique dans leur réserve, ce qui permettrait de régler l'affaire et d'y mettre un terme d'une façon satisfaisante. Il a également été question du règlement relatif aux terres en cause relativement à la route provinciale à grande circulation n° 6.

Le chef Anderson a déclaré que, compte tenu des négociations qui avaient eu lieu avec les anciens conseils, dont il était fait état dans le dossier, ils confirmeraient et approuveraient l'entente conformément aux documents. Toutefois, le chef a mentionné qu'il aimerait savoir à qui s'adresser à l'égard de l'entretien de la route étant donné que par le passé, la route n'avait pas été entretenue à la satisfaction de la bande et qu'il désirait ardemment régler le problème.

...

Chief Anderson again stated that they were in agreeance [*sic*] with the terms and conditions of the road right-of-way laid out by the former Chiefs and Councils, however, again he mentioned that the Province did not uphold their end of the bargain [with regard to road maintenance].

...

Chief and Council then signed a provisional copy of plans and requested that copies of the plans be sent to them for their records.

Mr. Jackson then stated that the province had taken 5.22 more acres than originally called for in the agreement for one of the public roads leading to P.T.H. #6. It was now necessary for Chief and Council to submit a band council resolution approving the same and upon submission the province would pay the band \$500.00. Mr. Wright then suggested that on occasion, unused sections of a road could be and has been at times, returned to the former owners. Chief Anderson then stated that he would appreciate the unused section of this highway being returned to the Band. Mr. Jackson stated that he would follow this up. A band council resolution was made up and signed by the Chief and Council as noted above.

Mr. Jackson stated that band council resolution drawn up in 1960 in respect to P.T.H. #6 had been checked and if [*sic*] had been found that total compensation had not been paid by the provincial government and that the provincial government were prepared to reimburse the band including interest. Chief Anderson stated his appreciation for this information being brought to his attention and requested copies of documents pertinent to the lands utilized in the construction of highway #6 and costs paid and unpaid.

Chief and Council were made aware of the interest outstanding for a period of 10 years in the amount of \$173 calculated at the rate of 5% and that the province was prepared to pay this amount also. Chief and Council were agreeable to this.

[201] The Band Council decided to confirm the original arrangements and was satisfied with the terms of payment including interest.

[202] It was not until 1973 that Order in Council 1973-1734 which consented to the transfer of land to Manitoba for Provincial Trunk Highway No. 6 was

[. . .]

Le chef Anderson a de nouveau déclaré qu'ils souscrivaient aux conditions imposées par les anciens chefs et conseils à l'égard de l'emprise routière, mais il a de nouveau mentionné que la province n'avait pas respecté ses engagements [en ce qui concerne l'entretien de la route].

[. . .]

Le chef et le conseil ont alors signé une copie provisoire des plans et ont demandé que des copies des plans leur soient envoyées pour leurs dossiers.

M. Jackson a ensuite déclaré que la province avait pris d'autres terres d'une superficie de 5,22 acres, à part ce qui était initialement prévu dans l'entente, à l'égard de l'une des voies publiques menant à la route provinciale à grande circulation n° 6. Le chef et le conseil devaient soumettre une résolution du conseil de la bande approuvant la chose et, sur présentation, la province verserait 500 \$ à la bande. M. Wright a alors dit que des sections inutilisées d'une route pouvaient parfois être et avaient de temps en temps été retournées aux anciens propriétaires. Le chef Anderson a ensuite déclaré qu'il aimerait que la section inutilisée de cette route soit retournée à la bande. M. Jackson a déclaré qu'il assurerait le suivi. Une résolution du conseil de la bande a été préparée et signée par le chef et par le conseil comme il en a ci-dessus été fait mention.

M. Jackson a déclaré que la résolution du conseil de la bande qui avait été rédigée en 1960 à l'égard de la route provinciale à grande circulation n° 6 avait été vérifiée et qu'il avait été constaté que le gouvernement provincial n'avait pas payé le plein montant de l'indemnité et qu'il était prêt à le verser à la bande, intérêts compris. Le chef Anderson leur était reconnaissant d'avoir fourni ce renseignement et a demandé des copies des documents concernant les terres utilisées aux fins de la construction de la route n° 6, il a également demandé que des renseignements lui soient donnés au sujet des frais qui avaient été payés et de ceux qui ne l'avaient pas été.

Le chef et le conseil ont été informés que les intérêts impayés sur une période de dix ans étaient de 173 \$, au taux de 5 p. 100, et que la province était prête à payer ce montant également. Cela leur convenait.

[201] Le conseil de la bande a décidé de confirmer les dispositions qui avaient initialement été prises; les modalités de paiement, intérêts compris, lui convenaient.

[202] Ce n'est qu'en 1973 que le décret 1973-1734, autorisant le transfert des terres au Manitoba aux fins de la route provinciale à grande circulation n° 6, a été

passed. However, there is no doubt that it was the consultation in 1971 that led to the Order in Council and the payment of the balance of the purchase price for the land including interest, as the Order in Council refers to the Band Council Resolution dated September 16, 1972 (it appears that the reference to 1972 was in error and should have been 1971). I am satisfied that in the circumstances here, the consultation conducted between Indian Affairs and the Band Council accorded with the standard of consultation prescribed by *Delgamuukw*.

4.H. Did Canada breach its fiduciary duty “in failing between 1977 and 1984 to address the deficiencies in the purported 1974 compensation land transfer agreement in a timely or appropriate fashion”?

4.H.1. Facts

[203] As already detailed, the Fairford Band had been negotiating with Manitoba for compensation as a result of flooding from the operation of the Water Control Structure since 1967. These negotiations culminated in 1974 in the preparation by Manitoba of an agreement between the Band, Manitoba and Canada for the transfer of compensation land to the Fairford Band. Because of its importance, I set out the agreement *in extenso*:

WHEREAS certain lands of the Fairford Indian Reserve No. 50 (hereinafter called “the Reserve”) have been flooded from time to time due to the operation of the Fairford River water control structure by Manitoba,

AND WHEREAS Manitoba owns certain lands adjacent to the Reserve which it is prepared to transfer to the Reserve as compensation for the loss of hay and pasture lands on the flooded Reserve lands on an acre for acre basis,

AND WHEREAS the Band has selected certain of these lands owned by Manitoba which can be added to and form part of the Reserve,

AND WHEREAS Canada and the Band are prepared to accept the transfer of certain of these lands from Manitoba

pris. Toutefois, il est certain que c’était la consultation qui avait eu lieu en 1971 qui avait entraîné le décret et le paiement du solde du prix d’achat qui était dû à l’égard des terres, intérêts compris, étant donné que le décret fait mention de la résolution du conseil de la bande du 16 septembre 1972 (il semble qu’une erreur ait été commise et qu’il s’agissait en fait de l’année 1971). Eu égard aux circonstances de l’espèce, je suis convaincu que la consultation qui a eu lieu entre les Affaires indiennes et le conseil de la bande était conforme à la norme de consultation prescrite dans l’arrêt *Delgamuukw*.

4.H. Le Canada a-t-il violé son obligation fiduciaire «en omettant, entre 1977 et 1984, de remédier aux lacunes du prétendu accord de 1974 concernant le transfert des terres de remplacement d’une façon opportune ou appropriée»?

4.H.1. Les faits

[203] Comme il en a déjà été fait mention, la bande de Fairford avait négocié avec le Manitoba la question de l’indemnité à verser par suite des inondations causées, depuis 1967, par l’exploitation de l’ouvrage de régularisation des eaux. Ces négociations ont abouti, en 1974, à la préparation par le Manitoba d’une entente entre la bande, le Manitoba et le Canada en vue du transfert des terres de remplacement à la bande de Fairford. À cause de son importance, je cite l’entente au complet:

[TRADUCTION]

ATTENDU que certaines terres de la réserve indienne de Fairford n° 50 (ci-après appelée la réserve) ont été de temps en temps inondées à cause de l’exploitation par le Manitoba de l’ouvrage de régularisation des eaux sur la rivière Fairford,

ATTENDU que le Manitoba est propriétaire de certaines terres contiguës à la réserve qu’il est prêt à transférer acre pour acre à la réserve à titre d’indemnisation par suite de la perte de champs de foin et de pâturages sur les terres inondées de la réserve,

ATTENDU que la bande a choisi certaines des terres appartenant au Manitoba qui peuvent être ajoutées à la réserve et en faire partie,

ATTENDU que le Canada et la bande sont prêts à accepter le transfert de certaines des terres du Manitoba à la

to the Reserve and subject to the terms and conditions as hereinafter provided,

NOW, THEREFOR, the parties hereto agree as follows:

1. That subject to the provisions of The Crown Lands Act, being Cap. C 340 of the Statutes of Manitoba, Manitoba shall transfer or cause to be transferred to Canada for the Reserve the lands more particularly described in Schedule "A" which is attached hereto and forms part of this Agreement, comprising a total of 5,651.37 acres (hereinafter called "the transferred lands") which are outlined in red on the map which is attached hereto as Schedule "B" and forms part of this Agreement.

2. That in consideration of the fact that the transferred lands represent a total acreage less than that required to meet the agreed 6,000 acre addition and transfer to the Reserve, Manitoba shall provide the Band in lieu thereof with

- (a) 190 acres of developed acreage as part of the transferred lands, made up of 150 acres within the W½ 10-30-9W and S.W.¼ 12-30-9W which are suitable for the production of hay and made up of 40 acres within N.E.¼ 10-30-9W which are cultivated and suitable for hay or annual crops,
- (b) a survey to establish the southern boundary of the transferred lands for fencing,
- (c) funds for constructing not more than five and one-half (5½) miles of boundary fencing on a portion of the west side of the transferred lands, and
- (d) transportation of livestock from flooded Reserve lands to safe pasture areas.

3. That Manitoba shall provide cattlemen on the Reserve who are members of the Band with sufficient hay supply to feed those cattle held on the Reserve during the 1974-1975 winter feeding period, but the amount of feed provided shall not exceed an amount of hay equal to that which may have been lost due to flooding of the Reserve lands by the operation of the Fairford River water control structure.

4. That the Band shall continue to recognize the interests of Harold Moar and Gordon and Douglas Sanderson and other residents who are not members of the Band but who occupy premises on the transferred lands as shown on Schedule "B" hereto, under General Permits from Manitoba which will be terminated, and the Band hereby agrees that

réserve sous réserve des conditions ci-après énoncées,

À CES CAUSES, les parties aux présentes conviennent des dispositions suivantes:

1. Sous réserve des dispositions de The Crown Lands Act, ch. 340 des Statuts du Manitoba, le Manitoba transférera ou fera en sorte que soient transférées au Canada pour le compte de la réserve les terres plus précisément décrites à l'annexe «A», qui est jointe à l'accord et en fait partie, d'une superficie totale de 5 651,37 acres (ci-après appelées les terres transférées), délimitées en rouge sur la carte qui est jointe à l'annexe «B» de l'accord et en fait partie.

2. Étant donné que la superficie totale des terres transférées est inférieure à la superficie nécessaire en vue de satisfaire à l'exigence selon laquelle des terres additionnelles d'une superficie convenue de 6 000 acres doivent être transférées à la réserve, le Manitoba:

- a) remettra un terrain aménagé d'une superficie de 190 acres, qui doit faire partie des terres transférées, lequel est composé, dans les secteurs O.1/2 10-30-90. et S.O. 1/4 12-30-90., d'une parcelle de 150 acres se prêtant à la production de foin et, dans le secteur N.E.1/4 10-30-90., d'une parcelle de 40 acres qui est cultivée et se prête à la production de foin ou de récoltes annuelles,
- b) fera exécuter des travaux d'arpentage destinés à établir la limite sud des terres transférées aux fins de l'installation d'une clôture,
- c) fournira des fonds en vue de l'installation de clôtures de délimitation extérieure sur une distance d'au plus cinq milles et demi (5 1/2) dans une partie située du côté ouest des terres transférées, et
- d) assurera le transport des animaux des terres de la réserve qui sont inondées jusqu'à des pâturages sûrs.

3. Le Manitoba fournira aux bouviers de la réserve qui sont membres de la bande une quantité suffisante de foin pour alimenter le bétail se trouvant dans la réserve pendant la période hivernale d'alimentation 1974-1975, mais la quantité d'aliments fournie ne doit pas excéder une quantité de foin égale à celle qui peut avoir été perdue en raison de l'inondation des terres de la réserve causée par l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford.

4. La bande continuera à reconnaître les droits de Harold Moar ainsi que de Gordon et de Douglas Sanderson et des autres résidents qui ne sont pas membres de la bande, et qui occupent les terres transférées, comme le montre l'annexe «B» des présentes, en vertu de permis généraux du Manitoba qui seront annulés, et la bande convient par les

the Reserve shall enter into similar lease arrangements with these occupiers to permit continued access, occupation, and enjoyment of their premises and the use of such services as hydro, telephone and access roads.

5. That the flooded Reserve lands shall remain as part of the Reserve.

6. That the Band and Canada hereby release and forever discharge Manitoba from all manner of actions, claims, demands, suits, debts, accounts, damages, costs and liabilities of every nature and kind whatsoever which they or either of them now have or hereafter may have, and whether not known or anticipated, and howsoever arising out of or from the flooding of the Reserve lands due to the operation of the Fairford River water control structure by Manitoba, and the Band and Canada further agree to indemnify and save harmless Manitoba from and against any and all claims, demands, suits or actions whatsoever arising out of or from the flooding of the Reserve lands due to the operation of the Fairford River water control structure by Manitoba.

7. That the parties shall co-operate with each other in providing whatever documents and initiatives are necessary to carry out and complete this Agreement.

8. That Manitoba shall prepare the necessary documentation for a proper disposition of these transferred lands under The Crown Lands Act and when a fully executed Transfer of Land is forthcoming under the Act, Manitoba shall forward this Transfer to the Band and Canada for completion and for registration in the Winnipeg Land Titles Office.

IN WITNESS WHEREOF the Honourable the Minister of Indian Affairs and Northern Development, for and on behalf of Her Majesty the Queen in Right of Canada, has hereunto set his hand and affixed the seal of his Department, and the Chief and Council of The Band of the Fairford Indian Reserve No. 50, for and on behalf of the Reserve, have hereunto set their hands and seals, and the Honourable the Minister of Agriculture, for and on behalf of Her Majesty the Queen in Right of the Province of Manitoba, has hereunto set his hand and affixed the seal of his Department on the day and year first above written.

On or about October 28, 1974, the Chief and Council of the Band signed the agreement.

[204] Apparently, Manitoba was having difficulty assembling all the compensation land. For this reason, and perhaps others, Manitoba did not consent to the agreement until late 1976. On December 29, 1976,

présentes que la réserve conclura des baux similaires avec ces occupants en vue de leur permettre de continuer à accéder à leurs terres, de les occuper et de les utiliser ainsi qu'en vue de leur permettre d'utiliser des services tels que les services d'électricité et les services téléphoniques et d'emprunter les chemins d'accès.

5. Les terres de la réserve qui ont été inondées continueront à faire partie de la réserve.

6. La bande et le Canada libèrent et déchargent par les présentes le Manitoba des actions, demandes, poursuites, dettes, comptes, dommages-intérêts, coûts et responsabilités de quelque nature qu'ils soient, qu'ils peuvent ou pourront faire valoir, ensemble ou séparément, et ce, que ceux-ci soient connus ou prévus ou non, en raison de l'inondation des terres de la réserve causée par l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford par le Manitoba, et ils s'engagent en outre à indemniser le Manitoba de toute demande, poursuite ou action, quelle qu'elle soit, découlant de l'inondation des terres de la réserve causée par l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford par le Manitoba.

7. Les parties collaboreront l'une avec l'autre en vue de fournir tout document ou de prendre toute initiative nécessaires en vue d'assurer la conclusion de l'accord.

8. Le Manitoba préparera les documents nécessaires aux fins d'une aliénation en bonne et due forme des terres qui sont transférées en vertu de The Crown Lands Act, et lorsqu'un acte de transfert dûment signé aura été établi en vertu de la Loi, il transmettra cet acte à la bande et au Canada pour conclusion et enregistrement au bureau d'enregistrement immobilier de Winnipeg.

EN FOI DE QUOI le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, pour le compte de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, a apposé sa signature ainsi que le sceau de son ministère, le chef et le conseil de la bande de la réserve indienne de Fairford n° 50, pour le compte de la réserve, ont apposé leurs signatures et leurs sceaux, et le ministre de l'Agriculture, pour le compte de Sa Majesté la Reine du chef du Manitoba, a apposé sa signature ainsi que le sceau de son ministère à la date susmentionnée.

Vers le 28 octobre 1974, le chef et le conseil de la bande ont signé l'accord.

[204] Apparemment, le Manitoba a eu de la difficulté à réunir toutes les terres de remplacement. C'est pour cette raison, et peut-être pour d'autres, qu'il n'a consenti à l'accord qu'à la fin de 1976. Le 29 décem-

Manitoba enacted order in council 1398/76 providing for the execution of the agreement.

[205] On January 14, 1977, Manitoba provided Canada with copies of the agreement signed by the Band (but not yet by Manitoba) and requested that it be signed by Canada.

[206] The compensation land was not transferred to reserve status until 1992. While the plaintiffs complain of the entire delay between 1977 and 1992, they breakdown the delay into two periods, one from 1977, when Manitoba was prepared to proceed, until 1984, and then from 1984 onwards. It is the period between 1977 and 1984 that is dealt with here.

[207] As soon as the 1974 compensation agreement was provided to Canada, Canada recognized that there were difficulties with it. As the subject-matter was the transfer of land to an Indian reserve, title to such land had to be held by Her Majesty in right of Canada. (See subsection 18(1) and the definition of “reserve” in subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1]<sup>19</sup> of the *Indian Act*.) Canada was of the view that the compensation agreement was not workable with the Fairford Band being a party to it. On May 17, 1978, government lawyer J. B. Beckett wrote an opinion to the effect that a federal order in council under section 35 of the *Indian Act* would be required in order to permit flooding of reserve land and that the agreement was inadequate for this purpose. He also advised that the indemnification of Manitoba by Canada would require an Act of Parliament.

[208] In September 1978, Canada determined that the agreement included lands which were already reserve lands and requested an amended order in council from Manitoba.

[209] On March 8, 1979, the Chief and Council of the Fairford Band wrote to the Minister of Indian Affairs and Northern Development asking that the transfer of the compensation land to the Reserve be completed so that Band members could proceed to occupy and develop the land.

bre 1976, il a pris le décret 1398-76 prévoyant la signature de l'accord.

[205] Le 14 janvier 1977, le Manitoba a remis au Canada des copies de l'accord, signées par la bande (mais pas encore par le Manitoba), et lui a demandé de les signer.

[206] Les terres de remplacement ne sont devenues des terres de la réserve qu'en 1992. Les demandeurs se plaignent du retard, entre 1977 et 1992, mais ils divisent cette période en deux autres périodes, l'une commençant en 1977, lorsque le Manitoba était prêt à aller de l'avant, et se terminant en 1984, et l'autre allant de 1984 jusqu'à maintenant. Le présent litige porte sur la période allant de 1977 à 1984.

[207] Dès que l'accord d'indemnisation de 1974 lui a été remis, le Canada a reconnu l'existence de certains problèmes. Étant donné que l'accord visait le transfert de terres à une réserve indienne, le titre relatif à ces terres devait être détenu par Sa Majesté la Reine du chef du Canada. (Voir le paragraphe 18(1) et la définition de «réserve» figurant au paragraphe 2(1)<sup>19</sup> [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1] de la *Loi sur les Indiens*.) Le Canada estimait que l'accord d'indemnisation n'était pas exécutable si la bande de Fairford en était partie. Le 17 mai 1978, l'avocat du gouvernement, J. B. Beckett, a déclaré, dans un avis écrit, qu'il fallait prendre un décret fédéral en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* afin de permettre l'inondation des terres de la réserve et que l'accord était inadéquat à cette fin. Il a également exprimé l'avis selon lequel l'indemnisation du Manitoba par le Canada nécessiterait l'adoption d'une loi fédérale.

[208] En septembre 1978, le Canada a conclu que l'accord visait des terres qui faisaient déjà partie de la réserve et a demandé au Manitoba de prendre un décret modificateur.

[209] Le 8 mars 1979, le chef et le conseil de la bande de Fairford ont écrit au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien pour demander que les terres de remplacement soient transférées à la réserve de façon que les membres de la bande puissent les occuper et les aménager.

[210] On June 12, 1979, Canada advised Manitoba that the compensation agreement was unacceptable, that it would have to be embodied in a provincial order in council and that the Fairford Band could not be a party. It was pointed out that without a federal order in council under section 35 of the *Indian Act*, flooding of Reserve land could not be permitted and that the indemnity sought by Manitoba would require an Act of Parliament. The letter states that Indian Affairs did not disagree with the conditions of the agreement and that the only objection was with respect to procedure. In this respect, the letter is somewhat ambiguous in that it does not propose a federal order in council authorizing flooding of the Reserve or an Act of Parliament.

[211] Almost one year elapsed before Manitoba responded to the June 12, 1979 letter. It appears there was at least one meeting between federal and provincial lawyers in the spring of 1980 on the matter.

[212] In a letter dated May 6, 1980 from I. D. Frost of the Manitoba Department of the Attorney General to C. Henderson of the federal Department of Justice, Frost points out that section 35 of the *Indian Act* and indemnity difficulties referred to in the June 12, 1979 letter did not preclude compensation agreements covering these issues being completed with respect to the Little Saskatchewan or Lake St. Martin Bands. Manitoba appears to have taken the position that it would be satisfied with the agreement signed by Canada in so far as the issue of flooding of the Reserve and indemnity by Canada were concerned.

[213] For some reason, there was no response to this letter until November 26, 1981. The correspondence from Manitoba to Indian Affairs over this eighteen-month period evidences Manitoba's frustration over the federal Justice Department's delay in dealing with the matter. The November 26, 1981 letter reiterates the position Canada took in its June 12, 1979 letter. Again, the letter is ambiguous and while the need for section 35 of the *Indian Act* authority for flooding and an Act of Parliament authorizing indemnity from Canada are mentioned, there is no suggestion as to

[210] Le 12 juin 1979, le Canada a informé le Manitoba que l'accord d'indemnisation était inacceptable, qu'il devrait être incorporé dans un décret provincial et que la bande de Fairford ne pouvait pas être partie à l'accord. Il a été signalé qu'en l'absence d'un décret fédéral pris en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, l'inondation des terres de la réserve ne pouvait pas être autorisée et que l'indemnité demandée par le Manitoba nécessitait l'adoption d'une loi fédérale. La lettre dit que les Affaires indiennes acceptent les conditions de l'accord et que le ministère s'oppose uniquement à la procédure suivie. À cet égard, la lettre est plutôt ambiguë en ce sens qu'elle ne propose pas l'adoption d'un décret fédéral autorisant l'inondation des terres de la réserve ou l'adoption d'une loi fédérale.

[211] Près d'un an s'est écoulé avant que le Manitoba réponde à la lettre du 12 juin 1979. Il semble que des avocats du gouvernement fédéral et des avocats du gouvernement provincial se soient rencontrés au moins une fois au printemps 1980 pour examiner la question.

[212] Dans une lettre datée du 6 mai 1980, adressée à C. Henderson, du ministère fédéral de la Justice, I. D. Frost, du ministère du procureur général du Manitoba, signale que l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* et les problèmes d'indemnisation mentionnés dans la lettre du 12 juin 1979 n'empêchaient pas la conclusion d'accords d'indemnisation portant sur ces questions à l'égard des bandes de Little Saskatchewan ou du lac St-Martin. Le Manitoba paraît avoir pris la position selon laquelle l'accord signé par le Canada le satisfierait en ce qui concerne la question de l'inondation de la réserve et de l'indemnisation par le Canada.

[213] Pour une raison ou une autre, on a répondu à cette lettre le 26 novembre 1981 seulement. Les lettres que le Manitoba a envoyées aux Affaires indiennes au cours de cette période de 18 mois montrent jusqu'à quel point le temps que mettait le ministère fédéral de la Justice à examiner l'affaire frustrait le Manitoba. Dans sa lettre du 26 novembre 1981, le Canada réitère la position qu'il avait prise dans sa lettre du 12 juin 1979. Cette lettre est elle aussi ambiguë et bien que la nécessité de se fonder sur l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* relativement à la question de l'inondation et



how Canada proposed to deal with these issues.

[214] There was then further delay. A meeting was held between provincial and federal officials on November 23, 1982 at which some type of agreement as to how to proceed appears to have been reached. What that agreement was is not entirely clear from the evidence. There then followed a period of some 15 months in which correspondence between Canada and Manitoba was exchanged. Finally, on February 1, 1984 the Director, Reserves and Trusts, Manitoba Region, Indian and Inuit Affairs recommended to the Director General of Reserves and Trusts, Ottawa, that Canada enact the necessary order in council to accept the compensation land and grant the Province use of Reserve land for flooding. No reference is made to the indemnity which the Beckett legal opinion had said required an Act of Parliament. Nor is there any indication of the description of the land that Manitoba was to be authorized to flood.

[215] By the end of March 1984, a submission to the Governor in Council had been prepared; however, it appeared that there was a substantial backlog of submissions to the Governor in Council and there would be a further delay. Indeed, nothing further was done to complete the transfer of compensation land to reserve status.

[216] In September 1984, Jim Gallo, Land Entitlement Adviser, Indian and Inuit Affairs, Manitoba Region of the Department of Indian Affairs and Northern Development, became involved and set a new direction for negotiations between Canada and Manitoba. This will be dealt with under issue 4.J.

#### 4.H.2. Fiduciary Duty Analysis

[217] I accept Canada's argument that the delay through the 1977 to 1984 period is not solely attributable to Canada and that there was some consultation with the Fairford Band. Clearly, Manitoba took considerable time before responding to concerns raised

d'édicter une loi fédérale autorisant l'octroi d'une indemnité par le Canada soit mentionnée, la façon dont le Canada se proposait de régler ces questions n'est pas précisée.

[214] Il y a ensuite eu des retards additionnels. Les représentants provinciaux et les représentants fédéraux se sont rencontrés le 23 novembre 1982, et ils paraissent s'être entendus sur la procédure à suivre. La preuve ne montre pas clairement quelle était exactement l'entente. Il y a ensuite eu une période d'environ 15 mois au cours de laquelle le Canada et le Manitoba ont échangé des lettres. Enfin, le 1<sup>er</sup> février 1984, le directeur, Réserves et fidéicommis, région du Manitoba, Affaires indiennes et inuit, a recommandé au directeur général, Réserves et fidéicommis, Ottawa, que le Canada prenne le décret nécessaire en vue d'accepter les terres de remplacement et de permettre à la province d'utiliser les terres de la réserve en vue de les inonder. Il n'est pas fait mention de l'indemnité qui, selon l'avis juridique exprimé par M. Beckett, devait être approuvée au moyen d'une loi fédérale. De plus, les terres que le Manitoba était autorisé à inonder ne sont pas décrites.

[215] À la fin du mois de mars 1984, un rapport au gouverneur en conseil avait été préparé; toutefois, il paraît y avoir eu un gros arriéré, qui causerait encore du retard. De fait, on n'a pris aucune autre mesure en vue de mener à bonne fin le transfert à la réserve des terres de remplacement.

[216] En septembre 1984, Jim Gallo, conseiller en droits fonciers, Affaires indiennes et inuit, région du Manitoba, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, a commencé à s'occuper de l'affaire et a donné une nouvelle orientation aux négociations qui avaient lieu entre le Canada et le Manitoba. Il en sera question dans la section 4.J.

#### 4.H.2. Analyse de l'obligation fiduciaire

[217] Je retiens l'argument du Canada selon lequel le retard qu'il y a eu, entre 1977 et 1984, n'était pas uniquement attribuable au Canada et que la bande de Fairford avait dans une certaine mesure été consultée. À coup sûr, le Manitoba a tardé à répondre aux

by Canada in its letter of June 12, 1979. The correspondence indicates that the Chief of the Fairford Band was advised periodically of discussions between Canada and Manitoba.

[218] At the same time, I am satisfied that the prime cause of the delay rested with Canada and the delay was unjustified. Canada proceeded very slowly, to say the least, in its analysis of the situation and in its steps to move the matter forward. The correspondence indicates some degree of confusion amongst officials of the Indian Affairs Branch with respect to exactly what was required to finalize the transaction. It is not clear how Canada could propose an order in council authorizing Manitoba to flood reserve land when there was no description of that land in the agreement with Manitoba and what steps, if any, could be taken respecting the indemnity sought from Canada.

[219] In any event, Canada did not ratify the compensation agreement and by September 1984, there had been no progress from where the transaction stood when Canada was asked to ratify it in 1977. In a letter from Mr. Gallo to Manitoba dated September 18, 1984, Mr. Gallo, correctly in my view, describes the compensation agreement matter as "in a state of total and utter disarray".

[220] I think that when Canada received the compensation agreement from Manitoba in early 1977, it assumed a role as a fiduciary in relation to the Band. Indeed, it was Canada's position that the Band could not be a party to the agreement. It was Canada that had the unilateral authority to ratify the agreement. The usual circumstance in which Canada has been found to act in the role of a fiduciary is with respect to the surrender of reserve land. What gives rise to the fiduciary duty is the discretion vested in Canada to deal with surrendered land and the vulnerable position of the Indian band once it has surrendered the land. The same conditions apply when land is to become part of an Indian reserve. The legal title to the land is to be vested in Her Majesty in right of Canada and the land is to be set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band of Indians. Her Majesty must agree

préoccupations que le Canada avait exprimées dans sa lettre du 12 juin 1979. Cependant, la correspondance montre que le chef de la bande de Fairford était périodiquement tenu au courant des discussions qui avaient lieu entre le Canada et le Manitoba.

[218] En même temps, je suis convaincu que le retard était principalement attribuable au Canada et qu'il était injustifié. Le Canada a pour le moins été fort lent à agir, lorsqu'il s'est agi d'analyser la situation et de prendre des mesures en vue de faire avancer l'affaire. La correspondance montre qu'il y avait un certain degré de confusion parmi les fonctionnaires de la Division des affaires indiennes au sujet de ce qu'il fallait faire pour mettre un terme à l'opération. On ne sait pas trop comment le Canada pouvait proposer l'adoption d'un décret autorisant le Manitoba à inonder les terres de la réserve alors que l'accord conclu avec le Manitoba ne décrivait pas ces terres et ne précisait pas les mesures, le cas échéant, qui pouvaient être prises à l'égard de l'indemnité demandée.

[219] Quoi qu'il en soit, le Canada n'a pas ratifié l'accord d'indemnisation et, en septembre 1984, aucun progrès n'avait été fait depuis le moment où l'on avait demandé au Canada de ratifier l'accord, en 1977. Dans une lettre au Manitoba datée du 18 septembre 1984, M. Gallo décrit, correctement à mon avis, la question de l'accord d'indemnisation comme étant [TRADUCTION] «dans un état de confusion totale».

[220] Je crois que lorsque le Canada a reçu l'accord d'indemnisation du Manitoba au début de 1977, il a assumé un rôle de fiduciaire à l'égard de la bande. De fait, le Canada a pris la position selon laquelle la bande ne pouvait pas être partie à l'accord. C'était le Canada qui avait le pouvoir unilatéral de ratifier l'accord. Les circonstances habituelles dans lesquelles le Canada s'est trouvé à agir à titre de fiduciaire se rapportent à la cession de terres de la réserve. C'est le pouvoir discrétionnaire dévolu au Canada de s'occuper des terres cédées et de remédier à la vulnérabilité de la bande indienne, une fois qu'il a cédé les terres, qui donne naissance à l'obligation fiduciaire. Les mêmes conditions s'appliquent lorsque des terres doivent être ajoutées à une réserve indienne. Le titre légal relatif aux terres doit être dévolu à Sa Majesté la Reine du chef du Canada et les terres doivent être mises de côté

to take title to the land on specified terms and conditions. Once the band of Indians asks that the land become part of the reserve and places the matter in Canada's hands, it becomes completely vulnerable. It is reliant on Canada to agree with the party providing the land as to the terms upon which the land is provided and to carry out the transaction. As with surrendered land, when land is to become part of a reserve, the Crown is interposed between the party providing the land and the Indian band to protect the band from making an improvident transaction. Because the transaction involves land that is to become Reserve land, the Crown's obligation to the Band is not a public law duty but is in the nature of a private law duty (*Guerin, supra*, at page 385). Accordingly, I conclude that Canada acts in a fiduciary capacity with respect to the Indian band in such circumstances.

[221] A fiduciary must deal with the property he is entrusted to look after as if it was his own. The fiduciary must act with reasonable skill and diligence. Generally, I think that must include acting in a timely manner. See *Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1991] 2 F.C. 3 (T.D.), at page 15, *per* Strayer J. (as he then was).

[222] Canada did not act in a timely manner after it received the compensation agreement from Manitoba in 1977.

[223] The complicating factor in this case, however, is that, as will be explained, the 1974 compensation agreement was an improvident transaction from the Band's perspective. In exchange for 5771.91 acres of land, the Band was prepared to release Manitoba from any further claims and from any restriction on the operation of the Water Control Structure, irrespective of the extent of flooding that might result. While Canada is responsible for delay, it was to the Band's benefit that Canada did not ratify the agreement.

[224] The issue then is whether, in not ratifying an improvident transaction to which the Band was

par Sa Majesté à l'usage et au profit de la bande indienne. Sa Majesté doit consentir à détenir le titre à des conditions précises. Une fois que la bande indienne demande que les terres fassent partie de la réserve et qu'elle s'en remet au Canada, elle devient complètement vulnérable. Elle compte sur le Canada pour convenir avec la partie qui remet les terres des conditions auxquelles les terres sont remises et pour conclure l'opération. Comme dans le cas d'une cession, lorsque des terres doivent être ajoutées à une réserve, la Couronne s'interpose entre la partie qui remet les terres et la bande indienne, et doit protéger la bande contre une opération imprévoyante. Étant donné que l'opération se rapporte à des terres qui doivent être ajoutées à celles de la réserve, la Couronne n'a pas envers la bande une obligation de droit public, mais une obligation de la nature d'une obligation de droit privé (*Guerin, précité*, à la page 385). Je conclus donc qu'en pareil cas, le Canada agit en sa qualité de fiduciaire à l'égard de la bande indienne.

[221] Le fiduciaire doit s'occuper du bien qui lui est confié comme s'il lui appartenait. Il doit agir avec une compétence et une diligence raisonnables. En général, je crois qu'il doit entre autres agir en temps opportun. Voir *Bande Alexander (n° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1991] 2 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 15, juge Strayer (tel était alors son titre).

[222] Le Canada n'a pas agi en temps opportun après avoir reçu l'accord d'indemnisation du Manitoba en 1977.

[223] Toutefois, un facteur vient compliquer l'affaire; comme je l'expliquerai ci-dessous, l'accord d'indemnisation de 1974 était une opération déraisonnable pour la bande. En échange de terres d'une superficie de 5 771,91 acres, la bande était prête à libérer le Manitoba de toute autre demande et à lui permettre, sans restriction aucune, d'exploiter l'ouvrage de régularisation des eaux, et ce, quelle que soit l'étendue des inondations possibles. Le Canada est responsable du retard, mais c'est au profit de la bande qu'il n'a pas ratifié l'accord.

[224] Il s'agit donc de savoir si, en ne ratifiant pas une opération déraisonnable à laquelle la bande était

prepared to agree, Canada is saved from a finding of breach of fiduciary duty on account of delay. I do not think so. The facts demonstrate confusion on the part of those responsible as to what was required of Canada. Canada's letters to Manitoba were ambiguous, evidencing this confusion.

[225] In March 1984, Canada agreed to provide an order in council under section 35 granting Manitoba use of the Reserve for flooding. However, there is no indication of the amount of Reserve land that was involved. Nor is there any indication of how and whether Canada was prepared to deal with the indemnity that the agreement required of Canada.

[226] Canada may have been liable for breach of a fiduciary duty if it had proceeded to ratify an improvident transaction. However, Canada is not free of fiduciary liability because it delayed in ratifying the transaction. That is because the delay is not related to the improvidence of the transaction. Canada seems to have been willing to go along with the agreement. The delay was attributable to confusion on the part of Canada as to how to proceed.

[227] The duty of a fiduciary relates to the discretion that is to be exercised. That must include assessing the merits of the agreement from the point of view of the Indian band. What Canada was required to do was to determine, in a timely manner, what, if anything, was improvident in the compensation agreement and advise the Fairford Band. That is the reason for Canada's role as a fiduciary, interposed between the third party (Manitoba) and the Fairford Band. As Isaac C.J. stated at page 25 of *Semiahmoo*, *supra*:

I should emphasize that the Crown's fiduciary obligation is to withhold its own consent to surrender where the transaction is exploitative. In order to fulfil this obligation, the Crown itself is obliged to scrutinize the proposed transaction to ensure that it is not an exploitative bargain. As a fiduciary, the Crown must be held to a strict standard of conduct. [Second underlining mine.]

prête à consentir, le Canada est protégé contre toute conclusion selon laquelle il a violé son obligation fiduciaire en tardant à agir. Je ne le crois pas. Les faits montrent que la confusion régnait parmi les responsables, en ce qui concerne la question de savoir ce que le Canada devait faire. Les lettres du Canada au Manitoba étaient ambiguës et montraient qu'il y avait confusion.

[225] En mars 1984, le Canada a convenu de prendre, en vertu de l'article 35, un décret autorisant le Manitoba à utiliser les terres de la réserve pour les inonder. Toutefois, rien ne montre quelle était la superficie des terres en cause. De plus, rien ne montre de quelle façon le Canada était prêt à régler la question de l'indemnité qu'il devait verser en vertu de l'accord et s'il était prêt à le faire.

[226] Le Canada aurait peut-être violé une obligation fiduciaire s'il avait ratifié une opération déraisonnable. Toutefois, il n'est pas libéré de cette obligation du simple fait qu'il a tardé à ratifier l'opération, et ce, parce que le retard n'a rien à voir avec le caractère déraisonnable de l'opération. Le Canada semble avoir été prêt à consentir à l'accord. Le retard était attribuable à la confusion qui régnait au sujet de la procédure à suivre.

[227] L'obligation d'un fiduciaire est liée au pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé. Cela doit comprendre l'évaluation du bien-fondé de l'accord du point de vue de la bande indienne. Le Canada était tenu de déterminer, en temps opportun, ce qui était déraisonnable, le cas échéant, dans l'accord d'indemnisation et d'informer la bande de Fairford de la chose. Telle est la raison pour laquelle le Canada agissait à titre de fiduciaire et s'interposait entre les tiers (le Manitoba) et la bande de Fairford. Comme le juge en chef Isaac, de cette Cour, l'a dit à la page 25 de l'arrêt *Semiahmoo*, précité:

Je dois souligner qu'en vertu de son obligation fiduciaire, la Couronne est tenue de refuser de consentir à la cession si l'opération est abusive. Afin de satisfaire à cette obligation, la Couronne elle-même doit examiner avec soin l'opération envisagée afin de s'assurer qu'elle n'est pas abusive. En sa qualité de fiduciaire, la Couronne doit se conformer à une norme de conduite stricte. [C'est moi qui a fait le second soulignement.]

[228] Of course, had Canada acted in a timely manner, it is not known whether Manitoba would have agreed to a transaction that was not improvident from the point of view of the Band. However, this does not absolve Canada from liability for delay. In *Guerin*, *supra*, Dickson J. states at page 388:

When the promised lease proved impossible to obtain, the Crown, instead of proceeding to lease the land on different, unfavourable terms, should have returned to the Band to explain what had occurred and seek the Band's counsel on how to proceed.

That was the obligation on Canada in this case. In a timely manner, it should have determined that the compensation agreement was not acceptable, explained its reasons to the Band and sought instructions as to how to proceed. In not doing so, Canada breached its fiduciary duty to the Band.

[229] It is difficult to determine exactly when the breach occurred and its duration. I think the breach must have occurred when Canada's delay in dealing with the agreement became unreasonable. The matter was complex and certainly sometime had to be allowed for Canada to assess the transaction and decide on a course of action. Canada was presented with the agreement in January 1977. The first serious legal analysis is reflected in the J. B. Beckett opinion of May 1978. It had been requested on December 1, 1977. There is no explanation as to why it took over ten months to request the legal opinion and why the legal opinion took approximately six months to be delivered. I cannot see why, at least by the end of 1977, Canada should not have realized that in order to grant Manitoba use of Reserve land for flooding, that the relevant land would have to be described and that a definitive decision would have to be taken as to whether Canada was to provide the indemnity sought by Manitoba and if so, the means of providing such indemnity.

[230] In my view, Canada was in breach of its fiduciary duty to the Fairford Band commencing at the beginning of 1978 in respect of not exercising its

[228] Bien sûr, si le Canada avait agi en temps opportun, le Manitoba n'aurait peut-être pas consenti à une opération qui n'était pas déraisonnable pour la bande. Toutefois, cela n'absout pas le Canada de sa responsabilité. Dans l'arrêt *Guerin*, précité, le juge Dickson dit ceci, à la page 388:

Lorsqu'il s'est révélé impossible d'obtenir le bail promis, Sa Majesté, au lieu de procéder à la location des terres à des conditions différentes et défavorables, aurait dû retourner devant la bande pour lui expliquer ce qui s'était passé et demander son avis sur ce qu'il lui fallait faire.

Telle était l'obligation du Canada en l'espèce. Le Canada aurait dû décider en temps opportun que l'accord d'indemnisation n'était pas acceptable; il aurait dû expliquer ses raisons à la bande et lui demander des instructions au sujet de ce qu'il fallait faire. En omettant de le faire, le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande.

[229] Il est difficile de savoir exactement à quel moment la violation a eu lieu et pendant combien de temps. Je crois que la violation doit avoir été commise lorsque le retard est devenu déraisonnable. L'affaire était complexe et il fallait certainement accorder au Canada le temps nécessaire pour évaluer l'opération et décider des mesures à prendre. L'accord a été présenté au Canada en janvier 1977. La première analyse juridique sérieuse a été faite par J. B. Beckett dans l'avis qu'il a exprimé en mai 1978. L'analyse avait été demandée le 1<sup>er</sup> décembre 1977. Aucune explication n'a été donnée au sujet de la raison pour laquelle il avait fallu plus de dix mois pour demander l'avis juridique et pourquoi il a fallu environ six mois pour que l'avis soit donné. Je ne puis voir pourquoi le Canada n'aurait pas dû se rendre compte, du moins avant la fin de l'année 1977, que, pour autoriser le Manitoba à utiliser les terres de la réserve afin de les inonder, il faudrait décrire ces terres et prendre une décision finale au sujet de la question de savoir si l'indemnité demandée par le Manitoba devait être accordée et, dans l'affirmative, déterminer les modalités d'indemnisation.

[230] À mon avis, le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande de Fairford à compter du début de l'année 1978, du fait qu'il n'a

discretion with respect to the compensation agreement based upon a sound analysis of its deficiencies and in not so, advising the Fairford Band and seeking instructions. Between the beginning of 1978 and the time that Mr. Gallo took over the file in September 1984, there was no progress on these issues, little or no advice given to the Band as to the deficiencies of the agreement and no discussion with the Band as to how the matter should proceed. This period of over six and one half years constituted a period of unreasonable delay during which there was no adequate consultation with the Band. I have acknowledged that Manitoba was responsible for some delay over the elapsed period but that was minimal as compared to the delay caused by Canada. Over this period I find that Canada was in breach of its fiduciary duty to the Fairford Band in failing to competently address the deficiencies of the compensation agreement in a timely manner and in failing to consult with the Band once the deficiencies should have been discovered to determine a course of action to be taken.

Editor's Note (replacing  
paras. 231-277)

*At issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band in failing between 1977 and 1991 to address the problems resulting from the incomplete transfer of the 1974 compensation lands to reserve status while at the same time encouraging Indian settlement on the said lands. After addressing the question of the difficulties and loss and damage alleged by the plaintiffs, His Lordship concluded that the non-reserve status of the compensation land caused the Band and its members some administrative difficulty. However, the difficulties identified by the plaintiffs either did not give rise to specific loss or damage or were addressed by the Crown. Also deleted are the facts relating the question of whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band in actively negotiating with the Province of Manitoba from 1984 to 1991 in respect of compensation for the adverse effects of*

pas exercé son pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'accord d'indemnisation en se fondant sur une analyse réfléchie de ses lacunes, qu'il n'a pas informé la bande de Fairford des lacunes et qu'il ne lui a pas demandé d'instructions. Entre le début de l'année 1978 et le moment où M. Gallo a pris en main le dossier, en septembre 1984, aucun progrès n'a été fait à l'égard de ces questions, la bande n'a pas été conseillée au sujet des lacunes de l'accord ou fort peu de conseils lui ont été donnés à ce sujet, et il n'y a pas eu de discussions avec la bande au sujet de ce qu'il fallait faire. Étant donné que la bande n'a pas été adéquatement consultée pendant plus de six ans et demi, le retard est déraisonnable. J'ai reconnu que le Manitoba était en partie responsable du retard, mais le retard qui lui est attribuable est minime comparativement au retard occasionné par le Canada. Je conclus que, pendant cette période, le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande de Fairford en omettant de remédier d'une façon compétente aux lacunes de l'accord d'indemnisation en temps opportun et en omettant, une fois que les lacunes auraient dû être découvertes, de consulter la bande en vue de déterminer les mesures à prendre.

Note de l'arrêtiste (remplaçant  
les par. 231 à 277)

*Il s'agissait de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en omettant, entre 1977 et 1991, de remédier aux problèmes découlant du transfert incomplet des terres de remplacement visées par l'accord d'indemnisation de 1974 de façon qu'elles fassent partie de la réserve, tout en encourageant les Indiens à s'établir sur lesdites terres. Après avoir examiné les problèmes qui s'étaient posés ainsi que la perte et le préjudice allégués par les demandeurs, le juge a conclu que le fait que les terres de remplacement ne faisaient pas partie de la réserve avait causé des problèmes administratifs à la bande et à ses membres. Toutefois, les problèmes mentionnés par les demandeurs ne donnaient pas lieu à une perte ou à un préjudice précis ou encore la Couronne avait remédié à la situation. Sont également omis les faits se rapportant à la question de savoir si la*

*the dam, without the involvement or knowledge of the Band. There was a lengthy chronology of events and references to documents covering the period 1984 to 1992.*

*Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en négociant activement avec le Manitoba entre 1984 et 1991 à l'égard de l'indemnité accordée pour les effets préjudiciables du barrage sans que la bande participe à ces négociations ou sans qu'elle en ait connaissance. Le juge a fait un long exposé des événements et des documents se rapportant à la période allant de 1984 à 1992.*

4.J. Did Canada breach its fiduciary duty to the Fairford Band “in actively negotiating with the Province from 1984 (after it became clear to Canada that no agreement existed with Manitoba) to and including 1991 in respect of compensation for the adverse effects of the Water Control Structure, without the involvement or knowledge of the Band in the details of same”?

4.J. Le Canada a-t-il violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande de Fairford «en négociant activement avec la province entre 1984 (après qu'il s'est clairement rendu compte qu'aucun accord n'avait été conclu avec le Manitoba) jusqu'à l'année 1991 inclusivement, à l'égard de l'indemnité accordée pour les effets préjudiciables de l'ouvrage de régularisation des eaux, sans que la bande participe à ces négociations ou sans qu'elle en ait connaissance»?

[278] By Order in Council 1992-430 dated March 12, 1992, Canada accepted the 5771.91 acres of compensation land and set it apart for the use and benefit of the Fairford Band as an addition to IR No. 50.

[278] Par le décret 1992-430 daté du 12 mars 1992, le Canada a accepté les terres de remplacement d'une superficie de 5 771,91 acres et les a mises de côté à l'usage et au profit de la bande de Fairford à titre d'additions à la RI n° 50.

#### 4.J.4. Conclusions Drawn from the Facts

#### 4.J.4. Conclusions tirées des faits

[279] This lengthy chronology of events and reference to documents from 1984 to 1992 indicates:

[279] Cette longue chronologie des événements et cette longue mention des documents, de 1984 à 1992, permettent de faire les constatations suivantes:

1. It was clear that as of September 1984, Canada understood it could not ratify the 1974 agreement the Band had signed without leaving the Band open to unlimited flooding without recourse against Manitoba;

1. Il était clair qu'en septembre 1984, le Canada comprenait qu'il ne pouvait pas ratifier l'accord de 1974 que la bande avait signé puisque la bande serait alors assujettie à des inondations sans restriction et n'aurait pas de recours contre le Manitoba;

2. By December 1984, Canada had determined that the Band had entered into an improvident transaction with Manitoba and that it would be difficult to get Manitoba's consent to reopen the agreement;

2. En décembre 1984, le Canada avait décidé que la bande avait conclu une opération déraisonnable avec le Manitoba et qu'il serait difficile d'obtenir le consentement du Manitoba en vue de négocier à nouveau l'accord;

3. By December 1985, Manitoba had conceded that flood limits would have to be established;

3. En décembre 1985, le Manitoba avait concédé que des niveaux d'inondation devaient être fixés;

4. Canada took the position that mapping and survey work would be required to determine if Manitoba's proposed flood limits were reasonable;

5. Between September 1984, and February 1986, there is no evidence of any relevant communication between Indian Affairs and the Fairford Band;

6. After February 1986, the communications and information flowing between Indian Affairs and the Band were significantly increased;

7. Much information had to be gathered to determine flood limits and this took considerable time;

8. Delays were occasioned by Manitoba and the Band over this period but not by Canada;

9. The compensation land was transferred to Canada and was set apart for the use and benefit of the Fairford Band as an addition to IR No. 50 without the Band giving up the rights it was prepared to forego in the 1974 compensation agreement.

[280] The evidence demonstrates that while up to September 1984, Canada's understanding and progress with respect to the compensation land agreement was inadequate, the situation changed when Mr. Gallo took over the file. Mr. Gallo quickly identified important deficiencies in the compensation agreement. However, while he should have communicated with the Fairford Band as soon as he discovered these deficiencies and discussed with the Band how to proceed, he did not do so until February 1986. In the meantime, he continued to negotiate with Manitoba and by the end of 1985 had moved Manitoba to the point where flood limits were being considered. Canada did not enter into any binding agreement with Manitoba on behalf of the Fairford Band during this time.

[281] After February 1986, the Band was involved and was consulted by Canada with respect to negotiations with Manitoba. The evidence does not support

4. Le Canada a pris la position selon laquelle des travaux de cartographie et d'arpentage devraient être exécutés en vue de déterminer si les niveaux d'inondation proposés par le Manitoba étaient raisonnables;

5. Entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986, rien ne montre qu'il y ait eu des communications pertinentes entre les Affaires indiennes et la bande de Fairford;

6. Après le mois de février 1986, les communications et renseignements échangés entre les Affaires indiennes et la bande avaient augmenté de beaucoup;

7. Il fallait rassembler un grand nombre de renseignements pour déterminer les niveaux d'inondation et cela prenait énormément de temps;

8. Au cours de cette période, les retards ont été occasionnés par le Manitoba et par la bande, mais non par le Canada;

9. Les terres de remplacement ont été transférées au Canada et ont été mises de côté à l'usage et au profit de la bande de Fairford à titre d'additions à la RI n° 50 sans que la bande renonce aux droits auxquels elle était prête à renoncer dans l'accord d'indemnisation de 1974.

[280] La preuve montre que jusqu'au mois de septembre 1984, le Canada comprenait mal l'accord d'indemnisation et faisait peu de progrès à cet égard, mais que la situation a changé lorsque M. Gallo a pris l'affaire en main. M. Gallo a rapidement découvert des lacunes importantes dans l'accord d'indemnisation. Il aurait dû communiquer avec la bande de Fairford dès qu'il a découvert ces lacunes et discuter avec elle de la façon de procéder, mais il ne l'a fait qu'en février 1986. Dans l'intervalle, il a continué à négocier avec le Manitoba et, à la fin de 1985, il avait obtenu du Manitoba qu'on examine la question des niveaux d'inondation. Pendant ce temps, le Canada n'a pas conclu d'entente obligatoire avec le Manitoba pour le compte de la bande de Fairford.

[281] Après le mois de février 1986, la bande était en cause et le Canada la consultait au sujet des négociations avec le Manitoba. La preuve n'étaye pas



the plaintiffs' allegation that Canada actively negotiated with Manitoba after this date without the involvement or knowledge of the Band.

#### 4.J.5. Fiduciary Duty Analysis

[282] The only period during which the plaintiffs' allegation of non-consultation is supported by the evidence is from September 1984, to February 1986. I have said it would have been preferable for Mr. Gallo to have consulted with the Band over this time. Did Canada's failure to consult with the Band over this time give rise to a breach of fiduciary duty? In the circumstances here, I am of the opinion that it did.

[283] In *Guerin, supra*, Dickson J. found that the obligation on Canada to consult arose when it proved impossible to obtain a lease on the terms upon which the Band had surrendered its land. At that point, rather than entering into a different, less favourable lease, Canada had a duty to consult with the Musqueam Band as to how to proceed (at page 388).

[284] In the case at bar, at the time in question, September 1984, to February 1986, Canada's fiduciary duty was to protect the Band in its dealings with Manitoba. I think Mr. Gallo was attempting to carry out this duty. Over the relevant period there is no evidence of delay or, except for the failure to consult, any other malfeasance on his part. It appears to me that his actions were, except for the failure to consult, diligent and consistent with those expected of a fiduciary.

[285] There is no indication in the material before me that earlier consultation would have had any impact on the course of negotiations with Manitoba. However, the duty to consult is not dependent on a retrospective assessment of whether consultation would have been useful. When Canada was unilateral-

l'allégation des demandeurs selon laquelle le Canada avait activement négocié avec le Manitoba après cette date, sans que la bande participe aux négociations ou sans qu'elle soit au courant de la situation.

#### 4.J.5. Analyse de l'obligation fiduciaire

[282] La seule période pour laquelle l'allégation des demandeurs selon laquelle il n'y a pas eu consultation est étayée par la preuve est celle qui va du mois de septembre 1984 au mois de février 1986. J'ai déjà dit qu'il aurait été préférable que M. Gallo consulte la bande au cours de cette période. L'omission du Canada de consulter la bande pendant cette période a-t-elle donné lieu à la violation d'une obligation fiduciaire? Eu égard aux circonstances, je suis d'avis qu'elle y a donné lieu.

[283] Dans l'arrêt *Guerin*, précité, le juge Dickson a conclu que l'obligation de consulter qui incombait au Canada avait pris naissance lorsqu'il s'était avéré impossible d'obtenir un bail aux conditions auxquelles la bande avait cédé les terres. Au lieu de procéder à la location des terres à des conditions différentes et défavorables, le Canada était tenu de consulter la bande Musqueam au sujet de ce qu'il fallait faire (à la page 388).

[284] En l'espèce, pendant la période en question, soit entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986, l'obligation fiduciaire du Canada consistait à protéger la bande lorsqu'elle traitait avec le Manitoba. Je crois que M. Gallo tentait de s'acquitter de cette obligation. Pendant la période pertinente, rien ne montre qu'il y a eu un retard ou, à l'exception de l'omission de consulter, quelque autre délit d'action ou de commission de la part de M. Gallo. Les mesures qu'il a prises me paraissent, à l'exception de l'omission de consulter, diligentes et conformes à ce qu'on s'attendrait d'un fiduciaire.

[285] Rien ne montre dans la documentation dont je dispose qu'une consultation antérieure aurait influé sur le cours des négociations avec le Manitoba. Toutefois, l'obligation de consulter ne dépend pas d'une évaluation rétrospective de la question de savoir s'il était utile de consulter la bande. Lorsque le Canada traitait

ly dealing with Manitoba, the duty to consult existed and the failure to consult during this period constituted a breach of fiduciary duty on the part of Canada.

## 5. LIMITATION OF ACTIONS

### 5.A. The Six-Year Limitation Period

[286] The defendant argues that the plaintiffs' claims must be dismissed as they are statute-barred. They rely on clause 2(1)(k) of *The Limitation of Actions Act* of Manitoba, R.S.M. 1987, Clause L150. Clause 2(1)(k) which states:

2(1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned:

...

(k) actions grounded on accident, mistake or other equitable ground of relief not hereinbefore specifically dealt with, within six years from the discovery of the cause of action;

[287] Manitoba courts have held that clause 2(1)(k) applies to a breach of fiduciary duty (see: *C. (C.D.) v. Starzecki*, [1996] 2 W.W.R. 317 (Man. Q.B.), at page 323). A six-year limitation period is imposed on the claims advanced by the plaintiffs.

[288] The plaintiffs' statement of claim was filed on September 15, 1993. The defendant submits that all claims are statute-barred, except those alleging a breach of fiduciary duty by Canada arising on and after September 15, 1987.

[289] Subject to the following considerations, claims arising prior to September 15, 1987, are statute-barred.

### 5.B. Improper Pleadings

[290] The plaintiffs argue that the defendant did not properly plead *The Limitation of Actions Act* as a defence. Counsel quoted from *Sandvik, A. B. v. Windsor Machine Co.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 433 (F.C.T.D.) to the effect that a plea should set out the

unilatéralement avec le Manitoba, il était tenu de consulter la bande et l'omission de la consulter pendant cette période constituait une violation d'une obligation fiduciaire de la part du Canada.

## 5. PRESCRIPTION

### 5.A. Le délai de prescription de six ans

[286] Le défendeur soutient que les demandes des demandeurs doivent être rejetées parce qu'elles sont prescrites. On invoque l'alinéa 2(1)(k) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. L150. L'alinéa 2(1)(k) est ainsi libellé:

2(1) Les actions suivantes se prescrivent par les délais respectifs indiqués ci-dessous:

[. . .]

k) une action fondée sur un accident, une erreur ou un autre motif de recours reconnu en Équité, sauf les motifs mentionnés aux alinéas ci-dessus, se prescrit par six ans, à compter de la découverte de la cause d'action;

[287] Les tribunaux du Manitoba ont statué que l'alinéa 2(1)(k) s'applique à la violation d'une obligation fiduciaire (voir: *C. (C.D.) v. Starzecki*, [1996] 2 W.W.R. 317 (B.R. Man.), à la page 323). Un délai de prescription de six ans est imposé à l'égard des demandes que les demandeurs ont présentées.

[288] La déclaration des demandeurs a été déposée le 15 septembre 1993. Le défendeur soutient que toutes les demandes sont prescrites, à l'exception de celles dans lesquelles il est allégué que le Canada a violé une obligation fiduciaire à compter du 15 septembre 1987.

[289] Sous réserve des considérations ci-après énoncées, les demandes antérieures au 15 septembre 1987 sont prescrites.

### 5.B. Plaidoyers non appropriés

[290] Les demandeurs soutiennent que le défendeur n'a pas invoqué de la façon appropriée la *Loi sur la prescription* comme moyen de défense. L'avocat a cité la décision *Sandvik, A. B. c. Windsor Machine Co.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 433 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) selon laquelle

material facts giving rise to the invocation of the limitations legislation and specify which provincial limitations provisions are relied on and the effect that they have. However, plaintiffs' counsel offered no arguments respecting what material facts he thought were missing.

[291] The defendant's statement of defence provides:

19. As to the Statement of Claim as a whole, he says that the Fairford First Nations and the named Plaintiffs are statute barred by the Limitations of Action Act R.S.M. 1987 c. L150 as amended, and in particular section 2(1) thereof and by the Federal Court Act, Revised Statutes of Canada, 1970 2nd Supplement, c. 10 as amended and in particular s. 39 thereof.

[292] The defendant's pleading is not ambiguous. This case is not similar to *Sandvik, supra*, in which the defendants failed to identify which provincial limitations legislation they intended to rely on and the Trial Judge found that the pleas "leave the plaintiff completely in the dark" (*per* Collier J., at page 443). I find that in this case the plaintiffs had ample notice as to what was alleged in the statement of defence. Clause 2(1)(k) of *The Limitation of Actions Act* of Manitoba was properly pleaded.

...

#### 5.D. Continuing Breach

[295] The plaintiffs' general approach to their case has been to argue that Canada continually breached its fiduciary duties to the Band from the time when Canada approved and partly financed the Water Control Structure. In the words of counsel, "throughout the evidence, I kept trying to knit everything from 1958 forward into the breach of fiduciary duty." This "knitting" together of the facts commencing in 1958 was clearly an attempt to circumvent the six-year limitation period imposed by *The Limitation of Actions Act*.

le moyen invoqué devrait énoncer les faits substantiels qui permettent d'invoquer les dispositions relatives à la prescription et préciser sur quelles dispositions provinciales la partie se fonde ainsi que l'effet de ces dispositions. Toutefois, l'avocat des demandeurs n'a présenté aucun argument à l'égard des faits substantiels qui, selon lui, n'avaient pas été invoqués.

[291] La défense du défendeur se lit comme suit:

[TRADUCTION]

19. Quant à la déclaration dans son ensemble, il affirme que la demande de la première nation de Fairford et des demandeurs désignés est prescrite en vertu de la *Loi sur la prescription*, L.R.M. 1987, ch. L150, dans sa forme modifiée, et en particulier du paragraphe 2(1) de cette loi ainsi qu'en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e supp.), ch. 10, dans sa forme modifiée, et en particulier de l'article 39 de cette loi.

[292] L'acte de procédure du défendeur n'est pas ambigu. Cette affaire n'est pas semblable à l'affaire *Sandvik*, précitée, dans laquelle les défenderesses avaient omis de désigner la législation provinciale sur la prescription sur laquelle elles entendaient se fonder et dans laquelle le juge du procès a conclu que «les moyens ne donnent absolument aucun renseignement à la demanderesse» (juge Collier, à la page 443). Je conclus qu'en l'espèce, les demandeurs avaient amplement été avisés de ce qui était allégué dans la défense. L'alinéa 2(1)(k) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba a été plaidé d'une façon appropriée.

...

#### 5.D. Violation continue

[295] L'approche générale que les demandeurs ont adoptée à l'égard de leur cause consistait à soutenir que le Canada a violé de façon continue l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande à compter du moment où il a approuvé et en partie financé l'ouvrage de régularisation des eaux. Comme l'a dit l'avocat, [TRADUCTION] «pendant tout le temps où la preuve a été présentée, j'ai essayé de lier tout ce qui s'est passé depuis 1958 à la violation d'une obligation fiduciaire». Cela constituait clairement une tentative de sa part pour se soustraire au délai de prescription de six ans imposé par la *Loi sur la prescription* du Manitoba.

[296] Continuing breach has been argued in previous cases. In *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, *supra*, Isaac C.J. specifically addressed this issue stating at pages 34-35:

While the respondent's post-surrender fiduciary duty can be seen as continuing so long as the respondent retains ownership and control over the land, I am of the view that any breach of that duty must be located at a specific point in time. It would defeat the very purpose of limitation periods to find that a breach of fiduciary duty continues for so long as the Crown retains the surrendered land . . . .

The Trial Judge's error, however, was in focusing on whether or not there could be a continuing breach of fiduciary duty, rather than locating the respondent's post-surrender fiduciary duty to the Band in respect of the surrendered land, and asking whether or not that duty was breached at one or more specific points in time . . . . The proper inquiry is to determine whether this continuing post-surrender fiduciary duty was breached at any point in time; not to look for a so-called "continuing breach." [Emphasis in original.]

[297] In making the above comments, Isaac C.J. relied on *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band* (1995), 99 F.T.R. 1 (F.C.T.D.) and *Lower Kootenay Indian Band v. Canada*, [1992] 2 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.), at page 118. In *Wewayakum*, Teitelbaum J., canvassed the law and stated at page 68:

I agree, that . . . a cause of action arises, and may be sued upon only once . . . . The fact that Cape Mudge may have suffered a loss (which in my view they did not) between 1907 and the present does not give rise in law to "continuing damages" or a "continuing cause of action".

[298] And, in referring to Dubé J. in *Lower Kootenay*, Teitelbaum J. went on to say [at pages 68-69]:

I also note that Dube, J., in *Lower Kootenay Indian Band and Luke v. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241 (T.D.) rejected the argument that a "continuing" cause of action can circumvent a limitation defence. In the *Luke* case the plaintiff Band claimed damages on a year by year basis for each year during which the Crown failed in its alleged

[296] La violation continue a été plaidée dans des affaires antérieures. Dans l'arrêt *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, précité, le juge en chef Isaac, de cette Cour, a expressément abordé cette question, aux pages 34 et 35:

L'obligation fiduciaire qui incombait à l'intimée après la cession peut être considérée comme continue tant que cette dernière conserve la propriété et le contrôle des terres, mais j'estime que tout manquement à cette obligation doit pouvoir être situé à un moment précis. Conclure que le manquement à une obligation fiduciaire se poursuit tant que la Couronne conserve les terres cédées irait à l'encontre du but même des délais de prescription [. . .]

Toutefois, le juge de première instance a commis une erreur en mettant l'accent sur la question de savoir s'il pouvait y avoir un manquement continu à une obligation fiduciaire, plutôt qu'en situant dans le temps l'obligation fiduciaire que l'intimée avait, après la cession, envers la bande à l'égard des terres cédées et en se demandant s'il y avait eu manquement à cette obligation à un moment donné [. . .] Il convient de décider si, après la cession, l'intimée a manqué à cette obligation continue à un moment donné, et non de se demander s'il y a eu un soi-disant «manquement continu». [C'est le juge en chef qui souligne.]

[297] En faisant les remarques précitées, le juge en chef Isaac se fondait sur les décisions *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1995), 99 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada*, [1992] C.N.L.R. 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 118. Dans la décision *Wewayakum*, le juge Teitelbaum a examiné le droit et a dit ce qui suit, à la page 68:

La Couronne soutient, et je suis d'accord, [. . .] que la cause d'action ne prend naissance et ne peut fonder une action qu'une seule fois [. . .] Le fait que Cape Mudge ait pu subir une perte (ce qui, à mon avis, n'est pas le cas) entre 1907 et aujourd'hui ne donne pas naissance en droit à des «dommages-intérêts continus» ou à une «cause d'action continue»

[298] En parlant des remarques que le juge Dubé avait faites dans la décision *Lower Kootenay*, le juge Teitelbaum a ajouté ceci [aux pages 68 et 69]:

Je remarque également que, dans la décision *Bande indienne de Lower Kootenay et Luke c. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Dubé a écarté l'argument suivant lequel une cause d'action «continue» peut faire échouer la défense de prescription. Dans l'affaire *Luke*, la bande demanderesse réclamait des dommages-intérêts pour

fiduciary duty to terminate an improvident lease negotiated by the Crown on behalf of the Band. Dube, J., rejected the Band's argument that the accrual of damages for each year during which the Crown failed to terminate the Band's lease gave rise to a new cause of action unaffected by a limitation period. At p. 293 Dube, J., made the following comments:

So there remains to be determined which limitation period applied to each breach and at what time. In my view, the original cause of action arose in 1934 at the outset of the 50 year lease. The mere fact that it is a lease does not automatically renew the cause of action every year and I know of no authority for such a proposition. But other causes of action may arise during that period.

[299] A continuing breach argument is without merit. The plaintiffs assert an ongoing breach beginning in 1958. However, simply because subsequent circumstances give rise to a fiduciary duty and a cause of action for breach of that duty, does not mean that such cause of action retroactively revives a limitation period relative to an earlier cause of action arising from earlier circumstances. Each alleged cause of action arises out of a distinct set of circumstances. A separate and distinct cause of action for breach of fiduciary duty against Canada arises with respect to each distinct set of circumstances and a period of limitation will begin to run in respect of each alleged breach of fiduciary duty.

#### 5.E. Discoverability

[300] The date on which a cause of action arises is not necessarily the date at which a limitation period will begin to run. Clause 2(1)(k) of *The Limitation of Actions Act* of Manitoba, *supra*, has a built in "discoverability" provision, that time does not begin to run for limitation purposes until "the discovery of the cause of action". A cause of action is considered to be discoverable when "the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence" (*Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2

chaque année pendant laquelle la Couronne avait manqué à sa présumée obligation fiduciaire de mettre fin à un bail imprévoyant négocié par la Couronne pour le compte de la bande. Le juge Dubé a rejeté l'argument de la bande portant que le cumul de dommages-intérêts pour chaque année au cours de laquelle la Couronne avait omis de mettre fin au bail de la bande a donné naissance à une nouvelle cause d'action à l'abri de tout délai de prescription. À la p. 293, le juge Dubé a fait les commentaires suivants:

Il reste donc à décider quel délai de prescription s'applique à chaque manquement et à quel moment. À mon avis, la cause d'action originale a pris naissance en 1934 au début du bail de cinquante ans. Le simple fait qu'il s'agisse d'un bail n'entraîne pas automatiquement renouvellement de la cause d'action chaque année et à ma connaissance, aucune autorité ne peut être citée à l'appui de cette proposition. Cependant, d'autres causes d'action peuvent prendre naissance pendant cette période.

[299] L'argument qu'il y a eu violation continue n'est pas fondé. Les demandeurs affirment qu'il y a eu violation continue depuis 1958. Toutefois, le simple fait que des circonstances subséquentes donnent lieu à une obligation fiduciaire et à une cause d'action fondée sur la violation de cette obligation ne veut pas dire que la cause d'action a pour effet de remettre en vigueur rétroactivement un délai de prescription se rapportant à une cause d'action antérieure découlant de circonstances qui sont survenues antérieurement. Chaque cause d'action alléguée découle d'un ensemble distinct de circonstances. Une cause d'action distincte fondée sur la violation d'une obligation fiduciaire invoquée contre le Canada découle de chaque ensemble distinct de circonstances et un nouveau délai de prescription commencera à courir à l'égard de chaque violation alléguée de l'obligation fiduciaire.

#### 5.E. Possibilité de découverte

[300] La date à laquelle une cause d'action prend naissance n'est pas nécessairement celle à laquelle le délai de prescription commence à courir. L'alinéa 2(1)(k) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba, précitée, renferme une disposition concernant la «possibilité de découvrir» une cause d'action, selon laquelle le délai ne commence pas à courir, aux fins de la prescription, tant qu'il n'y a pas eu «découverte de la cause d'action». Une cause d'action est considérée comme pouvant être découverte lorsque «les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont

S.C.R. 147, at page 224; see also *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at page 34).

[301] In the context of discoverability, I turn to the causes of action which the plaintiffs have succeeded in establishing: that Canada breached its fiduciary duty to the Fairford Band in delaying consideration of the compensation agreement and failing to consult between the beginning of 1978 and September 1984 and in failing to consult the Band between September 1984 and February 1986. I limit my discussion of limitations to these issues as I have not found a valid cause of action to have arisen with respect to the plaintiffs' other allegations. Both the delay and the failures to consult occurred more than six years before the plaintiffs' statement of claim was filed on September 15, 1993.

[302] The question then is at what point the plaintiffs could have discovered, through reasonable diligence, that they had these causes of action against Canada.

[303] The documentation indicates that the Fairford Band was aware of delay as early as March 8, 1979, when they wrote to the Minister of Indian affairs asking that the transfer of the compensation land to reserve status be completed so that Band members could proceed to occupy and develop the land. On July 10, 1981, a Band Council resolution was passed indicating the Band Council's desire that Canada exercise diligence in setting aside the compensation lands as reserve lands "without further delay".

[304] On subsequent occasions, either in writing or orally, the Band made known its frustration with respect to the delay in the compensation lands being transferred to reserve status. There is no question that the Band was fully aware that delay was occurring.

[305] What the Band was not aware of, in my opinion, was whether the delay was for justifiable

été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable». (*Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, à la page 224; voir également *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, à la page 34).

[301] Dans le contexte de la possibilité de découverte, j'examinerai les causes d'action que les demandeurs ont réussi à établir: à savoir que le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande de Fairford en tardant à examiner l'accord d'indemnisation ainsi qu'en omettant de consulter la bande entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984 et en omettant de consulter la bande entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986. Je limite mon analyse de la prescription à ces questions étant donné que je n'ai pu constater l'existence d'aucune cause d'action valable à l'égard des autres allégations des demandeurs. Le retard et l'omission de consulter la bande se sont produits plus de six ans avant que la déclaration des demandeurs soit déposée, le 15 septembre 1993.

[302] Il s'agit donc de savoir à quel moment les demandeurs auraient pu découvrir, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, qu'ils avaient ces causes d'action contre le Canada.

[303] La documentation montre que la bande de Fairford était au courant du retard dès le 8 mars 1979, lorsqu'elle a écrit au ministre des Affaires indiennes pour demander que le transfert des terres de remplacement soit effectué de façon que les membres de la bande puissent occuper et aménager les terres. Le 10 juillet 1981, le conseil de la bande a adopté une résolution montrant qu'il souhaitait que le Canada fasse preuve de diligence en mettant de côté les terres de remplacement à titre de terres de la réserve [TRANSDUCTION] «sans délai».

[304] Par la suite, par écrit ou oralement, la bande a fait connaître sa frustration à l'égard du fait qu'on tardait à transférer les terres de remplacement de façon qu'elles fassent partie de la réserve. Il est certain que la bande était parfaitement au courant du retard.

[305] Cependant, à mon avis, la bande ne savait pas si le retard était attribuable à des motifs justifiables ou

reasons or whether Canada was simply failing to act with the diligence required of a fiduciary. The evidence indicates that the Band did not become aware that the delay was unjustified until approximately 1992. In 1991, the Band engaged the firm of E. E. Hobbs and Associates Ltd. to research events giving rise to the Water Control Structure and the subsequent failure to conclude a satisfactory settlement, as well as to assess the damages that had been suffered. After it was retained, Hobbs and Associates reviewed public records of both Manitoba and Canada and conducted interviews of various persons including present and past government officials.

[306] Volume 1 of the Hobbs Report, dated February 1992, "It Has Cost Us Our Lives", provides an historical analysis of events including the period from 1977 to 1984. It is apparent from the Report that Hobbs and Associates reviewed files of the Department of Indian and Northern Affairs in conducting its analysis. The Report refers to various letters between Canada and Manitoba and between officials of the Department.

[307] The Report makes express reference to the letter from the Department of Indian Affairs to Manitoba dated September 18, 1984, describing the status of the matter as "in a state of total and utter disarray".

[308] The evidence before me suggests that during the 1977 to 1984 period, when queried by Band representatives as to the status of the compensation agreement, officials of the Department simply assured the Band that the matter was being attended to and was under control. On some occasions, Band members were told that the fault for the delay lay with Manitoba. At no time is there any indication that Canada accepted any blame for the delay. Canada's mishandling of the compensation agreement negotiations between the beginning of 1978, and September of 1984, only became known when Hobbs and Associates reviewed the Department's files and ascertained that "bureaucratic confusion and bungling" appeared

si le Canada omettait simplement d'agir avec la diligence dont le fiduciaire doit faire preuve. La preuve montre que la bande a appris que le retard était injustifié uniquement vers 1992. En 1991, la bande a retenu les services de la firme E. E. Hobbs and Associates Ltd. en vue d'effectuer des recherches sur les événements qui avaient donné lieu à la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux et à l'omission subséquente de conclure un règlement satisfaisant, ainsi qu'en vue d'évaluer les dommages qui avaient été subis. Après que ses services eurent été retenus, Hobbs and Associates a examiné les archives publiques tant du Manitoba que du Canada et a rencontré diverses personnes, et notamment d'anciens fonctionnaires et des fonctionnaires en place.

[306] Le volume 1 du rapport Hobbs, daté du mois de février 1992, intitulé «It Has Cost Us Our Lives», renferme une analyse historique des événements qui se sont produits, notamment entre 1977 et 1984. Il ressort du rapport que la firme a examiné les dossiers du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien en effectuant son analyse. Le rapport mentionne diverses lettres échangées entre le Canada et le Manitoba ainsi qu'entre les fonctionnaires du ministère.

[307] Le rapport fait expressément mention de la lettre que le ministère des Affaires indiennes a envoyée au Manitoba le 18 septembre 1984, décrivant la situation comme étant [TRADUCTION] «dans un état de confusion totale».

[308] La preuve dont je dispose laisse entendre qu'entre 1977 et 1984, lorsque les représentants de la bande demandaient où en était l'accord d'indemnisation, les fonctionnaires du Ministère se contentaient d'assurer à la bande qu'on s'occupait de l'affaire et que tout allait bien. À certains moments, on a dit aux membres de la bande que c'était le Manitoba qui était responsable du retard. Rien ne montre que le Canada a accepté d'être blâmé pour le retard. On a appris jusqu'à quel point le Canada avait été négligent en s'occupant des négociations relatives à l'accord d'indemnisation entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984 uniquement lorsque la firme Hobbs and Associates a examiné les dossiers du

to be the reason for delay.

[309] I do not think Canada's mishandling of the matter could have been reasonably discovered before the Hobbs investigation. Until 1990, there is no indication that the Fairford Band thought it had a cause of action against Canada and nothing in the documentation demonstrates that the Band would have had reason to believe that when Canada was acting in a fiduciary capacity, it was not acting with reasonable diligence. It was not until October 11, 1990, when government lawyer Thomas A. Saunders wrote to Chief Andrew Anderson that the Band began to question the legality of Canada's conduct. The letter states in part:

I am unsure as to whether the Band has had legal counsel assisting them in this matter as yet or not, but it would be my suggestion that it is necessary at this point for the band to retain a lawyer to ensure its interest [*sic*] are properly looked after.

(If you presently do not have counsel and need assistance in selecting a lawyer, I would be pleased to offer you whatever help I can, if you would like.)

[310] I am satisfied that prior to delivery of the Hobbs Report in February 1992, the Fairford Band could not have reasonably discovered the material facts relating to Canada's handling of the compensation agreement between the beginning of 1978, and September 1984. With respect to the plaintiffs' cause of action for delay over this period, I find that the action falls within the limitation period prescribed by clause 2(1)(k) of *The Limitation of Actions Act* of Manitoba and that the action is not statute-barred on this issue.

[311] With respect to Canada's failure to consult the Fairford Band between September 1984, and February 1986, the evidence is that the Band was made aware, in February 1986, of the efforts that Canada had been making with Manitoba during that period. In his letter to Chief Anderson of the Fairford Band and to the chiefs of the Little Saskatchewan and Lake St. Martin Bands, dated February 17, 1986, L. Robinson, Director of Reserves and Trusts, Indian and Northern Affairs

Ministère et a constaté que le retard semblait être attribuable [TRADUCTION] «à la confusion et à la maladresse bureaucratiques».

[309] Je ne crois pas qu'il aurait été raisonnablement possible de découvrir que le Canada s'occupait de l'affaire d'une façon négligente avant que Hobbs fasse enquête. Rien ne montre, jusqu'en 1990, que la bande de Fairford croyait avoir une cause d'action contre le Canada et rien dans la documentation ne montre qu'il y aurait eu lieu pour la bande de croire que, lorsque le Canada agissait à titre de fiduciaire, il ne faisait pas preuve d'une diligence raisonnable. Ce n'est que le 11 octobre 1990, lorsque l'avocat du gouvernement, Thomas A. Saunders, a écrit au chef Andrew Anderson que la bande a commencé à remettre en question la légalité de la conduite du Canada. La lettre est en partie ainsi libellée:

[TRADUCTION] Je ne sais pas trop si la bande a déjà retenu les services d'un avocat pour l'aider dans la présente affaire, mais à mon avis, il faudrait maintenant qu'elle ait un avocat qui veille à ce que ses intérêts soient protégés d'une façon appropriée.

(Si vous n'avez pas encore d'avocat et que vous avez besoin d'aide pour en choisir un, c'est avec plaisir que je vous aiderai si vous le désirez.)

[310] Je suis convaincu qu'avant la présentation du rapport Hobbs, en février 1992, la bande de Fairford n'aurait pas pu raisonnablement découvrir les faits importants concernant la façon dont le Canada s'était occupé de l'accord d'indemnisation entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984. En ce qui concerne la cause d'action des demandeurs fondée sur le fait que la Couronne a tardé à agir au cours de cette période, je conclus que l'action a été intentée dans le délai imparti à l'alinéa 2(1)(k) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba et qu'elle n'est pas prescrite.

[311] Quant à l'omission du Canada de consulter la bande de Fairford entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986, la preuve montre que la bande a été mise au courant, en février 1986, des efforts que le Canada avait faits auprès du Manitoba pendant cette période. Dans la lettre qu'il a envoyée au chef Anderson de la bande de Fairford, ainsi qu'aux chefs des bandes de Little Saskatchewan et du lac St-Martin, le 17 février 1986, L. Robinson, direc-



Canada, wrote:

Since September, 1984, we have been trying to obtain the Province's consent to amend two articles of the Fairford Control compensation agreements which were signed between 1974 and 1976. These amendments concern the level to which Manitoba can flood reserve lands and the nature of the title to the compensation lands to be set apart for each of the three reserves. The amendments which we are seeking are required before Canada can ratify the compensation agreements and make them of legal force and effect under the Indian Act.

This letter makes it clear that the Fairford Band was informed in February 1986 about the matters which Canada had failed to consult with it between September 1984 and February 1986. The plaintiffs' cause of action for failure to consult in this period became statute-barred in February 1992.

## 6. CONCLUSION

[312] I have gone to considerable length to elaborate my understanding of the facts and the law in respect of each of the instances of breach of fiduciary duty alleged by the plaintiffs. I have done so because, in the circumstances of this case, I thought it important that the plaintiffs' claims be addressed substantively, and that they be given an explanation for the Court's findings.

[313] On the evidence before me, I am quite satisfied that while in some material respects, living conditions on the Fairford Reserve have improved over the past forty years, in other respects there has been a deterioration in the quality of life for many members of the Band. From what I have heard, I think that this deterioration arises from a number of causes, one of which was the disruption to the Reserve and the activities and lives of Fairford Band members by the operation of the Water Control Structure.

[314] As much as I have sympathy for the plaintiffs, my decision must be based on the facts proven in

teur, Réserves et fidéicommiss, Affaires indiennes et du Nord Canada, a écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Depuis le mois de septembre 1984, nous avons essayé d'obtenir le consentement de la province à l'égard de la modification de deux clauses des accords d'indemnisation concernant la régularisation de la rivière Fairford qui ont été signés entre 1974 et 1976. Ces modifications se rapportent au niveau jusque auquel le Manitoba peut inonder les terres de la réserve et à la nature du titre relatif aux terres de remplacement qui doivent être mises de côté pour chacune des trois réserves. Il faut effectuer les modifications demandées pour que le Canada puisse ratifier les accords d'indemnisation et leur donner effet en vertu de la Loi sur les Indiens.

Cette lettre montre clairement que la bande de Fairford a été informée en février 1986 des questions à l'égard desquelles le Canada avait omis de la consulter entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986. La cause d'action fondée sur l'omission de consulter la bande au cours de cette période est prescrite depuis le mois de février 1992.

## 6. CONCLUSION

[312] Je me suis longuement attardé à donner des précisions sur la façon dont j'interprétais les faits et le droit à l'égard de chacun des cas de violation d'obligation fiduciaire allégués par les demandeurs. Je l'ai fait parce que, eu égard aux circonstances de l'espèce, je croyais qu'il est important que les demandes présentées par les demandeurs soient examinées au fond et que la Cour donne des explications aux demandeurs au sujet des conclusions qu'elle a tirées.

[313] Compte tenu de la preuve dont je dispose, je suis tout à fait convaincu qu'à certains égards, les conditions de vie dans la réserve de Fairford se sont améliorées au cours des quarante dernières années, mais qu'à d'autres égards, il y a eu une détérioration de la qualité de la vie pour de nombreux membres de la bande. D'après ce que j'ai entendu dire, je crois que cette détérioration est attribuable à un certain nombre de causes, dont l'une était le bouleversement que l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux avait causé à la réserve ainsi qu'aux activités et aux vies des membres de la bande.

[314] Je sympathise énormément avec la situation des demandeurs, mais ma décision doit être fondée sur

evidence and the rule of law. That means applying the provisions of the *Indian Act*, *The Limitation of Actions Act* of Manitoba and other relevant legislation and common law relating to fiduciary duties as expressed primarily by the Supreme Court of Canada. That results in only a very limited finding of breach of fiduciary duty that is not statute-barred in this case. The plaintiffs may now proceed to prove damages based on that breach.

[315] The plaintiffs' claim is dismissed except for the finding of breach of fiduciary duty by Canada with respect to the delay and failure to consult between the beginning of 1978 and September 1984. This cause of action is not statute-barred.

[316] The matter of costs is reserved for further submissions by the parties.

[317] The parties shall communicate with the Registry to fix a date for the assessment of damages.

<sup>1</sup> Except when the plaintiffs' argument is quoted in these reasons, the term "Band" is used rather than "First Nation" as "Band" is the term used in the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, as amended.

<sup>2</sup> There was flooding in some earlier years but it was not as serious as in 1967 and later years.

<sup>3</sup> Initially the land to be transferred amounted to 5651.37 acres. This was increased by the closure of certain road allowances to 5771.91 acres.

<sup>4</sup> There was an indication from counsel that the Band has been engaging in continuing negotiations with the Province but that has no bearing on this decision.

<sup>5</sup> One allegation, that Canada breached its fiduciary duty to the Band by failing to address socio-political problems arising from the incomplete transfer of compensation lands has been treated by the Court as a determination of whether loss or damage has resulted from that breach.

<sup>6</sup> The plaintiffs relied on a Board resolution dated August 13, 1956, which they said proved that downstream interests such as those of the Fairford Band were ignored by the

les faits tels qu'ils ont été établis ainsi que sur la primauté du droit. Cela veut dire qu'il faut appliquer les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, de la *Loi sur la prescription* du Manitoba et des autres lois pertinentes ainsi que la common law, telles qu'elles s'appliquent aux obligations fiduciaires et telles qu'elles ont été énoncées principalement par la Cour suprême du Canada. Il en résulte une conclusion très restreinte de violation non prescrite d'une obligation fiduciaire. Les demandeurs peuvent maintenant commencer à faire la preuve du préjudice découlant de cette violation.

[315] La demande que les demandeurs ont présentée est rejetée sauf en ce qui concerne la conclusion selon laquelle le Canada a violé son obligation fiduciaire en tardant à agir et en omettant de consulter la bande entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984. Cette cause d'action n'est pas prescrite.

[316] La question des dépens est remise à plus tard de façon que les parties puissent présenter des observations additionnelles.

[317] Les parties communiqueront avec le greffe pour fixer la date à laquelle les dommages-intérêts seront établis.

<sup>1</sup> Sauf lorsque les plaidoyers des demandeurs sont cités dans ces motifs, le mot «bande» est employé plutôt que l'expression «première nation» étant donné que ce mot est celui qui est utilisé dans la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, dans sa forme modifiée.

<sup>2</sup> Il y avait eu des inondations au cours des années antérieures, mais elles n'étaient pas aussi graves que celles qui ont eu lieu en 1967 et par la suite.

<sup>3</sup> Initialement, la superficie des terres qui devaient être transférées était de 5 651,37 acres. La superficie des terres transférées est par la suite passée à 5 771,91 acres par suite de la fermeture de certaines réserves routières.

<sup>4</sup> Les avocats ont fait savoir qu'il y a eu des négociations continues entre la bande et la province, mais cela n'est pas pertinent aux fins qui nous occupent.

<sup>5</sup> La Cour a considéré l'allégation selon laquelle le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il a envers la bande, en omettant de remédier aux problèmes sociopolitiques découlant du transfert incomplet des terres de remplacement, comme se rapportant à la question de savoir si cette violation a entraîné une perte ou un préjudice.

<sup>6</sup> Les demandeurs se sont fondés sur une résolution de la Commission datée du 13 août 1956, qui établissait selon eux que la Commission n'avait pas tenu compte des intérêts des

Board. As will later appear, I find this not to be the case.

<sup>7</sup> McLachlin J. wrote concurring reasons only for herself and Major J. Her reasons are the only ones to address the Band's argument as to the scope of the Crown's fiduciary duty.

<sup>8</sup> S. 35(1) provides:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

<sup>9</sup> La Forest J. wrote for three judges and Iacobucci J. agreed with La Forest J. in the result. Sopinka and McLachlin JJ. wrote for three judges in dissent.

<sup>10</sup> See particularly p. 466 when they state: "As we have seen, the cases suggest that the distinguishing characteristic between advice *simpliciter* and advice giving rise to a fiduciary duty is the ceding by one party of effective power to the other."

<sup>11</sup> In the reasons of La Forest J. reference is made at p. 410 to Finn, P. D., "The Fiduciary Principle" [in Youdan, T. G. (ed.). *Equity, Fiduciaries and Trusts*], at pp. 50-51:

. . . fiduciary responsibilities will be exacted where the function the advisor represents himself as performing . . .

I interpret La Forest J.'s reference to undertaking as reflecting the same concept as Finn's reference to the advisor representing himself.

<sup>12</sup> The ceding of power by one party to the other, whereby the ceding party does not retain the power and ability to make decisions, would not seem to arise from a course of conduct.

<sup>13</sup> It could be argued that s. 31(1) places Canada in a fiduciary position as it gives Canada a discretionary power to take action on behalf of an Indian or band. For example, in *Blueberry*, the Supreme Court of Canada held that the failure of the Superintendent General to exercise his discretion to rectify errors prejudicing the interests of Indians under s. 64 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10] founded a claim for breach of fiduciary duty against the Crown. However, the Minister's duty stemmed from the fact that the Indians were left vulnerable because they did not have the power to correct the error. The authority given to the Attorney General under s. 31(1) does not operate in such a way as to leave the Indians vulnerable or without the opportunity to bring their own action.

<sup>14</sup> In making this statement, I of course recognize that such other causes of action must still be proven and that the question of limitation of actions would still be relevant.

<sup>15</sup> S. 28(2) refers to a permit in writing. Permit is not defined in the *Indian Act*. By letter dated November 29,

tiers en aval, tels que ceux de la bande de Fairford. Comme nous le verrons ci-dessous, je conclus que ce n'est pas le cas.

<sup>7</sup> Le juge McLachlin a écrit des motifs concourants uniquement en son nom personnel et au nom du juge Major. Ses motifs sont les seuls qui traitent de l'argument de la bande au sujet de l'étendue de l'obligation fiduciaire de la Couronne.

<sup>8</sup> L'art. 35(1) est ainsi libellé:

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

<sup>9</sup> Le juge La Forest a prononcé des motifs au nom de trois juges et le juge Iacobucci a souscrit à l'avis du juge La Forest quant au résultat. Les juges Sopinka et McLachlin ont prononcé des motifs dissidents au nom de trois juges.

<sup>10</sup> Voir, en particulier, la p. 466, où la remarque suivante est faite: «Comme nous l'avons vu, il ressort de la jurisprudence que ce qui distingue les conseils purs et simples de ceux qui donnent naissance à une obligation fiduciaire est le transfert d'un pouvoir réel d'une partie à l'autre.»

<sup>11</sup> Dans ses motifs, le juge La Forest fait mention, à la p. 410, de Finn, P. D., «The Fiduciary Principle» [dans Youdan, T.G. (éd.) *Equity, Fiduciaries and Trusts*], aux p. 50 et 51:

[TRADUCTION] [. . .] des responsabilités fiduciaires seront imposées si la fonction que le conseiller prétend remplir [. . .].

J'interprète l'engagement dont le juge La Forest fait mention comme correspondant au concept du conseiller qui «prétend remplir» une fonction dont Finn fait mention.

<sup>12</sup> La cession d'un pouvoir par une partie à une autre partie, par laquelle le cédant ne conserve pas le pouvoir et la capacité de prendre des décisions, ne semblerait pas découler d'une conduite.

<sup>13</sup> Il serait possible de soutenir que l'art. 31(1) place le Canada dans la situation d'un fiduciaire étant donné qu'il confère à celui-ci le pouvoir discrétionnaire d'intenter une action au nom d'un Indien ou d'une bande. Ainsi, dans l'arrêt *Blueberry*, la Cour suprême du Canada a statué que l'omission du surintendant général d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'il possède de corriger des erreurs portant atteinte aux droits des Indiens en vertu de l'art. 64 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10] pouvait servir de fondement à un recours en violation d'une obligation fiduciaire contre la Couronne. Toutefois, l'obligation du ministre découlait du fait que les Indiens étaient vulnérables parce qu'ils n'avaient pas le pouvoir de corriger l'erreur. Le pouvoir conféré au procureur général en vertu de l'art. 31(1) ne s'applique pas de façon à rendre les Indiens vulnérables ou à les empêcher d'intenter leur propre action.

<sup>14</sup> En faisant cette observation, je reconnais, bien sûr, que ces autres causes d'action doivent néanmoins être prouvées et que la question de la prescription serait encore pertinente.

<sup>15</sup> L'art. 28(2) fait mention d'un permis écrit. Le mot «permis» n'est pas défini dans la *Loi sur les Indiens*. Par

1960, Mr. Leslie wrote to T. E. Weber, Chief Engineer, Water Control and Conservation Branch, Province of Manitoba quoting Mr. Jones' letter to him of November 21, 1960. Mr. Leslie then states:

I trust the above quoted observation will make final the arrangements for use of reserve land which have been under discussion, and that the permission indicated in the Headquarters letter is satisfactory to your purposes.

I treat Mr. Leslie's letter as a permit in writing in accordance with s. 28(2) of the *Indian Act*.

<sup>16</sup> Nature of the rights at issue:

There was no dispute that interference with hay production on Reserve land constituted interference with the use and benefit of the Reserve by the Band and its members. In their memorandum, the plaintiffs argued that their rights to hunt, trap and fish on an unoccupied Crown land lying adjacent to or near the Fairford Reserve were Aboriginal rights, as well as rights under Treaty No. 2 (Treaty between Her Majesty the Queen and the Chippewa and Cree Indians of Manitoba and Country Adjacent with Adhesions, 21 August 1871; for reference see: Canada, *Indian Treaties and Surrenders* (Ottawa: Queen's Printer, 1957) and the Natural Resources Transfer Agreement (NRTA), which came into force on July 15, 1930. The Agreement is set out in Schedule (1.) to the *Constitution Act, 1930*, [20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16)] [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 26].

Canada argued that the plaintiffs' Aboriginal rights to hunt, trap and fish were extinguished by Treaty No. 2 based on oral representations made during the negotiation of the Treaty. The defendant says that the plaintiffs' rights to hunt, trap and fish now derive from the provisions of Treaty No. 2 and the NRTA alone. The plaintiffs, on the other hand, argued that Treaty No. 2 makes no mention of their rights to hunt, trap and fish and that these rights therefore survive the Treaty, and are later modified by the NRTA.

Para. 13 of the Manitoba NRTA extinguishes any existing Aboriginal or treaty right to engage in commercial hunting and fishing and continues, subject to certain qualifications, Aboriginal or treaty rights to hunt, trap and fish for food (see: *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at p. 797, per Cory J. referencing para. 12 of the Saskatchewan NRTA). Para. 13 of the Manitoba NRTA provides:

une lettre datée du 29 novembre 1960, M. Leslie a écrit à T. E. Weber, ingénieur en chef, Direction de la régularisation et de la conservation des eaux, Manitoba, en citant la lettre que M. Jones lui avait envoyée le 21 novembre 1960. M. Leslie dit ensuite ceci:

[TRADUCTION] J'espère que les observations susmentionnées mettront un point final aux dispositions visant à permettre l'utilisation des terres de la réserve dont il a été question et que l'autorisation mentionnée dans la lettre de l'administration centrale vous satisfait.

Je considère la lettre de M. Leslie comme constituant un permis écrit au sens de l'art. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*.

<sup>16</sup> Nature des droits en question:

Il n'a pas été contesté que le fait qu'on a gêné la production de foin sur les terres de la réserve constituait une entrave à l'utilisation de la réserve par la bande et par ses membres. Dans leur mémoire, les demandeurs ont soutenu que le droit de se livrer à des activités de chasse, de piégeage et de pêche sur les terres publiques inoccupées situées à côté ou à proximité de la réserve de Fairford était un droit ancestral ainsi qu'un droit issu du Traité n° 2 (Traité entre Sa Majesté la Reine et les Chippouais et les Cris du Manitoba et des territoires adjacents, et adhésions à ces derniers, 21 août 1871; pour consultation, voir: Canada, *Indian Treaties and Surrenders* (Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1957) et la Convention sur le transfert des ressources naturelles (Convention), qui a pris effet le 15 juillet 1930. L'accord est énoncé à l'annexe (1.) de la *Loi constitutionnelle de 1930*, [20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26].

Le Canada a soutenu que les droits ancestraux des demandeurs en ce qui concerne la chasse, le piégeage et la pêche, ont été éteints par le Traité n° 2, compte tenu de déclarations faites oralement pendant la négociation du Traité. Le défendeur dit que les droits de chasse, de piégeage et de pêche des demandeurs ne sont maintenant prévus que par les dispositions du Traité n° 2 et de la Convention. D'autre part, les demandeurs ont soutenu que le Traité n° 2 ne fait pas mention de leurs droits de chasse, de piégeage et de pêche et que ces droits ont donc continué à exister après la signature du Traité et qu'ils ont par la suite été modifiés par la Convention.

Le par. 13 de la Convention concernant le Manitoba éteint tout droit ancestral ou tout droit issu d'un traité existant permettant aux Indiens de se livrer à des activités de chasse et de pêche commerciale et maintient, à certaines conditions, les droits ancestraux ou les droits issus de traités qui leur sont reconnus lorsqu'il s'agit de se livrer à des activités de chasse, de piégeage et de pêche pour se nourrir (voir: *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, à la p. 797, juge Cory, qui parlait du par. 12 de la Convention concernant la Saskatchewan). Le par. 13 de la Convention concernant le Manitoba est ainsi libellé:

13. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping, and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

For the purposes of this case it is sufficient to recognize that the plaintiffs have a right to hunt, trap and fish for food on the Fairford Reserve and on adjacent or nearby unoccupied Crown land pursuant to para. 13 of the NRTA.

<sup>17</sup> As previously discussed, the reference is to p. 349 of *Guerin, supra*, at which Wilson J. states that Canada is under a fiduciary duty to protect and preserve a band's interest from invasion or destruction and p. 339 of *Union, supra*, at which MacKay J. notes that a duty exists not to permit unjustified adverse effects upon continuing Aboriginal interests.

<sup>18</sup> In 1970 the Canada *Expropriation Act* was amended by S.C. 1969-70, c. 41, s. 24 (now R.S.C., 1985, c. E-21, s. 26(11)) to expressly provide that in determining the value of expropriated land no account is to be taken of the Crown's anticipated or actual use of the land after the expropriation. Prior to this amendment the criteria for calculation of compensation under Canadian expropriation law were less settled but it was nevertheless clear at that time that compensation was not to be based on value to the taker (see: *Diggon-Hibben Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712, at p. 715 and *Woods v. The King*, [1951] S.C.R. 504, at p. 508).

<sup>19</sup> 2. (1) In this Act,

“reserve”

(a) means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band, and  
 (b) except in subsection 18(2), sections 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 to 60 and the regulations made under any of those provisions, includes designated lands.

13. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Aux fins qui nous occupent, il suffit de reconnaître que les demandeurs ont le droit de se livrer à des activités de chasse, de piégeage et de pêche pour se nourrir dans la réserve de Fairford ainsi que sur les terres publiques inoccupées adjacentes ou voisines conformément au par. 13 de la Convention.

<sup>17</sup> Comme il en a déjà été fait mention, les demandeurs se reportent à la p. 349 de l'arrêt *Guerin, supra*, où le juge Wilson dit que le Canada a l'obligation fiduciaire de protéger et de préserver le droit que possède une bande contre les violations du droit de propriété et la destruction ainsi qu'à la p. 339 de la décision *Union, supra*, où le juge MacKay fait remarquer qu'il existe une obligation de ne pas permettre des effets négatifs injustifiés sur des droits ancestraux permanents.

<sup>18</sup> En 1970, la *Loi sur l'expropriation* du Canada a été modifiée par S.C. 1969-70, ch. 41, art. 24 (maintenant L.R.C. (1985), ch. E-21, art. 26(11)) de façon à prévoir expressément qu'en déterminant la valeur des terres expropriées, il n'est tenu aucun compte de tout usage que la Couronne envisage de faire ou fait réellement du bien-fonds après l'expropriation. Avant que cette modification ait été effectuée, le critère à appliquer aux fins du calcul de l'indemnité à verser en vertu de la législation canadienne sur l'expropriation était moins bien établi, mais il était néanmoins clair à ce moment-là que l'indemnité ne devait pas être fondée sur la valeur des terres pour le preneur (voir: *Diggon-Hibben Ltd. v. The King*, [1949] R.C.S. 712, à la p. 715, et *Woods v. The King*, [1951] R.C.S. 504, à la p. 508).

<sup>19</sup> 2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«réserved» Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande; y sont assimilées les terres désignées, sauf pour l'application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime.

A-890-97

Musqueam Indian Band and Chief Joseph Ralph Becker, Ernie Campbell, Wayne Sparrow, Leona M. Sparrow, Nolan Charles, Mary Charles, Johnna Crawford, Gail Y. Sparrow, Myrtle McKay, Larry Grant and Her Majesty the Queen (*Plaintiffs*) (*Appellants*)

v.

Mary Glass, Hin F. Ko, Mabel W. Ko, Roy Westwick, Gwyneth M. Westwick, Kerry-Lynne Ferris, Stephen W. Findlay, Norah C. Findlay, Jerry Janes, Diana Janes, Gregory Pappas, Tasie Pappas, Solon S. Wang, Peter M. Lee, Herbert M. Lewis, Alexander Kalinowski, Katarina Kalinowski, John W. Whitefoot, Sheila M. Whitefoot, Lisbet MacKay, Pierre Dow, Mona McKinnon, Wong L. Lee, Man-Loong Lee, John M. Glaiserman, Juan L.G. Cam, Elizabeth C. Cam, Evelyn M. Murray, William T. Ziemba, James R. Thompson, Ann B. Thompson, Yum C. Lau, Irene Lau, James Y. P. King, Tjin K. Tan, Eiji Murakami, Miyako Murakami, Thomas W. F. Fung, Amy M. L. Chan, Gertrude Henneken, Hans T. Henneken, Howard G. Isman, Marjorie E. Isman, Stanley Evans, Dorothy Evans, Khi Yoeng Tjin, Wen-Tien Tai, Kui-Hsiang Huang, Phyllis Weinstein, Patricia Lai, Wilfred E. Patton, Jean M. Patton, Attilio Girardi, Mary Girardi, Irma E. Boulter, George S. Boulter, John G. Cragg, Olga B. Cragg, Howard E. Cadinha, Arlene B. Cadinha, Maria C. Ormond, Douglas R. Eyrl, Judith F. Eyrl, Cheung K. Choi, Chan P. K. Choi, Celia Kaan, Cecil S. C. Kaan, Ramon Y. Kaan, Helena Kan, Leslie Bara, Ottilia Bara, Alfred K. Lee, Esther K. Lee, Diana W. C. Sung, Donald C. Graham, Winnifred A. Graham, Ronald J. MacKee, Alexander H. Wong, Stella L. Wong, Edward B. Huyck, Dorothy A. Huyck, Frederick S. Edy, Ellen V. Edy, Victor H. Hildebrand, John E. Egan, Chi K. Ching, Siu Y. Chan, Lavender Chu, Frederick Chu, George E. Rush, Anne L. Rush, Herta J. Neumann, Cornelius Neumann, James A. Forsythe, Diane R. Forsythe, Peter J. Funk, Elizabeth Funk, Elfriede Machek, Adelheid Machek, Lillian P. Toews, Hui C. Keung, Patricia H. K. S. Wah, Vadilal J. Modi, Mira V.

A-890-97

Bande indienne de Musqueam et chef Joseph Ralph Becker, Ernie Campbell, Wayne Sparrow, Leona M. Sparrow, Nolan Charles, Mary Charles, Johnna Crawford, Gail Y. Sparrow, Myrtle McKay, Larry Grant et Sa Majesté la Reine (*demandeurs*) (*appelants*)

c.

Mary Glass, Hin F. Ko, Mabel W. Ko, Roy Westwick, Gwyneth M. Westwick, Kerry-Lynne Ferris, Stephen W. Findlay, Norah C. Findlay, Jerry Janes, Diana Janes, Gregory Pappas, Tasie Pappas, Solon S. Wang, Peter M. Lee, Herbert M. Lewis, Alexander Kalinowski, Katarina Kalinowski, John W. Whitefoot, Sheila M. Whitefoot, Lisbet MacKay, Pierre Dow, Mona McKinnon, Wong L. Lee, Man-Loong Lee, John M. Glaiserman, Juan L.G. Cam, Elizabeth C. Cam, Evelyn M. Murray, William T. Ziemba, James R. Thompson, Ann B. Thompson, Yum C. Lau, Irene Lau, James Y. P. King, Tjin K. Tan, Eiji Murakami, Miyako Murakami, Thomas W. F. Fung, Amy M. L. Chan, Gertrude Henneken, Hans T. Henneken, Howard G. Isman, Marjorie E. Isman, Stanley Evans, Dorothy Evans, Khi Yoeng Tjin, Wen-Tien Tai, Kui-Hsiang Huang, Phyllis Weinstein, Patricia Lai, Wilfred E. Patton, Jean M. Patton, Attilio Girardi, Mary Girardi, Irma E. Boulter, George S. Boulter, John G. Cragg, Olga B. Cragg, Howard E. Cadinha, Arlene B. Cadinha, Maria C. Ormond, Douglas R. Eyrl, Judith F. Eyrl, Cheung K. Choi, Chan P. K. Choi, Celia Kaan, Cecil S. C. Kaan, Ramon Y. Kaan, Helena Kan, Leslie Bara, Ottilia Bara, Alfred K. Lee, Esther K. Lee, Diana W. C. Sung, Donald C. Graham, Winnifred A. Graham, Ronald J. MacKee, Alexander H. Wong, Stella L. Wong, Edward B. Huyck, Dorothy A. Huyck, Frederick S. Edy, Ellen V. Edy, Victor H. Hildebrand, John E. Egan, Chi K. Ching, Siu Y. Chan, Lavender Chu, Frederick Chu, George E. Rush, Anne L. Rush, Herta J. Neumann, Cornelius Neumann, James A. Forsythe, Diane R. Forsythe, Peter J. Funk, Elizabeth Funk, Elfriede Machek, Adelheid Machek, Lillian P. Toews, Hui C. Keung, Patricia H. K. S. Wah, Vadilal J. Modi, Mira V.

Modi, Charles H. Shnier, Elaine C. Shnier, Agnes P. C. Shen, Carol M. Lau, Dennis Lau, Marjorie McClelland, Arthur Nee, Laura T. Nee, Donald W. Scheideman, Kathryn M. Scheideman, William N. King, Allan J. Hunter, Grace K. Hunter, Grace NG, Irving Glassner, Noreen C. Glassner, Priscilla Fratkin, Nancy B. Berner, Gregory Hryhorchuk, Darcy L. Hryhorchuk, Astley E. Smith, Betty Ann Smith, Lily R. Eng. (*Defendants*) (*Respondents*)

INDEXED AS: *MUSQUEAM INDIAN BAND v. GLASS (C.A.)*

Court of Appeal, Desjardins, Robertson and Sexton J.J.A.—Vancouver, November 3 and 4; Ottawa, December 21, 1998.

*Native peoples — Lands — Lots located on Indian reserve, surrendered to Crown by Indian Band for leasing — Crown entering into Master Agreement with private developer to subdivide land, install services — Developer receiving leases for each subdivided lot, assigning them to individuals for residential use — Annual rent under lease to be 6% of “current land value” — Whether “current land value” meaning value of 99-year leasehold on Indian Reserve or fee simple value of land — Parties intending Band to be entitled to receive as rent 6% of fee simple value of land — Band’s intention to receive fair, conservative return on value of capital investment — Case law on Aboriginal land valuation reviewed — “Current land value” meaning fee simple value of land — Indian reserve feature not diminishing market value of property — Trial Judge wrong in imposing 50% reduction on reserve land — Parties intending land to be valued in unserviced form — Costs of servicing, development to be deducted from fee simple value of lots to determine “current land value”.*

This was an appeal from a Trial Division decision determining the annual fair rent for the 20-year period commencing June 8, 1995 for 75 large lots located on Musqueam Indian Reserve No. 2 in a most desirable location in Vancouver. The lots in question comprise an area of 40 acres which were surrendered to the Crown by the Musqueam Indian Band to be leased. On June 8, 1965, the Crown entered into a Master Agreement with a private developer whose mandate was to subdivide the land and install services. The developer received leases for each

Modi, Charles H. Shnier, Elaine C. Shnier, Agnes P. C. Shen, Carol M. Lau, Dennis Lau, Marjorie McClelland, Arthur Nee, Laura T. Nee, Donald W. Scheideman, Kathryn M. Scheideman, William N. King, Allan J. Hunter, Grace K. Hunter, Grace NG, Irving Glassner, Noreen C. Glassner, Priscilla Fratkin, Nancy B. Berner, Gregory Hryhorchuk, Darcy L. Hryhorchuk, Astley E. Smith, Betty Ann Smith, Lily R. Eng. (*défendeurs*) (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: *BANDE INDIENNE DE MUSQUEAM c. GLASS (C.A.)*

Cour d’appel, juges Desjardins, Robertson et Sexton, J.C.A.—Vancouver, 3 et 4 novembre; Ottawa, 21 décembre 1998.

*Peuples autochtones — Terres — Lots situés sur une réserve indienne, cédés à la Couronne par une bande indienne à des fins de location — La Couronne a conclu une entente cadre avec un promoteur privé en vue de faire un plan de lotissement du terrain et d’y fournir des services — Le promoteur a reçu des baux pour chacun des lots et les a cédés à des particuliers à des fins résidentielles — Le bail précisait que le loyer annuel équivaldrait à 6 % de la «valeur courante du terrain» — La «valeur courante du terrain» désignait-elle la valeur d’un droit de tenure à bail de 99 ans sur la réserve indienne ou la valeur du terrain détenu en pleine propriété? — L’intention des parties était que la bande avait le droit de recevoir, à titre de loyer, 6 % de la valeur de la pleine propriété — L’intention de la bande était de s’assurer un rendement équitable et modéré sur la valeur des investissements — Revue de la jurisprudence sur l’évaluation de terres autochtones — La «valeur courante du terrain» signifie la valeur d’un terrain détenu en pleine propriété — Le fait qu’une propriété soit située sur une réserve indienne ne diminue pas sa valeur marchande — Le juge de première instance a commis une erreur en imposant une réduction de 50 % à des terres situées sur une réserve — L’intention des parties était que les terrains soient évalués avant d’avoir été viabilisés — Les frais de service et de mise en valeur doivent être soustraits de la valeur des lots détenus en pleine propriété pour déterminer la «valeur courante du terrain».*

Il s’agissait d’un appel d’une décision de la Section de première instance déterminant le juste loyer annuel pour la période de 20 ans commençant le 8 juin 1995, pour 75 lots importants situés sur la réserve indienne n° 2 de Musqueam dans l’un des endroits les plus prisés de Vancouver. Les lots en question couvrent une superficie de 40 acres qui ont été cédées à la Couronne par la bande indienne de Musqueam à des fins de location. Le 8 juin 1965, la Couronne a conclu une entente cadre avec un promoteur privé dont le mandat était de faire un plan de lotissement du terrain et d’y fournir

subdivided lot and assigned them to individuals for residential use. Under paragraph 2(4) of the typical lease, an annual clear total rental which represents 6% of the current land value shall be regarded as a "fair rent" for the purposes thereof. The Trial Judge accepted the respondents' position that "current land value" meant the value of a 99-year leasehold on the Musqueam Indian Reserve No. 2 rather than the fee simple value of the land. He found that there was no material difference between the value of a long-term lease and a fee simple, but concluded that the Musqueam lots would have a lower value than similar fee simple land on account of the "Indian reserve feature" of the land and of issues of taxation, servicing and uncertainty of the Aboriginal interest. Thus, he discounted by 50% the amount of \$600,000 representing the fee simple value of the average lot. Finally, the Trial Judge found upon a proper construction of the rental provision of the lease agreement that the land was to be valued in its unserviced form. Two issues were raised on appeal: (1) whether the words "current land value" in the rent review clause of the leases should be interpreted as referring to the value of a fee simple estate in land or to the value of a 99-year leasehold interest of reserve land, and (2) whether the costs of servicing and development should be deducted from the fee simple value of the lots to determine "current land value".

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

(1) The Trial Judge erred in construing "current land value" to mean the value of a 99-year leasehold on the Musqueam Indian Reserve No. 2 rather than the value of the land as freehold. The reference to "current land value" means that the Band was entitled to receive, as rent, 6% of the fee simple value of the land. This was the intention of the parties, having regard to the whole of the contract and its entire context. It is common in long-term leases to use a percentage of land value to determine annual rent. The long standing practice in this approach is to value the land at its fee simple value. This meaning of "current land value" is consistent with the adoption of a formula based on the market value of the land to determine the rent and such formula was adopted to generate an annual fair rent in terms of a return on a capital asset. The purpose of using a rent review clause in a long-term lease is to guarantee a return of investment on a capital asset that could be sold. Once surrendered for sale, the Band's interest would no longer be a burden on the Crown's estate and any purchaser of the land would receive an unfettered estate in the land, in fee simple. The parties intended the "current land value" to mean the freehold value of the land, which is consistent with the fact that through surrender, the Band could have delivered a fee simple. In real estate appraisal practice, there is no authority for taking into account the identity of the

des services. Le promoteur a reçu des baux pour chacun des lots et les a ensuite cédés à des particuliers à des fins résidentielles. En vertu du paragraphe 2(4) du bail type, un loyer annuel total net représentant 6 % de la valeur courante du terrain est considéré comme un «juste loyer» aux fins du bail. Le juge de première instance a accepté la position des intimés selon laquelle la «valeur courante du terrain» désignait la valeur d'un droit de tenure à bail de 99 ans sur la réserve indienne n° 2 de Musqueam, plutôt que la valeur du terrain détenu en pleine propriété. Il a jugé qu'il n'y avait pas de différence substantielle entre la valeur d'un bail à long terme et celle d'une pleine propriété mais a conclu que les lots de Musqueam auraient une valeur inférieure à une pleine propriété similaire, compte tenu du fait que le lot était situé sur une réserve indienne et des questions de fiscalité, de viabilité et de l'incertitude du titre autochtone. Par conséquent, il a réduit de 50 % le montant de 600 000 \$ représentant la valeur du lot moyen détenu en pleine propriété. Finalement, le juge de première instance a jugé, d'après une interprétation appropriée de la clause de location du bail, que les terrains devaient être évalués avant d'avoir été viabilisés. Deux questions ont été soulevées en appel: 1) l'expression «valeur courante du terrain» dans la clause de révision du loyer des baux devrait-elle être interprétée comme étant la valeur d'une pleine propriété ou la valeur d'un droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres d'une réserve?; 2) les frais de service et de mise en valeur devraient-ils être soustraits de la valeur des lots détenus en pleine propriété pour déterminer la «valeur courante du terrain»?

*Arrêt*: l'appel est accueilli en partie.

1) Le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'expression «valeur courante du terrain» signifiait la valeur d'un droit de tenure à bail de 99 ans dans la réserve indienne n° 2 de Musqueam, plutôt que la valeur d'une propriété franche. La mention de la «valeur courante du terrain» signifie que la bande avait le droit de recevoir, à titre de loyer, 6 % de la valeur de la pleine propriété. D'après l'ensemble du contrat et son contexte global, telle était l'intention des parties. Il est d'usage dans les baux à long terme d'utiliser un pourcentage de la valeur du terrain pour déterminer le loyer annuel. La technique utilisée de longue date consiste à évaluer le terrain comme une pleine propriété. Cette interprétation de la «valeur courante du terrain» est compatible avec l'adoption d'une formule basée sur la valeur marchande du terrain dont il faut déterminer le loyer et cette formule a été adoptée dans le but de parvenir à un juste loyer annuel, en termes de rendement sur une immobilisation. Le but d'inclure une clause de révision du loyer dans un bail à long terme est de garantir un rendement sur l'investissement d'un bien immobilisé qui pourrait être vendu. Une fois que la bande a cédé son droit à des fins de vente, celui-ci ne peut plus grever la propriété cédée à la Couronne et tout acquéreur du terrain reçoit un titre de propriété absolu. Les parties souhaitaient que l'expression «valeur courante du terrain»



owner in the determination of land value. Aboriginal land should not be treated differently from other land. The valuation of the market value of Aboriginal land should be made in the same manner as any other land. Discounting the value of Aboriginal land on the basis of their *sui generis* interest in their own land is irrelevant to the determination of rent calculated as a percentage return on a capital investment. If the parties intended to depart from the well-accepted practice of valuing land in long-term leases at its freehold or exchange value, they could, and should have specified it in the lease. The fact that these lands are reserve lands does not diminish the market value of the property in question. The Trial Judge's conclusion that the hypothetical fee simple value of the average lot is \$600,000 was acceptable, but it was wrong to impose a 50% reduction based on the "Indian reserve feature" of the land.

(2) The issue of whether the cost of servicing the land should be deducted from the fee simple value of the lots was a matter of construction, hinging on the meaning of paragraph 2(2)(a) of the lease. Under that paragraph, the lands to be valued were "unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement". That raised another issue, whether "this agreement" referred to the Master Agreement, at the completion of which the lands were unserviced, or to the lease agreement itself, at the completion of which the lands were serviced. The parties clearly intended that the land was to be valued in its unserviced form. The costs of servicing must be deducted from the current value of the serviced lots and "this agreement" must mean the Master Agreement. The Trial Judge based his conclusion that paragraph 2(2)(a) of the lease refers to the Master Agreement on a number of persuasive reasons. The most convincing of them was that the Band provided unimproved, undeveloped land while the developer expended the funds and assumed the risk of development, including servicing costs. Therefore, the parties could not have intended that at rent review, the Band was to receive compensation in respect of servicing and development for which it did not pay and for which it was not responsible. It is a well accepted principle that in the absence of wording to the contrary, a landlord should not benefit from the improvements made by and at the expense of the tenant. The Band did not pay for the servicing and thus should not be compensated for it. The use of the word "unimproved" accords with the view that the costs of servicing are not to be included in the calculation of the "fair annual rent". All servicing costs must be deducted from the fee simple value

signifie la valeur du terrain détenu en pleine propriété, ce qui est compatible avec le fait que la bande aurait pu, par voie de cession, délivrer un titre de pleine propriété. Les techniques d'évaluation immobilière ne permettent pas de prendre en compte l'identité du propriétaire pour déterminer la valeur du terrain. Les terres autochtones ne devraient pas être traitées différemment d'autres terrains. La valeur marchande des terres autochtones devrait être déterminée de la même manière que celle d'autres terrains. Réduire la valeur des terres autochtones en s'appuyant sur le droit *sui generis* des Autochtones sur leurs propres terres est un facteur non pertinent pour déterminer le loyer calculé en tant que pourcentage de rendement sur un investissement. Si les parties avaient l'intention de s'écarter de la méthode bien acceptée qui consiste à évaluer les terrains faisant l'objet de baux à long terme à leur valeur de propriété libre ou à leur valeur d'échange, elles pouvaient le préciser dans le bail, et elles auraient dû le faire. Le fait qu'il s'agisse de terres situées sur une réserve ne diminue pas la valeur marchande de la propriété en question. La conclusion du juge de première instance selon laquelle la valeur hypothétique du lot moyen détenu en pleine propriété est de 600 000 \$ était acceptable, mais c'était une erreur d'imposer une réduction de 50 % parce qu'il s'agissait de terres situées sur une réserve.

2) La question de savoir s'il faut soustraire les frais de service afférents au terrain de la valeur des lots détenus en pleine propriété était une question d'interprétation, s'articulant sur le sens de l'alinéa 2(2)a) du bail. D'après cet alinéa, les terrains à évaluer sont «des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente». Cela soulève une autre question, savoir si «la présente entente» fait référence à l'entente cadre, à la date de laquelle les terrains n'avaient pas été viabilisés, ou au bail lui-même, à la date duquel ils l'avaient été. Il est clair que les parties avaient l'intention de faire évaluer les terrains avant qu'ils ne soient viabilisés. Les frais de service doivent être déduits de la valeur courante des lots viabilisés «la présente entente» doit désigner l'entente cadre. Le juge de première instance a fondé sa conclusion selon laquelle l'alinéa 2(2)a) du bail renvoie à l'entente cadre sur plusieurs raisons convaincantes. La plus convaincante de ces raisons était que la bande avait fourni un terrain non viabilisé et non mis en valeur, tandis que le promoteur avait dépensé les fonds et accepté le risque inhérent à la mise en valeur, y compris les frais de service. Par conséquent, les parties ne pouvaient pas souhaiter, lors de la révision du loyer, que la bande reçoive un dédommagement à l'égard des services et de la mise en valeur alors qu'elle n'en avait pas payé le coût et qu'elle n'en était pas responsable. Il existe un principe bien établi selon lequel, en l'absence de mots à l'effet contraire, un propriétaire ne doit pas bénéficier d'améliorations qui ont été faites par le preneur à bail à ses frais. La bande n'a pas payé pour les services, et elle ne devrait donc pas être dédommée pour ceux-ci. L'utilisation de l'expression «sans amélioration» est compatible avec l'opinion selon

of the bare lots to determine the “current land value”.

laquelle les frais de service ne doivent pas être inclus dans le calcul du «juste loyer annuel». Tous les frais de service doivent être soustraits de la valeur des terrains nus, détenus en pleine propriété pour déterminer la «valeur courante du terrain».

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 369, 394.  
*Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 2, 39, 53.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 2, 39, 53.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 369, 394.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Bullock's, Inc. v. Security-First Nat. Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958); *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *Canada v. Cascade Inn Ltd.*, [1978] F.C.J. No. 201 (T.D.) (QL); *Gulf Oil Canada Ltd. v. National Harbours Board*, T-1478-71, Kerr J., reasons dated 14/9/72, F.C.T.D., not reported; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (T.D.) (QL); *Queen (The) in right of Canada and Lynnwood Marinaland Ltd., Re* (1971), 20 D.L.R. (3d) 589 (B.C.C.A.).

##### NOT FOLLOWED:

*Golden Acres Ltd. v. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123 (F.C.T.D.); *Rodgers et al. v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164 (F.C.T.D.); *Morin et al. v. Canada* (1996), 114 F.T.R. 141 (F.C.T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Leighton et al. v. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198 (F.C.T.D.).

##### REFERRED TO:

*Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; 62 O.A.C. 35 (Ont. Div. Ct.); *Montreal Trust Co. v. Spendthrift Holdings Ltd.*, [1984] O.J. No. 296 (H.C.) (QL); *Burrard Dry Dock Co. v. Canada*, [1974] F.C.J. No. 417 (T.D.) (QL).

#### AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, “improved land”, “improvement”.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Bullock's, Inc. v. Security-First Nat. Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958); *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *Canada c. Cascade Inn Ltd.*, [1978] A.C.F. n° 201 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Gulf Oil Canada Ltd. c. Conseil des ports nationaux*, T-1478-71, le juge Kerr, motifs en date du 14-9-72, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publié; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Queen (The) in right of Canada and Lynnwood Marinaland Ltd., Re* (1971), 20 D.L.R. (3d) 589 (C.A.C.-B.).

##### DÉCISIONS NON SUIVIES:

*Golden Acres Ltd. c. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Rodgers et al. c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Morin et al. c. Canada* (1996), 114 F.T.R. 141 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Leighton et al. c. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; 62 O.A.C. 35 (C. div. Ont.); *Montreal Trust Co. v. Spendthrift Holdings Ltd.*, [1984] O.J. No. 296 (H.C.) (QL); *Burrard Dry Dock Co. c. Canada*, [1974] A.C.F. n° 417 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

#### DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «improved lands», «improvement».

APPEAL from a Trial Division decision ((1997), 137 F.T.R. 1) determining the method of valuing Aboriginal reserve lands which are the subject of a long-term lease requiring the rent to be periodically reassessed at an annual rent of 6% of the "current land value". Appeal allowed in part.

## APPEARANCES:

*Darrell W. Roberts and Lisa Fong* for appellants.

*Timothy J. Maledy and Julie D. Fisher* for respondents (other than James A. and Diane R. Forsythe).

## SOLICITORS OF RECORD:

*Roberts & Griffin*, Vancouver, for appellants.  
*Watson Goepel Maledy*, Vancouver, for respondents (other than James A. and Diane R. Forsythe).

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

[1] SEXTON J.A.: The main issue in this appeal involves determining the correct method of valuing Aboriginal reserve lands which are the subject of a long-term lease that requires the rent to be periodically reassessed at an annual rent of 6% of the "current land value". Should the fact that the lands are reserve lands justify valuing them at one half of what they would be worth if they were not on a reserve? For the reasons which follow, I would interpret the lease as meaning that the lands should be valued as lands held in fee simple with no reduction for what has been termed the "Indian reserve factor".

Facts

[2] This is an appeal from a decision of the Federal Court Trial Division, rendered on October 10, 1997 [(1997), 137 F.T.R. 1], which determined the annual fair rent for the 20-year period commencing June 8,

APPEL d'une décision de la Section de première instance ((1997), 137 F.T.R. 1) déterminant la méthode d'évaluation de terres des réserves indiennes faisant l'objet d'un bail à long terme en vertu duquel le loyer annuel doit être réévalué périodiquement au taux de 6 % de la «valeur courante du terrain». Appel accueilli en partie.

## ONT COMPARU:

*Darrell W. Roberts et Lisa Fong* pour les appelants.

*Timothy J. Maledy et Julie D. Fisher* pour les intimés (sauf James A. et Diane R. Forsythe).

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Roberts & Griffin*, Vancouver, pour les appelants.  
*Watson Goepel Maledy*, Vancouver, pour les intimés (sauf James A. et Diane R. Forsythe).

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

[1] LE JUGE SEXTON, J.C.A.: La principale question soulevée dans le présent appel consiste à déterminer la méthode qu'il convient d'utiliser pour évaluer les terres des réserves indiennes qui font l'objet d'un bail à long terme aux termes duquel le loyer annuel doit être réévalué périodiquement au taux de 6 % de la «valeur courante du terrain». Le fait que les terrains sont situés sur une réserve justifie-t-il de les évaluer à la moitié de ce qu'ils vaudraient s'ils étaient situés à l'extérieur de celle-ci? Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'interpréter le bail comme signifiant que les terrains doivent être évalués comme des terrains détenus en pleine propriété sans application de la réduction désignée sous l'expression de «facteur applicable à une réserve indienne».

Les faits

[2] Il s'agit d'un appel d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale, qui a été rendue le 10 octobre 1997 [(1997), 137 F.T.R. 1], et qui a déterminé le juste loyer annuel pour la période

1995, for 75 lots located in Musqueam Park on Musqueam Indian Reserve No. 2 in southwest Vancouver. The lots in question, which are located near the University of British Columbia and a golf course, are large in size. They are described by the learned Trial Judge as being in “one of the most attractive and desirable locations in Vancouver”.

[3] In comprehensive reasons, the Trial Judge gave a thorough review of the facts of this case, which I do not intend to repeat here. Rather, I provide below, a short summary of the facts necessary to the resolution of the issues in this appeal.

[4] The lots in question comprise an area of roughly 40 acres that were surrendered for the purpose of lease to Her Majesty the Queen on February 17, 1960, by the Musqueam Indian Band (the Band). This surrender was accepted on April 20, 1961, under which the Crown was authorized to lease the land in accordance with the Act and terms of surrender, pursuant to section 53 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149. On June 8, 1965, Her Majesty the Queen entered into a “Master Agreement” with a private developer (Musqueam Development Company Limited), of no relation to the Band, which obligated the developer to subdivide the land and to install services. The developer was to receive leases for each of the subdivided plots, once the land was developed. The developer filed the plan of subdivision on December 15, 1965, and services were provided to the lots in 1966. Thus, the developer received leases for each subdivided lot, which were in accordance with the “Draft Lease (Residential)” that was appended to the Master Agreement. The developer then assigned the leases for each subdivided plot to individuals for residential use.

[5] An example of the typical rent review provision at issue is provided below:

2(1) YIELDING AND PAYING therefor, yearly, and every year in advance during the said term to the Minister a rent as follows:

de 20 ans commençant le 8 juin 1995, pour les 75 lots situés dans le parc Musqueam sur la réserve indienne n° 2 de Musqueam au sud-ouest de Vancouver. Les lots en question, qui sont situés à proximité de la University of British Columbia et d'un terrain de golf, ont une grande superficie. Ils sont décrits par le juge de première instance comme étant «l'un des endroits les plus attrayants et les plus agréables de Vancouver».

[3] Dans des motifs très détaillés, le juge de première instance a fait une analyse exhaustive des faits de la cause, que je n'ai pas l'intention de reprendre ici. Je donnerai plutôt ci-dessous un bref résumé des faits qui sont essentiels au règlement des questions soulevées dans le présent appel.

[4] Les lots en question couvrent une superficie d'environ 40 acres qui ont été cédées à Sa Majesté la Reine le 17 février 1960 par la bande indienne de Musqueam (la bande indienne) à des fins de location. Cette cession a été acceptée le 20 avril 1961 et prévoyait que Sa Majesté était autorisée à louer les terrains conformément à la Loi et aux conditions de la cession, aux termes de l'article 53 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149. Le 8 juin 1965, Sa Majesté la Reine a conclu une «entente cadre» avec un promoteur privé (Musqueam Development Company Limited), non liée à la bande indienne de Musqueam, qui obligeait le promoteur à faire un plan de lotissement du terrain et à y fournir des services. Le promoteur devait recevoir des baux pour chacun des lots, une fois qu'ils auraient été viabilisés. Il a déposé le plan de lotissement le 15 décembre 1965, et les services ont été fournis en 1966. Ainsi donc, le promoteur a reçu des baux pour chacun des lots conformément au «projet de bail (résidentiel)», qui était joint en annexe à l'entente cadre. Le promoteur a ensuite cédé chaque bail à des particuliers à des fins résidentielles.

[5] Voici un exemple type de la clause de révision du loyer qui est en cause en l'espèce:

2(1) PAR CONSÉQUENT, le montant suivant doit être payé chaque année à l'avance au ministre:

a) for each year during the first ten years of the term, the sum of (\$298.00);

b) for each year during the second ten years of the term, the sum of (\$343.75);

c) for each year during the third ten years of the term (\$375.00);

2(2) The rent for each year of the three succeeding twenty (20) year periods and for the final nine (9) year period of the term hereof, shall be a fair rent for the land negotiated immediately before the commencement of each such period. In conducting such negotiations the parties shall assume that, at the time of such negotiations, the lands are

a) unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement;

b) lands to which there is public access;

c) lands in a subdivided area, and

d) land which is zoned for single family residential use,

and the foregoing assumption shall also be made in the case of any determination of the rent pursuant to the provisions of subparagraph (3) hereof.

2(3) In the event the Minister and the Lessee or its assignees cannot reach agreement on the rents to be paid in any of the succeeding periods as provided in subparagraph (2) above, the question shall be determined under the authority of paragraph (g) of subsection (1) of Section 18 of the Exchequer Court Act.

2(4) An annual clear total rental which represents six percent (6%) of the current land value, calculated at the time of renegotiation, and on the basis set out in subparagraph (2) hereof, shall be regarded as a "fair rent" for the purposes thereof. [Emphasis added.]

[6] It is common ground that section 2 of the typical lease is virtually identical to section 15 of the Master Agreement, which is provided below:

15(2) The rent for each year of the three succeeding twenty (20) year periods and for the final nine (9) year period of the term hereof, shall be a fair rent for the land comprised in each of such leases negotiated immediately before the commencement of each such period. In conducting such negotiations the parties shall assume that, at the time of such negotiations, the lands are

a) unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement;

a) pour chaque année de la première période de dix ans, un montant de 298 \$;

b) pour chaque année de la deuxième période de dix ans, un montant de 343,75 \$;

c) pour chaque année de la troisième période de dix ans, un montant de 375 \$;

2(2) Le loyer relatif à chaque année des trois périodes successives de vingt (20) ans et de la dernière période de neuf (9) ans correspond à un juste loyer à l'égard du lot visé, lequel loyer est négocié immédiatement avant le début de chacune de ces périodes. Dans le cadre de ces négociations, les parties présument que, à la date de celles-ci, les terrains sont

a) des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente;

b) des terrains comportant une voie d'accès publique;

c) des terrains se trouvant dans une zone lotie;

d) des terrains zonés pour la construction résidentielle de maisons unifamiliales,

et les présomptions qui précèdent seront également formulées dans le cas de toute détermination du loyer conformément aux dispositions du paragraphe (3) des présentes.

2(3) Si le ministre et le preneur à bail ou les cessionnaires de celui-ci ne peuvent s'entendre sur les loyers à payer au cours de l'une des périodes successives selon le paragraphe (2) qui précède, la question sera tranchée en application de l'alinéa 18(1)g) de la Loi sur la Cour de l'Échiquier.

2(4) Un loyer annuel total net représentant six pour cent (6 %) de la valeur courante du terrain, calculé à la date des nouvelles négociations conformément à la méthode énoncée au paragraphe (2) des présentes, est considéré comme un «juste loyer» aux fins des présentes. [Non souligné dans l'original.]

[6] Il est bien établi que l'article 2 de ce bail type est pratiquement identique à l'article 15 de l'entente cadre qui est rédigé dans les termes suivants:

15(2) Le loyer relatif à chaque année des trois périodes successives de vingt (20) ans et à chaque année de la dernière période de neuf (9) ans correspond à un juste loyer relatif au terrain visé dans chacun des baux négociés immédiatement avant le début de chacune de ces périodes. Dans le cadre de ces négociations, les parties présument que, à la date desdites négociations, les terrains sont

a) des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de l'entente;

- b) lands to which there is public access;
- c) lands in a subdivided area, and
- d) land which is zoned for single family residential use,

and the foregoing assumption shall also be made in the case of any determination of the rent pursuant to the provisions of subparagraph (3) hereof.

15(3) In the event the Minister and the Lessee or its assignees cannot reach agreement on the rents to be paid in any of the Leases, for any of the succeeding periods as provided in subparagraph (2) above, the question shall be determined under the authority of paragraph (g) of subsection (1) of Section 18 of the Exchequer Court Act.

15(4) An annual clear total rental which represents six percent (6%) of the current land value, calculated at the time of renegotiation, and on the basis set out in subparagraph (2) hereof, shall be regarded as a "fair rent" for the purposes thereof.

[7] The typical lease provides that the land is subject to a 99-year leasehold commencing on June 8, 1965. The rent for the first three 10-year periods is set in the lease. It should be noted that the amount of rent for this initial period is set at \$298-\$375 per year. The method used to arrive at this rent is not in evidence. For the 20-year period commencing June 8, 1995, and for the two 20-year periods thereafter, as well as for the final nine-year period, the lease specified that the annual rent was to be 6% of the "current land value".

[8] At the heart of this dispute is the difference in the opinion of the parties over the meaning of "current land value". The lease specifies that the resolution of any differences between the parties in this regard are to be settled in court.

[9] At trial, the parties presented very different assessments of the "current land value". The appellants presented two experts, Mr. Johnston and Mr. Grant, who used the method of direct comparison with similar off-reserve fee simple land to value the average lot at \$712,500 and \$607,000 respectively. The respondents' expert, Mr. Oikawa, taking into account the Aboriginal character of the land, used the land residual method and found the value of the average lot

- b) des terrains comportant une voie d'accès publique;
- c) des terrains se trouvant dans une zone lotie;
- d) des terrains zonés pour la construction résidentielle de maisons unifamiliales,

et les présomptions qui précèdent seront également formulées dans le cas de toute détermination du loyer conformément aux dispositions du paragraphe (3) des présentes.

15(3) Si le ministre et le preneur à bail ou les cessionnaires de celui-ci ne peuvent s'entendre sur les loyers à payer à l'égard de l'un ou l'autre des baux pour une des périodes successives selon le paragraphe (2) qui précède, la question sera tranchée en application de l'alinéa 18(1)g) de la Loi sur la Cour de l'Échiquier.

15(4) Un loyer annuel total net représentant six pour cent (6 %) de la valeur courante du terrain, calculé à la date des nouvelles négociations conformément à la méthode énoncée au paragraphe (2) des présentes, est considéré comme un «juste loyer» aux fins des présentes.

[7] Le bail type stipule que le terrain fait l'objet de baux de 99 ans qui sont entrés en vigueur le 8 juin 1965. Le loyer pour chacune des trois premières périodes de dix ans est établi dans les baux. Il convient de noter que le montant du loyer annuel pour cette période initiale se situe entre 298 \$ et 375 \$. La méthode utilisée pour déterminer ce loyer n'a pas été déposée en preuve. Pour la période de 20 ans commençant le 8 juin 1995, et pour les deux périodes ultérieures de 20 ans, de même que pour la dernière période de neuf ans, le bail précise que le loyer annuel équivalra à 6 % de la «valeur courante du terrain».

[8] Le présent litige porte essentiellement sur les divergences d'opinions des parties au sujet du sens de l'expression «valeur courante du terrain». Le bail précise que le règlement de tout différend entre les parties à cet égard doit être tranché par les tribunaux.

[9] En première instance, les parties ont présenté des estimations très différentes de la «valeur courante du terrain». Les appelants ont présenté deux experts, MM. Johnston et Grant, qui ont utilisé la technique de la parité avec des pleines propriétés semblables situées à l'extérieur de la réserve pour en arriver à fixer la valeur du lot moyen à 712 500 \$ et 607 000 \$ respectivement. L'expert des intimés, M. Oikawa, tenant compte du fait qu'il s'agit de terres indiennes, a utilisé

in its unserviced form was \$134,000. With the appellants' appraisal roughly five times the amount of the respondents', it is obvious that the parties have very different ideas on the meaning of "current land value".

[10] The Trial Judge [at page 15] accepted the respondents' position that "current land value" meant the value of a "99-year leasehold on the Musqueam Indian Reserve No. 2 unaffected by the terms of the current leases except for the prescribed assumptions in s. 2(2) of the current leases." Thus he rejected the appellants' view that "current land value" meant the fee simple value of the land.

[11] To assess the "current land value" as he construed it, and in the absence of adequate data relating to transactions on the reserve, the Trial Judge found it necessary to refer to the value of fee simple land located outside of Musqueam Park to generate a starting figure for the determination of the value of the Musqueam lots. He first concluded that Mr. Grant had arrived at a fair valuation of the off-reserve value of the lots through the direct comparison method. Indeed, Mr. Oikawa conceded that Mr. Grant had fairly employed this method to determine the hypothetical fee simple value of the Musqueam lots.

[12] The Trial Judge concluded that the evidence demonstrated that there was no material difference between the value of a long-term lease (valued at the commencement of the lease) and a fee simple. Thus the fact that the estate being valued was a 99-year leasehold rather than a freehold estate did not materially affect the "current land value". He concluded however, that the Musqueam lots would have a lower value than similar fee simple land, not on account of the leasehold feature, but on account of the "Indian reserve feature" of the land.

la technique résiduelle du terrain et a conclu que la valeur du lot moyen non viabilisé était de 134 000 \$. L'estimation des appelants étant à peu près cinq fois plus élevée que celle des intimés, il est manifeste que les parties se font une opinion très différente du sens qu'il convient de donner à l'expression «valeur courante du terrain».

[10] Le juge de première instance [à la page 15] a accepté la position des intimés selon laquelle la «valeur courante du terrain» désignait la valeur d'un «droit de tenure à bail de 99 ans sur la réserve indienne n° 2 de Musqueam, lequel droit n'est pas touché par les conditions des baux actuellement en vigueur, sauf en ce qui a trait aux présomptions prescrites au paragraphe 2(2) des baux en question». Il a donc rejeté l'opinion des appelants selon laquelle la «valeur courante du terrain» désignait la valeur du terrain détenu en pleine propriété.

[11] Pour évaluer la «valeur courante du terrain» selon son interprétation, et en l'absence de données appropriées ayant trait aux transactions ayant été faites sur la réserve, le juge de première instance a jugé nécessaire de se référer à la valeur des pleines propriétés situées à l'extérieur du parc Musqueam afin d'obtenir une donnée de base lui permettant de déterminer la valeur des lots de Musqueam. Il a tout d'abord conclu que M. Grant en était arrivé à une juste évaluation de la valeur des lots situés en dehors de la réserve en utilisant la technique de la parité. En fait, M. Oikawa a concédé que M. Grant avait utilisé équitablement cette technique pour déterminer la valeur hypothétique des lots de Musqueam détenus en pleine propriété.

[12] Le juge de première instance a conclu que la preuve démontrait qu'il n'y avait pas de différence substantielle entre la valeur d'un bail à long terme (estimée au début du bail) et celle d'une pleine propriété. Ainsi donc, le fait que la propriété à évaluer faisait l'objet d'un droit de tenure à bail de 99 ans plutôt que d'être une propriété franche ne modifiait pas substantiellement la «valeur courante du terrain». Toutefois, il a conclu que les lots de Musqueam devaient avoir une valeur inférieure à une pleine propriété similaire, non pas à cause du droit de tenure

[13] He found that the evidence demonstrated that Aboriginal land was worth less than fee simple land because of issues of taxation, servicing and uncertainty of the Aboriginal interest, due to the possibility of Aboriginal self-government and Aboriginal unrest in the area. He found that the appraisal evidence on the whole indicated that the leasehold of the Musqueam lots, because of its "Indian reserve feature", was worth between 40% to 70% of the fee simple value of similar off-reserve lots. The Trial Judge preferred Mr. Oikawa's evidence toward the lower end of the range and relied on Mr. Oikawa's estimates generated by the land residual method, which found that comparable reserve land in Salish Park was worth roughly \$305,000 less than similar fee simple land. He considered this to be evidence that the discount on Aboriginal land should be approximately 50%.

[14] Recognizing that the value of the land could not be determined precisely, the Trial Judge rounded Mr. Grant's figure of \$607,000 for the fee simple value of the average lot to \$600,000.<sup>1</sup> Based on Mr. Oikawa's evidence, he discounted this figure by 50% to account for the fact it was reserve land. Thus the Trial Judge found the value of the average Musqueam lot in its serviced state was \$300,000.

[15] Finally, the Trial Judge found upon a proper construction of the rental provision of the lease agreement that the land was to be valued in its unserviced form. Based on this finding, he had to reduce the average value of the serviced land by the cost of the servicing. The Trial Judge accepted Mr. Oikawa's uncontradicted evidence as to the cost of these services, after correcting the calculation to

à bail, mais plutôt du fait que le lot était situé sur une réserve indienne.

[13] Il a aussi conclu que la preuve démontrait que les terres indiennes avaient une valeur inférieure à des terrains détenus en pleine propriété à cause de questions de fiscalité et de viabilité et de l'incertitude du titre autochtone, résultant de la possibilité que les Autochtones parviennent à l'autonomie gouvernementale et de l'agitation connue sur les réserves indiennes de la région. Il a déclaré que, dans l'ensemble, la preuve relative à l'estimation indiquait que le droit de tenure à bail afférent aux lots de Musqueam, du fait que ceux-ci sont situés sur une réserve indienne, valait entre 40 % et 70 % de la valeur de lots détenus en pleine propriété comparables situés à l'extérieur d'une réserve. Le juge de première instance a préféré le témoignage de M. Oikawa qui concluait à une valeur inférieure par rapport aux autres estimateurs et il s'est appuyé sur les estimations que ce dernier a obtenues au moyen de la technique résiduelle du terrain, et selon laquelle il a été déterminé que des terres de la réserve situées dans le parc Salish valaient approximativement 305 000 \$ de moins qu'une pleine propriété comparable. Il a jugé que cela constituait la preuve que la réduction applicable à des terres indiennes devait être d'environ 50 %.

[14] Reconnaissant que la valeur du terrain ne pouvait être déterminée avec précision, le juge de première instance a arrondi à 600 000 \$<sup>1</sup> l'estimation de 607 000 \$ à laquelle M. Grant était parvenu pour la valeur du lot moyen détenu en pleine propriété. En s'appuyant sur le témoignage de M. Oikawa, il a réduit ce chiffre de 50 % pour tenir compte du fait qu'il s'agissait de terres situées sur une réserve. Le juge de première instance a donc établi la valeur du lot moyen viabilisé de Musqueam à 300 000 \$.

[15] Finalement, le juge de première instance a jugé, d'après une interprétation appropriée de la clause de location du bail, que les terrains devaient être évalués avant d'avoir été viabilisés. À partir de cette conclusion, il a dû réduire la valeur moyenne des terrains viabilisés en soustrayant les frais de service. Le juge de première instance a accepté le témoignage non contredit de M. Oikawa portant sur le coût de ces



correspond with his higher valuation of the lots in their serviced form. Thus he deducted the cost of servicing from the fee simple values of the serviced lots to arrive at their final value in their unserviced form. As prescribed by the lease, 6% of this final result for the “current land value” represented the annual fair rent for the property.

### Issues

[16] The appeal raises the following two issues:

I. Are the words “current land value” in the rent review clause of the leases to be interpreted as referring to the value of a fee simple estate in land or to the value of a 99-year leasehold interest of reserve land?

II. Does the lease require that the costs of servicing and development be deducted from the fee simple value of the lots to determine “current land value”?

I. Are the words “current land value” in the rent review clause of the leases to be interpreted as referring to the value of a fee simple estate in land or to the value of a 99-year leasehold interest of reserve land?

[17] The crux of this case is a question of construction, focusing specifically on the meaning of the words “current land value” used in subsection 2(4) of the lease agreements. Subsection 2(4) states:

2(4) An annual clear total rental which represents six percent (6%) of the current land value, calculated at the time of renegotiation, and on the basis set out in subparagraph (2) hereof, shall be regarded as a “fair rent” for the purposes thereof. [Emphasis added.]

[18] The appellants have argued that the Trial Judge erred in construing “current land value” to mean the value of a 99-year leasehold on the Musqueam Indian Reserve No. 2 rather than the value of the land as

services, après avoir corrigé ces calculs pour les faire correspondre à son évaluation plus élevée des lots viabilisés. Il a donc soustrait les frais de service de la valeur des lots viabilisés détenus en pleine propriété pour parvenir à leur valeur finale en tant que lots non viabilisés. Comme le prévoit le bail, le juste loyer annuel pour la propriété équivaut à 6 % de ce résultat final qui représente en fait la «valeur courante du terrain».

### Les questions en litige

[16] Le présent appel soulève les deux questions suivantes:

I. L’expression «valeur courante du terrain» dans la clause de révision du loyer des baux doit-elle être interprétée comme étant la valeur d’une pleine propriété ou la valeur d’un droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres d’une réserve?

II. D’après le bail, les frais de service et de mise en valeur doivent-ils être soustraits de la valeur des lots détenus en pleine propriété pour déterminer la «valeur courante du terrain»?

I. L’expression «valeur courante du terrain» dans la clause de révision du loyer des baux doit-elle être interprétée comme étant la valeur d’une pleine propriété ou la valeur d’un droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres d’une réserve?

[17] La présente affaire est essentiellement une question d’interprétation, portant expressément sur le sens de l’expression «valeur courante du terrain» utilisée au paragraphe 2(4) des baux. Ce paragraphe est rédigé dans les termes suivants:

2(4) Un loyer annuel total net représentant six pour cent (6 %) de la valeur courante du terrain, calculé à la date des nouvelles négociations conformément à la méthode énoncée au paragraphe (2) des présentes, est considéré comme un «juste loyer» aux fins des présentes. [Non souligné dans l’original.]

[18] Les appelants font valoir que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que l’expression «valeur courante du terrain» signifiait la valeur d’un droit de tenure à bail de 99 ans dans la

freehold. With all due respect to the Trial Judge's careful consideration of this issue, I am of the view that the appellants' position must be sustained.

[19] I agree with appellants' counsel when he contends that the reference to "current land value" means that the Band is entitled to receive as rent, 6% of the fee simple value of the land. In my view, having regard to the whole of the contract and its entire context, this was the intention of the parties. In coming to his conclusion, the learned Trial Judge focused on the interest vested in the leaseholder as opposed to valuing the land itself. In doing so, he departed from the plain meaning of the terms of the provision. If the parties intended to value the interest of the lessee, then in the rent review clause, rather than using the chosen words "current land value", they could have used the words "current leasehold value" or, similar to *Leighton et al. v. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198 (F.T.C.D.), "the value of the land leased on the terms and conditions contained in this lease".

[20] It should be noted at the outset that the evidence demonstrates that it is common in long-term leases to use a percentage of land value to determine annual rent. This approach is often employed by a lessor to ensure that the rent represents the true return negotiated by the parties on the market value of the land. It reflects the fact that the lessor could sell the land at its current land value and reinvest the proceeds at market rates of interest, if not subject to a long-term lease.

[21] The long-standing practice in this approach is to value the land at its fee simple value. This was confirmed at trial by Mr. Johnston, the appellants' appraiser, who explained the purpose of using a percentage return in the following manner:

The underlying rationale is a return on the value of the investment, and I think in almost every case I've seen where that methodology is employed, the value referred to is the

réserve indienne n° 2 de Musqueam, plutôt que la valeur d'une propriété franche. En toute déférence pour l'examen approfondi que le juge de première instance a fait de cette question, je suis d'avis qu'il faut maintenir la position des appelants.

[19] Je suis d'accord avec l'avocat des appelants qui prétend que la «valeur courante du terrain» signifie que la bande a le droit de recevoir, à titre de loyer, 6 % de la valeur de la pleine propriété. À mon avis, d'après l'ensemble du contrat et son contexte global, telle était l'intention des parties. Pour parvenir à sa conclusion, le juge de première instance a mis l'accent sur le droit conféré au preneur à bail, au lieu d'évaluer le terrain lui-même. En agissant ainsi, il s'est écarté du sens ordinaire des termes de la clause. Si les parties avaient l'intention d'évaluer le droit du preneur à bail, alors dans la clause de révision du loyer, plutôt que d'utiliser les mots «valeur courante du terrain», elles auraient pu utiliser les mots «valeur courante de la propriété à bail» ou, comme dans l'affaire *Leighton et al. c. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), «la valeur des «terres louées selon les modalités du présent bail».

[20] Il convient de noter dès le début que la preuve démontre qu'il est depuis longtemps d'usage dans les baux à long terme d'utiliser un pourcentage de la valeur du terrain pour déterminer le loyer annuel. Cette méthode est souvent employée par le bailleur pour s'assurer que le loyer représente fidèlement le rendement négocié par les parties sur la valeur marchande du terrain. Elle tient compte du fait que le bailleur pourrait vendre le terrain à sa valeur courante et réinvestir le produit aux taux d'intérêt en vigueur, si le terrain ne faisait pas l'objet d'un bail à long terme.

[21] La technique utilisée de longue date consiste à évaluer le terrain comme une pleine propriété. C'est ce qu'a confirmé à l'instruction M. Johnston, l'estimateur des appelants, qui a expliqué de la manière suivante quel était le but d'utiliser un rendement en pourcentage:

[TRADUCTION] La raison d'être fondamentale est d'obtenir un rendement sur la valeur d'un investissement, et je pense que dans presque tous les cas où j'ai vu cette technique

fee simple value of the land, and when it's not it's generally spelled out carefully what is involved.

[22] The appellants' view of the meaning of "current land value" is consistent with the adoption of a formula based on the market value of the land to determine the rent. It seems clear that the reason this formula was adopted was to generate an annual fair rent, in terms of a return on a capital asset. The return on this investment is fixed at 6%, but the rent provision accounts for fluctuation in the value of the asset, reflecting the fact that the Band anticipated that its value would vary over time. The intention of the Band must have been to receive a fair but conservative return on the value of its capital investment in return for the security that comes with a long-term lease.

[23] I find support in my view from the statement in *Bullock's, Inc. v. Security-First Nat. Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958). The following passage at pages 188-189 of *Bullock* was cited in *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (Ont. Div. Ct.) [at page 181] as applicable in rent review cases:

The lease calls for a determination of the value of the land, not the value of the use of the land for any particular purpose. The entire context shows that the parties had in mind the property's worth rather than its utility for a given purpose. The issue should not be confused by the fact that the actual annual rent figure is obtained by taking five per cent of the appraised value. It is obvious from the rental provisions that the parties were contracting for the lessors to receive as rent a fixed percentage return on the value of the land, such value to be redetermined every ten years. . . . From the method of calculation which the parties agreed upon it may reasonably be inferred that they were thinking in terms of interest rate on a capital investment. They fixed the net rate of return on the lessor's investment at five per cent, but they also provided for fluctuation in the value of such investment. They realized that this capital asset might fluctuate in value from time to time and therefore provided for periodic reevaluation in order that the lessors might continue to receive a five percent return on the value of their investment. When the parties referred to the "value" of the land in question they meant its monetary worth or marketable price—i.e. its *market value*.

utilisée, la valeur de référence est la valeur d'une pleine propriété, et quand ce n'est pas le cas, on précise généralement de façon très explicite quelle est la valeur à utiliser.

[22] La position des appelants sur le sens de l'expression «valeur courante du terrain» est compatible avec l'adoption d'une formule basée sur la valeur marchande du terrain dont il faut déterminer le loyer. Il semble manifeste que cette formule a été adoptée dans le but de parvenir à un juste loyer annuel, en termes de rendement sur une immobilisation. Le rendement de cet investissement est fixé à 6 %, mais la clause de loyer tient compte d'une fluctuation possible de la valeur de l'actif, ce qui indique que la bande avait prévu que sa valeur pourrait varier avec le temps. La bande devait donc avoir l'intention de s'assurer un rendement équitable mais modéré sur la valeur de ses investissements en échange de la sécurité que procure un bail à long terme.

[23] Mon opinion est appuyée par le raisonnement énoncé dans *Bullock's, Inc. v. Security-First Nat. Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958). Le passage suivant de *Bullock*, tiré des pages 188 et 189, a été cité dans la décision *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (C. div. Ont.) [à la page 181] comme étant applicable dans les cas de révision des loyers:

[TRADUCTION] Le bail prévoit la détermination de la valeur du terrain, et non pas de la valeur de l'utilisation du terrain à une fin particulière. Tout le contexte révèle que les parties avaient à l'esprit la valeur de la propriété plutôt que son utilisation à une fin donnée. Il ne faut pas se laisser confondre par le fait que le loyer annuel réel est obtenu en calculant cinq pour cent de la valeur estimative. Il ressort clairement des clauses de location que les parties ont convenu que les bailleurs toucheraient comme loyer un pourcentage fixe sur la valeur du terrain, cette valeur devant être redéterminée tous les dix ans [. . .] D'après la méthode de calcul acceptée par les parties, on peut raisonnablement déduire qu'elles envisageaient leur rendement comme un taux d'intérêt sur un investissement. Elles ont fixé le taux net du rendement sur l'investissement du bailleur à cinq pour cent, mais elles ont également prévu que la valeur de cet investissement pourrait fluctuer. Elles se sont rendu compte que la valeur de cette immobilisation pouvait fluctuer de temps à autre, et par conséquent, elles ont prévu une réévaluation périodique afin que les bailleurs puissent continuer de toucher un rendement de cinq pour cent sur la valeur de leur investissement. Quand les parties faisaient

[24] What then can be said to be the intention of the parties? It is not debatable that the Band, if not involved in a long-term lease, could choose to surrender the land to the Crown for sale. The Crown would then be under a fiduciary duty to sell the land at the best price it could find. This value would surely be the fee simple value of the land.

[25] Given this fact, it is extremely doubtful that the Band would enter a long-term lease if the effect of its doing so would be to devalue the worth of its own asset, thereby lowering the return it receives on the asset. Under this scenario, the Band would be foolish not to sell the land for its full value and reinvest the proceeds at the going rate.

[26] The respondents propose a construction of the lease under which the Band would receive less compensation than if they simply sold the land and invested the money. To accept that this was within the contemplation of the parties is dubious at best and, in my view, strongly militates against adopting the respondents' construction of "current land value" as the value of a 99-year leasehold of reserve land.

[27] The Trial Judge wrestled with this point. He found that "there is no suggestion in the leases that the 'current land value' refers to anything other than the actual value of the land which forms the subject of the leases" (see page 11). This is similar to the view of Justice Reid in the case of *Montreal Trust Co. v. Spendthrift Holdings Ltd.*, [1984] O.J. No. 296 (H.C.) (QL) where it was found that it was the "bare land" that was to be valued. However, as has been seen, the Trial Judge departs from this view by valuing a 99-year leasehold interest in reserve land rather than the "bare land" itself.

référence à la «valeur» du terrain en question, elles songeaient à sa valeur pécuniaire ou à son prix sur le marché, c'est-à-dire sa *valeur marchande*.

[24] Alors, quelle était l'intention des parties? On ne peut contester que la bande, si elle n'était pas partie à un bail à long terme, pourrait choisir de céder le terrain à Sa Majesté à des fins de vente. En vertu de son obligation de fiduciaire, Sa Majesté devrait alors vendre le terrain au meilleur prix qu'elle pourrait obtenir. Cette valeur équivaldrait certainement à la valeur du terrain détenu en pleine propriété.

[25] Compte tenu de ce fait, je doute fort que la bande aurait conclu un bail à long terme si cette décision avait eu pour effet de dévaluer la valeur de son propre actif, réduisant par le fait même le rendement qu'elle touche sur l'actif. D'après ce scénario, ce serait pure folie de la part de la bande de ne pas vendre le terrain à sa pleine valeur afin de réinvestir le produit aux taux en vigueur.

[26] Les intimés proposent une interprétation du bail selon laquelle la bande toucherait une compensation moindre que si elle avait simplement vendu le terrain et investi le produit de cette vente. Accepter que telle était l'intention des parties est au mieux discutable et, à mon avis, cela nous incite fortement à ne pas adopter l'interprétation que donnent les intimés de l'expression «valeur courante du terrain» comme étant la valeur d'un droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres d'une réserve.

[27] Le juge de première instance a débattu ce point. Il a conclu qu'«il n'est nullement sous-entendu dans les baux que la "valeur courante du terrain" renvoie à autre chose que la valeur réelle du terrain visé par les baux en question» (voir la page 11). Cette opinion est similaire à l'opinion du juge Reid dans la décision *Montreal Trust Co. v. Spendthrift Holdings Ltd.*, [1984] O.J. n° 296 (H.C.) (QL) dans laquelle on a conclu que c'était le «terrain nu» qui devait être évalué. Toutefois, comme on l'a déjà vu, le juge de première instance s'écarte de cette opinion en évaluant le droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres de la réserve plutôt que le «terrain nu» lui-même.

Analysis of the findings of the Trial Judge

[28] The learned Trial Judge came to his conclusion that the estate to be valued was a 99-year leasehold of reserve land largely based on his analysis of the unique nature of Aboriginal title. The Trial Judge correctly noted that section 2 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149 establishes that legal title to reserve land is vested in the Crown, for the use and benefit of a band. Thus the Crown's title in reserved land is not an unfettered estate but is encumbered by the burden of the Aboriginal interest. He recognized that under section 39 of the Act, a band can surrender its land to the Crown for sale. Finally, he noted that any surrender was subject to the consent of the Governor in Council.

[29] Based on this analysis, he drew a distinction between fee simple land and Aboriginal land. Thus at page 14 he states:

These provisions of the **Indian Act** have the effect that neither the interest of the Crown nor that of the Indians in reserve land can be equated to a freehold estate in fee simple. There is only one way in which reserve land could be truly comparable to freehold land held in fee simple. That is by way of an absolute surrender to the Crown for the purposes of sale, pursuant to ss. 37 to 39 of the **Indian Act**. However, an absolute surrender extinguishes the Indians' interest in the land and causes the land to lose its character as land reserved for Indians. Upon absolute surrender, such land is no longer reserve land.

The learned Trial Judge correctly recognized that the Band could choose to sell its land by surrendering it for that purpose. Once surrendered, it is comparable to freehold land. However, his concern over the fact that under this scenario the land would lose its Aboriginal character is misplaced. The fact that reserve land surrendered for the purpose of sale loses its Aboriginal character is consistent with the fact that in the sale of any fee simple land, once the owner sells the land, the land is no longer affected by a previous ownership. The Trial Judge has simply recognized the principle

Analyse des conclusions du juge de première instance

[28] Le juge de première instance en est venu à la conclusion que la propriété à évaluer était un droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres d'une réserve en fondant largement son analyse sur le caractère unique du titre autochtone. Le juge de première instance a correctement fait observer que l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, établit que le titre de propriété légal des terres des réserves est dévolu à Sa Majesté, que celle-ci doit utiliser ces terres à l'usage et au profit d'une bande. Donc, le titre de propriété de Sa Majesté sur les terres des réserves n'est pas absolu puisqu'il est assujéti au droit des Autochtones. Il reconnaît qu'en vertu de l'article 39 de la Loi, une bande peut céder ses terres à Sa Majesté à des fins de vente. Finalement, il note que toute cession n'est valide que si elle est acceptée par le gouverneur en conseil.

[29] À partir de cette analyse, il établit une distinction entre un domaine détenu en pleine propriété et des terres indiennes. À la page 14, il déclare ceci:

En raison de ces dispositions de la **Loi sur les Indiens**, ni le droit de Sa Majesté non plus que celui des Indiens sur les terres des réserves ne peuvent être considérés comme l'équivalent d'un domaine franc ou d'un domaine détenu en fief simple. Il n'y a qu'un seul cas où les terres des réserves peuvent vraiment se comparer aux propriétés franches détenues en fief simple. Il s'agit du cas où la propriété est cédée de façon absolue à Sa Majesté à des fins de vente, conformément aux articles 37 à 39 de la **Loi sur les Indiens**. Cependant, la cession absolue a pour effet d'éteindre le droit des Indiens sur la terre, de sorte que celle-ci n'est plus considérée comme une terre réservée aux Indiens. Lors de la cession absolue, cette terre n'est plus une terre réservée.

Le juge de première instance a reconnu à bon droit que la bande aurait pu choisir de vendre ses terres en les cédant à cette fin. Une fois cédées, les terres auraient pu être comparées à des terres franches. Toutefois, la préoccupation qu'il entretient au sujet du fait que, selon ce scénario, les terres perdraient leur caractère de terres réservées aux Indiens est hors de propos. Le fait que les terres des réserves cédées à des fins de vente perdent leur caractère de terres réservées aux Indiens est compatible avec le fait que, dans le cas d'une vente d'une pleine propriété, une fois que le

that through surrender, Aboriginals are entitled to sell reserve land, like any owner of fee simple land. The fact that land surrendered for sale by Aboriginals no longer retains its Aboriginal character is consistent with principles of real estate law.

[30] The Trial Judge relies on the inalienability and the *sui generis* nature of the Aboriginal interest in reserve land to distinguish it from freehold land. However, in my view, this is not relevant to the valuation of the current land value for purposes of rent review. It ignores the fact that together, through surrender, the Crown and the Band can deliver fee simple title in the land. Both, of course, are plaintiffs in this case.

[31] Accordingly, I cannot agree with the emphasis the learned Trial Judge placed on his conclusion found at page 14 of his reasons:

In this case, the land was only surrendered for the limited purpose of leasing. Accordingly, it retains its character as land reserved for Indians with all the benefits and limitations flowing from that character . . . The greatest estate in land which can be granted by the Crown on behalf of the Musqueam Band in accordance with its surrender to the Crown is a long-term leasehold interest.

It is evident that the learned Trial Judge concluded that the estate to be valued is a 99-year leasehold because that was the extent of the interest surrendered by the Aboriginals. In my view, his focus on the nature of the estate granted to the tenant ignores the fact that it was open to the Band to surrender the land for purposes of sale rather than lease.

[32] It must be reinforced that the purpose of using a rent review clause in a long-term lease is to guarantee a return of investment on a capital asset that could be sold. Once the decision has been made to lease the

propriétaire a vendu le terrain, le droit de propriété antérieur s'est éteint. Le juge de première instance a simplement reconnu le principe que, par la cession, les Autochtones ont le droit de vendre les terres des réserves, comme tout propriétaire d'un domaine détenu en pleine propriété. Le fait que les terres cédées à des fins de vente par les Autochtones ne conservent pas leur caractère de terres réservées aux Indiens est fidèle aux principes du droit immobilier.

[30] Le juge de première instance s'appuie sur l'inaliénabilité et le caractère *sui generis* du titre aborigène sur les terres des réserves pour les distinguer des terres franches. Toutefois, à mon avis, ce raisonnement n'est pas pertinent quant à l'évaluation de la valeur courante du terrain pour les fins de la révision du loyer. Il ne tient pas compte du fait qu'ensemble, par voie de cession, Sa Majesté et la bande peuvent délivrer un titre de pleine propriété sur le terrain. Bien entendu, en l'espèce, ces deux parties sont les demandereses.

[31] Par conséquent, je ne peux accepter l'importance que le juge de première instance a accordée à cette conclusion que l'on trouve à la page 14 de ses motifs:

Dans le cas qui nous occupe, le terrain n'a été cédé que dans le but d'être loué. Par conséquent, il demeure une terre réservée aux Indiens et comporte tous les avantages et restrictions découlant de cette nature [. . .] Le droit foncier le plus important que Sa Majesté peut accorder au nom de la bande indienne de Musqueam conformément à l'acte de cession s'y rapportant est un droit de tenure à bail à long terme.

Il est manifeste que le juge de première instance a conclu que l'évaluation à faire portait sur un droit de tenure à bail de 99 ans parce qu'il s'agit là de l'étendue du droit qui a été cédé par les Autochtones. À mon avis, l'accent qu'il a mis sur la nature de la propriété louée au preneur à bail ne tient pas compte du fait qu'il était loisible à la bande de céder les terrains à des fins de vente plutôt qu'à des fins de location.

[32] Il convient de réitérer que le but d'inclure une clause de révision du loyer dans un bail à long terme est de garantir un rendement sur l'investissement d'un bien immobilisé qui pourrait être vendu. Une fois que

asset, the fact that the asset is surrendered for the purpose of leasing rather than selling is irrelevant to the worth of that asset. After the lease terminates, the Band will still have the asset, which they can then sell or lease or use for their own purposes. While the asset was surrendered for the purposes of leasing, it could have been surrendered and sold and thus, the value of the asset for the purpose of determining the lease is not affected by the decision to lease. In my view, the fact that the land could be sold is fatal to the contention that it should be valued at anything other than its freehold value.

[33] In this regard, it is my opinion that with respect, the learned Trial Judge improperly relied on the Supreme Court of Canada's decision in *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335 to support his view. As stated by the Trial Judge at page 12 of his reasons, *Guerin* recognizes the well-accepted principle that Aboriginal title is *sui generis*. However, the Trial Judge seems to take from this case that Aboriginal land should not be valued as fee simple land because of its inalienability. In adopting this position, he seems to overlook the second part of the passage he quoted from Chief Justice Dickson's reasons in *Guerin, supra*, at page 382, where the Chief Justice states:

. . . but it is also true . . . that the interest gives rise upon a surrender to a distinctive fiduciary obligation on the part of the Crown to deal with the land for the benefit of the surrendering Indians. . . . The nature of the Indians' interest is therefore best characterized by its general inalienability, coupled with the fact that the Crown is under an obligation to deal with the land on the Indians' behalf when the interest is surrendered.

[34] In his judgment, the Trial Judge does not place sufficient emphasis on the ability of the Band to surrender its land for sale and on the nature of the land when surrendered. Once surrendered for sale, the Band's interest would no longer be a burden on the Crown's estate and thus any purchaser of the land would receive an unfettered estate in the land, in fee simple.

[35] I find additional support for my view in the recent case of *Delgamuukw v. British Columbia*,

la décision a été prise de louer ce bien, le fait que celui-ci soit cédé à des fins de location plutôt que de vente n'est pas pertinent quant à sa valeur. À l'expiration du bail, le bien appartiendra toujours à la bande, et celle-ci pourra le vendre ou le louer ou l'utiliser à ses propres fins. Le bien a été cédé à des fins de location, mais il aurait tout aussi bien pu être cédé et vendu et c'est pourquoi la valeur qui doit servir à déterminer le loyer n'est pas touchée par la décision de louer. À mon avis, le fait que le terrain puisse être vendu fait échec à la prétention selon laquelle il devrait être évalué autrement qu'à partir de sa valeur comme propriété franche.

[33] À cet égard, je suis d'avis que le juge de première instance s'est appuyé à tort sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, pour justifier sa conclusion. Comme le déclare le juge de première instance à la page 12 de ses motifs, *Guerin* reconnaît le principe bien accepté que le titre autochtone est *sui generis*. Toutefois, le juge de première instance semble conclure de cet arrêt que les terres autochtones ne peuvent être évaluées comme des pleines propriétés à cause de leur inaliénabilité. En adoptant cette position, il ne semble pas avoir tenu compte de la deuxième partie du passage qu'il a cité des motifs du juge en chef Dickson dans l'affaire *Guerin*, précitée, à la page 382, où le juge en chef déclare ceci:

[. . .] mais il est également vrai [. . .] que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées [. . .] Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit.

[34] Dans son jugement, le juge de première instance ne met pas suffisamment d'accent sur la capacité de la bande de céder ses terres à des fins de vente et sur la nature des terres au moment de la cession. Une fois que la bande a cédé son droit à des fins de vente, celui-ci ne peut plus grever la propriété cédée à Sa Majesté et par conséquent tout acquéreur du terrain reçoit un titre de propriété absolu.

[35] Mon opinion est également renforcée par le raisonnement énoncé dans la décision récente

[1997] 3 S.C.R. 1010. In *Delgamuukw*, *supra*, at page 1091, Chief Justice Lamer, speaking for a unanimous Court on the issue of Aboriginal title, reconfirmed the availability of surrender as a means of selling Aboriginal land. He stated:

Finally, what I have just said regarding the importance of the continuity of the relationship between an aboriginal community and its land, and the non-economic or inherent value of that land, should not be taken to detract from the possibility of surrender to the Crown in exchange for valuable consideration.

In my view the “exchange” referred to by the Chief Justice is the fee simple value of the land. This is consistent with the Crown’s obligation to act as a fiduciary when dealing with Aboriginal land and also accords with the view taken in cases involving the lease of Crown lands, which identifies the exchange value of land as its fee simple value (see *Canada v. Cascade Inn Ltd.*, [1978] F.C.J. No. 201 (T.D.) (QL), discussed *infra*).

[36] In sum, the above analysis demonstrates that the parties intended the “current land value” to mean the freehold value of the land. This is consistent with the fact that through surrender, the Band could have delivered a fee simple. The parties negotiated and settled for a return of 6% on the “current land value”. To hold that the land’s value is in any way diminished by the fact that the land is reserve land imports an element into the Aboriginal context which is irrelevant in the present context.

[37] The valuation reflected above is consistent with the approach taken in non-Aboriginal land valuation cases. The proper approach to the valuation of market value for the purposes of rent review was set out by Justice Kerr in *Gulf Oil Canada Ltd. v. National Harbours Board* (14 September 1972), No. T-1478-71 (F.C.T.D.). At page 19, he found that in long-term leases:

*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Dans *Delgamuukw*, précitée, à la page 1091, le juge en chef Lamer, exprimant l’avis unanime de la Cour sur la question du titre autochtone, reconferme la possibilité d’avoir recours à la cession pour vendre des terres réservées aux Autochtones. Il déclare ceci:

Enfin, les remarques que je viens de faire au sujet de l’importance de la continuité du rapport qu’entretient une collectivité autochtone avec ses terres, et la valeur non économique ou intrinsèque de celles-ci ne devraient pas être considérées comme faisant obstacle à la possibilité d’une cession à la Couronne moyennant contrepartie de valeur.

À mon avis, le mot «moyennant» auquel fait référence le juge en chef est la valeur du terrain détenu en pleine propriété. Cela est compatible avec l’obligation qui incombe à Sa Majesté d’agir comme fiduciaire dans les négociations concernant les terres des Indiens et est également conforme à l’opinion adoptée dans des affaires portant sur la location de terres de la Couronne, où la valeur d’échange d’un terrain est sa valeur en tant que pleine propriété (voir *Canada c. Cascade Inn Ltd.*, [1978] A.C.F. n° 201 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) discutée ci-dessous).

[36] En résumé, l’analyse précitée démontre que les parties avaient l’intention que l’expression «valeur courante du terrain» signifie la valeur du terrain détenu en pleine propriété. Cette conclusion est compatible avec le fait que la bande aurait pu, par voie de cession, délivrer un titre de pleine propriété. Les parties ont négocié et accepté un rendement de 6 % sur la «valeur courante du terrain». Soutenir que la valeur du terrain est d’une quelconque façon diminuée du fait qu’il est situé sur une réserve introduit un élément dans le contexte autochtone qui n’est pas pertinent en l’espèce.

[37] L’évaluation effectuée ci-dessus est compatible avec la démarche adoptée dans des causes d’évaluation de terres non réservées aux Autochtones. La démarche appropriée pour évaluer la valeur marchande à des fins de révision du loyer a été établie par le juge Kerr dans la décision *Gulf Oil Canada Ltd. c. Conseil des ports nationaux* (14 septembre 1972), n° T-1478-71 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). À la page 10, il a statué que dans les baux à long terme:



The valuation of the property should be made, I think, so far as possible on the basis of this exchange value, the value actually or theoretically ascertained by the test of competition between a free and willing purchaser and like vendor.

[38] This approach was subsequently applied in *Canada v. Cascade Inn Ltd.*, *supra*, and *Burrard Dry Dock Co. v. Canada*, [1974] F.C.J. No. 417 (T.D.) (QL). In *Cascade*, at paragraph 37, Primrose D. J. confirmed the approach taken in the two earlier cases:

. . . the two cases in question set out the proper method by which to determine land rental—i.e., by ascertaining the true market value of the freehold interest in the land and by determining a reasonable and economic rental of such freehold.

Here it is evident that Primrose D.J. has identified the “exchange value” referred to in *Gulf Oil*, as the fee simple value of the land. It is the value “actually or theoretically ascertained by the test of competition between a free and willing purchaser and like vendor”. As already noted, this is further support for the view that the reference to the exchange of land for valuable consideration in *Delgamuukw*, *supra*, is a reference to the fee simple value of the land.

[39] Counsel for the respondents has attempted to distinguish these cases on the basis that the land in question is different in character from the instant case and, secondly, because the cases involved fee simple land held by the Crown and not Aboriginal lands. This latter point has already been discussed in full above, where I have noted that the burden of Aboriginal title on the land does not affect the land’s value for purposes of rent review, in leases containing clauses such as in the subject leases. In regard to the first distinction, although *Burrard* and *Gulf Oil* did not involve the valuation of residential lots, the passage from *Cascade* reproduced above confirms that the approach outlined in these cases is to be universally applied. Moreover, the issues raised in these cases are certainly the same as the issues raised here, despite differences

[TRADUCTION] «À mon avis l’évaluation devrait se faire autant que possible sur la base de la valeur marchande, c’est-à-dire de la valeur réellement ou théoriquement fournie par la loi de l’offre et de la demande entre un vendeur et un acheteur libres et consentants.»

[38] Cette démarche a par la suite été appliquée dans *Canada c. Cascade Inn Ltd.*, précitée, et dans *Burrard Dry Dock Co. c. Canada*, [1974] A.C.F. n° 417 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Dans la décision *Cascade*, au paragraphe 37, le juge suppléant Primrose confirme la démarche suivie dans les deux causes antérieures:

[. . .] les deux affaires en question exposent la bonne méthode de calculer le loyer foncier, à savoir: établir la valeur marchande véritable du droit sur la propriété et déterminer la valeur locative rentable et raisonnable de ce droit.

Il est évident que le juge suppléant Primrose a identifié la «valeur d’échange» dont il était question dans *Gulf Oil*, comme étant la valeur du terrain détenu en pleine propriété. C’est la valeur «déterminée de façon réelle ou théorique établie par le test de la concurrence entre un acquéreur prêt à acheter et un vendeur disposé à vendre». Comme il a déjà été noté, cette opinion renforce notre avis selon lequel le renvoi à l’échange du terrain moyennant la contrepartie de valeur dont il est question dans l’arrêt *Delgamuukw*, précité, fait référence à la valeur du terrain détenu en pleine propriété.

[39] L’avocat des intimés a essayé d’établir une distinction avec ces causes en s’appuyant sur le fait que les terrains en question ont un caractère différent de ceux visés en l’espèce et, deuxièmement, sur le fait que, dans ces affaires, il s’agissait de terrains détenus en pleine propriété par Sa Majesté et non de terres réservées aux Autochtones. Ce dernier point a déjà été discuté en détail ci-dessus, et j’ai noté que le titre aborigène qui affecte le terrain ne porte pas atteinte à sa valeur pour les fins de la révision du loyer, dans des baux contenant des clauses comme celles des baux en l’espèce. Pour ce qui a trait à la première distinction, bien que les décisions *Burrard* et *Gulf Oil* ne portaient pas sur l’évaluation de lots résidentiels, le passage tiré de la décision *Cascade* et reproduit ci-dessus confirme que la démarche énoncée dans ces

in the type of land being valued. All of these cases operated on the basic assumption that a landlord, who puts land out for long-term lease, is entitled to a return on the fee simple value of the land. No distinction can be made for the case of Aboriginal lands and I am of the opinion that the principle enunciated in these cases should govern.

[40] The view that it should be the land itself that is valued, rather than the tenant's interest, is consistent with case law that suggests that in general a landlord's rent should not be affected by the value of the land to the tenant. For instance, if the tenant does not put the land to its highest and best use, the valuation of the land is not reduced to reflect the tenant's choice (see *Revenue Properties Co. v. Victoria University, supra*).

[41] Further, in real estate appraisal practice, there is no authority for taking into account the identity of the owner in the determination of land value. This was confirmed by both the appellants' and respondents' experts.

[42] This last point is a matter of common sense. In coming to an agreement over what a buyer will pay for a house, the identity of the vendor has no bearing on the price. The purchase price is the amount of money agreed on by both the buyer and the seller, which reflects the open market value of the property based on the characteristics of the property itself, including such factors as its physical condition and its location. It is difficult to conceive of a scenario in which a buyer would study the qualities of the owner in coming to a decision about the price.

[43] Before concluding on the issue of the valuation of Aboriginal lands in long-term leases, I turn to the previous jurisprudence from the Trial Division of this Court.

affaires doit être appliquée de façon universelle. De plus, les questions soulevées dans ces affaires sont certainement les mêmes que les questions soulevées en l'espèce, malgré les différences dans le type de terrains à évaluer. Toutes ces affaires s'appuient sur l'hypothèse de base qu'un propriétaire, qui consent un bail à long terme sur des terrains, a droit à un rendement sur la valeur d'une pleine propriété. Aucune distinction ne peut être faite parce qu'il s'agit de terres réservées aux Autochtones et je suis d'avis que le principe énoncé dans ces affaires doit être suivi.

[40] L'opinion selon laquelle c'est le terrain lui-même qui doit être évalué, et non pas le droit du preneur à bail, est conforme à la jurisprudence qui laisse entendre qu'en général le loyer touché par le propriétaire ne doit pas être fonction de la valeur que représente le terrain pour le preneur à bail. Par exemple, si le preneur à bail n'utilise pas le terrain de la meilleure façon qui soit, la valeur du terrain n'est pas réduite pour autant (voir *Revenue Properties Co. v. Victoria University, précitée*).

[41] En outre, les techniques d'évaluation immobilière ne nous autorisent pas à prendre en compte l'identité du propriétaire pour déterminer la valeur du terrain. Cela a été confirmé par les experts des appelants comme par ceux des intimés.

[42] Il s'agit là d'une question de bon sens. Pour parvenir à une entente sur le prix que versera un acquéreur à l'achat d'une maison, l'identité du vendeur n'a aucune influence. Le prix d'achat est le montant dont l'acquéreur et le vendeur ont convenu, et qui tient compte de la valeur marchande de la propriété se fondant sur les caractéristiques de la propriété elle-même, y compris des facteurs comme son apparence et son emplacement. Il est difficile de concevoir un scénario dans lequel l'acquéreur étudierait les qualités du propriétaire pour décider du prix qu'il offrira.

[43] Avant de conclure sur la question de l'évaluation de terres autochtones faisant l'objet de baux à long terme, je traiterai de la jurisprudence de la Section de première instance de la Cour.

### Aboriginal Land Valuation Cases

[44] The respondents have argued that the line of cases consisting of *Leighton et al. v. Canada, supra*; *Golden Acres Ltd. v. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123 (F.C.T.D.); *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (T.D.) (QL); *Rodgers et al. v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164 (F.C.T.D.) and *Morin et al. v. Canada* (1996), 114 F.T.R. 141 (F.C.T.D.) establish that the uniqueness of Aboriginal title has resulted in it presenting a different market valuation reality as opposed to lands offered in a freehold market. It must be said at the outset that I do not find these cases particularly useful in that they essentially turn on the construction of the words employed in each lease in question. This was recognized by Strayer J. (as he then was) in *Devil's Gap*, where he found that previous case law was of limited use since the terms at issue in each case differed from the words at issue before him. Nevertheless, much was made of these cases in oral submissions and therefore I feel it is necessary to comment on these decisions. The first case decided in this vein, *Leighton*, is discussed below.

#### 1. *Leighton et al. v. Canada*

[45] The issue in this case was the rent to be paid for Aboriginal land located near Little Shuswap Lake in British Columbia. A typical lease provided that the yearly rent would be the amount which was (at page 200):

. . . in the opinion of the Minister a fair market rent for the land leased on the terms and conditions contained in this lease, and enjoying all the services, amenities then existing, but ignoring the value of any permanent improvements made on the land by the Tenant. [Emphasis added.]

[46] The central issue in the case was whether the rents imposed by the Minister, which were arrived at by imposing a blanket increase of \$720 to the rent of all the lots, was the "amount which is . . . in the opinion of the Minister a fair market rent for the land leased" (*Leighton*, at page 202). Muldoon J. emphati-

### Causes d'évaluation de terres autochtones

[44] D'après les intimés, le courant jurisprudentiel composé de *Leighton et al. c. Canada*, précité; *Golden Acres Ltd. c. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Rodgers et al. c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Morin et al. c. Canada* (1996), 114 F.T.R. 141 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) établit que le caractère unique du titre autochtone a eu pour résultat concret que les terres autochtones ont été évaluées différemment des propriétés franches offertes en vente sur le marché. Il faut dire tout de suite qu'à mon avis, ces décisions ne sont pas particulièrement utiles étant donné qu'elles s'appuient essentiellement sur l'interprétation des mots employés dans chacun des baux en question. Le juge Strayer (tel était alors son titre) a reconnu ce fait dans la décision *Devil's Gap*, dans laquelle il a conclu que la jurisprudence antérieure était d'un usage limité puisque les clauses de chacune de ces affaires différaient du libellé dont il était saisi. Néanmoins, on a fait grand cas de ces décisions dans les observations verbales et j'estime donc qu'il est nécessaire de s'y attarder. La première affaire qui a été décidée dans cet ordre d'idée, soit l'affaire *Leighton*, est discutée ci-dessous.

#### 1. *Leighton et al. c. Canada*

[45] Dans cette affaire, il était question du loyer à payer pour des terres autochtones situées près du lac Little Shuswap en Colombie-Britannique. Le bail type prévoyait que le loyer annuel serait égal au montant qui (à la page 200):

[. . .] de l'avis du ministre, est un juste loyer économique pour les terres louées selon les modalités du présent bail et avec tous les services et avantages existants, mais sans tenir compte de la valeur des améliorations permanentes faites sur les terres par le locataire. [Non souligné dans l'original.]

[46] Dans cette affaire, il s'agissait essentiellement de décider si les loyers imposés par le ministre, qui représentaient une augmentation générale de 720 \$ du loyer de tous les lots, étaient «le montant qui [. . .] de l'avis du ministre, est un juste loyer économique pour les terres louées» (*Leighton*, à la page 202). Le juge

cally rejected the Minister's position as he found the rents resulting from the blanket increase could not possibly represent the Minister's opinion of fair market rent.

[47] The words used in the lease provision in *Leighton* are quite different than the words at issue here and it is easy to distinguish *Leighton* on that basis. The issue in *Leighton* hinged on whether the Minister had acted fairly in unilaterally setting the rent. Justice Muldoon's decision was based on the fact that the Minister did not consider what an appropriate increase was in rent for each individual lot and that imposing a blanket increase was unfair to the smaller properties, which were being hit with a disproportionately large increase in rent. To this extent, I am in agreement with his judgment. However, to the extent that his reasons support the view that Aboriginal land should be treated differently from other land, such reasons should not be accepted.

[48] In sum, *Leighton* can be easily distinguished from the instant case on the wording of the rent review provision. Indeed, Muldoon J. placed much significance on the fact that the term "fair market rent" was qualified by the words "for the land leased on the terms and conditions contained in this lease". At page 202, he stated that the lease:

. . . does not provide for a fair, free and open market rent nor for rent based on any extraneous commercial market consideration. Far from expanding the expression of "fair market rent" to notions of any free, open or outside commercial markets, it confines the expression to such "rent for the land leased on the terms and conditions contained in this lease".

Thus, the intention of the parties was to set the fair rent at the rent for the value of the leased land as restricted and set by the terms of the lease. The case at bar has no similar wording and consequently, is distinguishable.

## 2. *Golden Acres Ltd. v. Canada*

[49] The question in this case was the rent to be paid for reserve land in British Columbia. The lease

Muldoon a rejeté avec vigueur la position du ministre en concluant que les loyers résultant de l'augmentation générale ne pouvaient représenter l'opinion que se faisait le ministre d'un juste loyer économique.

[47] Les mots utilisés dans la clause du bail visé dans l'affaire *Leighton* sont très différents des mots utilisés en l'espèce et il est facile de faire la distinction avec la décision *Leighton* sur ce point. Dans *Leighton*, il s'agissait de savoir si le ministre avait agi équitablement en fixant unilatéralement le loyer. Le juge Muldoon a fondé sa décision sur le fait que le ministre n'avait pas examiné quelle devait être l'augmentation appropriée pour chacun des lots et que le fait d'imposer une hausse générale était injuste pour les petites propriétés, qui étaient frappées de façon disproportionnelle par cette augmentation importante. Je partage son opinion sur ce point. Toutefois, ses motifs ne peuvent être acceptés dans la mesure où ils appuient l'opinion selon laquelle les terres autochtones devraient être traitées différemment d'autres terrains.

[48] En résumé, l'affaire *Leighton* peut facilement être distinguée de l'espèce en s'appuyant sur le libellé de la clause de révision du loyer. En fait, le juge Muldoon a accordé beaucoup d'importance au fait que le sens de l'expression «juste loyer économique» était restreint par les mots «pour les terres louées selon les modalités du présent bail». À la page 202, il déclare que le bail:

[. . .] ne prévoit pas un loyer économique juste déterminé par un marché libre, ni un loyer fondé sur toute considération externe de nature commerciale. Bien loin d'étendre l'expression de «juste loyer économique» aux notions de marchés commerciaux libres, ouverts et externes, [il] restreint le sens de l'expression au «loyer pour les terres louées selon les modalités du présent bail».

Ainsi donc, l'intention des parties était de fixer le juste loyer au loyer correspondant à la valeur des terres louées selon les modalités restreintes du bail. En l'espèce, il n'y a pas de libellé semblable et par conséquent, la présente instance se distingue de l'affaire *Leighton*.

## 2. *Golden Acres Ltd. c. Canada*

[49] Dans cette affaire, la question portait sur le loyer à payer pour certaines terres situées sur des

determined rent in the following way (at pages 124-125):

The yearly rent for each subsequent five year period shall be set by Her Majesty in an amount which has been ascertained by applying a capitalization rate equivalent to the prime rate of the local chartered banks at Kelowna, against the value of the land. The land value shall for this purpose be the market value on the day 90 days before the commencement of the five year period as if held in freehold. [Emphasis added.]

[50] Muldoon J., relying on his earlier decision in *Leighton*, determined at pages 127-128 that:

. . . the expression “as if in freehold” must be regarded as an artifice contrary to the reality . . . .

So, while the parties to the lease may have chosen or been importuned to write therein the words “as if in freehold” as an exercise of imagination, they did not indulge in the vapours of “an imaginary” market . . . . The lease’s notion of “market value” . . . therefore, in both law and equity, must be construed as meaning the value of land in that very restricted “market” comprising comparable Indian lands, for that is the market reality.

Here it is clear that Muldoon J. has interpreted the words used to determine rent in the manner which he feels is fair, and has departed from the clear meaning of the provision. The provision states in crystal clear terms that the “land value” is its freehold value. This was noted by Cullen J. in *Rodgers, supra*, at page 175:

Thus, Muldoon J., did not literally apply one provision of that lease. With respect to my colleague, I do not believe that this is the proper course of action in this case. The parties have undertaken to express their intentions in the agreement, and although it is poorly drafted in technical legalese, those intentions should be followed, particularly, that the market outside of the reserve is to be used as the source of the data in determining the fair market rent.

[51] I share the view of Cullen J. that Muldoon J.’s approach to the valuation of Aboriginal lands in *Golden Acres* ignores the clear words of the lease which precisely define the intention of the parties. Thus, I do not find the approach used in *Golden Acres*

réserves en Colombie-Britannique. Le bail fixait le loyer de la manière suivante (aux pages 124 et 125):

Le loyer annuel se rapportant à chaque période de cinq ans subséquente est fixé par Sa Majesté selon un montant déterminé en appliquant à la valeur de la terre un taux de capitalisation équivalant au taux préférentiel des banques à charte locales de Kelowna. À cette fin, la valeur de la terre correspond à la valeur marchande le 90<sup>e</sup> jour précédant le commencement de la période de cinq ans, comme si la terre faisait l’objet d’un droit de propriété libre. [Non souligné dans l’original.]

[50] Le juge Muldoon, s’appuyant sur sa décision antérieure dans *Leighton*, a conclu ceci aux pages 127 et 128:

[. . .] l’expression «comme si la terre faisait l’objet d’un droit de propriété libre» doit être considérée comme un artifice contraire à la réalité [. . .]

Ainsi, bien que les parties au bail ont peut-être décidé ou ont été pressées d’y écrire les mots «comme si elle faisait l’objet d’un droit de propriété libre» comme exercice de l’imagination, elles ne se sont pas aventurées dans les détails inextricables d’une valeur marchande «imaginaire» [. . .] L’expression «valeur marchande» [. . .] doit donc être interprétée, tant en droit qu’en *equity*, comme signifiant la valeur de la terre dans ce «marché» très retreint comprenant des terres indiennes comparables, car c’est là le marché réel.

Il est clair qu’ici le juge Muldoon a interprété les mots utilisés pour fixer le loyer de la manière qui lui semblait juste et qu’il s’est écarté du sens clair de la clause. Celle-ci stipule on ne peut plus clairement que la «valeur de la terre» est la valeur d’une terre faisant l’objet d’un droit de propriété libre. Le juge Cullen a noté ce fait dans *Rodgers*, précité, à la page 175:

Le juge Muldoon n’a donc pas appliqué littéralement une clause de ce bail. Je ne pense cependant pas que ce soit l’approche indiquée dans l’affaire en instance. Les parties ont exprimé leur volonté dans le bail et bien que celui-ci laisse à désirer sur le plan de la terminologie juridique, cette volonté doit être respectée, en ce qui concerne en particulier la stipulation que le marché à l’extérieur de la réserve doit servir de source de données servant au calcul du loyer.

[51] Je partage l’opinion du juge Cullen qui soutient que la démarche utilisée par le juge Muldoon pour l’évaluation des terres autochtones dans la décision *Golden Acres* ignore le sens manifeste des mots utilisés dans le bail qui définissent précisément l’inten-

to be useful in the determination of our case.

### 3. *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*

[52] This case involved the fair rental value for land that formed part of the Kenora Indian Reserve No. 38B which had been set apart for the use of the Rat Portage Indian Band. The lease provided that the rent was to be set at:

. . . the fair market rental value of the demised lands for the purpose herein permitted as at the date of such a review, but excepting thereout and therefrom the value of any permanent improvements erected by the Lessee on the demised land during the term.

[53] Significantly, the lease dictated that fair market rent be determined as follows:

. . . the amount of yearly rental . . . required to be paid for a parcel of vacant land, similar in area and character, but situate outside of the Reserve, to be used for similar purposes as herein permitted and within a radius of not more than 15 miles from the demised premises; and if no comparable premises can be found within such radius then situate closest to the demised land. [Emphasis added.]

[54] The lease also provides that if there are not a sufficient number of comparable rentals in the area, the alternative method of calculating rent is as follows:

. . . the said fair market value of the demised land shall be computed or determined at not less than ten percent (10%) of the market value of parcels of vacant land outside the Reserve as aforesaid, comparable in area and character to the demised land, which were sold or offered for sale during the preceeding [sic] three (3) or five (5) year period, without regard to the value of the improvements.

[55] Since there were no comparable rentals in the area, resort had to be made to the second method of calculating the fair market value, which involved calculating 10% of the market value of "parcels of vacant land outside the Reserve". Strayer J. accepted

tion des parties. Je ne crois donc pas que la démarche utilisée dans la décision *Golden Acres* soit utile pour trancher le cas en l'espèce.

### 3. *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*

[52] Dans cette affaire, il était question de la juste valeur locative d'un terrain qui faisait partie de la réserve indienne n° 38B de Kenora qui avait été mise de côté à l'usage et au profit de la bande indienne de Rat Portage. Le bail prévoyait que le loyer devait correspondre à la valeur indiquée ci-dessous:

[. . .] la juste valeur locative du terrain cédé à bail aux fins permises par les présentes à la date de la révision, sans toutefois tenir compte de la valeur des améliorations permanentes apportées au cours de cette période par le preneur à bail sur le terrain cédé à bail;

[53] Il est important de noter que le bail dictait que la juste valeur locative devait signifier le montant suivant:

[. . .] le montant du loyer annuel [. . .] qui doit être versé pour un terrain vague de dimensions et de nature similaires mais situé à l'extérieur de la réserve dans un rayon d'au plus quinze (15) milles du terrain cédé à bail et qui doit être utilisé à des fins analogues à elles permises par les présentes; advenant le cas où il est impossible de trouver des terrains comparables dans un tel rayon du terrain cédé à bail, il faut utiliser les terrains qui en sont les plus proches. [Non souligné dans l'original.]

[54] Le bail prévoyait également que s'il n'y avait pas un nombre suffisant de locations comparables dans la région, on devait utiliser la méthode subsidiaire suivante pour calculer le loyer:

[. . .] la juste valeur locative du terrain cédé à bail est calculée ou fixée à un taux représentant au moins dix pour cent (10 %) de la valeur marchande des terrains vagues situés à l'extérieur de la réserve comme cela est indiqué plus haut, comparables au terrain cédé à bail quant à leurs dimensions et à leur nature, qui ont été vendus ou mis en vente au cours de la période de trois (3) ou cinq (5) ans qui a précédé, sans tenir compte de la valeur des améliorations.

[55] Puisqu'il n'y avait pas de locations comparables dans la région, il a fallu avoir recours à la deuxième méthode de calcul de la juste valeur locative, c'est-à-dire 10 % de la valeur marchande des «terrains vagues situés à l'extérieur de la réserve». Le juge Strayer a

that the fair value of the land was to be determined by reference to non-reserve land. He did not adopt the position of Muldoon J. in *Golden Acres* that in the face of a precise definition, Aboriginal land was to be valued in some other manner than other land is valued.

[56] As pointed out by the Trial Judge in our case, the wording of the lease in *Devil's Gap* differs from the case at bar. However, the decision in *Devil's Gap* accords with my holding that Aboriginal land is to be valued in the same manner as any other land. It is consistent with the position of the Supreme Court of Canada in *Delgamuukw*, *supra*, that Aboriginals are able to surrender their land for valuable consideration. Although distinguishable on the words used in the lease, the result in *Devil's Gap* is consistent with the modern view on the nature of Aboriginal title.

[57] I note in passing that Strayer J. remarked on the difficulties of valuing Aboriginal land when the preferential zoning treatment accorded to reserve land actually increased its value over comparable fee simple land. The difficulties he noted in determining the resolution of this issue should not confuse the result that Aboriginal land was valued at its freehold value.

#### 4. *Rodgers et al. v. Canada*

[58] This case involved the valuation of land in Beaucage Park, which is Aboriginal land situated in Nipissing Indian Reserve No. 10. The lease provided that the price to be paid was the "annual fair market rent" of the land. The central issue in this case was the determination of the "annual fair market rent" for the demised land.

[59] The amount of rent was defined in the lease as follows (at page 167):

... 'annual fair market rent' means the amount of yearly rental at the time of the fixing of rent by the Minister,

accepté que la juste valeur des terrains devait être déterminée en faisant référence à des terres situées en dehors de la réserve. Il n'a cependant pas accepté la position du juge Muldoon dans l'affaire *Golden Acres* suivant laquelle, face à une définition précise, il fallait évaluer les terres autochtones d'une manière différente de celle dont on évalue les autres terrains.

[56] Comme l'a signalé le juge de première instance en l'espèce, le libellé du bail dans l'affaire *Devil's Gap* est différent de celui visé en l'espèce. Toutefois, la décision *Devil's Gap* appuie ma conclusion selon laquelle les terres autochtones doivent être évaluées de la même manière que tous les autres terrains. Cette démarche est aussi compatible avec la position adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Delgamuukw*, précité, indiquant que les Autochtones ont le droit de céder leurs terres moyennant une contrepartie de valeur. Bien qu'on puisse également faire une distinction avec l'affaire *Devil's Gap* en raison du libellé du bail, son résultat est compatible avec l'opinion moderne concernant la nature du titre autochtone.

[57] Je note en passant que le juge Strayer a souligné les difficultés que pose l'évaluation des terres autochtones quand un traitement préférentiel accordé aux terres des réserves au niveau du zonage a en fait augmenté leur valeur par rapport à des pleines propriétés comparables. Les difficultés qu'il a notées en essayant de régler cette question ne doivent cependant pas nous faire perdre de vue que les terres autochtones ont été évaluées en tant que propriété libre.

#### 4. *Rodgers et al. c. Canada*

[58] Cette affaire portait sur l'évaluation d'un terrain dans le parc Beaucage, qui faisait partie des terres réservées aux Autochtones dans la réserve indienne n° 10 de Nipissing. Le bail prévoyait que le prix à payer était le «loyer annuel au taux du marché» pour le terrain loué. La question principale dans cette affaire consistait à déterminer le «loyer annuel au taux du marché» pour le terrain loué.

[59] Le montant du loyer était défini dans le bail de la façon suivante (à la page 167):

[. . .] «loyer annuel au taux du marché» s'entend du loyer annuel exigible, à la date où le ministre fixe le loyer, pour

required to be paid for a parcel of vacant land, similar in area and character, but situate outside of the Reserve, to be used for similar purposes as herein permitted within the vicinity of Sturgeon Falls, Ontario, but if an insufficient number of or no parcels of vacant land outside the Reserve as aforesaid, comparable in area and character to the demised land are found to be leased or to be offered for lease for similar purposes as herein permitted, then the annual fair market rent of the demised land shall be computed or determined at a rate of not less than ten (10) percent of the market value of parcels of vacant land outside the Reserve as aforesaid comparable in area and character to the demised lands. . . without regard to the value of the improvements. [Emphasis added.]

[60] Cullen J. based his determination of the annual fair market rent upon the evidence of the defendant's appraiser. He rejected the evidence of the plaintiff's appraiser who had valued the land by reference to other reserve lands, since this method went clearly outside the prescription of the lease. The learned Trial Judge went on to consider which of three appraisals produced by the defendant's appraiser most accurately reflected the value of the land.

[61] The first report was based on the alternative method of taking 10% of the market value of similar off-reserve land, but was rejected as it compared the subject land to land that was not sufficiently similar. The second report was also based on this alternative method, and Cullen J. found that the off-reserve land used in this report was sufficiently similar to the lands in question. However, this appraisal produced rents that represented a 300% increase over the amount for the last period. The Court rejected this report, despite its conformity with the terms of the provision, because the result it produced was "totally unreasonable". At page 173, Cullen J. stated that the unreasonable result was attributable to:

. . . comparing property for lease on the reserve with residential property for sale in areas off the reserve, and then applying a somewhat arbitrary factor of ten percent, in other words, valuing the subject lots as if they were sold in fee simple and then applying the ten percent factor.

un terrain non bâti ayant la même superficie et les mêmes caractéristiques, mais situé à l'extérieur de la réserve, et servant aux mêmes fins que celles visées aux présentes, dans le voisinage de Sturgeon Falls (Ontario). S'il n'y a pas ou s'il n'y a pas suffisamment de terrains non bâtis de ce genre à l'extérieur de la réserve, comparables en superficie et en caractéristiques au terrain loué, et donnés à bail ou à louer pour les mêmes fins que celles visées aux présentes, le loyer annuel au taux du marché du terrain loué sera calculé ou fixé à un taux au moins égal à dix pour cent (10 p. 100) de la valeur marchande des parcelles de terre non bâties à l'extérieur de la réserve, ayant la même superficie et les mêmes caractéristiques que le terrain loué, [. . .] abstraction faite de la valeur des améliorations. [Non souligné dans l'original.]

[60] Le juge Cullen a fondé sa détermination du loyer annuel au taux du marché sur le témoignage de l'évaluateur du défendeur. Il a rejeté le témoignage de l'évaluateur du demandeur qui avait évalué le terrain en faisant référence à d'autres terres des réserves, puisque cette méthode allait manifestement à l'encontre des prescriptions contenues dans le bail. Le juge de première instance s'est ensuite demandé laquelle des trois estimations produites par l'évaluateur du défendeur reflétait le plus exactement la valeur du terrain.

[61] Le premier rapport se fondait sur la méthode subsidiaire consistant à calculer 10 % de la valeur marchande de terres similaires situées à l'extérieur de la réserve, mais cette méthode a été rejetée étant donné qu'elle comparait le terrain en question à des terrains qui ne lui étaient pas suffisamment comparables. Le deuxième rapport était également basé sur cette méthode subsidiaire, et le juge Cullen a jugé que les terrains situés en dehors de la réserve dans ce rapport étaient suffisamment semblables au terrain en question. Toutefois, d'après cette estimation, les loyers avaient subi une augmentation de 300 % par rapport aux loyers de la dernière période. La Cour a donc rejeté le rapport, malgré sa conformité aux modalités de la clause, parce que le résultat obtenu semblait «entièrement déraisonnable». À la page 173, le juge Cullen déclare que ce résultat déraisonnable s'explique par le fait:

[. . .] de comparer les propriétés à louer dans la réserve avec des propriétés résidentielles à vendre à l'extérieur, puis d'appliquer un coefficient plutôt arbitraire de 10 p. 100, autrement dit d'évaluer les terrains en cause comme s'ils étaient vendus à l'état de fief simple puis d'y appliquer le coefficient de 10 p. 100.



[62] It is evident that Cullen J. could not accept that Aboriginal lands could be valued as fee simple lands, even when this was the express intent of the parties. The problem of valuing the land in accordance with the lease was that “it was just too high” in that “an increase of 300 percent after the first term seems totally unreasonable.” Cullen J. recognized that the “methodology conforms with that set out in the lease” but dismissed it because “it produces an unreasonable result”. As a result of rejecting the method set out in the lease, Cullen J. accepted the third appraisal report which reduced the value of the reserve land by 40% from its fee simple value. Cullen J. described this 40% reduction as arbitrary but accepted it since the appraiser was an expert and the estimate of the correct deduction was within his expertise.

[63] In my view the result arrived at by Cullen J. cannot be accepted as it departs from the express intention of the parties as exhibited in the terms of the rent provision. The lease required that the annual fair market rent was the amount of rent for a comparable off-reserve plot, that was “similar in area and character” to the reserve land. Cullen J. found that the term “character” used in the lease could not be interpreted “without including the type of holding of the land, as well as its physical characteristics and location.” In my view this is a departure from the clear meaning of the words chosen by the parties. The lease provides that the rent is to be the same as the rent for off-reserve land that is similar in character. Thus the term “character” cannot include the “type of holding of the land” since off-reserve land cannot be held in the same manner as reserve land.

[64] With respect, it is my view that where the parties have expressed their clear intention in the lease and where the methodology specified is adopted, the result of that appraisal should be accepted. The parties

[62] Il est évident que le juge Cullen ne pouvait accepter que les terres autochtones puissent être évaluées comme des terres détenues en pleine propriété, même si cela était l'intention expresse des parties. Le problème que posait l'évaluation du terrain en conformité avec le bail était «qu'elle [était] bien trop élevée» parce qu'«une augmentation de 300 p. 100 à l'expiration du premier terme [semblait] entièrement déraisonnable». Le juge Cullen a reconnu que la «méthodologie [était] conforme à celle que [prévoyait] le bail», mais il l'a rejetée parce qu'elle «[a donné] un résultat déraisonnable». Comme il avait rejeté la méthode prévue dans le bail, le juge Cullen a accepté le troisième rapport d'estimation qui réduisait la valeur des terres des réserves de 40 % par rapport à leur valeur de pleine propriété. Le juge Cullen a décrit cette réduction de 40 % comme étant arbitraire, mais il l'a acceptée, puisque l'évaluateur était un expert et que son estimation de la déduction appropriée relevait de son domaine d'expertise.

[63] À mon avis, le résultat auquel en est arrivé le juge Cullen ne peut être accepté étant donné qu'il s'écarte de l'intention expresse des parties qui ressort des modalités de la clause de loyer. Le bail exigeait que le juste loyer annuel au taux du marché soit le montant du loyer payé pour un lot comparable à l'extérieur de la réserve, «ayant la même superficie et les mêmes caractéristiques» que les terres des réserves. Le juge Cullen a conclu que le terme «caractéristiques» utilisé dans le bail ne pouvait être interprété «abstraction faite de la nature du droit sur le terrain ou de ses caractéristiques physiques et de son emplacement». À mon avis, ce raisonnement s'écarte du sens clair des mots choisis par les parties. Le bail prévoyait que le loyer devait être égal au loyer des terrains situés à l'extérieur de la réserve ayant les mêmes caractéristiques. Ainsi donc, le terme «caractéristiques» ne peut inclure la «nature du droit sur le terrain», puisque les terrains situés à l'extérieur de la réserve ne pouvaient être détenus de la même manière que les terres des réserves.

[64] Je suis d'avis que lorsque les parties ont exprimé leur intention claire dans un bail et lorsque la méthodologie précisée est suivie, le résultat de cette évaluation devrait être accepté. Les parties sont libres

were free to contract in any manner in which they chose and consequently, deference must be given to their selection. In my view a result which honours the terms of the lease and has the side effect of increasing the rent by 300% is more reasonable than arbitrarily reducing the value of Aboriginal land from land of the same character by 40%.

[65] The importance of focusing the analysis on the intention of the parties rather than the percentage increase cannot be overstated. In many cases involving Aboriginal land, reference to the percentage increase is very misleading. This is true in every case where the rent for the initial period was set below its fair price. In these cases, it would not be surprising that an increase in rent to its fair market value would seem unreasonable. Moreover, consistently undervaluing Aboriginal land below its market value to protect the interest of lessees creates a vicious circle devaluing reserve land, since reference to previously established values are continually made when the issue of Aboriginal land valuation arises.

[66] It is obvious that *Rodgers* can be distinguished on the words used in the lease. In *Rodgers*, as in *Golden Acres*, the Court construed Aboriginal leases so as to undervalue Aboriginal land. I turn now to the most recent case to consider this issue.

##### 5. *Morin et al. v. Canada*

[67] This case involved a lease for land that was part of the Nipissing Indian Reserve No. 10 in Jocko Point Subdivision. The leases provided for rent review every five years. The rental provision read as follows:

... the rental ... shall be based on the fair market value for the land at that time, without regard to the value of improvements placed thereon by the lessee but having due regard to the value of other demised lands in the area.

de contracter de la manière qu'elles choisissent et, par conséquent, il faut faire preuve de retenue par rapport au choix qu'elles ont exercé. À mon avis, un résultat qui respecte les modalités du bail et qui a pour effet secondaire d'augmenter le loyer de 300 % est plus raisonnable que de réduire arbitrairement de 40 % la valeur des terres autochtones par rapport à des terrains ayant les mêmes caractéristiques.

[65] L'importance de centrer l'analyse sur l'intention des parties plutôt que sur le pourcentage d'augmentation ne peut être trop soulignée. Dans bon nombre de cas où il est question de terres autochtones, le renvoi à l'augmentation en pourcentage est très trompeur. Cela se confirme chaque fois que le loyer de la période initiale a été établi en-deçà de son juste prix. Dans ces cas, il n'est pas surprenant qu'une augmentation du loyer à sa juste valeur marchande semble déraisonnable. En outre, le fait de sous-évaluer de façon constante les terres autochtones en-deçà de leur valeur sur le marché afin de protéger les intérêts des preneurs à bail crée un cercle vicieux de dévaluation des terres des réserves, puisqu'on fait continuellement référence à des valeurs établies antérieurement quand la question de l'évaluation des terres autochtones se pose.

[66] Il est manifeste que l'affaire *Rodgers* peut être distinguée de l'espèce d'après les mots utilisés dans le bail. Dans *Rodgers*, comme dans *Golden Acres*, la Cour a interprété les baux portant sur des terres réservées aux Autochtones en sous-estimant la valeur de leurs terres. J'aborde maintenant la décision la plus récente portant sur cette question.

##### 5. *Morin et al. c. Canada*

[67] Dans cette affaire, il était question d'un bail relatif à des terrains qui faisaient partie de la réserve indienne n° 10 de Nipissing dans le lotissement de Jocko Point. Les baux prévoyaient une révision des loyers tous les cinq ans. La clause de loyer est rédigée dans les termes suivants:

[...] le loyer [...] est fixé en fonction de la juste valeur marchande du terrain à ce moment-là, en faisant abstraction de la valeur des améliorations construites ou apportées par le preneur sur le terrain cédé à bail, mais en tenant dûment

[68] Applying the provisions of the lease, the Band obtained appraisals of the fair market value of the lots “without regard to the improvements but with regard to the value of other demised land in the area”. The plaintiffs objected to the appraisal and sought a determination of how the true fair market rent for the leased lots should be established. The issue was whether regard should be had to reserve land to determine the “fair market value”.

[69] Gibson J. distinguished this case from *Rodgers* on the basis that in the typical lease in *Rodgers* there was a definition of “annual fair market rent” which stipulated that the valuation was to be done by reference to non-reserve land only. Since in this case there was no restriction to land outside of the reserve, Gibson J. found that the valuation should include reserve land and found that to ignore reserve lands in the valuation would [at page 146] “ignore the unique nature of Indian lands that has forcefully been identified by Mr. Justice Muldoon of this court in **Leighton and Golden Acres**.” At pages 147-148, Gibson J. concluded:

While I cannot conclude on the basis of the evidence before me, the argument and the precedents cited, that any appraiser engaged in the appraisal of fair market value of the Jocko Point Subdivision lots should be bound to rely solely on the values established for the Beaucage Park lots, I conclude that neither can an appraiser properly ignore the fair market value determinations in respect of those lots. Reference to those determinations is clearly within the stipulation to have due regard to the value of other demised lands in the area of Jocko Point Subdivision, and to fail to do so would be to ignore the concerns by this court, with which I heartily concur, that “. . . Indian land simply cannot in reality attain the value of land in an authentically free and open market”.

compte de la valeur des autres terrains cédés à bail de la région.

[68] Appliquant les dispositions du bail, la bande a fait estimer la juste valeur marchande des lots «en faisant abstraction des améliorations [. . .] mais en tenant dûment compte de la valeur des autres terrains cédés à bail de la région». Les demandeurs se sont opposés à l'évaluation et ont demandé comment le juste loyer économique véritable pour les lots loués devait être établi. La question était de savoir s'il fallait tenir compte du fait qu'il s'agissait de terres situées sur une réserve pour déterminer la «juste valeur marchande».

[69] Le juge Gibson a établi une distinction entre cette affaire et la décision *Rodgers* en s'appuyant sur le fait que, dans le bail type de l'affaire *Rodgers*, il y avait une définition du «juste loyer économique annuel» qui stipulait que l'évaluation devait être faite en faisant référence uniquement à des terres non situées sur la réserve. Puisque dans cette affaire il n'y avait pas de restriction concernant les terres situées à l'extérieur de la réserve, le juge Gibson a statué que l'évaluation devait inclure les terres des réserves et que l'évaluateur qui n'en tiendrait pas compte [à la page 146] «méconnaîtrait le caractère unique des terres indiennes, caractère qui a été reconnu avec force par notre Cour, sous la plume du juge Muldoon dans les jugements **Leighton et Golden Acres**». Aux pages 147 et 148, le juge Gibson conclut comme suit:

Bien que la preuve qui m'a été soumise, les moyens invoqués et les précédents cités ne me permettent pas de conclure que tout évaluateur engagé pour établir la juste valeur marchande des lots du lotissement de Jocko Point devrait être tenu de se fonder uniquement sur les valeurs attribuées aux lots du parc Beaucage, je conclus qu'un évaluateur ne peut pas non plus à bon droit ignorer la juste valeur marchande attribuée à ces terrains. L'évaluateur qui tient compte de ces valeurs respecte de toute évidence la stipulation du contrat qui exige que l'on tienne dûment compte de la valeur des autres terrains cédés à bail dans le secteur du lotissement de Jocko Point. L'évaluateur qui ne tiendrait pas compte de ces valeurs ferait fi de la mise en garde qui a été formulée par notre Cour et à laquelle je souscris entièrement, suivant laquelle «[une] terre indienne inaliénable ne peut tout simplement pas, en réalité, atteindre la valeur d'une terre dans un marché authentiquement libre et ouvert».

[70] Thus it is seen that *Morin* is the last in a series of cases which are based on the premise that “Indian land simply cannot in reality attain the value of land in an authentically free and open market”.

[71] As discussed, this principle has already been rejected. What is at issue here is the interpretation of a clause in a contract and more specifically, the intention of the parties regarding the rent to be paid. In the absence of words to the contrary, the valuation of the market value of Aboriginal land should be made in the same manner as any other land. Discounting the value of Aboriginal land on the basis of their *sui generis* interest in their own land is irrelevant to the determination of rent calculated as a percentage return on a capital investment. If the parties intended to depart from the well-accepted practice of valuing land in long-term leases at its freehold or exchange value, they could, and should have specified this in the lease.

[72] Since I have rejected the correctness of the principle underlying the decision in *Morin*, I find it has no application in the context of the case at bar.

#### Conclusion on the meaning of “current land value”

[73] In the present case, the lease provides that for rent review purposes, the land is to be valued at its “current land value”. I have concluded that properly construed, this term means the fee simple value of the land. This is consistent with the approach taken in *Gulf Oil, supra*, and in subsequent cases. The fact that these lands are reserve lands does not, in my view, diminish the market value of the property in question. To hold that the Aboriginal interest in this piece of land has made it worth less than its open market value is an untenable concept.

[70] Force est de constater que l'affaire *Morin* est la dernière d'une série de décisions qui sont fondées sur la prémisse selon laquelle «une terre indienne ne peut tout simplement pas, en réalité, atteindre la valeur d'une terre dans un marché authentiquement libre et ouvert».

[71] Comme nous en avons discuté ci-dessus, ce principe a déjà été rejeté. Il s'agit en l'espèce d'interpréter une clause dans un contrat et, plus précisément, de déterminer quelle était l'intention des parties concernant le loyer à payer. En l'absence de mots à l'effet contraire, la valeur marchande des terres autochtones devrait être déterminée de la même manière que celle d'autres terrains. Réduire la valeur des terres autochtones en s'appuyant sur le droit *sui generis* des Autochtones sur leurs propres terres est un facteur non pertinent pour déterminer le loyer calculé en tant que pourcentage de rendement sur un investissement. Si les parties avaient l'intention de s'écarter de la méthode bien acceptée qui consiste à évaluer les terrains faisant l'objet de baux à long terme à leur valeur de propriété libre ou à leur valeur d'échange, elles pouvaient le préciser dans le bail, et elles auraient dû le faire.

[72] Puisque j'ai rejeté le principe énoncé dans la décision *Morin*, je conclus que cette décision ne s'applique pas dans le contexte de l'espèce.

#### Conclusion sur le sens de «valeur courante du terrain»

[73] En l'espèce, le bail prévoit que, pour les fins de la révision du loyer, les terrains doivent être évalués à leur «valeur courante». J'ai conclu que, lorsque cette expression est correctement interprétée, elle signifie la valeur du terrain détenu en pleine propriété. Cette conclusion est compatible avec la démarche suivie dans la décision *Gulf Oil*, précitée, et dans des décisions ultérieures. Le fait qu'il s'agisse de terres situées sur une réserve ne diminue pas, à mon avis la valeur marchande de la propriété en question. Soutenir que le titre autochtone afférent à cette parcelle de terre a eu pour effet d'en réduire la valeur par rapport à ce qu'elle serait sur un marché ouvert est une position intenable.

[74] In accepting the appellants' position, I am cognizant that the respondents will be facing large increases in rent, and I sympathize with their concerns. However, as stated by the learned Trial Judge at page 5 of his judgment:

. . . whether the plaintiffs are to receive what they believe they are entitled to, or the defendants can afford to pay the annual rent, are not considerations for the Court. The fair rent is not a conclusion based on the Court's assessment of what is economically or socially desirable. It is a determination based on the interpretation of the relevant documents and the acceptance of relevant and credible evidence.

[75] In the result, I accept the Trial Judge's conclusion that the hypothetical fee simple value of the average lot is \$600,000. For the reasons outlined above, I find that this is the "current land value" referred to in subsection 2(4) of the lease and, consequently, I consider the 50% reduction imposed by the Trial Judge, which he based on the "Indian reserve feature" of the land, to be in error. I turn now to the question of the costs of servicing the land.

II. Does the lease require that the costs of servicing and development be deducted from the fee simple value of the lots to determine "current land value"?

[76] Having determined the fee simple value of the lots in their serviced state, the final issue is whether the cost of servicing the land should be deducted in calculating the "fair rent for the land". The question is again one of construction, hinging on the meaning of paragraph 2(2)(a) of the lease. Below, subsection 2(2) of the lease is reproduced in full for ease of reference:

2(2) The rent for each year of the three succeeding twenty (20) year periods and for the final nine (9) year period of the term hereof, shall be a fair rent for the land negotiated immediately before the commencement of each such period. In conducting such negotiations the parties shall assume that, at the time of such negotiations, the lands are

a) unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement;

[74] En acceptant la position des appelants, je me rends compte que les intimés devront faire face à de grosses augmentations de loyer, et ils ont toute ma sympathie. Toutefois, comme l'a déclaré le juge de première instance à la page 5 de son jugement:

[. . .] la Cour n'a pas à se demander si les demandeurs doivent recevoir ce qui, à leur avis, leur revient de droit ou si les défendeurs peuvent se permettre de payer le loyer annuel. Le juste loyer n'est pas une conclusion fondée sur l'évaluation de la Cour quant à un loyer souhaitable sur les plans économique ou social. Il doit plutôt découler d'une décision fondée sur l'interprétation des documents pertinents et sur l'acceptation des éléments de preuve pertinents et dignes de foi.

[75] Par conséquent, j'accepte la conclusion du juge de première instance selon laquelle la valeur hypothétique du lot moyen détenu en pleine propriété est de 600 000 \$. Pour les raisons indiquées ci-dessus, je conclus qu'il s'agit là de la «valeur courante du terrain» dont il est question au paragraphe 2(4) du bail et, en conséquence, j'estime que la réduction de 50 % imposée par le juge de première instance, parce qu'il s'agissait de terres situées sur une réserve, est une erreur. J'aborde maintenant la question des frais de service sur les terrains.

II. D'après le bail, les frais de service et de mise en valeur doivent-ils être soustraits de la valeur des lots détenus en pleine propriété pour déterminer la «valeur courante du terrain»?

[76] Les lots détenus en pleine propriété ayant été évalués comme terrains viabilisés, il reste une dernière question à trancher, c'est-à-dire décider s'il faut soustraire les frais de service afférents au terrain dans le calcul du «juste loyer du terrain». Il s'agit encore une fois d'une question d'interprétation, qui s'articule sur le sens de l'alinéa 2(2)a) du bail. Ci-dessous, le paragraphe 2(2) du bail est reproduit en entier pour plus de commodité:

2(2) Le loyer relatif à chaque année des trois périodes successives de vingt (20) ans et de la dernière période de neuf (9) ans correspond à un juste loyer à l'égard du lot visé, lequel loyer est négocié immédiatement avant le début de chacune de ces périodes. Dans le cadre de ces négociations, les parties présument que, à la date de celles-ci, les terrains sont

a) des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente;

- b) lands to which there is public access;
- c) lands in a subdivided area, and
- d) land which is zoned for single family residential use,

and the foregoing assumption shall also be made in the case of any determination of the rent pursuant to the provisions of subparagraph (3) hereof. [Emphasis added.]

[77] Thus, from paragraph 2(2)(a) the lands to be valued are “unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement.” The dispute arises over whether “this agreement” refers to the Master Agreement, at the completion of which the lands were unserviced, or whether it is a reference to the lease agreement itself, at the completion of which the lands were serviced.

[78] As noted by the Trial Judge, it is clearly evident that this ambiguity has arisen as a consequence of the parties lifting section 15 of the Master Agreement and inserting it into the lease as section 2 without considering the modifications that were necessary to more precisely demonstrate their intent. However, despite the ambiguity created by the adoption of the wording of subsection 15(2) of the Master Agreement, I believe it is clear that what was intended by the parties was that the land was to be valued in its unserviced form.

[79] I agree with the Trial Judge’s conclusion that the costs of servicing must be deducted from the current value of the serviced lots. In my view, it can be readily seen from his thorough review of the arguments presented by the parties and from his reasons that “this agreement” must mean the Master Agreement.

[80] The starting point for his position is the incorporation by reference of the Master Agreement in the preamble of the lease. The relevant portion of the preamble states:

AND WHEREAS the land described in the said Master Agreement has been subdivided, and serviced as set forth in the terms of the said Agreement, . . .

NOW THEREFORE THIS AGREEMENT WITNESSETH that in consideration of the rents, covenants, and agreements

- b) des terrains comportant une voie d’accès publique;
- c) des terrains se trouvant dans une zone lotie;
- d) des terrains zonés pour la construction résidentielle de maisons unifamiliales,

et les présomptions qui précèdent seront également formulées dans le cas de toute détermination du loyer conformément aux dispositions du paragraphe (3) des présentes. [Non souligné dans l’original.]

[77] Ainsi, d’après l’alinéa 2(2)a), les terrains à évaluer sont «des terrains non améliorés se trouvant dans l’état où ils étaient à la date de la présente entente». Le conflit découle du fait que les parties se demandent si «la présente entente» fait référence à l’entente cadre, à la date de laquelle les terrains n’avaient pas été viabilisés, ou au bail lui-même, à la date duquel les terrains avaient été viabilisés.

[78] Comme l’a noté le juge de première instance, il est manifeste que cette ambiguïté se pose du fait que les parties ont tiré l’article 15 de l’entente cadre et l’ont incorporé à l’article 2 du bail sans faire les modifications nécessaires pour indiquer de façon plus précise leur intention. Toutefois, malgré l’ambiguïté créée par l’adoption du libellé du paragraphe 15(2) de l’entente cadre, je crois qu’il est clair que les parties avaient l’intention de faire évaluer les terrains avant qu’ils soient viabilisés.

[79] J’accepte la conclusion du juge de première instance selon laquelle les frais de service doivent être déduits de la valeur courante des lots viabilisés. À mon avis, on peut d’emblée conclure de son examen exhaustif des arguments présentés par les parties et de ses motifs que l’expression «la présente entente» doit désigner l’entente cadre.

[80] Le point de départ de sa position est l’incorporation par renvoi de l’entente cadre dans le préambule du bail. La partie pertinente du préambule se lit comme suit:

ATTENDU QUE le terrain décrit dans ladite entente cadre a été loti et viabilisé selon les conditions de ladite entente [. . .]

EN CONSÉQUENCE, compte tenu des loyers, engagements et accords que le preneur à bail a convenu de respecter ainsi

of the Lessee as set forth in the Master Agreement between the Minister and the Lessee, the Minister HEREBY DEMISES AND LEASES unto the Lessee that certain parcel of land situate, lying and being in the City of Vancouver.

It is clear that the Master Agreement is incorporated by the first sentence reproduced above. Indeed, it was always the intention of the parties that the lease agreements would correspond to the "Draft Lease (Residential)" that was appended as a schedule to the Master Agreement.

[81] The Trial Judge based his conclusion that subparagraph 2(2)(a) refers to the Master Agreement on the following four reasons, which I find to be persuasive of his view.

[82] First, the view that "this agreement" refers to the Master Agreement is consistent with the preamble of the lease which describes the land as being subdivided and serviced. If "this agreement" meant the lease agreement, there would be no need for paragraph 2(2)(c) since the preamble of the lease already identifies the land as being subdivided.

[83] Second, if the parties intended "this agreement" to refer to the lease, they could have easily worded paragraph 2(2)(a) to read "unimproved subdivided and serviced lands" to reflect the state of the land which is identified in the preamble of the lease.

[84] Third, the rent paid in the first 30 years was based on the unserviced value of the land and in the absence of an explanation, it is extremely doubtful that the intention of the parties was to include the cost of servicing in subsequent rent reviews.

[85] I find the final reason provided by the Trial Judge [at page 27] particularly convincing:

Fourth, construing the date of "this agreement" as being the date of the Master Agreement accords with reality. The Band provided unimproved, undeveloped land. The devel-

que des engagements et accords du preneur à bail qui sont énoncés dans l'entente cadre conclue entre le ministre et celui-ci, le ministre LOUE audit preneur à bail la parcelle de terrain se trouvant dans la ville de Vancouver.

Il est clair que l'entente cadre est incorporée au bail par la première phrase reproduite ci-dessus. En fait, les parties ont toujours eu l'intention de faire en sorte que les baux correspondent au «projet de bail (résidentiel)» joint en annexe à l'entente cadre.

[81] Le juge de première instance a fondé sa conclusion selon laquelle l'alinéa 2(2)a renvoie à l'entente cadre sur les quatre raisons suivantes qui, à mon avis, sont convaincantes.

[82] Premièrement, l'opinion selon laquelle «la présente entente» fait référence à l'entente cadre est compatible avec le préambule du bail qui décrit les terrains comme ayant été lotis et viabilisés. Si «la présente entente» désignait le bail, il n'aurait pas été nécessaire d'inclure l'alinéa 2(2)c puisque le préambule du bail indique déjà que les terrains ont été lotis.

[83] Deuxièmement, si les parties avaient l'intention de faire en sorte que l'expression «la présente entente» renvoie au bail, elles auraient pu facilement rédiger l'alinéa 2(2)a pour qu'on y lise «des terrains lotis et viabilisés sans amélioration» pour décrire l'état des terrains qui sont identifiés dans le préambule du bail.

[84] Troisièmement, le loyer payé dans les 30 premières années a été calculé d'après la valeur des terrains non viabilisés et, en l'absence de toute explication, il est extrêmement difficile de prétendre que les parties avaient l'intention d'inclure les frais de service dans les révisions ultérieures du loyer.

[85] Je trouve que la dernière raison énoncée par le juge de première instance [à la page 27] est particulièrement convaincante:

En quatrième lieu, la date de «la présente entente» correspond dans les faits à la date de l'entente cadre. La bande a fourni un terrain non viabilisé et non mis en valeur.

oper expended the funds and assumed the risk of development, including servicing costs. I have difficulty thinking that the parties intended that at rent review, the Band was to receive compensation in respect of servicing and development for which it did not pay and for which it was not responsible.

At the outset, the Musqueam Development Co. Ltd. was obliged to provide for the servicing of the lots. After doing so, the developer assigned the lots to the individual lessees for consideration; it can only be assumed that the cost of servicing was passed on to the lessees. Counsel for the appellants argued that the Band had, in effect, paid for the servicing because the evidence of one of its witnesses was that the Band had taken a reduction in the price of the lands since they were not serviced. This, however, is not a tenable argument. The Band, if they receive rent based on the fee simple value of the bare land, will be receiving a rent based on the full value of their asset. This is the extent of their entitlement.

[86] This is indeed the most logical view as it is extremely doubtful that the Band should be compensated for servicing provided at the developer's expense. It is a well accepted principle that in the absence of wording to the contrary, a landlord should not benefit from the improvements made by and at the expense of the tenant. This was delineated in *Queen (The) in right of Canada and Lynnwood Marinaland Ltd., Re* (1971), 20 D.L.R. (3d) 589 by the British Columbia Court of Appeal. At page 591, Davey C.J.B.C., stated this principle in the following way:

The rent payable during the term is for the property leased to the lessee, that is, the water lot. Under the lease the tenant acquired a leasehold estate upon which he was entitled to make these improvements. To make him pay an increased rent for improvements which he had made during the term of the lease would be to make him pay rent upon a value created by his authorized expenditures, and so diminish the worth of his leasehold estate. I think, if such a result was intended, it should have been expressed in clear language that is wanting.

Le promoteur a dépensé les fonds et accepté le risque inhérent à la mise en valeur, y compris les frais de service. Il m'est difficile de croire que les parties souhaitaient, lors de la révision du loyer, que la bande reçoive un dédommagement à l'égard des services et de la mise en valeur alors qu'elle n'en a pas payé le coût et qu'elle n'en était pas responsable.

Dès le début, la Musqueam Development Co. Ltd. a été obligée de fournir les services sur les lots. Après les avoir viabilisés, le promoteur a cédé les lots à chacun des preneurs à bail en échange d'une contrepartie; on ne peut que présumer que les frais de service ont été pris en charge par les preneurs à bail. L'avocat des appelants a soutenu que la bande avait en fait payé les services parce que, selon le témoignage de l'un de ses témoins, la bande avait accepté une réduction du prix des terrains puisque ceux-ci n'étaient pas viabilisés. Toutefois, cet argument n'est pas défendable. Si la bande touche un loyer fondé sur la valeur du terrain nu, détenu en pleine propriété, ce sera un loyer fondé sur la pleine valeur de son actif. Telle est l'étendue de son droit.

[86] C'est en fait la position la plus logique étant donné qu'il est extrêmement douteux que la bande puisse être dédommée pour les services qui ont été fournis aux frais du promoteur. Il existe un principe bien accepté selon lequel, en l'absence de mots à l'effet contraire, un propriétaire ne doit pas bénéficier d'améliorations qui ont été faites par le preneur à bail à ses frais. Ce principe a été précisé dans l'arrêt *Queen (The) in right of Canada and Lynnwood Marinaland Ltd., Re* (1971), 20 D.L.R. (3d) 589 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. À la page 591, le juge en chef Davey, énonce ce principe de la manière suivante:

[TRADUCTION] Le loyer payable pendant le terme prévu s'applique à la propriété louée au preneur à bail, c'est-à-dire le plan d'eau. En vertu du bail, le preneur a acquis une propriété à bail sur laquelle il avait le droit de faire des améliorations. L'obliger à payer un loyer accru pour les améliorations qu'il a faites pendant la durée du bail équivaudrait à lui faire payer un loyer sur une valeur qui a été créée par les dépenses qu'il était autorisé à faire, ce qui diminuerait la valeur de sa propriété à bail. Je pense que, si tel était le résultat recherché, il aurait fallu l'exprimer dans des mots précis qui ne sont pas là.



Here the Band did not pay for the servicing and thus should not be compensated for it.

[87] Finally, a consideration of paragraph 2(2)(a) as a whole provides more support for the view that the lands are to be valued in their unserviced state. I find the use of the word “unimproved” accords with the view that the costs of servicing are not to be included in the calculation of the “fair annual rent”. Counsel for the appellants argued that services were not “improvements” within the meaning of that term but was unable to provide any authority for this view. In fact, there is authority to the contrary. For example, *Black’s Law Dictionary*, 6th ed., (at page 757) defines “improved land” as “[r]eal estate whose value has been increased by landscaping and the addition of sewers, roads, utilities, and the like”. Similarly, the term “improvement” generally refers “to buildings, but may also include any permanent structure or other development, such as a street, sidewalks, sewers, utilities, etc.”. Thus, the position I have taken is consistent with the plain meaning of the phrase “unimproved lands”.

[88] For the reasons of the Trial Judge and my supplemental comments, I agree that all servicing costs must be deducted from the fee simple value of the bare lots to determine the “current land value”. Thus the cost of servicing will be deducted from the figure of \$600,000 to arrive at the final value for the average lot.

[89] At trial, the respondents’ expert claimed that the services amounted to \$117,818 per lot. The Trial Judge accepted his method of calculation, some components of which were based on the “current land value” of the lots. Since I have increased the “current land value” from the figures determined by the Trial Judge, these servicing costs will increase. Counsel on the appeal indicated that they could agree on the amount of these costs.

En l’espèce, la bande n’a pas payé pour les services, et elle ne devrait donc pas être dédommée pour ceux-ci.

[87] Finalement, un examen de l’alinéa 2(2)a dans son ensemble appuie aussi l’opinion selon laquelle les terrains doivent être évalués avant d’être viabilisés. J’estime que l’utilisation de l’expression «sans amélioration» est compatible avec l’opinion selon laquelle les frais de service ne doivent pas être inclus dans le calcul du «juste loyer annuel». L’avocat des appelants a prétendu que les services n’étaient pas des «améliorations» au sens de ce terme, mais il n’a pas réussi à fournir d’autorité pour appuyer son opinion. En fait, certaines autorités sont à l’effet contraire. Par exemple, le *Black’s Law Dictionary*, 6<sup>e</sup> éd., (à la page 757), définit l’expression [TRADUCTION] «terrain amélioré» comme étant un [TRADUCTION] «immeuble dont la valeur a été augmentée par l’aménagement paysager et par la construction d’égouts, de routes, de services d’utilité publique et autres». De même le terme «amélioration» renvoie généralement [TRADUCTION] «à des immeubles, mais il peut également inclure toute structure permanente ou autre aménagement, comme des rues, des trottoirs, des égouts, des services d’utilité publique, etc.». Donc, la position que j’ai adoptée est conforme au sens ordinaire de l’expression «terrains non améliorés».

[88] Pour les motifs énoncés par le juge de première instance et vu mes observations supplémentaires, je suis d’avis que tous les frais de service doivent être soustraits de la valeur des terrains nus, détenus en pleine propriété, pour déterminer la «valeur courante du terrain». Donc, les frais de service seront déduits du montant de 600 000 \$ pour déterminer la valeur finale du lot moyen.

[89] En première instance, l’expert des intimés a prétendu que les services équivalaient à 117 818 \$ par lot. Le juge de première instance a accepté cette méthode de calcul, dont certains éléments étaient fondés sur la «valeur courante» des lots. Étant donné que j’ai augmenté la «valeur courante du terrain» par rapport aux chiffres déterminés par le juge de première instance, ces frais de service augmenteront. Les avocats dans le présent appel ont indiqué qu’ils

pourraient s'entendre sur le montant de ces frais de service.

### Conclusion

[90] In the result, the appeal should be granted in part. The "current land value" of the subject lots should be determined in the manner indicated by the Trial Judge, except that the full fee simple value of the bare lots will be used, rather than the figures reflecting the 50% deduction. The cost of servicing these lots should be deducted from these values in the amount agreed upon by the parties. The resulting figure should form the "current land value" of each lot. As prescribed by the lease, 6% of the "current land value" for each lot is the "annual fair rent" for the 20-year period commencing June 8, 1995. The costs of this appeal should be awarded to the appellants.

[91] Within thirty (30) days from the date of these reasons and pursuant to rule 394 of the *Federal Court Rules, 1998*, [SOR/98-106] counsel for the appellants shall prepare for endorsement a draft judgment giving effect to these reasons (including costs) and seek approval as to form and content from counsel for the respondents and submit the same to the Court for signature. If the parties cannot agree as to the form and content of the judgment within the time specified, or if one or both parties consider it necessary to seek the Court's directions with respect to the preparation of the draft judgment in accordance with these reasons, and in particular the calculation of servicing costs to be deducted, either party may bring a motion for judgment in accordance with rule 369 of the *Federal Court Rules, 1998*.

DESJARDINS J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

---

<sup>1</sup> This figure was not disputed by either party at the hearing of the appeal.

### Conclusion

[90] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie. La «valeur courante» des lots en question devrait être déterminée de la manière indiquée par le juge de première instance, à l'exception du fait que l'on retiendra la pleine valeur des lots nus, détenus en pleine propriété, plutôt que les chiffres obtenus après la déduction de 50 %. Les frais de service sur ces lots seront déduits selon les montants dont les parties conviendront. La différence constituera la «valeur courante» de chaque lot. Comme il est prescrit dans le bail, le «juste loyer annuel» pour la période de 20 ans commençant le 8 juin 1995 équivalra à 6 % de la «valeur courante» de chaque lot. Les dépens du présent appel sont accordés aux appelants.

[91] Dans les trente (30) jours suivant la date des présents motifs et conformément à la règle 394 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], l'avocat des appelants préparera un projet de jugement donnant effet à ceux-ci (notamment quant aux dépens) et, après avoir obtenu l'approbation de l'avocat des intimés quant à la forme et au contenu, il le soumettra à la Cour pour qu'elle le signe. Si les parties ne peuvent s'entendre sur la forme et le contenu du jugement dans le délai prescrit, ou si elles estiment nécessaire de demander des directives à la Cour au sujet de la préparation du projet de jugement conformément aux présents motifs, plus précisément en ce qui a trait au calcul des frais de service à déduire, l'une ou l'autre partie pourra présenter une requête en jugement conformément à la règle 369 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

---

<sup>1</sup> Ce montant n'a été contesté par aucune des parties à l'audition de l'appel.

A-120-95

**Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.**  
(Appellants) (Applicants)

v.

**Novopharm Limited and The Minister of National Health and Welfare** (Respondents) (Respondents)

INDEXED AS: *ELI LILLY AND CO. v. NOVOPHARM LTD.*  
(C.A.)

Court of Appeal, Strayer J.A.—Toronto, December 3; Ottawa, December 15, 1998.

*Practice — Costs — Fixing costs following S.C.C. decision allowing appeal from F.C.A. “with costs to appellant (Novopharm) throughout” — Jurisdiction in F.C.A. to entertain motion for lump sum in lieu of taxation — Any discretionary power granted by r. 400 (giving Federal Court full discretionary power over amount, allocation of costs) whose exercise not inconsistent with award of costs by S.C.C. can be exercised in giving effect to award of costs in Federal Court by S.C.C. on appeal — No justification for enhanced costs — Jurisdiction in present F.C.A. judge, under r. 3, to hear present motion, but, normally, applying Supreme Court Act, s. 51 and r. 403(3), F.C.A. judge who signed judgment reversed on appeal by S.C.C. appropriate judge to hear motion for direction herein — In future, preferable motions under r. 403 include request they be brought before judge who signed judgment “or such other judge as Chief Justice may direct”.*

*Practice — Variation of time — Motion for extension of time granted partly as new Rules came into effect shortly before motion for special directions as to costs filed — However, allowing some flexibility because of newness of Rules must be practice of short duration.*

This was originally an application for judicial review seeking a writ of prohibition to prevent the Minister of National Health and Welfare from issuing a notice of compliance to Novopharm Limited for nezatidine. The Trial Division decision dismissing the motion was overturned by the Court of Appeal but was restored by the Supreme Court of Canada “with costs to the appellant [Novopharm] throughout”. In the present motion, Novopharm was asking the Court to fix the costs in the Court of Appeal in the amount of \$20,000 for fees plus GST and \$2,519.53 for disbursements. The first issue was whether the Court had

A-120-95

**Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.**  
(appelantes) (requérantes)

c.

**Novopharm Limited et Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social** (intimés) (intimés)

RÉPERTORIÉ: *ELI LILLY AND CO. c. NOVOPHARM LTD.*  
(C.A.)

Cour d’appel, juge Strayer, J.C.A.—Toronto, 3 décembre; Ottawa, 15 décembre 1998.

*Pratique — Frais et dépens — Fixation des dépens à la suite d’un arrêt de la C.S.C. accueillant un pourvoi à l’encontre d’une décision de la C.A.F. «avec dépens en faveur de l’appelante dans toutes les cours» — Compétence de la C.A.F. d’entendre la requête visant l’adjudication d’une somme globale au lieu des dépens taxés — Pour donner effet à l’adjudication par la C.S.C. de dépens afférents à un jugement de la Cour fédérale, tout pouvoir discrétionnaire prévu par la règle 400 (conférant à la Cour fédérale entière discrétion quant au montant des dépens et leur répartition) qui n’est pas incompatible avec cette adjudication peut être exercé — La demande d’accroissement des dépens n’est pas fondée — En vertu de la règle 3, le juge a compétence pour entendre la présente requête pour directives, mais en application de l’art. 51 de la Loi sur la Cour suprême et de la règle 403(3), il appartiendrait normalement au juge ayant signé le jugement infirmé par la C.S.C. de l’entendre — Il serait préférable, à l’avenir, d’assortir une requête fondée sur la règle 403 d’une demande d’audition devant le juge ayant signé le jugement «ou tout autre juge désigné par le juge en chef».*

*Pratique — Modification des délais — La requête pour prorogation de délai est accueillie notamment parce que les nouvelles Règles sont entrées en vigueur peu de temps avant le dépôt de la requête pour directives concernant les dépens — Toutefois, la souplesse dont la Cour fait preuve, en raison de la nouveauté des Règles, sera temporaire.*

Il s’agissait originalement d’une demande de contrôle judiciaire visant l’obtention d’une ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à Novopharm Limited relativement à la nizatidine. La Cour d’appel a infirmé la décision de la Section de première instance de rejeter la demande, mais la Cour suprême du Canada l’a rétablie «avec dépens en faveur de l’appelante dans toutes les cours». Dans la présente requête, Novopharm a demandé à la Cour la fixation des dépens de l’appel devant notre Cour à 20 000 \$ plus la TPS pour les honoraires et à 2 519,53 \$

jurisdiction to award a lump sum. The second was the delay by Novopharm in bringing the motion. The third was the merits of the motion for enhanced costs.

*Held*, the motion should be dismissed.

“With costs to the appellant throughout” herein meant that costs actually payable in respect of the proceedings in the Trial Division and in the Federal Court of Appeal were to be determined in accordance with the *Federal Court Rules, 1998*. Rule 400 gives the Court “full discretionary power over the amount and allocation of costs”, indicates several bases for exercising that discretion, and allows the Court to award a lump sum or to direct the assessment be performed under a specific column of Tariff B. Any discretionary power granted by the *Federal Court Rules, 1998* whose exercise is not inconsistent with the award of costs by the Supreme Court can be exercised in giving effect to an award of costs in this Court by the Supreme Court on appeal.

The one-month delay in bringing the motion is not fatal and an extension should be granted. This was, in part, a special recognition of the fact that the new Rules, bringing changes to interlocutory motions of this nature, had come into effect on April 25, 1998, only a few months before the motion was filed. Allowing some flexibility because of the newness of the Rules must be a practice of short duration. Furthermore, there was no evidence that Eli Lilly had in any way been prejudiced by the delay.

There was no justification for the motion for enhanced costs. The material did not demonstrate either importance or complexity. No meaningful evidence as to the amount of work involved was provided. Finally, there was a lack of proper evidence to support the contention that costs should be increased because of the public interest in the matter as referred to in paragraph 400(3)(h) of the Rules. The “public interest” justification for increasing costs was not intended to aid parties who have primarily a commercial interest in pursuing litigation.

Cost were awarded to Novopharm in the amount of \$7,419.53 representing fees and disbursements. Costs of this motion were to be paid by Novopharm as it almost certainly has gained nothing it would not have obtained in a normal taxation.

Subsection 403(3) requires that such a motion for directions be brought “before the judge or prothonotary who signed the judgment”. Read in context, this must be taken to refer not to the Supreme Court judge who signed the judgment but to the Federal Court of Appeal judge who

pour les débours. La première question à trancher portait sur la compétence de la Cour d'accorder une somme globale. La deuxième avait trait au retard mis par Novopharm à présenter sa requête, et la troisième, au bien-fondé de la requête visant à accroître les dépens.

*Jugement*: la requête est rejetée.

Les mots «avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours» signifiaient en l'espèce que les dépens payables à l'égard de l'instance devant la Section de première instance et la Cour d'appel devaient être déterminés conformément aux *Règles de la Cour fédérale (1998)*. La règle 400 confère à la Cour «entière discrétion pour déterminer le montant des dépens, les répartir», énumère des facteurs pouvant présider à l'exercice de ce pouvoir et autorise la Cour à adjuger une somme globale ou à prescrire que la taxation soit faite selon une colonne déterminée du tarif B. Pour donner effet à l'adjudication par la Cour suprême de dépens afférents à un jugement de notre Cour, tout pouvoir discrétionnaire prévu par les *Règles de la Cour fédérale (1998)* qui n'est pas incompatible avec cette adjudication peut être exercé.

Le retard d'un mois à présenter la requête n'est pas fatal, et il convient d'accorder une prorogation de délai. Intervient pour une part dans cette décision le fait que des nouvelles règles opérant un changement à l'égard des requêtes interlocutoires de cette nature, entraient en vigueur le 25 avril 1998, quelques mois seulement avant le dépôt de la requête. La souplesse dont la Cour fait preuve dans l'application des règles, en raison de leur nouveauté, sera temporaire. De plus, aucun élément de preuve n'indique que ce retard a causé quelque préjudice à Eli Lilly.

Le bien-fondé de la requête pour accroissement des dépens n'a pas été établi. Ni l'importance ni la complexité n'ont été démontrées. Aucun élément de preuve appréciable quant à la quantité de travail en cause n'a été fourni. Finalement, la prétention voulant que l'accroissement des dépens se justifie en raison de l'intérêt public, conformément à l'alinéa 400(3)(h) des Règles, n'est pas suffisamment établie en preuve. Le facteur de «l'intérêt public» comme justification de l'augmentation des dépens n'a pas pour but de favoriser des parties à un litige dont l'objet est essentiellement commercial.

Il a été adjugé à Novopharm des dépens de 7 419,53 \$ comprenant les honoraires et les débours. Les dépens de la présente requête sont à la charge de Novopharm car cette dernière n'a presque certainement rien gagné en la présentant qu'elle n'aurait obtenu dans le cadre du processus ordinaire de taxation.

Le paragraphe 403(3) exige que ce type de requête visant la formulation de directives soit présentée «au juge ou au protonotaire qui a signé le jugement». Mise en contexte, la disposition veut nécessairement dire que la requête doit être entendue par le juge de la Cour d'appel fédérale qui a rendu

signed the judgment subsequently reversed by the Supreme Court. Section 51 of the *Supreme Court Act* provided that "all subsequent proceedings may be taken thereon as if the judgment had been given or pronounced [in that court]". The purpose is to have the costs in this Court dealt with by the judge most familiar with the conduct of the case here. The matter herein was referred to another judge of the Court by the Chief Justice. That judge had jurisdiction under rule 3 "so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination" of the proceeding. In future, it would be preferable that such motions under rule 403 include a request that they be brought before the judge who signed the judgment "or such other judge as the Chief Justice may direct".

le jugement infirmé par la Cour suprême. L'article 51 de la *Loi sur la Cour suprême* prévoit que «l'affaire peut alors être poursuivie comme si le jugement émanait de ce tribunal». La disposition vise à faire établir les dépens par le juge le plus au fait du déroulement de l'affaire devant son tribunal. Le juge en chef a assigné l'affaire à un autre juge. Ce juge avait, en vertu de la règle 3, le pouvoir d'appliquer les règles «de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible». Il serait préférable, à l'avenir, d'assortir une requête fondée sur la règle 403 d'une demande d'audition devant le juge ayant signé le jugement «ou tout autre juge désigné par le juge en chef».

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 3, 4, 369, 400, 403, Tariff B, Column III.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133.  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 51.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISAGREED WITH:

*MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. v. Consolboard Inc.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 342; 58 C.P.R. (2d) 100; 37 N.R. 296 (F.C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1979] 1 F.C. 801; [1977] C.T.C. 283; (1977), 77 DTC 5198; 16 N.R. 38 (C.A.); *Crabbe v. Minister of Transport*, [1973] F.C. 1091 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 181; 91 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); revd by (1996), 67 C.P.R. (3d) 377; 197 N.R. 291 (F.C.A.); revd by [1998] 2 S.C.R. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321; *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 329; 195 N.R. 378 (F.C.A.); *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; 56 C.P.R. (2d) 146; 35 N.R. 390; revg *MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. v. Consolboard Inc.* (1979), 41 C.P.R. (2d) 94; 35 N.R. 420 (F.C.A.); *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 554; (1974), 45 D.L.R. (3d) 254; [1974] CTC 241; 74 DTC 6197; 2 N.R. 197 (C.A.); affd by [1977] 2 S.C.R. 23; [1976] CTC 488; (1976), 76 DTC 6247; 9 N.R. 459.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 51.  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 3, 4, 369, 400, 403, tarif B, Colonne III.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION CRITIQUÉE:

*MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. c. Consolboard Inc.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 342; 58 C.P.R. (2d) 100; 37 N.R. 296 (C.A.F.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1979] 1 C.F. 801; [1977] C.T.C. 283; (1977), 77 DTC 5198; 16 N.R. 38 (C.A.); *Crabbe c. Le ministre des Transports*, [1973] C.F. 1091 (C.A.).

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 181; 91 F.T.R. 161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); inf. par (1996), 67 C.P.R. (3d) 377; 197 N.R. 291 (C.A.F.); inf. par [1998] 2 R.C.S. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321; *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 329; 195 N.R. 378 (C.A.F.); *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; 56 C.P.R. (2d) 146; 35 N.R. 390; inf. *MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. c. Consolboard Inc.* (1979), 41 C.P.R. (2d) 94; 35 N.R. 420 (C.A.F.); *Smerchanski c. Le ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 554; (1974), 45 D.L.R. (3d) 254; [1974] CTC 241; 74 DTC 6197; 2 N.R. 197 (C.A.); conf. par [1977] 2 R.C.S. 23; [1976] CTC 488; (1976), 76 DTC 6247; 9 N.R. 459.

MOTION under rule 403 of the *Federal Court Rules, 1998*, requesting costs on a lump sum basis rather than their assessment at taxation, following a Supreme Court of Canada decision allowing an appeal "with costs to appellant throughout". Costs were awarded in accordance with the Tariff. Motion dismissed with costs.

APPEARANCES:

*Anthony George Creber* for appellants (applicants).

*Mark S. Mitchell* for respondents (respondents).

SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for appellants (applicants).

*Lang Michener*, Toronto, for respondents (respondents).

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

[1] STRAYER J.A.: This is a motion brought before me under rule 403 [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] requesting that I fix the costs in an appeal to this Court which was heard on April 24, 1996.

[2] On September 15, 1993, Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. (Lilly) commenced a judicial review proceeding in the Trial Division under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133] for prohibition to prevent the Minister of National Health and Welfare from issuing a notice of compliance to Novopharm Limited (Novopharm) for nezatidine. The motion for prohibition was dismissed by the Trial Division on February 9, 1995 [(1995), 60 C.P.R. (3d) 181]. An appeal to this Court was allowed [(1996), 67 C.P.R. (3d) 377] on the basis that a sublicense had been issued in breach of Novopharm's compulsory licence to sell the drug and therefore the compulsory licence was nullified. This Court had made the same finding in respect of essentially the same agreement some twenty-three days earlier in the appeal of *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*<sup>1</sup> Leave to appeal was granted in both cases by the Supreme Court of Canada and they

REQUÊTE fondée sur la règle 403 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, demandant l'adjudication d'une somme globale au lieu de dépens taxés, par suite d'un arrêt de la Cour suprême du Canada accueillant le pourvoi «avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours». Les dépens ont été adjugés conformément au tarif. Requête rejetée avec dépens.

ONT COMPARU:

*Anthony George Creber* pour les appelantes (requérantes).

*Mark S. Mitchell* pour les intimés (intimés).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour les appelantes (requérantes).

*Lang Michener*, Toronto, pour les intimés (intimés).

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

[1] LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je suis saisi d'une requête fondée sur la règle 403 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106] visant la fixation des dépens d'un appel entendu par la Cour le 24 avril 1996.

[2] Le 15 septembre 1993, Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (Lilly) ont déposé une demande de contrôle judiciaire sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133] devant la Section de première instance, dans laquelle elles priaient le tribunal d'interdire au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, de délivrer un avis de conformité à Novopharm Limited (Novopharm) relativement à la nizatidine. La Section de première instance a rejeté leur demande le 9 février 1995 [(1995), 60 C.P.R. (3d) 181]. Notre Cour a accueilli leur appel [(1996), 67 C.P.R. (3d) 377] parce qu'une sous-licence avait été délivrée en contravention de la licence obligatoire de Novopharm concernant la vente du médicament et que la licence était donc annulée. Notre Cour avait formulé les mêmes conclusions au sujet d'arguments sensiblement similaires quelque vingt-trois jours plus tôt, dans l'affaire *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*<sup>1</sup>. La Cour

were heard together. On July 9, 1998 the Supreme Court allowed both appeals “with costs to the appellant throughout” [[1998] 2 S.C.R. 129]. In the present motion Novopharm asks me to fix costs in the Court of Appeal in the amount of \$20,000 for fees plus GST and \$2,519.53 for disbursements. It is not in dispute that in the absence of special directions from the Court, fees would be taxed under Column III of Tariff B and, depending on the number of units assigned by the assessment officer to each step, would total in the range of \$2,700 to \$4,900, in place of which Novopharm seeks a direct lump sum of \$20,000. The amount of disbursements claimed, \$2,519.53, is not in dispute at this point and indeed the respondent concedes that if costs are to be assessed in accordance with Tariff B, Column III they should be assessed in the amount of \$7,419.53 including fees of \$4,900 plus the undisputed disbursements.

### Jurisdiction

[3] The first issue which I must deal with is one of jurisdiction. The respondent [in this motion, Eli Lilly] contends that once the Supreme Court has made an award of costs in this Court, this Court has no jurisdiction to award a lump sum. The judgment of the Supreme Court must be taken to be an award of costs as taxed without the possibility of any lump sum being ordered in lieu of assessed costs pursuant to subsection 400(4) of the Rules. In support of this proposition, the respondent [Eli Lilly] relies on a 1981 decision of Ryan J. of this Court in *MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. v. Consolboard Inc.*<sup>2</sup>

[4] With respect I am unable to adopt the reasoning of Ryan J. In that case Consolboard had won on appeal in the Supreme Court [[1981] 1 S.C.R. 504] from a judgment of this Court [(1979), 41 C.P.R. (2d) 94] and the Supreme Court held that Consolboard was entitled to costs in the Federal Court of Appeal. Consolboard sought an order for special directions and for a lump sum in respect of its costs. In refusing to order a lump sum Ryan J. treated such a request as

suprême du Canada a autorisé un pourvoi dans les deux cas, et a instruit ensemble les deux affaires. Le 9 juillet 1998, elle a accueilli les deux pourvois «avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours» [[1998] 2 R.C.S. 129]. Par la présente requête, Novopharm demande à la Cour la fixation des dépens de l'appel devant notre Cour à 20 000 \$ plus la TPS pour les honoraires et à 2 519,53 \$ pour les débours. Personne ne conteste que si la Cour ne formulait pas de directives particulières, les honoraires seraient taxés conformément à la Colonne III du tarif B et que, suivant le nombre d'unités attribuées par l'officier taxateur à chacune des étapes, leur montant s'établirait entre 2 700 et 4 900 \$. Novopharm, toutefois, demande plutôt une somme globale de 20 000 \$. Le montant des débours réclamé, soit 2 519,53 \$, n'est pas contesté présentement, et les intimées reconnaissent même que si les dépens sont adjugés conformément à la Colonne III du tarif B, ils devraient se chiffrer à 7 419,53 \$, cette somme étant composée de 4 900 \$ en honoraires et du montant non contesté des débours.

### Compétence

[3] Le premier point à régler a trait à la compétence. L'intimée [dans cette requête, Eli Lilly] affirme que l'adjudication des dépens devant notre Cour par la Cour suprême enlève à la Cour d'appel le pouvoir d'accorder une somme globale. Le jugement de la Cour suprême doit être considéré comme une adjudication des dépens taxés qui rend impossible l'adjudication d'une somme globale au lieu de ces dépens sous le régime du paragraphe 400(4) des Règles. À l'appui de cet argument, l'intimée [Eli Lilly] invoque une décision de notre Cour, rendue en 1981 par le juge Ryan, dans l'affaire *MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd. c. Consolboard Inc.*<sup>2</sup>

[4] Je ne puis adopter le raisonnement du juge Ryan. Dans cette affaire, la Cour suprême avait tranché en faveur de Consolboard [[1981] 1 R.C.S. 504] et avait jugé que cette dernière avait droit aux dépens en Cour d'appel [(1979), 41 C.P.R. (2d) 94]. Consolboard avait demandé des directives particulières ainsi que l'adjudication d'une somme globale. En refusant d'octroyer une somme globale, le juge Ryan, s'appuyant sur la décision du juge en chef Jackett dans l'affaire

one “to substitute the award of a fixed or lump sum for the costs awarded by the Supreme Court judgment”. He relied on a decision of Jaccett C.J. in *Smerchanski v. Minister of National Revenue*.<sup>3</sup> In my respectful view, the *Smerchanski* case cannot be taken to support that proposition. In the first place the motion before Jaccett C.J. was to fix costs in an appeal where the Federal Court of Appeal had dismissed an appeal “with costs” [[1974] 1 F.C. 554] and where the Supreme Court of Canada had dismissed an appeal from that decision [[1977] 2 S.C.R. 23]. As far as one can ascertain, there was no special mention of taxation of costs in the judgment of either the Federal Court of Appeal or the Supreme Court. Nevertheless, Jaccett C.J. relied on an earlier decision of the Federal Court of Appeal in *Crabbe v. Minister of Transport*<sup>4</sup> where the Court had held that if it “gives judgment for costs to be taxed, it cannot subsequently substitute a lump sum unless by way of reconsideration of the judgment” in the limited circumstances where reconsideration is permitted. In neither *MacMillan Bloedel* nor *Smerchanski* was there a previous order for costs “to be taxed”.

[5] Without purporting to decide what should be the result where a successful party seeks a lump sum pursuant to a Supreme Court judgment which specifically refers to “costs to be taxed”, I believe the present situation is quite distinguishable. In the present case, the Supreme Court allowed the appeal of Novopharm, set aside the judgment of this Court, and restored the judgment of the Trial Division “with costs to the appellant throughout”. I can only understand that to mean that costs actually payable in respect of the proceedings in the Trial Division and in the Federal Court of Appeal are to be determined in accordance with the *Rules of the Federal Court, 1998*. Rule 400 gives the Court “full discretionary power over the amount and allocation of costs”, indicates several bases for exercising that discretion, and allows the Court to award a lump sum or to direct that assessment be performed under a specific column of Tariff B. Clearly there are some discretionary powers under rule 400 which cannot be exercised in the face of an award of costs ordained by the Supreme Court.

*Smerchanski c. Ministre du Revenu national*<sup>3</sup>, avait considéré que cette demande visait à «remplacer les dépens accordés par le jugement de la Cour suprême par le paiement d’une somme fixe ou globale». À mon humble avis, la décision *Smerchanski* ne saurait fonder une telle conclusion. Premièrement, le juge en chef Jaccett était saisi d’une requête visant la fixation des dépens d’un appel rejeté «avec dépens» par la Cour d’appel fédérale [[1974] 1 C.F. 554], lequel avait fait l’objet d’un pourvoi rejeté par la Cour suprême du Canada [[1977] 2 R.C.S. 23]. Pour autant qu’on puisse l’établir, ni le jugement de la Cour d’appel fédérale ni celui de la Cour suprême ne renfermaient de mentions particulières quant à la taxation des dépens. Toutefois, le juge en chef Jaccett avait cité une décision antérieure de la Cour d’appel fédérale, *Crabbe c. Le ministre des Transports*<sup>4</sup>, où la Cour avait jugé que «si la Cour ordonne le paiement des dépens taxés, elle ne peut pas prescrire ensuite le paiement d’une somme globale à moins de procéder à un nouvel examen du jugement» dans les circonstances limitées où un réexamen est possible. Ni dans l’affaire *MacMillan Bloedel* ni dans l’affaire *Smerchanski* une ordonnance de paiement de «dépens taxés» n’avait été rendue.

[5] Sans prétendre me prononcer sur l’issue d’une demande de somme globale par une partie ayant obtenu un jugement favorable de la Cour suprême mentionnant expressément des «dépens taxés», je crois que la présente situation est passablement différente. En l’espèce, la Cour suprême a accueilli le pourvoi de Novopharm, annulé le jugement de notre Cour et rétabli celui de la Section de première instance «avec dépens en faveur de l’appelante dans toutes les cours». La seule interprétation possible de ces mots, selon moi, est que les dépens payables à l’égard de l’instance devant la Section de première instance et la Cour d’appel doivent être déterminés conformément aux *Règles de la Cour fédérale (1998)*. La règle 400 confère à la Cour «entière discrétion pour déterminer le montant des dépens, les répartir», énumère des facteurs pouvant présider à l’exercice de ce pouvoir et autorise la Cour à adjuger une somme globale ou à prescrire que la taxation soit faite selon une colonne déterminée du tarif B. Il va de soi que certains des pouvoirs discrétionnaires conférés par la règle 400 ne



For example, this Court could not, in the face of such a direction, refuse costs or award them instead to the unsuccessful party. But, in my view, any discretionary power granted by the *Federal Court Rules, 1998* whose exercise is not inconsistent with the award of costs by the Supreme Court can be exercised in giving effect to an award of costs in this Court by the Supreme Court on appeal.

[6] I have therefore concluded that I have jurisdiction to entertain this motion.

#### Delay in bringing motion

[7] The next issue which I must address is the delay by Novopharm in bringing this motion. The Supreme Court decision granting costs to it was issued on July 7, 1998 and, pursuant to section 51 of the *Supreme Court Act*<sup>5</sup> such judgment must be treated as if it had been given or pronounced in this Court. By rule 403 a motion for special directions as to costs must be made within 30 days of judgment. This motion was not filed until September 14, 1998, over two months after the Supreme Court of Canada decision. Counsel for Novopharm say in effect that they did not appreciate that to launch such a motion as a motion in writing under rule 369 they would have to present their motion record with the notice of motion. Although they tried to submit a notice of motion by itself on August 6, 1998, this was rejected by the Registry and they then had to assemble the material for a record which was not completed until September. They have asked for an extension and I will give one. In part this is a special recognition that new Rules of the Court had come into effect on April 25, 1998 pursuant to which there was a change requiring a motion record on an interlocutory motion of this nature. It will, I hope, be recognized that allowing some flexibility because of the newness of the Rules must be a practice of short duration. Apart from that, however, there is no evidence that Eli Lilly has in any way been prejudiced by this delay and the necessary extension will therefore be given.

peuvent être exercés à l'égard d'une adjudication de dépens émanant de la Cour suprême du Canada. Notre Cour, par exemple, ne pourrait refuser de les adjuger ou les accorder plutôt à la partie déboutée, mais je suis d'avis que, pour donner effet à l'adjudication par la Cour suprême de dépens afférents à un jugement de notre Cour elle peut exercer tout pouvoir discrétionnaire prévu par les *Règles de la Cour fédérale (1998)* qui n'est pas incompatible avec cette adjudication.

[6] Je conclus donc que notre Cour a compétence pour entendre la requête.

#### Retard dans la présentation de la requête

[7] La Cour doit ensuite examiner la question du caractère tardif de la requête de Novopharm. La Cour suprême a adjugé les dépens le 7 juillet 1998. Aux termes de l'article 51 de la *Loi sur la Cour suprême*<sup>5</sup>, cet arrêt doit être considéré comme émanant de notre Cour. La règle 403 prescrit que les requêtes pour directives concernant les dépens doivent être faites dans les trente jours suivant le prononcé du jugement. La présente requête n'a été déposée que le 14 septembre 1998, soit plus de deux mois suivant la décision de la Cour suprême. Les avocats de Novopharm expliquent qu'il leur avait échappé que pour présenter une telle requête écrite sous le régime de la règle 369, il leur fallait soumettre le dossier avec l'avis de requête. Ils ont tenté de déposer un avis de requête sans dossier, le 6 août 1998, mais le greffe ne l'a pas accepté, et ils ont alors dû réunir les documents nécessaires à la préparation du dossier, lequel n'a été prêt qu'au mois de septembre. Ils ont demandé une prorogation, et je la leur accorde. Intervient pour une part dans cette décision le fait que des nouvelles Règles sont entrées en vigueur le 25 avril 1998, qui opéraient un changement en prévoyant qu'il fallait dorénavant joindre un dossier de requête à une requête interlocutoire de cette nature. J'espère qu'il sera compris que la souplesse dont la Cour fait preuve dans l'application des règles, en raison de leur nouveauté, est temporaire. Ce facteur mis à part, toutefois, aucun élément de preuve n'indique que ce retard a causé quelque préjudice à Eli Lilly. La prorogation nécessaire est donc accordée.

Merits

[8] As for the merits of the motion for enhanced costs, I am not satisfied that any justification has been established. I will deal briefly with the alleged justifications which require some comment.

[9] Novopharm argues that the importance and complexity of the issues justifies an increase in fees. The material does not demonstrate either importance or complexity. What was involved was the proper interpretation of a supply agreement of some three pages in length. The question was essentially one of law: did this amount to a sublicence in violation of the compulsory licence, or not? Novopharm argues that the matter is important because the decision by the Supreme Court will in its view bring an end to at least four other proceedings in which Novopharm is already involved with other parties. It does not appear to me to be warranted to load further costs on Eli Lilly because Novopharm will be spared further costs in other proceedings against other parties. If those other proceedings involve positions taken by its opponents which are now unsustainable, then Novopharm may seek its costs in those proceedings.

[10] Novopharm also argues that the amount of work justifies enhanced costs. Unfortunately counsel for Novopharm provided no meaningful evidence as to the amount of work involved. All I have been given is the affidavit of an articling student in the office of counsel informing me that the actual bill rendered to their client for the appeal in this Court was for \$37,910 as compared to a taxable amount of \$4,900 or the specially directed lump sum of \$20,000 which they now seek. This material does not indicate to me the number of hours spent on the file for purposes of the appeal or any other facts which would indicate an extraordinary amount of work. There are some brief allusions in Novopharm's written submissions to the amount of work that was necessary but these, of course, are not evidence.

[11] Finally, Novopharm urges that costs be increased because of the "public interest in the matter

Bien-fondé de la requête

[8] Quant au bien-fondé de la requête visant à accroître les dépens, la Cour estime qu'il n'a pas été établi. J'examinerai brièvement les justifications soumises qui nécessitent des commentaires.

[9] Novopharm prétend que l'importance et la complexité des questions en cause justifient d'accorder des honoraires plus élevés. Ni l'importance ni la complexité n'ont été démontrées. La question qui se posait avait trait à l'interprétation qu'il convenait de donner à un accord d'approvisionnement d'environ trois pages. Il s'agissait essentiellement d'une question de droit: l'accord équivalait-il à une sous-licence contrevenant aux termes de la licence obligatoire? Novopharm soutient que la question est importante parce que l'arrêt de la Cour suprême mettra fin, selon elle, à au moins quatre autres instances visant Novopharm et d'autres parties. Il ne me paraît pas justifié d'imposer des dépens supplémentaires à Eli Lilly parce que Novopharm n'aura pas à continuer d'assumer d'autres frais dans des poursuites contre d'autres parties. Si ses opposants ont pris, dans ces instances, des positions qui sont maintenant indéfendables, Novopharm peut chercher à recouvrer ses dépens dans ces autres affaires.

[10] Novopharm prétend également que la somme de travail déployé justifie des frais accrus. Malheureusement, les avocats de Novopharm n'ont soumis aucun élément de preuve appréciable quant à la quantité de travail en cause. Je ne dispose que de l'affidavit d'un stagiaire du cabinet déclarant que le compte d'honoraires remis à la cliente relativement à l'appel devant notre Cour se chiffrait à 37 910 \$, alors que le montant taxable des dépens était de 4 900 \$ et que le montant de la somme globale actuellement demandée est de 20 000 \$. Ce document n'indique pas le nombre d'heures consacrées au dossier pour les fins de l'appel et ne renferme aucun autre fait donnant à penser qu'une somme de travail extraordinaire a été déployée. Il est brièvement fait état de la quantité de travail que le dossier a demandé, dans les observations écrites de Novopharm, mais cela, bien sûr, ne constitue pas une preuve.

[11] Finalement, Novopharm exhorte la Cour à accroître le montant des dépens à cause de [TRADUC-

as referred to in paragraph 400(3)(h) of the *Federal Court Rules* [1998]. The gravamen of this argument is that the public has been saved vast amounts of money by Novopharm establishing the right to distribute certain generic drugs. I have two comments on this proposition. First there is a lack of proper evidence to support the contention, the only so-called evidence being the affidavit of a Ms. Rembach which was not properly submitted as an affidavit in this case. It was simply submitted as an exhibit to the affidavit of the articling student referred to above. There could be no cross-examination on the affidavit, hence I can give it little or no weight when submitted in this fashion. Secondly I am not persuaded that the "public interest" justification for increasing costs was intended to aid parties who have primarily a commercial interest in pursuing litigation. There is no evidence that the public interest represented an important or any motivating factor in Novopharm defending in Court its rights to sell this drug, even though the public may well have benefited, through Novopharm's success, in being able to buy the drug at substantially lower costs as a result.

#### Disposition

[12] As Novopharm has not satisfied me that there should be any order for enhanced costs, and as Eli Lilly concedes that normal costs calculated under Column III of Tariff B would amount to \$4,900 plus disbursements (an amount which seems to be in excess of calculations in the affidavit filed by Novopharm), I will award costs to Novopharm in the amount of \$7,419.53 representing fees and disbursements. Costs of this motion shall be paid by Novopharm as it almost certainly has gained nothing it would not have obtained in a normal taxation.

#### The appropriate judge

[13] One final matter requires comment. Subsection 403(3) of the Rules requires that such a motion for

TION] «l'intérêt public dans la résolution judiciaire de l'instance mentionné à l'alinéa 400(3)(h) des *Règles de la Cour fédérale* [(1998)]». L'essence de cet argument est que Novopharm, en établissant son droit de distribuer certains médicaments génériques, a fait épargner beaucoup d'argent au public. J'ai deux commentaires à formuler concernant cette affirmation. Premièrement, elle n'est pas suffisamment établie en preuve puisque le seul prétendu élément de preuve présenté a été l'affidavit d'une certaine M<sup>me</sup> Rembach, lequel n'a pas été régulièrement soumis puisqu'il s'agissait d'une simple pièce jointe à l'affidavit susmentionné du stagiaire. Il ne pouvait y avoir de contre-interrogatoire relativement à un affidavit ainsi présenté, c'est pourquoi le poids qui peut lui être accordé est minime voire nul. Deuxièmement, je ne suis pas convaincu que le facteur de «l'intérêt public» comme justification de l'augmentation des dépens ait pour but de favoriser des parties à un litige dont l'objet est essentiellement commercial. Il n'existe aucun élément de preuve indiquant que l'intérêt public ait constitué un facteur important ou un facteur de motivation dans la décision de Novopharm de défendre en justice son droit de vendre le présent médicament, même s'il est fort possible que le succès de cette dernière ait profité au public, en lui permettant de se procurer le médicament à un coût substantiellement moindre.

#### Dispositif

[12] Comme Novopharm n'a pas convaincu la Cour qu'il y a lieu de rendre une ordonnance prescrivant l'augmentation des dépens et comme Eli Lilly reconnaît que le montant ordinaire des dépens, établi conformément à la Colonne III du tarif B, se chifferrait à 4 900 \$ plus les débours (une somme qui semble supérieure à celle qui a été calculée dans l'affidavit déposé par Novopharm), j'adjuge à Novopharm des dépens de 7 419,53 \$ comprenant les honoraires et les débours. Les dépens de la présente requête sont à la charge de Novopharm car cette dernière n'a presque certainement rien gagné en la présentant qu'elle n'aurait obtenu dans le cadre du processus ordinaire de taxation.

#### À qui présenter la requête

[13] Il me reste un dernier point à commenter. Le paragraphe 403(3) des Règles exige que ce type de

directions be brought “before the judge or prothonotary who signed the judgment”. Taken literally this would mean that this motion should have been placed before a Supreme Court judge. But read in context this must be taken to refer to the Federal Court of Appeal judge who signed the judgment subsequently reversed by the Supreme Court. According to section 51 of the *Supreme Court Act*, that Court’s judgment is to be certified to the court of original jurisdiction:

51. . . . and all subsequent proceedings may be taken thereon as if the judgment had been given or pronounced [in that court].

The purpose of referring such a motion for directions to the judge who signed the judgment is to have the costs in this Court dealt with by the judge most familiar with the conduct of the case here.

[14] I was not the judge who signed the Federal Court of Appeal judgment but the matter was referred to me by the Chief Justice. Counsel for Eli Lilly took no serious objection on this basis to my hearing the motion and I have concluded that I could do so under the power given me in rule 3 to apply the Rules “so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination” of the proceeding. I believe, however, that in future it would be preferable that such motions under rule 403 include a request that they be brought before the judge who signed the judgment “or such other judge as the Chief Justice may direct”. This would more clearly invoke the power of the Court under rule 4 to provide for determination by another judge where the original judge is for some reason unavailable, a matter not provided for in the Rules.

requête visant la formulation de directives soit présentée «au juge ou au protonotaire qui a signé le jugement». En l’espèce, ces mots signifieraient, si on les interprétait littéralement, un juge de la Cour suprême. Mise en contexte, toutefois, la disposition veut nécessairement dire que la requête doit être entendue par le juge de la Cour d’appel fédérale qui a rendu le jugement infirmé par la Cour suprême. En effet, l’article 51 de la *Loi sur la Cour suprême* prévoit que les arrêts de cette cour sont certifiés au tribunal de première instance et que:

51. [. . .] l’affaire peut alors être poursuivie comme si le jugement émanait de ce tribunal.

Le renvoi d’une telle requête pour directives au juge qui a signé le jugement a pour but de faire établir les dépens par le juge le plus au fait du déroulement de l’affaire devant son tribunal.

[14] Ce n’est pas moi qui ai signé le jugement de la Cour d’appel fédérale; le juge en chef m’a assigné cette affaire. Les avocats de Eli Lilly n’ont pas élevé d’objection sérieuse à ce que j’entende la requête, et je suis parvenu à la conclusion qu’en vertu de la règle 3, qui confère le pouvoir d’appliquer les Règles «de façon à permettre d’apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible», j’avais compétence pour le faire. Je crois toutefois qu’il serait préférable, à l’avenir, d’assortir une requête fondée sur la règle 403 d’une demande d’audition devant le juge ayant signé le jugement «ou tout autre juge désigné par le juge en chef». Une telle formulation ferait plus clairement appel au pouvoir de la Cour, découlant de la règle 4, de confier l’affaire à un autre juge lorsque le juge initial est, pour quelque raison, incapable de l’entendre, une situation non prévue par les Règles.

<sup>1</sup> (1996), 66 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.).

<sup>2</sup> (1981), 124 D.L.R. (3d) 342 (F.C.A.).

<sup>3</sup> [1979] 1 F.C. 801 (C.A.).

<sup>4</sup> [1973] F.C. 1091 (C.A.).

<sup>5</sup> R.S.C., 1985, c. S-26.

<sup>1</sup> (1996), 66 C.P.R. (3d) 329 (C.A.F.).

<sup>2</sup> (1981), 124 D.L.R. (3d) 342 (C.A.F.).

<sup>3</sup> [1979] 1 C.F. 801 (C.A.).

<sup>4</sup> [1973] C.F. 1091 (C.A.).

<sup>5</sup> L.R.C. (1985), ch. S-26.

IMM-1635-97

IMM-1635-97

**Mustazar Raza** (*Applicant*)**Mustazar Raza** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*défendeur*)**INDEXED AS: RAZA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP  
AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: RAZA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYEN-  
NETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)**Trial Division, Muldoon J.—Toronto, March 26;  
Ottawa, December 14, 1998.Section de première instance, juge Muldoon—Toronto,  
26 mars; Ottawa, 14 décembre 1998.

*Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Judicial review of immigration officer's decision applicant ineligible pursuant to Immigration Act, s. 44 to have refugee status claim referred to CRDD because removal order against him not executed — Respondent submitting constitutionality of s. 44(1) must be raised by way of action, not by application for judicial review under Federal Court Act, s. 18.1 because applicant not seeking declaratory relief, immigration officer not having authority to make constitutional determinations — Court may grant declarations of invalidity under s. 18.1(3)(b) giving Court power to "declare invalid or unlawful" decision of federal board, commission, tribunal — Under s. 18.1(4)(f), F.C.T.D. may grant relief where federal board, commission tribunal acting in any other way contrary to law, Court may consider constitutional arguments even where tribunal whose decision under review cannot make constitutional decisions.*

*Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration déclarant que le demandeur ne pouvait voir sa demande de statut de réfugié renvoyée à la SSR en vertu de l'art. 44 de la Loi sur l'immigration du fait qu'il était frappé d'une mesure de renvoi non exécutée — Selon le défendeur, la question de la constitutionnalité de l'art. 44(1) doit être soulevée par voie d'action et non par le biais d'un recours en contrôle judiciaire fondé sur l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale puisque le demandeur ne cherche pas à obtenir un jugement déclaratoire, l'agent d'immigration n'ayant pas compétence pour trancher des questions d'ordre constitutionnel — La Cour peut rendre des déclarations d'invalidité en vertu de l'art. 18.1(3)(b) qui lui donne compétence pour «déclarer nulle ou illégale» toute décision d'un office fédéral — En vertu de l'art. 18.1(4)f), la Section de première instance de la Cour fédérale peut trancher tout cas où l'office fédéral a agi illégalement et la Cour peut se prononcer sur des arguments d'ordre constitutionnel même si le tribunal administratif dont la décision fait l'objet d'un recours en contrôle judiciaire n'est pas habilité à trancher des questions d'ordre constitutionnel.*

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Judicial review of immigration officer's decision applicant ineligible pursuant to Immigration Act, s. 44 to have refugee status claim referred to CRDD because removal order against him not executed — Applicant voluntarily leaving Canada after exclusion order issued, but without confirming departure with immigration authorities — S. 54 making it clear Minister's consent required when person voluntarily executing deportation order — Failure to obtain consent resulting in removal order not being executed — Questions certified: (1) does senior immigration officer have jurisdiction, either at common law or pursuant to Charter, s. 7, Constitution Act, 1982, s. 52(1), to reconsider re-opening hearing which resulted in issuance of removal order for person to claim protection as Convention refugee; (2) if so, is such jurisdiction limited to instances where breach of natural justice in*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration déclarant que le demandeur ne pouvait voir sa demande de statut de réfugié renvoyée à la SSR en vertu de l'art. 44 de la Loi sur l'immigration du fait qu'il était frappé d'une mesure de renvoi non exécutée — Le demandeur a quitté le Canada volontairement sans en informer les services d'immigration, alors qu'il était frappé par une mesure d'exclusion — L'art. 54 précise que l'autorisation du ministre est requise pour qu'un départ volontaire constitue l'exécution d'une mesure d'expulsion — L'autorisation n'ayant pas été obtenue, la mesure de renvoi n'a pas été exécutée — Questions certifiées: 1) l'agent principal d'immigration a-t-il compétence, en vertu de la common law ou des art. 7 de la Charte, ou 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, pour examiner la possibilité de rouvrir l'audience qui s'est soldée*

*respect of original decision?*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of immigration officer's decision applicant ineligible to have refugee status claim referred to CRDD — Applicant voluntarily leaving Canada after exclusion order against him issued, but without confirming departure with immigration authorities — On return to Canada, again claiming refugee status alleging persecution in Pakistan — Immigration Act, s. 44 prohibiting person against whom removal order made, but not executed, from seeking determination of Convention refugee claim — Applicant alleging s. 44 contrary to Charter, s. 7 guarantee not to be deprived of life, liberty, security of person except in accordance with principles of fundamental justice — Eligibility screening to make claim to refugee status not infringing Charter, s. 7 — Parliament having right to declare certain persons ineligible to make refugee claim — S. 7 not engaged.*

This was an application for judicial review of an immigration officer's decision that the applicant was not eligible pursuant to *Immigration Act*, section 44 to have his claim to refugee status referred to the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board because he was a person against whom a removal order had been made, but not executed. The applicant is a Shia Muslim from Pakistan who first arrived in Canada in 1988. His claim to Convention refugee status was denied and an exclusion order was issued. The applicant voluntarily returned to Pakistan in August 1992, but he did not confirm his departure with the immigration authorities. A removal order, delivered to the applicant's last known address, did not come to the applicant's attention as he had already left the country. In August 1993 the applicant sent a letter to the immigration department from Pakistan, confirming his departure and requesting a refund of the \$2,000 bond posted when he was released from custody. In 1996 the applicant returned to Canada, alleged that he had been persecuted in Pakistan and again claimed refugee status. It was the subsequent refusal to refer that claim to the CRDD that was the subject of this application.

*Immigration Act*, section 44 permits any person who is in Canada and who claims Convention refugee status to seek a determination of the claim by notifying an immigration officer, except a person against whom a removal order has been made, but not executed. Subsection 46.01(1) provides that a Convention refugee claimant is not eligible to have

*par une mesure d'exclusion afin de permettre à une personne de réclamer le statut de réfugié au sens de la Convention; 2) si oui, cette compétence est-elle restreinte aux instances où la décision initiale est entachée d'un manquement aux règles de justice naturelle?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration déclarant que le demandeur ne pouvait voir sa demande de statut de réfugié renvoyée à la SSR — Le demandeur a quitté le Canada volontairement sans en informer les services d'immigration, alors qu'il était frappé par une mesure d'exclusion — De retour au Canada, il redemande le statut de réfugié au motif qu'il a été l'objet de persécutions au Pakistan — L'art. 44 de la Loi sur l'immigration prévoit qu'une personne frappée d'une mesure de renvoi non exécutée ne peut revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention — Le demandeur allègue que l'art. 44 est incompatible avec l'art. 7 de la Charte qui prévoit qu'on ne peut porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en vertu des principes de justice fondamentale — Le filtrage des demandes de statut de réfugié ne contrevient pas à l'art. 7 de la Charte — Le Parlement peut déclarer que certaines personnes ne seront pas admises à présenter une demande de statut de réfugié — L'art. 7 ne s'applique pas en l'instance.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration portant qu'en vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'immigration*, le demandeur ne pouvait voir sa demande de statut de réfugié renvoyée devant la section de statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut du réfugié, au motif qu'il était une personne frappée d'une mesure de renvoi non exécutée. Le demandeur est un musulman chiite originaire du Pakistan, qui est d'abord venu au Canada en 1988. Sa demande de statut de réfugié au sens de la Convention a été rejetée et une mesure d'exclusion a été prise à son endroit. Le demandeur est rentré volontairement au Pakistan en août 1992, sans toutefois confirmer son départ auprès des services de l'immigration. Le demandeur n'a pu prendre connaissance de la mesure de renvoi livrée à sa dernière adresse, car il avait déjà quitté le pays. En août 1993, le demandeur expédia du Pakistan une lettre adressée au ministère de l'Immigration, confirmant son départ et demandant le remboursement de la caution de 2 000 \$ qu'il avait versée lors de sa remise en liberté. En 1996, le demandeur est revenu au Canada et, prétendant avoir fait l'objet de persécutions au Pakistan, il a déposé une nouvelle demande de statut de réfugié. C'est le refus de porter sa demande devant la SSR qui fait l'objet de la présente demande.

L'article 44 de la *Loi sur l'immigration* prévoit que toute personne se trouvant au Canada peut revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention en avisant en ce sens un agent de l'immigration, sauf si elle est frappée d'une mesure de renvoi non exécutée. Le paragraphe 46.01(1) porte que la revendication de statut de réfugié en vertu de la Convention

the claim determined by the Refugee Division if a senior immigration officer has made a determination that he is ineligible. Subsection 54(1) provides that where a person against whom a removal order is made leaves Canada, the order shall be deemed not to have been executed if the person is not granted permission to be in any other country.

The applicant argued that subsection 44(1) contravenes Charter, section 7, which guarantees the right not to be deprived of life, liberty and security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice, and should be rendered of no force and effect. The applicant also argued that the respondent erred in law in holding that the applicant had not executed his removal order by voluntarily leaving Canada. As a preliminary matter, the respondent raised the question as to whether the Court had jurisdiction to hear the constitutional argument raised by the applicant. The respondent asserted that the constitutionality of subsection 44(1) must be raised by way of action, not by way of application for judicial review because the applicant was not seeking declaratory relief and the senior immigration officer did not have the authority to make constitutional determinations. *Federal Court Act*, paragraph 18.1(3)(b) provides that on an application for judicial review, the Court may “declare invalid or unlawful” a decision of a federal board, commission or other tribunal. Paragraph 18.1(4)(f) permits the Trial Division to grant relief where the federal board, commission or other tribunal acted in any way contrary to law.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) A declaration of invalidity of a section of an Act, pursuant to *Constitution Act, 1982*, section 52 may be made pursuant to the power to declare a decision “unlawful” under *Federal Court Act*, paragraph 18.1(3)(b). Paragraph 18.1(4)(f) allows the Court to consider constitutional arguments even when the tribunal whose decision is being reviewed cannot make constitutional determinations.

(2) The applicant argued that the effect of section 44 is to prevent him from making a claim to refugee status as his removal order has not been executed, and that this results in a denial of an opportunity to present his new claim before the CRDD. Eligibility screening to make a claim to refugee status does not, however, infringe Charter, section 7. Parliament has the right to declare certain persons ineligible to make a refugee claim in Canada. Section 7 was not engaged.

(3) Subsection 54(1) makes it clear that the Minister’s consent is required when a person voluntarily “executes” a deportation order and the failure to obtain such consent results in the removal order not being executed. In not

n’est pas recevable par la section du statut si un agent principal d’immigration a pris une décision d’irrecevabilité à son égard. Le paragraphe 54(1) porte que l’ordonnance de renvoi est réputée n’avoir pas été exécutée au cas où la personne qui en fait l’objet quitte le Canada mais ne peut obtenir la permission de séjourner dans aucun autre pays.

Le demandeur fait valoir que le paragraphe 44(1) est contraire à l’article 7 de la Charte, qui garantit qu’on ne peut être privé de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne qu’en vertu des principes de justice fondamentale, et qu’il devrait de ce fait être déclaré inopérant. Le demandeur fait également valoir que le défendeur a commis une erreur de droit en décidant que le demandeur n’avait pas exécuté la mesure de renvoi dont il faisait l’objet en quittant volontairement le Canada. À titre préalable, le défendeur a soulevé la question de la compétence de la Cour pour connaître de la question constitutionnelle soulevée par le demandeur. Selon le défendeur, la constitutionnalité du paragraphe 44(1) ne peut être mise en cause que par la voie d’une action et non par le biais d’un recours en contrôle judiciaire, au motif que le demandeur ne sollicite pas un jugement déclaratoire et que l’agent principal d’immigration n’a pas compétence pour trancher des questions constitutionnelles. L’alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit que, sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour peut «déclarer nulle ou illégale» toute décision d’un office fédéral. L’alinéa 18.1(4)f) autorise la Section de première instance à intervenir si l’office fédéral a agi de quelque façon contraire à la loi.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

1) La Cour peut, en vertu du pouvoir que l’alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* lui accorde de déclarer une décision «illégale», invalider une disposition d’une loi aux termes de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’alinéa 18.1(4)f) permet à la Cour de se prononcer sur des arguments d’ordre constitutionnel même lorsque le tribunal administratif dont la décision fait l’objet d’un recours n’est pas habilité à trancher de telles questions.

2) Le demandeur fait valoir que l’article 44 l’empêchant de revendiquer le statut de réfugié au motif que la mesure de renvoi dont il est frappé n’a pas été exécutée, il s’ensuit que son droit de revendiquer à nouveau le statut de réfugié auprès de la SSR n’est pas reconnu. Le filtrage des demandes pour établir ce droit n’est pas contraire à l’article 7 de la Charte. Le Parlement a le droit de déclarer que certaines personnes ne seront pas admises à présenter une demande de statut de réfugié au Canada. L’article 7 de la Charte ne s’applique pas en l’instance.

3) Il ressort clairement du paragraphe 54(1) que l’autorisation du ministre est requise pour qu’une personne puisse «exécuter» volontairement une ordonnance d’expulsion et qu’à défaut, ladite mesure est réputée ne pas avoir été

seeking the Minister's consent, the applicant did not execute the removal order by voluntarily leaving Canada.

There was no breach of natural or fundamental justice to ground any valid complaint on the applicant's part.

The following questions were certified for consideration by the Court's Appeal Division: (1) does a senior immigration officer have jurisdiction, either at common law or pursuant to Charter, section 7 and *Constitution Act, 1982*, subsection 52(1), to reconsider reopening a hearing which resulted in the issuance of a removal order in order for a person to claim protection as a Convention refugee? and (2) if a senior immigration officer does have jurisdiction to reopen, is this jurisdiction limited to instances where there has been a breach of natural justice in respect of the original decision?

#### 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. 7.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 57 (as am. *idem*, s. 19).
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1).
- Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2, s. 33(2).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 44 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35; 1995, c. 15, s. 7), 46.01(1)(c) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36), (5) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 54(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 44), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).
- Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, s. 56.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Berrahma v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (F.C.A.); *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541; *Woodward Estate (Executors of) v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120; (1972), 27 D.L.R. (3d) 608; [1972] 5 W.W.R. 581;

exécutée. Puisque le demandeur n'a pas sollicité l'autorisation du ministre, il n'a pas exécuté la mesure de renvoi en quittant volontairement le Canada.

Il n'y a eu aucune atteinte aux principes de justice naturelle ou fondamentale susceptible de fonder une plainte de la part du demandeur.

Les questions suivantes ont été certifiées pour détermination par la Cour d'appel: 1) L'agent principal a-t-il compétence, en vertu de la common law ou encore en vertu de l'article 7 de la Charte ou du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pour examiner la possibilité de rouvrir l'audience au terme de laquelle une mesure d'exclusion a été prononcée, de façon à permettre à une personne de réclamer la protection du statut de réfugié au sens de la Convention? et 2) Si l'agent principal a compétence pour rouvrir l'audience, cette compétence est-elle restreinte aux instances où la décision initiale est entachée d'un manquement aux règles de justice naturelle?

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 57 (mod., *idem*, art. 19).
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 28(1).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 44 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35; 1995, ch. 15, art. 7), 46.01(1)c) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36), (5) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14), 54(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 44), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).
- Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, ch. I-2, art. 33(2).
- Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 56.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Berrahma c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (C.A.F.); *Crevier c. Procureur Général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541; *Succession Woodward (Exécuteurs testamentaires) c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120; (1972), 27 D.L.R. (3d)



[1972] C.T.C. 385; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)*, [1998] 2 F.C. 198; (1997), 154 D.L.R. (4th) 344; [1998] 2 C.N.L.R. 212; 138 F.T.R. 275 (T.D.); *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); *Mercier v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 14 F.T.R. 28; 3 Imm. L.R. (2d) 316 (F.C.T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166; 135 N.R. 310 (C.A.); *Ramkissoon v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 F.C. 290; (1977), 82 D.L.R. (3d) 406; 20 N.R. 361 (C.A.); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 226 N.R. 201; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1.

## CONSIDERED:

*Sivaraj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 64 (F.C.T.D.); *affd sub nom. Nagarajah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 703 (C.A.) (QL); *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 43; (1998), 147 F.T.R. 246 (T.D.); *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 612; (1994), 73 F.T.R. 279; 22 Imm. L.R. (2d) 105 (T.D.); *Raman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 51; 37 Imm. L.R. (2d) 294 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233; (1989), 58 D.L.R. (4th) 475; 37 Admin. L.R. 59; 96 N.R. 34 (C.A.); *Mobarakizadeh v. Canada* (1993), 72 F.T.R. 30; 23 Imm. L.R. (2d) 93 (F.C.T.D.); *Daher v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 946 (T.D.) (QL).

## AUTHORS CITED

Desjardins, Alice. "Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in a

608; [1972] 5 W.W.R. 581; [1972] C.T.C. 385; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198; (1997), 154 D.L.R. (4th) 344; [1998] 2 C.N.L.R. 212; 138 F.T.R. 275 (1<sup>re</sup> inst.); *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); *Mercier c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 14 F.T.R. 28; 3 Imm. L.R. (2d) 316 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166; 135 N.R. 310 (C.A.); *Ramkissoon c. Ministre de la Main d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 290; (1977), 82 D.L.R. (3d) 406; 20 N.R. 361 (C.A.); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 226 N.R. 201; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Sivaraj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 64 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf. par sub nom. Nagarajah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 703 (C.A.) (QL); *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 43; (1998), 147 F.T.R. 246 (1<sup>re</sup> inst.); *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 612; (1994), 73 F.T.R. 279; 22 Imm. L.R. (2d) 105 (1<sup>re</sup> inst.); *Raman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 51; 37 Imm. L.R. (2d) 294 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; (1989), 58 D.L.R. (4th) 475; 37 Admin. L.R. 59; 96 N.R. 34 (C.A.); *Mobarakizadeh c. Canada* (1993), 72 F.T.R. 30; 23 Imm. L.R. (2d) 93 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Daher c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 946 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DOCTRINE

Desjardins, Alice. «Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in a

Pluralist Setting”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*. Toronto: Carswell, 1992.

APPLICATION for judicial review of an immigration officer’s decision that the applicant was not eligible pursuant to *Immigration Act*, section 44 to have his claim to refugee status referred to the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board because he was a person against whom a removal order had been made, but not executed. Application dismissed.

APPEARANCES:

*David S. Orman* for applicant.  
*Kevin Lunney* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*David Orman*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MULDOON J.: The applicant in his originating notice of motion sought (and later got) leave to commence judicial review of:

The decision of the senior immigration officer [named] (the officer) dated 09 April, 1997, and communicated to the Applicant on 10 April, 1997, wherein the officer determined that the Applicant not to be eligible to have his claim to refugee status referred to the Convention Refugee Determination Division (the “Refugee Division”) of the Immigration and Refugee Board (the “Board”). This decision was made pursuant to subsection 44(1) of the *Immigration Act*, specifically that the Applicant was a person against whom a removal order had been made but not executed.

[2] The applicant asserted the following grounds for his request for review:

- I. The decision is invalid on its face, in that it was made pursuant to legislation which is inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that, as a refugee claimant, the Applicant is in imminent danger of being removed to a country where his life,

Pluralist Setting», in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*. Toronto: Carswell, 1992.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d’un agent d’immigration portant qu’en vertu de l’article 44 de la *Loi sur l’immigration*, le demandeur ne pouvait voir sa demande de statut de réfugié renvoyée devant la section du statut de réfugié de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié au motif qu’il était une personne frappée d’une mesure de renvoi non exécutée. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

*David S. Orman* pour le demandeur.  
*Kevin Lunney* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*David Orman*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MULDOON: Dans son avis de requête introductive d’instance, le demandeur sollicitait (et ultérieurement obtint) l’autorisation d’engager un recours en contrôle judiciaire contre:

[TRADUCTION] La décision de l’agent principal d’immigration [figurait ici le nom de l’agent] (l’agent) en date du 9 avril 1997, communiquée au demandeur le 10 avril 1997, et par laquelle l’agent a conclu que le demandeur ne répondait pas aux conditions qui lui auraient permis de voir sa demande de statut renvoyée devant la Section du statut de réfugié (la section du statut) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission). Cette décision était fondée sur le paragraphe 44(1) de la *Loi sur l’immigration*, c’est-à-dire sur le fait que le demandeur était frappé d’une mesure de renvoi qui n’a pas été exécutée.

[2] Dans sa demande de contrôle judiciaire, le demandeur se fondait sur les moyens suivants:

[TRADUCTION]

- I. La décision en question est manifestement invalide car elle est fondée sur une disposition législative qui n’est pas compatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* puisque le demandeur, en tant que demandeur de statut, court le risque immédiat d’être renvoyé

liberty and security of the person are threatened without the Applicant first having had the opportunity to prove his claim to be a Convention Refugee in the context of a refugee determination system that complies with the principles of natural justice.

- II. The officer erred in law in his interpretation and application of the proper standard of proof for determining whether or not the Applicant's claim to Convention Refugee status should be referred to the Refugee Division of the Board.
- III. The officer erred in law in his determination that the Applicant's previous removal order had not been "executed" pursuant to paragraph 44(1) of the *Immigration Act* in that he acted beyond or refused to exercise his jurisdiction and made erroneous findings of fact in a perverse or capricious manner and without having regard to the material before him.

[3] The applicant gave notice of a constitutional question pursuant to section 57 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)], but no attorney general responded.

[4] The respondent's very decision, which the applicant would impugn, can be found copied at tabs 2 and 3, pages 6 and 7 of the applicant's record (AR), addressed to the applicant's solicitor, thus:

DAVID: THE ISSUE OF WHETHER A PERSON SUBJECT TO AN EXCLUSION ORDER WHO LEAVES CANADA ON HIS OWN, WITHOUT INFORMING IMMIGRATION, HAS EXECUTED THE ORDER HAS BEEN DEALT WITH IN THE MERCIER AND BHANWAN DECISIONS OF THE FEDERAL COURT, ACCORDING TO THE COURT, A PERSON UNDER A DEPORTATION ORDER OR AN EXCLUSION ORDER WHO LEAVES CANADA WITHOUT HAVING FIRST OBTAINED THE LEAVE OF THE MINISTER, AS REQUIRED BY A52(1) HAS NOT EXECUTED THE REMOVAL ORDER IN THE CIRCUMSTANCES THEREFORE OF MR. RAZA. IT IS (AND WILL BE) OUR POSITION THAT SUBJECT'S REMOVAL ORDER HAS NOT BEEN EFFECTED AND DETENTION, IF CONTINUED, WILL BE FOR REMOVAL.

TO THAT END THEREFORE, WE ARE RESPECTFULLY REQUESTING THAT YOU SURRENDER MR. RAZA'S EXPIRED PASSPORT AT YOUR EARLIEST CONVENI-

dans un pays où sa vie, sa liberté et la sécurité de sa personne sont menacées, et ce sans qu'il ait eu la possibilité d'établir le bien-fondé de sa demande de statut dans le cadre d'une procédure prévue à cet effet et fonctionnant selon les principes de la justice naturelle.

- II. Dans la manière dont il a interprété et appliqué la norme de preuve permettant d'établir si la demande de statut formulée par un demandeur doit ou non être renvoyée devant la Section du statut de réfugié, l'agent a commis une erreur de droit.
- III. En décidant que la mesure de renvoi dont était frappé le demandeur n'avait pas été «exécutée» au sens du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration*, l'agent a commis une erreur de droit car il a outrepassé sa compétence ou refusé d'exercer celle-ci, et tiré des conclusions de fait erronées, et ce de façon abusive ou arbitraire et sans tenir compte des éléments dont il disposait.

[3] Le demandeur a donné avis d'une question constitutionnelle conformément à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)], mais aucun procureur général n'a répondu.

[4] La décision du défendeur, celle-là même que conteste le demandeur et qui est reproduite aux cotes 2 et 3, soit aux pages 6 et 7 du dossier du demandeur, a été transmise à l'avocat du demandeur en les termes suivants:

DAVID: LA QUESTION DE SAVOIR SI UNE PERSONNE FRAPPÉE D'UNE MESURE D'EXCLUSION QUI QUITTE LE CANADA VOLONTAIREMENT, SANS EN INFORMER LES SERVICES DE L'IMMIGRATION, EXÉCUTE PAR LÀ MÊME LA MESURE EN QUESTION, A ÉTÉ TRANCHÉE PAR LA COUR FÉDÉRALE DANS LES AFFAIRES MERCIER ET BHANWAN ET, SELON LA COUR, LA PERSONNE FRAPPÉE PAR UNE MESURE D'EXPULSION OU D'EXCLUSION QUI QUITTE LE CANADA SANS AVOIR AU PRÉALABLE OBTENU L'AUTORISATION DU MINISTRE, AINSI QUE L'EXIGE LE PARAGRAPHE 52(1), N'A PAS EXÉCUTÉ LA MESURE DE RENVOI DANS LES CIRCONSTANCES QUI SONT CELLES DE M. RAZA. NOUS ESTIMONS ET NOUS FERONS VALOIR QUE LA MESURE DE RENVOI VISANT L'INTÉRESSÉ N'A PAS ÉTÉ EFFECTUÉE ET QUE SA DÉTENTION, SI ELLE SE POURSUIT, TENDRA À SON RENVOI.

NOUS VOUS DEMANDONS DONC, À CETTE FIN, DE BIEN VOULOIR REMETTRE DANS LES MEILLEURS DÉLAIS LE PASSEPORT EXPIRÉ DE M. RAZA AFIN

ENCE, IN ORDER TO ASSIST IN OUR EFFORTS AT OBTAINING A VALID TRAVEL DOCUMENT.

[5] The applicant is a Shia Muslim from Pakistan. He arrived in Canada on September 5, 1988, and made a claim then for refugee status. On January 7, 1992, the Convention Refugee Determination Division (CRDD) found the applicant not to be a Convention refugee. At that time, and as a consequence, an exclusion order was issued against the applicant, but he was released from custody upon posting a \$2,000 bond.

#### Background facts

[6] In the summer of that year, the applicant learned that his wife, who continued to reside in Pakistan, was ill. Due to the fact that an exclusion order was issued against him, the applicant returned to Pakistan in August 1992. The applicant did not confirm his departure with the immigration authorities. He states he did not realize that he was required to do so. He believed that as long as he left Canada, he would not be in default of his obligations to the Immigration Department.

[7] A removal order was delivered to the applicant's last known address in May 1993, but it did not come to his attention as he had already left the country. On August 13, 1993, the applicant sent a letter to the Immigration Department from Pakistan, confirming his departure and requesting a refund of the \$2,000 cash bond which he had posted. The applicant believed that he had fulfilled the requirements of the exclusion order by remaining in Pakistan for a 12-month period and was therefore eligible to receive the posted bond's face value.

[8] While in Pakistan, the applicant states that he was persecuted. He claims that his office was looted and his nose broken by Sunni fundamentalists. On May 28, 1996, at a large gathering in Mohorum, a riot broke out between Sunni and Shia Muslims and it was alleged that the applicant attempted to murder a Sunni Muslim. The applicant states that he was not at the riot, but in Lahore at the time. He later learned that he was being sought by the police, so he made plans to

DE NOUS AIDER À OBTENIR LA DÉLIVRANCE D'UN TITRE DE VOYAGE VALABLE.

[5] Le demandeur est un musulman chiite originaire du Pakistan. Il est arrivé au Canada le 5 septembre 1988 et y a revendiqué le statut de réfugié. Le 7 janvier 1992, la section du statut de réfugié (SSR) a estimé que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention, en conséquence de quoi une mesure d'exclusion a été prise à l'encontre du demandeur, celui-ci étant remis en liberté après avoir consigné un cautionnement de 2 000 \$.

#### Le contexte de l'affaire

[6] À l'été de la même année, le demandeur apprend que son épouse, qui se trouvait encore au Pakistan, était tombée malade. En raison de la mesure d'exclusion prise à son encontre, le demandeur rentre au Pakistan en août 1992. Il n'a pas confirmé son départ auprès des services de l'immigration. Il prétend ne pas avoir su qu'il était tenu de le faire. Il croyait que dans la mesure où il quittait le Canada, il n'enfreindrait aucune de ses obligations envers le ministère de l'Immigration.

[7] Une mesure de renvoi fut livrée, en mai 1993, à sa dernière adresse, mais il n'en a pas eu connaissance étant donné qu'il avait déjà quitté le pays. Le 13 août 1993, du Pakistan, le demandeur envoya une lettre au ministère de l'Immigration, confirmant son départ et demandant le remboursement des 2 000 \$ qu'il avait versés en cautionnement. Le demandeur croyait avoir satisfait aux exigences de la mesure d'exclusion en restant au Pakistan pendant 12 mois et il estimait donc être à même de se voir rembourser la valeur nominale de son cautionnement.

[8] Le demandeur prétend qu'au Pakistan il a été l'objet de persécutions. Il affirme que son bureau a été saccagé et qu'il a eu le nez cassé par des intégristes sunnites. Le 28 mai 1996, lors d'une grande réunion à Mohorum, une émeute éclata entre musulmans sunnites et musulmans chiites et on prétendit à l'époque que le demandeur avait tenté de tuer un musulman sunnite. Le demandeur affirme qu'à l'époque il ne se trouvait pas sur les lieux de l'émeute, mais à Lahore.

leave the country.

[9] On August 4, 1996, the applicant arrived in Canada using a false passport, because as he says, he feared he would be apprehended by police if he were to use his real passport. The respondent asserts that he did it to avoid detection by Canadian immigration authorities. He made a claim to refugee status on November 1, 1996, using the mail-in program. On January 3, 1997, the applicant reported to the Immigration Department for an interview, at which time he was arrested.

[10] The applicant was informed, on April 10, 1997, by a senior immigration officer (SIO), that his claim could not be referred to the CRDD on the basis that the applicant is a person against whom a removal order has been made but not executed, under section 44 of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35; 1995, c. 15, s. 7)].

This section provides that:

44. (1) Any person who is in Canada, other than a person against whom a removal order has been made but not executed, unless an appeal from that order has been allowed, and who claims to be a Convention refugee may seek a determination of the claim by notifying an immigration officer.

(2) An immigration officer who is notified pursuant to subsection (1) shall forthwith refer the claim to a senior immigration officer.

(3) Where a person who is the subject of an inquiry claims in accordance with subsection (1) to be a Convention refugee, the adjudicator shall determine whether the person may be permitted to come into or remain in Canada, as the case may be, and shall take the appropriate action under subsection 32(1), (3) or (4) or section 32.1, as the case may be, in respect of the person.

(4) Where a claim to be a Convention refugee by a person who is the subject of an inquiry is referred to a senior immigration officer and the senior immigration officer determines, before the conclusion of the inquiry, that the person is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division, the adjudicator shall take the appropriate action under section 32 in respect of the person.

(5) Subject to sections 46.3 and 46.4 where a person makes more than one claim to be a Convention refugee,

Il apprit plus tard que la police le recherchait, et s'organisa pour quitter le pays.

[9] Le 4 août 1996, le demandeur arrive au Canada muni d'un faux passeport, craignant, selon lui, d'être arrêté par la police s'il utilisait son vrai passeport. Selon le défendeur, cette manœuvre était destinée à éviter au demandeur d'être repéré par les services canadiens de l'immigration. Le 1<sup>er</sup> novembre 1996, le demandeur dépose une demande de statut, utilisant pour ce faire le programme prévoyant le dépôt par correspondance. Le 3 janvier 1997, le demandeur se présente au ministère de l'Immigration pour passer une entrevue, et c'est alors qu'il est arrêté.

[10] Le 10 avril 1997, le demandeur est informé par un agent principal (AP) que sa demande ne pourra pas être portée devant la SSR étant donné qu'il est frappé d'une mesure de renvoi qui n'a pas été exécutée, motif explicitement prévu à l'article 44 de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35; 1995, ch. 15, art. 7)].

L'article en question prévoit en effet que:

44. (1) Toute personne se trouvant au Canada peut revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention en avisant en ce sens un agent d'immigration, à condition de ne pas être frappée d'une mesure de renvoi qui n'a pas été exécutée, à moins que la mesure n'ait été annulée en appel.

(2) Le cas échéant, l'agent d'immigration défère sans délai le cas à un agent principal.

(3) Lorsque la personne qui fait l'objet d'une enquête revendique le statut de réfugié au sens de la Convention conformément au paragraphe (1), l'arbitre détermine si elle doit être autorisée à entrer au Canada ou à y demeurer et prend à son égard la mesure indiquée prévue aux paragraphes 32(1), (3) ou (4) ou à l'article 32.1.

(4) Si la revendication est jugée irrecevable par l'agent principal avant la fin de l'enquête, l'arbitre prend contre l'intéressé la mesure indiquée prévue à l'article 32.

(5) Sous réserve des articles 46.3 et 46.4, si une personne présente plusieurs revendications du statut de réfugié au sens

those claims are, for the purposes of this Act, deemed to be a single claim.

[11] Subsection 44(1) must be read in light of paragraph 46.01(1)(c) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36] which provides that:

**46.01 (1)** A person who claims to be a Convention refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if the person

...

(c) has, since last coming into Canada, been determined

(i) by the Refugee Division not to be a Convention refugee or to have abandoned the claim, or

(ii) by a senior immigration officer not to be eligible to have the claim determined by the Refugee Division.

[12] The applicant argues that subsection 44(1) of the *Immigration Act* contravenes section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and should be rendered of no force and effect under section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[13] The applicant also argues that the respondent erred in law in holding that the applicant had not executed his removal order by voluntarily leaving Canada.

[14] As a preliminary matter, counsel for the respondent raised the question as to whether this Court has jurisdiction to hear the constitutional argument raised by the applicant. The respondent asserts that the constitutionality of subsection 44(1) must be raised by way of action, not by way of application for judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*.

[15] In support of this argument, counsel cites *Sivaraj v. Canada (Minister of Citizenship and Immi-*

de la Convention, celles-ci sont réputées n'en former qu'une seule pour l'application de la présente loi.

[11] Le paragraphe 44(1) doit être interprété à la lumière de l'alinéa 46.01(1)(c) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36], selon lequel:

**46.01 (1)** La revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut si l'intéressé se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

[. . .]

c) depuis sa dernière venue au Canada, il a fait l'objet :

(i) soit d'une décision de la section du statut lui refusant le statut de réfugié au sens de la Convention ou établissant le désistement de sa revendication,

(ii) soit d'une décision d'irrecevabilité de sa revendication par un agent principal.

[12] Le demandeur fait valoir que le paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration* est contraire à l'article 7 de 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]] et devrait être rendu inopérant en vertu de l'article 52 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]].

[13] Le demandeur fait également valoir que le défendeur a commis une erreur de droit en estimant que le demandeur, en quittant volontairement le Canada, n'avait pas exécuté la mesure de renvoi dont il faisait l'objet.

[14] À titre préalable, l'avocat du défendeur a soulevé la question de la compétence de la Cour pour connaître de l'argument d'ordre constitutionnel invoqué par le demandeur. Selon le défendeur, la question de la constitutionnalité du paragraphe 44(1) ne peut être soulevée que par voie d'action et non pas par le biais d'un recours en contrôle judiciaire fondé sur l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[15] L'avocat du défendeur cite à l'appui de sa thèse le jugement *Sivaraj c. Canada (Ministre de la*

gration) (1996), 107 F.T.R. 64 (F.C.T.D.); affirmed *sub nom. Nagarajah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 703 (C.A.) (QL) for the proposition that the applicant must raise the constitutional arguments by way of action rather than by way of application for judicial review as the SIO did not have the authority to make constitutional determinations. In particular, the respondent quotes the following passage from the first instance decision in which Madam Justice Tremblay-Lamer writes, at paragraphs 5-9, pages 66-67:

In their statements of claim, the applicants seek declaratory relief that the Minister's decision to remove the applicants to Sri Lanka violates the **Charter**. They argue that the only proper recourse for them is by way of action since under judicial review this Court could not examine the **Charter**.

I must disagree with that assertion. Unlike the facts in **Tétreault-Gadoury**, the Minister in this case was not asked to find a provision of the **Act** unconstitutional. If that were the situation, and if the enabling statute did not permit the federal board to determine the constitutionality of provisions of the **Act**, then it would be true that this Court would not have the jurisdiction on judicial review to entertain such a request for relief but could only examine it under an action. Those are not the circumstances before me.

However, this does not mean that the Minister may act contrary to the **Charter**. In **Davidson v. Slight Communications Inc.**, [1989] 1 S.C.R. 1038 . . . the Supreme Court of Canada has expressly stated that a tribunal's powers are restricted by the **Charter**, at p. 1078:

“As the **Constitution** is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the **Charter** . . . Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the **Charter**, and he exceeds his jurisdiction if he does so.”

The Minister has a constant obligation to act within the **Charter**, and the court, under the rules of judicial review, must ensure that the federal boards act within constitutional standards. Unconstitutional conduct is presumed to be prohibited and therefore, a federal tribunal engages the **Charter** as part of its general responsibility. This court has

*Citoyenneté et de l'Immigration*) (1996), 107 F.T.R. 64 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); confirmé *sub nom. Nagarajah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n<sup>o</sup> 703 (C.A.) (QL), et affirme que le demandeur doit effectivement soulever les arguments d'ordre constitutionnel par voie d'action et non pas par le biais d'une demande de contrôle judiciaire étant donné que l'AP n'avait lui-même pas compétence pour trancher des questions d'ordre constitutionnel. Le défendeur cite notamment le passage suivant de la décision de la Section de première instance dans laquelle M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer a déclaré (aux paragraphes 5 à 9, pages 66 et 67):

Dans leurs déclarations respectives, les requérants cherchent à obtenir un jugement déclarant que la décision du ministre de les renvoyer au Sri Lanka va à l'encontre de la **Charte**. Ils soutiennent que la seule voie de droit qui leur soit ouverte est l'action puisque, en cas de contrôle judiciaire, la Cour ne pourrait pas juger l'affaire au regard de la **Charte**.

Je n'accepte pas cette assertion. Au contraire de ce qui se passait dans l'affaire **Tétreault-Gadoury**, le ministre n'a pas été appelé en l'espèce à juger inconstitutionnelle une disposition de la **Loi**. Cela eût-il été le cas, et si la loi organique n'habilitait pas l'office fédéral à se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions de la **Loi**, alors il serait vrai que la Cour n'aurait pas, en cas de contrôle judiciaire, compétence pour connaître d'un tel chef de demande, lequel ne pourrait être instruit que par voie d'action. Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce.

Cela ne signifie cependant pas que le ministre peut aller à l'encontre de la **Charte**. Dans **Slight Communications c. Davidson**, [1989] 1 R.C.S. 1038 [. . .], à la p. 1078, la Cour suprême du Canada a expressément posé que les pouvoirs d'un tribunal administratif sont limités par la **Charte**:

«La **Constitution** étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative [attributive] de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la **Charte** [. . .] En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la **Charte** et il excède sa juridiction s'il le fait».

Le ministre est tenu à l'obligation de toujours agir conformément à la **Charte**, et la cour, sous le régime des règles applicables en matière de contrôle judiciaire, doit veiller à ce que les offices fédéraux respectent les normes constitutionnelles. Les mesures inconstitutionnelles sont présumées interdites et, en conséquence, un office fédéral

often, under the rules of judicial review, examined the constitutionality under the **Charter** of decisions made by federal boards. In **Mobarakizadeh v. Canada**, (1993) 72 F.T.R. 30 (C.T.D.), the Federal Court, by striking a claim which sought declaratory relief under the **Charter**, confirmed the court's jurisdiction to decide the constitutionality of a federal action by way of judicial review. I agree with the findings in **Mobarakizadeh** where Nadon J. stated at p. 33:

“Section 18(3) makes it clear that the remedies provided for in subs. 1 and 2 can only be obtained by way of a judicial review application made under s. 18.1. Consequently, any application to obtain a declaratory relief or a writ of **mandamus** against any federal board, commission or other tribunal must be made pursuant to s. 18.1.”

I therefore find that the applicants should not have proceeded by way of action to obtain declaratory relief under the **Charter**. The proper procedure is by way of applications for judicial review.

[16] From this statement, the respondent argues that the applicant must proceed by way of action for two reasons: the applicant is not seeking declaratory relief and the SIO does not have power under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* to declare inoperative sections of the *Immigration Act*. In further support, the respondent relies on the Supreme Court of Canada's decision in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22 in which Mr. Justice La Forest wrote at pages 37-38:

The appellant raises a subsidiary issue as to whether the Federal Court of Appeal was entitled to consider the constitutional question, if the Board of Referees did not have jurisdiction over it. As I indicated at the outset of this judgment, the present case came to the Federal Court of Appeal by virtue of s. 28(1) of the *Federal Court Act*, without the benefit of a ruling by the umpire. Section 28(1)(a) allows for the possibility of a direct application being made to the Court of Appeal to set aside the decision of a federal board on the ground that the board refused to exercise its jurisdiction.

Had the respondent first appealed the decision of the Board of Referees to an umpire, and then to the Federal Court of Appeal, the umpire would have had jurisdiction to determine the constitutional issue. The respondent, however, chose to bypass the umpire and get a ruling from the Federal Court of Appeal directly.

met la **Charte** en jeu dans l'exercice de ses fonctions. La cour a souvent, sous le régime des règles de contrôle judiciaire, examiné la constitutionnalité de décisions d'offices fédéraux au regard de la **Charte**. Dans **Mobarakizadeh v. Canada**, (1993) 72 F.T.R. 30 (1<sup>re</sup> inst.), la Cour fédérale, radiant une action en jugement déclaratoire fondée sur la **Charte**, a confirmé sa compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une action fédérale par voie de contrôle judiciaire. Je partage cette conclusion tirée par le juge Nadon en page 33 de la décision **Mobarakizadeh**:

«Le paragraphe 18(3) indique clairement que les recours prévus aux paragraphes (1) et (2) ne peuvent être exercés que par présentation d'une demande de contrôle judiciaire conformément à l'article 18.1. En conséquence, toute demande visant à obtenir un jugement déclaratoire ou un bref de **mandamus** contre un office fédéral doit être présentée conformément à l'art. 18.1.»

Je conclus en conséquence que les requérants n'auraient pas dû intenter une action en jugement déclaratoire fondée sur la **Charte**. La voie de droit qui s'impose en l'espèce est la demande de contrôle judiciaire.

[16] Le défendeur en tire argument pour dire que le demandeur doit intenter pour cela une action, et ce pour deux motifs: le demandeur ne sollicite pas de la Cour un jugement déclaratoire et l'AP n'a pas, au titre du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, compétence pour déclarer inopérantes des dispositions de la *Loi sur l'immigration*. Pour étayer encore davantage sa thèse, le défendeur invoque l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, dans lequel le juge La Forest a écrit, aux pages 37 et 38:

L'appelante soulève une question subsidiaire, savoir si la Cour d'appel fédérale pouvait examiner la question constitutionnelle dans l'hypothèse où le conseil arbitral n'avait pas lui-même compétence à cet égard. Comme je l'ai indiqué au début de mes motifs, la présente espèce a été soumise à la Cour d'appel fédérale en vertu du par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, sans passer par le juge-arbitre. L'alinéa 28(1)a) prévoit la possibilité de demander directement à la Cour d'appel l'annulation de la décision d'un office fédéral au motif que celui-ci a refusé d'exercer sa compétence.

Si l'intimée avait d'abord interjeté appel contre la décision du conseil arbitral auprès d'un juge-arbitre et, ensuite, à la Cour d'appel fédérale, le juge-arbitre aurait eu compétence pour trancher la question constitutionnelle. Cependant, l'intimée a choisi de passer outre au juge-arbitre et d'en appeler directement à la Cour d'appel fédérale.



At the time the respondent raised her constitutional challenge before the Board of Referees, the jurisdiction of the Board to entertain such a challenge presented an unsettled legal question. The temptation to raise this unresolved jurisdictional question before the Court of Appeal directly was understandable. However, one cannot overlook the special nature of the Federal Court of Appeal's powers of review under s. 28 of the *Federal Court Act*. The powers of the Federal Court of Appeal under that section are limited to overseeing and controlling the legality of decisions of administrative bodies and to referring matters back to those bodies for redetermination, with directions when appropriate: see *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s.28(d); *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233, per Marceau J., at p. 247. I am therefore of the view that, while the jurisdictional question was legitimately before the Court of Appeal, the court had no jurisdiction to make a final determination of the constitutional question.

[17] More recently, Madam Justice Tremblay-Lamer, relying on *Tétreault-Gadoury* held that this Court, on an application for judicial review, cannot rule on constitutional questions when the federal board whose decision is being reviewed does not have the power to rule on the constitutionality of its enabling statute. In *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 43 (T.D.), Madam Justice Tremblay-Lamer held a senior immigration officer lacks the power to decide the constitutional validity of the *Immigration Act* and thus, she held at paragraph 22, pages 56-57, the only way for an applicant to challenge the constitutionality of certain sections of the *Immigration Act* is to proceed by way of action, rather than by application. The learned Judge, however, came to an alternative conclusion at paragraphs 23, pages 57 *et seq.* which this Court respectfully adopts.

[18] With respect, however, it seems that *Gwala* was, as the learned Judge herself seemed to suspect, incorrectly decided on the issue of whether this Court has jurisdiction to hear constitutional challenges in the circumstances at bar. There are two reasons: the expanded provisions of the *Federal Court Act* which were not in place when *Poirier* [*Poirier v. Canada*

Au moment où l'intimée a soulevé la question constitutionnelle devant le conseil arbitral, la question de la compétence du conseil d'entendre une contestation de ce genre n'était pas réglée. Il est donc compréhensible qu'elle ait été tentée de soulever cette question directement à la Cour d'appel. Il ne faut toutefois pas oublier la nature spéciale des pouvoirs de révision conférés à la Cour d'appel fédérale par l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ces pouvoirs se limitent à surveiller et à contrôler la légalité des décisions des organismes administratifs et à leur demander de reconsidérer l'affaire en leur donnant, le cas échéant, les directives appropriées; voir *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, al. 52d); *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233, le juge Marceau, à la p. 247. Je suis donc d'avis que, bien que la question de la compétence ait été légitimement soumise à la Cour d'appel, celle-ci n'avait pas compétence pour trancher de façon définitive la question constitutionnelle.

[17] Plus récemment, M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer a estimé, au vu de l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, que, s'agissant d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour ne saurait se prononcer sur une question d'ordre constitutionnel si l'organisme fédéral dont la décision fait l'objet d'un recours en contrôle judiciaire n'a pas lui-même la compétence nécessaire pour se prononcer sur la constitutionnalité de son texte d'habilitation. Dans l'affaire *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 43 (1<sup>re</sup> inst.), M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer a estimé qu'un agent principal d'immigration n'a pas la compétence nécessaire pour juger de la validité constitutionnelle de la *Loi sur l'immigration* et elle a, par conséquent, décidé au paragraphe 22, pages 56 et 57 que, pour contester la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur l'immigration*, un demandeur ne peut que procéder par voie d'action et non par le biais d'une demande. Aux paragraphes 23, pages 57 et suivants, le distingué juge parvenait, cependant, à une conclusion subsidiaire que la Cour fait respectueusement sienne en l'espèce.

[18] On peut cependant dire, avec égards, que, comme le distingué juge paraissait elle-même s'en douter, l'affaire *Gwala* semble avoir été incorrectement tranchée en ce qui concerne la question de savoir si la Cour est compétente pour connaître, dans les circonstances présentes en l'espèce, d'une mise en cause de la constitutionnalité de certaines dispositions.

(*Minister of Veterans Affairs*), [1989] 3 F.C. 233 (C.A.)] or *Tétreault-Gadoury* were decided (but referred to by Nadon J. in *Mobarakizadeh*, above [*Mabarakizadeh v. Canada* (1993), 72 F.T.R. 30 (F.C.T.D.)]); and second, that a tribunal which bases its decision on a constitutionally invalid provision commits a jurisdictional error. Thus, by implication, in order to determine whether a decision maker acted within its jurisdiction, the constitutionality of the conferring provision must be assessed.

#### Changes to the *Federal Court Act*

[19] Subsection 28(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], as it read when *Tétreault-Gadoury* was decided, provided only the jurisdiction upon which the Court decided that case. Few, if any, were sorry to see the repeal of that star-crossed provision.

[20] The only powers of the Court under the former section 28 were limited to overseeing and setting aside decisions on the bases described in that section.

[21] On February 1, 1992, section 18.1 of the *Federal Court Act* came into effect. This new section has the effect of expanding both the scope of judicial review and the remedies available. In particular, subsection 18.1(3)(b) provides that on an application for judicial review, the Court may:

#### 18.1 (3) . . .

(b) declare invalid or unlawful, or quash or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal. [Emphasis not in original text.]

Il y a pour cela deux raisons: d'abord, les dispositions plus larges de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui n'étaient pas en vigueur aux dates où ont été tranchées les affaires *Poirier* [*Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233 (C.A.)] et *Tétreault-Gadoury* (mais auxquelles s'est référé le juge Nadon dans l'affaire *Mobarakizadeh*, précitée [*Mabarakizadeh c. Canada* (1993), 72 F.T.R. 30 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)]); ensuite, parce qu'un tribunal qui fonde sa décision sur une disposition qui n'est constitutionnellement pas valable commet une erreur de compétence. Pour dire si un décideur a agi dans les limites de sa compétence, il faut donc implicitement évaluer la constitutionnalité de la disposition qui lui confère cette compétence.

#### Les modifications apportées à la *Loi sur la Cour fédérale*

[19] Le paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10], dans la formulation en vigueur à l'époque où fut tranchée l'affaire *Tétreault-Gadoury*, fournissait à la Cour l'unique base de compétence lui permettant de se prononcer en cette affaire. Très rares sont ceux qui ont regretté l'abrogation de cette malencontreuse disposition.

[20] Aux termes de l'ancien article 28, la Cour ne pouvait contrôler ou infirmer des décisions que pour les motifs qui étaient énoncés dans cet article.

[21] Le 1<sup>er</sup> février 1992, l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* entrait en vigueur. Cette nouvelle disposition avait pour effet d'élargir et le champ du contrôle judiciaire et l'éventail des redressements pouvant être accordés. L'alinéa 18.1(3)(b), notamment, prévoit que, sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour peut:

#### 18.1 (3) [. . .]

(b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral. [Non souligné dans l'original.]

[22] Accordingly, declarations of invalidity may be granted by this Court, even in regard to constitutional matters where the acts of a decision maker have the effect of infringing a person's rights as guaranteed under the Charter, (noted in *Mobarakizadeh v. Canada* (1993), 72 F.T.R. 30 (F.C.T.D.)). There is no reason why a declaration of invalidity of a section of an Act, pursuant to *Constitution Act, 1982*, section 52, cannot be made when one has regard to the power to declare a decision "unlawful" under *Federal Court Act* section 18.1 as contravening the Charter.

[23] As to the grounds for judicial review available under subsection 18.1(4), the amendments added a new ground for review, namely:

18.1 (4) . . .

(f) acted in any other way that was contrary to law.

[24] Having regard to above changes, it seems clear that the scope of judicial review has been expanded since the Supreme Court of Canada's decision in *Tétreault-Gadoury*. In particular, it is clear that subsection 18.1(4) allows this Court to consider constitutional arguments even when the tribunal whose decision is being reviewed cannot make constitutional determinations.

[25] Madam Justice Desjardins of the Court of Appeal in an article entitled "Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in Pluralist Setting" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (Carswell, 1992, page 405) noted that paragraph 18.1(4)(f) was enacted in order to allow the Court to consider constitutional issues on applications for judicial review. At pages 431-432 she noted that:

It has been suggested, moreover, that this final ground of review might permit the court to determine whether a given decision is contrary to the *Charter*, particularly where the tribunal is without jurisdiction to determine *Charter* questions. This possibility should be reflected upon in light of the Supreme Court of Canada decision in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment & Immigration Commission)*. In *Tétreault-Gadoury*, the Supreme Court held that where an

[22] En conséquence, la Cour peut rendre une déclaration d'invalidité, même au point de vue constitutionnel, lorsque les actes d'un décideur ont porté atteinte aux droits qu'une personne se voit garantir par la Charte (on se réfère ici à l'affaire *Mobarakizadeh c. Canada* (1993), 72 F.T.R. 30 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Rien ne s'oppose à ce qu'une disposition législative soit déclarée invalide au regard de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, étant donné que l'article 18.1 confère à la Cour le pouvoir de déclarer «illégale» une décision contraire à la Charte.

[23] En ce qui concerne les motifs de contrôle judiciaire pouvant être invoqués dans le contexte du paragraphe 18.1(4), les modifications apportées à la Loi ont ajouté un nouveau motif de contrôle, à savoir:

18.1 (4) [. . .]

(f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

[24] Il semble clair, vu les changements intervenus, que le champ du contrôle judiciaire s'est élargi depuis l'arrêt *Tétreault-Gadoury*. Il semble clair, notamment, que le paragraphe 18.1(4) permet à la Cour de se prononcer sur des arguments d'ordre constitutionnel même lorsque le tribunal administratif dont la décision fait l'objet d'un recours en contrôle judiciaire n'est pas lui-même habilité à trancher des questions d'ordre constitutionnel.

[25] Dans un article intitulé «Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in Pluralist Setting», publié dans les *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (Carswell, 1992, à la page 405), M<sup>me</sup> le juge Desjardins, de la Cour d'appel fédérale, notait que l'alinéa 18.1(4)f) avait été ajouté pour permettre à la Cour de se prononcer, dans le cadre d'un recours en contrôle judiciaire, sur des questions d'ordre constitutionnel. Elle notait, en effet, aux pages 431 à 432:

[TRADUCTION] Il semble de surcroît que ce dernier motif de contrôle judiciaire permettrait à la Cour de décider si une décision donnée va à l'encontre de la *Charte*, en particulier lorsque le tribunal administratif concerné n'a pas compétence pour juger de telles questions. Cette possibilité mérite qu'on y réfléchisse à la lumière de la décision *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* de la Cour suprême du Canada, qui a jugé que,

administrative tribunal does not have jurisdiction to entertain a question of law, the Federal Court of Appeal is also without jurisdiction to decide the constitutional matter . . . .

But, *Tétreault-Gadoury*, of course, was based on s. 28 as formerly known. Whether para. 18.1(4)(f) constitutes remedial legislation which will change the law as established by *Tétreault-Gadoury* is an open question. In the affirmative, fresh evidence on *Charter* issues should be tendered.

[26] In the case at bar, as was the case before Madam Justice Tremblay-Lamer, at issue is the jurisdiction of the SIO to apply this section due to alleged constitutional invalidity. The Supreme Court of Canada in *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220 held that a tribunal cannot be immunized from review for jurisdictional errors. Chief Justice Laskin quoted at page 236 from Mr. Justice Martland in *Woodward Estate (Executors of) v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120:

. . . if such a tribunal has acted beyond its jurisdiction in making a decision, it is not a decision at all within the meaning of the statute which defines its powers because Parliament could not have intended to clothe such tribunal with the power to expand its statutory jurisdiction by an erroneous decision as to the scope of its own powers.

[27] Similarly, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson* [[1989] 1 S.C.R. 1038], the Supreme Court of Canada has expressly stated that a tribunal's powers are restricted by the Charter, as recited by Madam Justice Tremblay-Lamer and quoted in paragraph 15 above.

[28] Thus, if a decision of a tribunal is not a "decision" because it is made by a tribunal acting in excess of its jurisdiction, how can it not be subject to review on the basis that the enabling provision contravenes the Charter?

dans les cas où le tribunal administratif concerné n'a pas compétence pour se saisir d'une question de droit, la Cour d'appel fédérale n'a pas compétence non plus pour prononcer sur la question constitutionnelle [ . . . ]

Cependant, la décision *Tétreault-Gadoury* a été rendue au regard de l'ancien art. 28. Reste à savoir si l'al. 18.1(4)(f) constitue un texte correctif qui changera la règle de droit telle qu'elle a été définie par cet arrêt. Dans l'affirmative, il y a lieu à production d'une preuve nouvelle relative aux questions touchant à la *Charte*.

[26] En l'espèce, comme en l'affaire dont était saisie le juge Tremblay-Lamer, il s'agit de savoir si l'AP a la compétence voulue pour appliquer la disposition en cause étant donné la prétendue invalidité constitutionnelle de celle-ci. Dans son arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, la Cour suprême du Canada a estimé qu'un tribunal administratif ne peut pas être mis à l'abri du contrôle judiciaire pour d'éventuelles erreurs de compétence. Le juge en chef Laskin a cité, à la page 236, le juge Martland qui avait déclaré dans l'arrêt *Succession Woodward (Exécuteur testamentaires) c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120:

[ . . . ] si le tribunal a excédé sa compétence dans une décision, cette dernière n'est pas une décision du tout, selon la loi qui définit les pouvoirs du tribunal, parce que le Parlement ne pouvait pas avoir l'intention de conférer à pareil tribunal le pouvoir d'étendre sa compétence légale au moyen d'une décision erronée quant à l'étendue de ses propres pouvoirs.

[27] Il en est allé de même dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson* [[1989] 1 R.C.S. 1038], où la Cour suprême du Canada a expressément déclaré que les pouvoirs d'un tribunal administratif sont limités par la Charte, comme le rappelle M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer dans l'extrait cité au paragraphe 15 ci-dessus.

[28] Donc, si la décision d'un tribunal administratif ne peut pas être considérée comme une «décision» du fait qu'en la rendant le tribunal en question a outrepassé sa compétence, comment cette même décision pourrait-elle échapper au contrôle judiciaire au simple motif que les dispositions portant habilitation du tribunal administratif en question seraient contraires à la Charte?

[29] A similar approach was taken by Mr. Justice Rothstein in *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)*, [1998] 2 F.C. 198 (T.D.) in which he wrote at paragraph 40, page 221:

Given that a decision of an administrative tribunal in excess of its jurisdiction “is not a decision at all”, it seems paradoxical that the same “decision” would be immunized from review where jurisdiction is never raised and the tribunal’s jurisdiction and/or the constitutionality of its enabling legislation is assumed. This is tantamount to saying that parties to an administrative proceeding may, by waiver or acquiescence, confer jurisdiction on a tribunal that was not, or could not be, conferred by Parliament, and that this conferral of authority by the parties is unreviewable once the decision is made.

[30] Accordingly, this Court has jurisdiction to hear the constitutional questions raised even although the SIO may not have had jurisdiction to hear these arguments; as found in the alternative reasoning in *Gwala*, above cited.

[31] In *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 612 (T.D.), Mr. Justice Rothstein noted that the result of holding that this Court lacks jurisdiction on applications for judicial review to hear Charter issues when the tribunal lacks the jurisdiction to hear the issue is impractical as it would be costly and time consuming to institute two separate proceedings: one to challenge the decision via judicial review and the second by way of action challenging the validity of a provision of an Act. At page 623 he noted:

If respondent’s counsel’s position is correct, applicants seeking relief from decisions of immigration officers would be required to choose between different processes depending upon the grounds to be advanced by them. This could lead to two processes having to be instituted in a case such as the one at bar; an application for judicial review for some grounds and an action for a declaration for others. This multiplicity of procedures would apply only in certain circumstances, i.e. when the tribunal whose decision is being

[29] Une démarche analogue a été suivie par le juge Rothstein dans l’affaire *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198 (1<sup>re</sup> inst.), lorsqu’il écrit, au paragraphe 40, page 221:

Puisqu’une décision rendue par un tribunal administratif au-delà des limites de sa compétence «n’est pas une décision du tout», il semble paradoxal de dire que cette même «décision» puisse être à l’abri d’un contrôle judiciaire si la question de compétence n’est jamais soulevée, et si la compétence du tribunal ou la constitutionnalité de la loi organique de ce tribunal est présumée. Cela équivaut à dire que les parties à une procédure administrative peuvent, par renonciation ou acquiescement, conférer à un tribunal une compétence qui n’a pas été, ou n’a pu être, conférée par le Parlement et que cette attribution de compétence par les parties échappe à tout contrôle judiciaire après que la décision est rendue.

[30] La Cour est par conséquent compétente pour connaître de questions constitutionnelles évoquées devant elle, même si l’AP n’était pas lui-même compétent pour connaître de ces mêmes arguments; c’est le sens de la démarche subsidiaire évoquée dans le cadre de l’affaire *Gwala*, précitée.

[31] Dans l’affaire *Chan c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 2 C.F. 612 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Rothstein a noté l’inconvénient qu’il y aurait à prétendre qu’en matière de contrôle judiciaire, la Cour n’est pas compétente pour connaître de questions relatives à la Charte lorsque le tribunal administratif dont la décision est mise en cause n’était lui-même pas compétent pour en connaître. Cela aurait effectivement le désavantage d’exiger l’engagement de deux procédures distinctes, avec les surcoûts que cela suppose en temps et en argent: une procédure afin d’attaquer la décision par un recours en contrôle judiciaire et une seconde, par voie d’action, afin de contester la validité d’une disposition législative. C’est ainsi qu’il note, à la page 623:

Si l’argument de l’avocat de l’intimé est correct, cela veut dire que celui qui conteste la décision d’un agent d’immigration aurait à choisir entre différentes procédures selon les moyens qu’il aura pris. Cela pourrait signifier deux procédures à engager simultanément dans un cas comme celui qui nous occupe en l’espèce: demande de contrôle judiciaire pour certains chefs de demande, et action pour certains autres. Cette multiplicité des procédures ne s’appliquerait que dans les cas où le tribunal administratif dont la décision

challenged did not have jurisdiction to decide a question of law. I see no useful purpose to such a multiplicity of procedures. On the contrary, the confusion and additional cost inherent in them are clear disadvantages. I do not think Parliament intended to complicate access to the Federal Court by creating an obscure requirement for the commencement of proceedings by way of action in cases such as the one at bar. It has not been demonstrated that the Court would be impeded from performing its functions or that any party would be prejudiced by there being only one process, that is judicial review, for seeking relief in this Court from decisions of immigration officers.

[32] On the basis of differing opinions, Madam Justice Tremblay-Lamer [in *Gwala*] certified the following questions at page 63:

Whether SIOs have the implied jurisdiction to decide questions of law? If not, whether the Trial Division, when hearing an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*, has jurisdiction to decide a constitutional challenge to the validity of a section of the *Immigration Act*?

[33] As it seems clear that this Court does have jurisdiction to hear the Charter issue raised, the next issue to be determined is whether subsection 44(1) of the *Immigration Act* contravenes section 7 of the Charter.

[34] Counsel for the applicant argues that the effect of this provision is that the applicant cannot make a claim to refugee status as his removal order has not been executed. This results in denial of opportunity for the applicant to present his new claim before the CRDD.

[35] According to the Federal Court of Appeal in *Berrahma v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (F.C.A.), eligibility screening to make a claim to refugee status does not infringe section 7 of the Charter. In that case, the applicant was found to be ineligible to make a claim pursuant to paragraph 46.01(1)(c) and subsection 46.01(5) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] of the Act, because the applicant was a refused claimant who had not been outside Canada for more than 90 days after his first claim was refused. The Court of

est contestée n'a pas compétence pour prononcer sur les questions de droit. Je ne vois pas l'utilité de pareille multiplicité des procédures. Au contraire, la confusion et le surcroît de coût inévitables sont autant de désavantages manifestes. Je ne pense pas que le législateur ait voulu compliquer l'accès à la Cour fédérale par un impératif obscur, savoir l'obligation d'engager la procédure par voie d'action dans les cas comme celui qui nous occupe en l'espèce. Il n'a pas été démontré que la Cour ne pourrait remplir ses fonctions ou que l'une des parties serait lésée par le fait qu'il n'existe qu'une procédure, celle du contrôle judiciaire, pour contester devant cette Cour les décisions des agents d'immigration.

[32] Compte tenu d'une différence d'opinion à cet égard, M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer [dans *Gwala*] a certifié les deux questions suivantes, à la page 63 de son jugement:

Les agents d'immigration supérieurs sont-ils implicitement investis du pouvoir de se prononcer sur des questions de droit? Dans la négative, la Section de première instance a-t-elle compétence, sur recours en contrôle judiciaire exercé en application de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour entendre une contestation de la validité constitutionnelle d'un article de la *Loi sur l'immigration*?

[33] Puisqu'il paraît évident que la Cour est compétente pour connaître de la question constitutionnelle soulevée en l'espèce, il y a lieu de décider si le paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration* est effectivement contraire à l'article 7 de la Charte.

[34] L'avocat du demandeur fait valoir qu'en raison de cette disposition, son client ne peut pas revendiquer le statut de réfugié, du fait que la mesure de renvoi dont il est frappé n'a pas été exécutée. Cela a pour effet de lui refuser la possibilité de porter une nouvelle demande de statut devant la SSR.

[35] Selon l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Berrahma c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (C.A.F.), le filtrage des demandes en vue de décider qui peut ou ne peut pas revendiquer le statut de réfugié n'est pas contraire à l'article 7 de la Charte. Dans l'affaire en question, la Cour a estimé que le demandeur n'était pas en droit de formuler une demande car, comme le prévoient l'alinéa 46.01(1)c) et le paragraphe 46.01(5) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14] de la Loi, le demandeur s'était déjà vu refuser le statut

Appeal held that there was no right to make a refugee claim and that Parliament had the right to declare certain persons ineligible to make a refugee claim in Canada. At pages 212-213 Mr. Justice Marceau made the following comments:

There seems no question that the adjudicator's reasoning cannot stand; and yet, one cannot disagree with several of the propositions contained in it. In my view the problem results from his starting-point, the initial proposition which as we have seen the adjudicator accepted without hesitation. The legislation which in certain circumstances does not allow a foreign national to claim refugee status, the adjudicator said, infringes his life and security, as the Supreme Court held in *Singh*. This statement, on which his entire reasoning depends, seems to me to be simply mistaken.

I absolutely cannot see how it can be said that, by denying refuge to a foreign national, Parliament is infringing that person's life or security. Section 7 of the *Charter* is not to be interpreted in the abstract; it lays down limits for the action of governmental authority, but does not compel the latter to act; for it to be applicable, there must be a specific act, legislation, not merely a failure to act. It does not of itself impose a duty on the government to provide protection to everyone whose life or liberty may be at risk, still less to provide a refuge for all inhabitants of the globe who may fear for their lives or security, and this is so whatever the cause of the apprehended danger.

As I understand it, the reason the Supreme Court concluded as it did in *Singh* is that, to give effect to international obligations assumed earlier, Parliament had recognized and granted foreign nationals the right to claim refugee status, but failed at the same time to create along with the exercise of this right—a right connected with the protection of life and security—a procedure consistent with the requirements of fundamental justice. That, I think, is the difference between *Singh* and the case of an ineligible claimant: *Singh* was denied a status which the law gave him the right to claim without having any opportunity of showing that he met the conditions for obtaining it, whereas the ineligible claimant is not denied a status he is entitled to claim.

One can easily imagine conditions of eligibility in legislation dealing with aliens seeking refuge which would infringe the precepts of the *Charter*. We need go no further than the requirements of s.15, for example (whether they correspond to or go beyond the obligations resulting from Article 3 of the *Convention*). However, I do not see how it

de réfugié et n'avait pas séjourné à l'étranger plus de 90 jours après le rejet de sa première demande de statut. La Cour d'appel a conclu que le demandeur n'était pas en droit de revendiquer le statut de réfugié mais que le législateur était, lui, à même de déclarer que certaines personnes ne seraient pas admises à présenter une demande de statut au Canada. Le juge Marceau a ainsi déclaré aux pages 212 et 213:

Que le raisonnement de l'arbitre ne puisse tenir m'apparaît incontestable. Et pourtant, on ne peut qu'adhérer à plusieurs des propositions qu'il contient. Le problème, à mes yeux, vient de son point de départ, cette proposition initiale que l'arbitre accepte, on l'a vu, sans hésiter. La législation qui, en certaines circonstances, ne permet pas à un ressortissant étranger de revendiquer le statut de réfugié porte atteinte, dit l'arbitre, à sa vie et à sa sécurité, comme l'a considéré la Cour suprême dans le cas *Singh*. Cette affirmation qui conditionne son raisonnement du début à la fin me semble tout simplement erronée.

Je ne vois absolument pas comment on peut dire qu'en refusant le refuge à un ressortissant étranger, le Parlement porte atteinte à la vie ou à la sécurité de cette personne. L'article 7 de la *Charte* ne s'interprète pas dans l'abstrait; il définit des limites à l'action de l'autorité publique, mais ne force pas celle-ci à agir; il exige, pour entrer en jeu, un geste concret, une législation, non pas seulement une abstention. Il n'impose pas en lui-même à l'État d'assurer une protection à tous ceux dont la vie ou la liberté seraient en danger, encore moins de fournir un refuge à tous les habitants du globe qui auraient peur pour leur vie ou leur sécurité, et ce, au reste, quelle que soit la cause du danger appréhendé.

Si la Cour suprême a conclu comme elle l'a fait dans l'arrêt *Singh*, du moins à ce que je comprends, c'est que le Parlement avait, pour donner effet à des obligations internationales assumées préalablement, reconnu et accordé à un étranger le droit de revendiquer le statut de réfugié mais avait omis d'assortir en même temps l'exercice de ce droit—un droit qui se rattachait à la protection de la vie et de la sécurité—à une procédure conforme aux exigences de la justice fondamentale. C'est là, je pense, que se trouve la différence entre le cas *Singh* et le cas du revendicateur non-admissible: *Singh* se voyait dénier un statut que la loi lui donnait droit de réclamer sans qu'il ait eu toutes les chances de démontrer qu'il remplissait les conditions pour l'obtenir alors que le revendicateur non-admissible ne se voit dénier aucun statut qu'il a droit de réclamer.

On peut aisément imaginer dans la législation relative aux ressortissants étrangers en quête de refuge des conditions d'admissibilité qui enfreindraient des préceptes de la *Charte*. Il suffit de songer aux exigences de l'article 15, par exemple (qu'elles correspondent ou qu'elles dépassent les obligations découlant de l'article 3 de la *Convention*). Mais

can be said that by limiting the right to claim refugee status in an objective and non-discriminatory manner—as it did, Parliament infringed the provisions of s. 7. In my opinion, therefore, the adjudicator and member of the Division were right in concluding that the constitutional argument made by counsel for the applicant was not valid. I would therefore dismiss this application to set aside made against the decision rendered by them.

[36] Similarly, in *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.), Mr. Justice Marceau stated at page 704:

A foreigner has no absolute right to be recognized as a political refugee under either the common law or any international convention to which Canada has adhered. It follows that legislation which purports to define conditions for eligibility to claim refugee status may violate the Charter only if those conditions have the effect of subjecting a group of claimants to discriminatory treatment within the meaning of section 15. To deny dangerous criminals the right, generally conceded to immigrants who flee persecution, to seek refuge in Canada certainly cannot be seen as a form of illegitimate discrimination. Only section 15 of the Charter is engaged since, contrary to the first decision which entailed forced deportation and therefore deprivation of liberty, a declaration of ineligibility does not imply or lead, in itself, to any positive act which may affect life, liberty or security of the person.

[37] Accordingly, section 7 of the Charter, it would appear, is not engaged and the analysis on this section does not need to proceed further. The issue of whether subsection 44(1) of the *Immigration Act* offends against section 7 of the Charter was never raised by the applicant or his counsel before the decision maker, the senior immigration officer. But, why would it be, if the SIO had no jurisdiction to decide it? The Court's decision in *Sivaraj*, noted and quoted earlier above, argues for the necessity of bringing an action for a declaration rather than judicial review, in order to achieve the applicant's objectives in these circumstances. That decision was unanimously affirmed, as noted, in one short paragraph by the Appeal Division. At the hearing the applicant's counsel stated (transcript, at page 129), without documentation, that:

je ne vois pas comment on peut dire qu'en limitant le droit de réclamer le statut de réfugié de façon objective et nullement discriminatoire comme il l'a fait, le Parlement aurait violé les prescriptions de l'article 7. L'arbitre et le membre du statut ont donc eu raison, à mon avis, de conclure que l'argument constitutionnel avancé par le procureur du requérant n'était pas valide. Je rejetterais donc cette demande d'annulation portée à l'encontre de la décision qu'ils ont rendue.

[36] Dans le même sens, le juge Marceau a déclaré, dans l'arrêt *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.), à la page 704 du recueil:

Un étranger n'a aucun droit absolu d'être reconnu comme étant un réfugié politique, soit en vertu de la common law, soit en vertu de toute convention internationale à laquelle a adhéré le Canada. Il s'ensuit que les dispositions législatives qui prétendent définir les conditions nécessaires à la revendication du statut de réfugié ne peuvent porter atteinte à la Charte que si ces conditions ont pour effet de faire preuve, à l'égard d'un groupe de demandeurs de statut, de discrimination au sens de l'article 15. Refuser à des criminels dangereux le droit, généralement accordé aux immigrants qui fuient la persécution, de chercher refuge au Canada ne saurait certes pas être considéré comme une forme illégitime de discrimination. Seul l'article 15 de la Charte est en cause car, contrairement à la première décision qui traitait de l'expulsion forcée et par conséquent de la perte de liberté, une déclaration d'irrecevabilité n'implique ni n'entraîne, en elle-même, aucun acte qui puisse porter atteinte à la vie, la liberté ou la sécurité de la personne.

[37] L'article 7 de la Charte ne me paraît pas en cause en l'espèce et il n'y a donc pas lieu de poursuivre l'analyse du dossier au regard de cette disposition. La question de savoir si le paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration* est contraire à l'article 7 de la Charte n'a pas été soulevée devant le décideur, l'agent principal d'immigration, ni par le demandeur, ni par son avocat. Mais, pourquoi l'aurait-elle été puisque l'AP n'était pas compétent pour la trancher? La décision rendue par la Cour dans l'affaire *Sivaraj*, rappelée et citée plus haut, porte à conclure à la nécessité de solliciter, par voie d'action, un jugement déclaratoire et non de procéder par le biais d'une demande de contrôle judiciaire afin d'obtenir les résultats visés en l'occurrence par le demandeur. Cette décision a été confirmée à l'unanimité par la Cour d'appel dans un bref paragraphe, ainsi que nous l'avons noté. À l'audience, l'avocat du demandeur a



. . . the issue of allowing for a constitutional exemption was put before the immigration officer. It was put before him in January. It is true, it was put . . . I admit it was put before him late, but it was put before him, and he did not respond to that.

The applicant's counsel, in reply, made reference to the Appeal Division's decision expressed by Linden J.A. in *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581, but the circumstances there are not readily transposable to the outcome here.

[38] The applicant's second argument is that the SIO erred in holding that the applicant had not executed his removal order by voluntarily leaving Canada. In support of this argument, the applicant cites *Ramkissoon v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 F.C. 290 in which the Court of Appeal held that a person who had voluntarily left Canada after having a deportation order issued against him could not have recourse to appeal the deportation order to the Immigration Appeal Board as his deportation was "executed". At page 294 Mr. Justice Heald wrote:

With deference, I am unable to agree that the ordinary dictionary meaning of "removal" is so narrow as to preclude a person from "removing" himself from Canada to "the place whence he came to Canada" which is exactly what transpired in the case at bar. "Remove" is defined, *inter alia*, in *The Shorter Oxford English Dictionary* as "to go away or depart from a place" and "to change one's place of residence". Both of these definitions are capable of including a positive voluntary act on the part of the person concerned. Thus, in my view, on the facts here present, "removal" from Canada to Trinidad by this applicant was accomplished on March 16, 1975 and the effect of that "removal" was to "execute" the first deportation order. Accordingly, it seems to me that the legal effect of the applicant's voluntarily leaving Canada was that he was thereby deprived of any status entitling him to appeal against the first deportation order under the equitable section 15 jurisdiction of the Board.

déclaré (transcription, à la page 129), mais sans produire de documentation, que:

[TRADUCTION] [. . .] la possibilité de soulever une exception constitutionnelle fut évoquée devant l'agent d'immigration. Elle fut évoquée devant lui en janvier. Il est vrai que cette possibilité fut évoquée [. . .] Je reconnais qu'elle a été évoquée tardivement, mais elle a été évoquée devant lui et il n'a guère répondu sur ce point.

En réponse, l'avocat du demandeur a cité la décision que le juge Linden, J.C.A. a rendue au nom de la Cour d'appel dans l'affaire *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581, mais les circonstances de cette autre affaire ne sauraient être transposées au dossier dont la Cour est saisie en l'espèce.

[38] Le demandeur fait, en second lieu, valoir que c'est à tort que l'AP a décidé qu'en quittant volontairement le Canada, le demandeur n'avait pas exécuté la mesure de renvoi dont il était frappé. Le demandeur cite à l'appui de sa thèse l'affaire *Ramkissoon c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 290, la Cour d'appel ayant estimé que la personne qui quitte volontairement le Canada après avoir fait l'objet d'une mesure d'expulsion ne peut pas faire appel de cette mesure d'expulsion devant la Commission de l'appel de l'immigration étant donné que ladite mesure a été «exécutée». À la page 294, le juge Heald se prononce en ce sens:

Avec tout le respect voulu, je ne crois pas que le sens ordinaire du mot «*removal*» donné par les dictionnaires de langue anglaise soit étroit au point d'empêcher une personne de «se transporter» elle-même du Canada «à l'endroit d'où elle est venue au Canada» ce qui s'est exactement produit en l'espèce. «*Remove*» est notamment défini dans *The Shorter Oxford English Dictionary* comme [TRADUCTION] «s'en aller ou partir d'un endroit» et [TRADUCTION] «changer son lieu de résidence». Ces deux définitions peuvent inclure un acte positif volontaire de la part de la personne concernée. Donc, à mon avis, d'après les faits de l'espèce, le «transport» du Canada à Trinidad par le requérant s'est effectué le 16 mars 1975 et l'effet de ce «transport» a été d'«exécuter» la première ordonnance d'expulsion. En conséquence, il me semble que son départ volontaire du Canada a eu comme effet juridique de le priver de son droit d'interjeter appel contre la première ordonnance d'expulsion en vertu de la compétence d'équité de la Commission prévue à l'article 15.

[39] In response, the respondent, cites two decisions of the Trial Division in which both justices held that the voluntary removal of an applicant cannot be regarded as “execution” of the deportation order. In particular, the respondent refers to the decision of Mr. Justice Joyal in *Mercier v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 14 F.T.R. 28 (F.C.T.D.) in which he held that an individual who had a deportation order issued against him on the basis of his criminal activities had not “executed” his deportation order by voluntarily leaving Canada for a short period of time. That applicant sought to make a claim to refugee status upon his return to Canada, but due to his outstanding deportation order, could not make his claim. At page 30, Joyal J. wrote:

In my opinion, the matter falls within s. 54 of the Act in the context of the provisions of the other sections of the statute under the heading “Execution of Orders”. Section 54(1) deals with voluntary departure. It reads as follows:

“54(1) Unless otherwise directed by the Minister, a person, against whom a removal order is made may be allowed to leave Canada voluntarily and to select the country for which he wishes to depart.” (My emphasis.)

On the basis of the subsection Mr. Justice Joyal held at page 30:

I conclude from the foregoing that s. 54 is clear on this point. The voluntary departure of someone who is the subject of a deportation order can only be made under the Act with leave. It was not in dispute that such leave was never given to the applicant . . .

In the absence of such leave, the applicant cannot argue that he carried out the removal order himself. His visit to Haiti, or to any other country, does not count and the order remains fully in effect.

In my opinion, any other conclusion would be incompatible with the wording of s. 54 of the Act and inconsistent with the meaning and scope of its other provisions. Further, any other conclusion would be likely to bring into disrepute the administration of the **Immigration Act** and the fair and generous system provided by it.

The learned Judge interpreted “may be allowed to leave” as meaning “may be accorded the Minister’s permission”.

[39] En réponse, le défendeur cite deux décisions de la Section de première instance où, dans le deux cas, le juge a décidé que le départ volontaire du demandeur ne peut pas être considéré comme une «exécution» de la mesure d’expulsion. Le défendeur cite notamment la décision du juge Joyal dans l’affaire *Mercier c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1986), 14 F.T.R. 28 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où la Cour a décidé que la personne visée par une mesure d’expulsion en raison de ses activités criminelles n’a pas, en quittant volontairement le Canada pour une brève période, exécuté la mesure d’expulsion dont elle était frappée. Dans cette affaire, le demandeur prétendait revendiquer le statut de réfugié dès son retour au Canada, mais il n’a pas été admis à le faire en raison de la mesure d’expulsion dont il faisait encore l’objet. À la page 30 du jugement, le juge Joyal s’est exprimé en ces termes:

À mon avis, le tout relève de l’art. 54 de la Loi dans le contexte des dispositions des autres articles de la Loi sous le titre «Exécution des ordonnances». Au paragraphe 54(1) on parle de départ volontaire. En voici le texte:

«54(1) Sauf instructions contraires du Ministre, la personne qui fait l’objet d’une ordonnance de renvoi peut être autorisée à quitter le Canada de son plein gré et à choisir le pays où elle veut se rendre.» [Le souligné est le mien.]

Au vu du paragraphe en question, le juge Joyal a estimé (à la page 30):

J’en conclus que le texte de l’art. 54 est clair sur ce point. Le départ volontaire d’une personne qui fait l’objet d’une ordonnance d’expulsion ne peut s’effectuer suivant la Loi qu’avec autorisation. Il n’est pas contredit que cette autorisation ne fut jamais accordée au requérant [. . .]

En l’absence de cette autorisation, le requérant ne peut prétendre avoir lui-même exécuté l’ordonnance de renvoi. Son séjour à Haïti, ou à tout autre pays, ne compte pour rien et l’ordonnance demeure en pleine vigueur.

Toute autre conclusion, à mon avis, serait incompatible avec le texte de l’art. 54 de la Loi et inconciliable avec le sens et la portée de ses autres dispositions. De plus, toute autre conclusion serait susceptible de déconsidérer l’administration de la **Loi sur l’immigration** et du système équitable et généreux qu’elle préconise.

La Cour a interprété «peut être autorisée» comme voulant dire «peut recevoir l’autorisation du ministre».

[40] However, he did not have regard to section 56 of the Act as it read at the time [*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52] (now subsection 54(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 44]) which provided that:

56. Where a person against whom a removal order is made is removed from or otherwise leaves Canada, the order shall be deemed not to have been executed if the person is not granted lawful permission to be in any other country, and that person may, notwithstanding section 57 [now 55(1)], come into Canada without the consent of the Minister.

[41] This provision makes it clear that the Minister's consent is required when a person voluntarily "executes" a deportation order and the failure to obtain such consent results in the removal order not being executed. The Act as it read when *Ramkissoon* was determined did not have a similar provision. Rather, the Act [*Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2] provided that:

33. . . .

(2) Unless otherwise directed by the Minister or an immigration officer in charge, a person against whom a deportation order has been made may be requested or allowed to leave Canada voluntarily.

[42] Accordingly, Mr. Justice Heald's determination that a voluntary departure amounts to execution of a removal order must be read in light of the provisions as they stood then. Now, the Act makes it clear that consent is required. As the applicant did not seek the Minister's consent, it cannot be said that the SIO erred in holding that the applicant had not executed his removal order by voluntarily leaving Canada. Accordingly, it appears that this application for judicial review should be dismissed.

[43] It further appears that the Supreme Court's decision in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at page 1222, because of differing circumstances and law, has no application here.

[40] Il n'a, cependant, pas fait appel à ce qui était alors l'article 56 de la Loi [*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52] (l'actuel paragraphe 54(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 44]) qui prévoyait que:

56. Une ordonnance de renvoi est réputée n'avoir pas été exécutée au cas où la personne qui en fait l'objet a été renvoyée ou a quitté le Canada mais n'a pu obtenir la permission de séjourner dans aucun autre pays. Ladite personne peut, par dérogation à l'article 57 [l'actuel paragraphe 55(1)], revenir au Canada sans l'autorisation du Ministre.

[41] Il ressort clairement de cette disposition que l'«exécution» volontaire de la mesure d'expulsion exige que l'intéressé obtienne l'autorisation du ministre et qu'à défaut la mesure de renvoi est réputée ne pas avoir été exécutée. À l'époque où fut rendu le jugement *Ramkissoon*, la Loi ne renfermait pas de telle disposition. À l'époque, la Loi prévoyait [*Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, ch. I-2] au contraire que:

33. [. . .]

(2) Sauf instructions contraires du Ministre ou d'un fonctionnaire supérieur de l'immigration, on peut demander ou permettre à une personne contre qui une ordonnance d'expulsion a été rendue de quitter volontairement le Canada.

[42] Par conséquent, il convient d'interpréter la décision du juge Heald, qui a estimé qu'un départ volontaire équivaut à l'exécution d'une mesure de renvoi, dans le contexte de la manière dont les dispositions étaient formulées à l'époque. Dans sa formulation actuelle, la Loi prévoit clairement la nécessité d'obtenir l'autorisation du ministre. Le demandeur n'ayant pas sollicité l'autorisation du ministre, on ne saurait dire que c'est à tort que l'AP a estimé qu'en quittant volontairement le Canada le demandeur n'avait pas exécuté la mesure de renvoi dont il était frappé. Il y a donc lieu de rejeter la présente demande de contrôle judiciaire.

[43] Il appert également que l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, à la page 1222, ne s'applique pas en l'espèce en raison des différences touchant non

[44] The applicant, it should be remembered, made a refugee claim in 1988. It was found to have no credible basis, and was rejected. If the applicant had left Canada in accordance with the Act, he would have been able to claim refugee status again upon re-entering Canada in August 1996, because more than 90 days would have elapsed after he previously last came into Canada. At all times while he was previously in Canada, it was open to the applicant to seek to make an application for landing and permanent residence pursuant to subsection 114(2) ([as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 44] of the *Immigration Act*, but, no, he had to do it his way in disregard for the law.

[45] This Court finds no breach of natural or fundamental justice to ground any valid complaint on the applicant's part, from the outset. For this, among the other reasons, the application will be dismissed. Reference is made to *Daher v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 946 (T.D.) (QL), MacKay J.

[46] The matter of a certifiable question or questions arose at the end of the hearing. Both sides' counsel agreed that the first two questions certified by Mr. Justice Dubé in *Raman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 51 (F.C.T.D.), at page 56, paragraph 27, would be apt here, because they have not been presented to the Appeal Division of this Court. They run as follows:

"1. Does a senior immigration officer have jurisdiction, either at common law or pursuant to s. 7 of the **Charter of Rights and Freedoms** and section 52(1) of the **Constitution Act, 1982**, to consider re-opening a hearing which resulted in the issuance of a removal order in order for a person to claim protection as a Convention refugee?

"2. If a senior immigration officer does have jurisdiction to reopen is this jurisdiction limited to instances where there has been a breach of natural justice in respect of the original decision?

seulement les circonstances de l'affaire mais également le droit applicable.

[44] Il faut se rappeler que le demandeur a déposé une demande de statut en 1988. Celle-ci fut rejetée comme non fondée. Si le demandeur avait quitté le Canada conformément aux dispositions de la Loi, il aurait pu à nouveau revendiquer le statut de réfugié dès son retour au Canada en août 1996 étant donné que plus de 90 jours se seraient écoulés après son arrivée précédente au Canada. En tout temps alors qu'il se trouvait au Canada, il aurait pu déposer une demande de droit d'établissement et de résidence permanente en vertu du paragraphe 114(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 44] de la *Loi sur l'immigration*, mais il a choisi de n'en faire qu'à sa tête sans tenir compte des dispositions applicables.

[45] La Cour ne relève, dans toute cette affaire, aucune atteinte aux principes de justice naturelle ou fondamentale, susceptible de fonder une plainte de la part du demandeur. Pour ce motif, parmi de nombreux autres, il y a lieu de rejeter la demande. Voir l'affaire *Daher c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 946 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) jugement du juge MacKay.

[46] Le point de savoir s'il y avait lieu de certifier une ou des questions a été soulevé en fin d'audience. Les avocats des deux parties ont convenu qu'il y aurait lieu de retenir en l'espèce les deux premières questions certifiées par le juge Dubé dans l'affaire *Raman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 51 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 56, paragraphe 27, étant donné qu'elles n'avaient pas été portées devant la Cour d'appel. Ces deux questions étaient formulées en ces termes:

«1. L'agent principal a-t-il compétence, en vertu de la common law ou encore en vertu de l'article 7 de la **Charte canadienne des droits et libertés** ou du paragraphe 52(1) de la **Loi constitutionnelle de 1982**, pour examiner la possibilité de rouvrir l'audience au terme de laquelle une mesure d'exclusion a été prononcée, de façon à permettre à une personne de réclamer la protection du statut de réfugié au sens de la Convention?

«2. Si l'agent principal a compétence pour rouvrir l'audience, cette compétence est-elle restreinte aux instances où la décision initiale est entachée d'un manquement aux règles de justice naturelle?

[47] The applicant's counsel propounded a further question about a senior immigration officer having jurisdiction to allow for a constitutional exemption to refer an individual to the Convention Refugee Determination Division despite that individual's being subject to an unexecuted removal order. In view of the Court's discussion and findings articulated in earlier paragraphs hereof, the Court declines to certify such question.

[48] The Court certifies the two questions from *Raman* recited in paragraph 46, above. They are important questions of general application, which might have a bearing on the outcome of any further appeal herein.

[49] The Court awards no costs in favour of either party.

[47] L'avocat du demandeur a proposé la certification d'une autre question portant sur le point de savoir si un agent principal d'immigration est compétent pour se prononcer sur une exception constitutionnelle tendant à permettre le renvoi d'un individu devant la section du statut de réfugié, même si cet individu fait l'objet d'une mesure de renvoi qui n'a pas été exécutée. Étant donné l'analyse et les conclusions exposées plus haut, la Cour décline cette demande de certification.

[48] La Cour certifie les deux questions de l'affaire *Raman* citées ci-dessus au paragraphe 46. Il s'agit de questions graves de portée générale susceptibles d'influencer l'issue de tout nouvel appel interjeté en cette affaire.

[49] Il n'y aura pas d'adjudication des dépens.



# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ADMINISTRATIVE LAW

Doctrine of judicial immunity applied to members of administrative tribunals—Application for judicial review of IRB's decision to grant Minister's application to reconsider and vacate Convention refugee status of applicant and two dependent children—Applicant and children, from Russia, declared Convention refugees in 1993—Subsequently discovered birth certificate, used to establish Jewish nationality, altered by chemical bleaching—At hearing, applicant attempted to call chair of IRB panel (willing to testify) that granted applicant refugee status, or to introduce chair's affidavit—IRB refused in both cases, based on doctrine of judicial immunity—Issue whether IRB erred in law in determining chair's evidence inadmissible on grounds of judicial immunity—Application dismissed—In *MacKeigan v. Hickman* (1988), 43 C.C.C. (3d) 287 (N.S.T.D.); affd (1988), 46 C.C.C. (3d) 191; affd (as to compellability) [1989] 2 S.C.R. 796 judges held neither competent nor compellable to testify—Doctrine of judicial immunity applying to both compellability and competency of members of administrative tribunals—Would be contrary to administration of justice and would undermine integrity of system to find otherwise—*Agnew v. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (Div. Ct.), Campbell J. found judicial immunity applied to both judges and tribunal members, reasoning instead of review by appeal or extraordinary remedy, such testimony would open door to review by cross-examination—To permit panel member to testify would defeat whole concept of judicial immunity—Would open door to re-examination of panel's decision, particularly in event of cross-examination—Decisions must be final and subject to review in ordinary channels—Without chair's testimony, IRB's decision reasonable.

ERMINA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-954-98, Tremblay-Lamer J., order dated 7/12/98, 7 pp.)

Declarations—Motion to strike statement of claim in action for injunctive and declaratory relief respecting

## ADMINISTRATIVE LAW—Continued

decision, policies and practices of Minister of Fisheries and Oceans allegedly resulting in creation of forms of private property in commercial groundfishery in Scotia-Fundy area by allocation of fish quotas—Application allowed in part—Injunctive relief sought by way of action inappropriate and can only be obtained by proceedings in judicial review—Accordingly, statement of claim portions seeking injunctive relief struck—In *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.), F.C.A. left open possibility that party may attack by way of action discretionary policy guidelines and seek declaratory relief with respect to that challenge, but only for bad faith, nonconformity with principles of natural justice where application of those principles required by statute, and reliance upon considerations irrelevant or extraneous to statutory purpose—Plaintiff herein alleging irrelevant factors and extraneous considerations taken into consideration in determination of quotas.

MCKAY V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T-1602-98, Wetston J., order dated 11/12/98, 6 pp.)

## JUDICIAL REVIEW

Practice—Motion would have effect of turning action into application for judicial review—Motion dismissed as neither Federal Court Act nor Rules give Court discretion to treat action as application for judicial review—Claim relating to plaintiff being required to take mandatory sex offender treatment program, to findings of parole violation, to complaints as to travel restrictions and to revocation of plaintiff's statutory release—Plaintiff claimed damages of \$690,000—After defendants filed defence, plaintiff filed motions for interlocutory injunctions against Correctional Service and National Parole Board—Plaintiff wishes Court to deem three motions to stand as notice of application for judicial review under r. 301—Clear under Federal Court

**ADMINISTRATIVE LAW—Concluded**

Act, s. 18(3) that extraordinary remedies, against federal boards, commissions or other tribunals, remedies which include injunctions, may only be obtained on application for judicial review under Act, s. 18.1—Clear injunctions herein cannot be by way of statement of claim—Effect of present motion to seek transmutation of present action into judicial review proceeding—Requirement that judicial review applications be made by originating notice of motion, and now application, not merely procedural and technical requirement, but important to nature of proceeding itself; while Act did grant Court discretion to treat judicial review application as action, Court did not have converse discretion to treat action as judicial review application: *Lameman v. Peoples Government* (1995), 95 F.T.R. 220 (F.C.T.D.) and *Lake Babine Band v. Williams* (1996), 194 N.R. 44 (F.C.A.)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 301—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(3) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

SCHEMMANN V. GLUPPE (T-1676-98, Hargrave P., order dated 18/11/98, 4 pp.)

**AGRICULTURE**

Appeal from Trial Division's dismissal of application for judicial review of Wheat Board's 1995-1996 grain delivery program ([1998] 2 F.C. 156)—Delivery program composed of two components—Under acreage-based component, Board announced calls for delivery of specific grades of grain at beginning of crop year—Delivery calls based on acreage producer chose to assign to delivery program—Amount recorded in producer's permit book—Each producer entitled to deliver greater of minimum of 30 tonnes of grade of grain called for delivery or total assigned acreage multiplied by acreage-based delivery call—Under contract-based component of program, producers could offer to sell specified quantity, class, grade of specified grain under any one of four contracts, each involving different deadline—Terms of offer recorded by producer in permit book—Producers could change amount of grain offered prior to deadline—Within 18 days after deadline, Board required to announce quantity of grain would accept—Contractually obligated to call for delivery of accepted tonnage—If Board accepted less than 100% of grain offered, producer had 14 days to cancel contract—If failed to deliver 85% of grain called for under delivery contract, producer in default, liable to pay liquidated damages to Board, Board could cancel that contract, any other contract with that producer—Appellant submitting Board exceeding statutory jurisdiction (1) by making contracts which are not purchase agreements or necessary or incidental to carrying on of operations, contrary to Canadian Wheat Board Act, s. 6(b), (k); (2) by issuing permit books not authorizing delivery of grain, contrary to s. 26(1); and (3) by imposing unconscionable penalties, thus making contracts not primarily benefitting producers—

**AGRICULTURE—Concluded**

Appeal dismissed—(1) Producers must apply for delivery permit—Terms and conditions of delivery contracts in permit books—Primary term producer cannot withdraw amount of grain made available for delivery before expiry of period 18 days after deadline—Producers accepting terms, conditions when specifying on application for delivery permit amount of grain allocated to particular contract series—Locked-in situation at start of 18-day period for each contract series merely phase leading up to delivery contract under that series—When Board determining how much grain wishes to accept, contract for delivery of grain born which binds Board to accept delivery, pay for selected grain—Producer has 14 days to cancel contract if acceptance not covering 100% of offer—S. 6(b), (k) empowering Board to generally do all such things, acts as may be necessary or incidental to carrying on its operations under Act—Appellant not demonstrating such powers not adequate to cover phases described in delivery contracts—(2) S. 26(1) requiring Board to issue permit books authorizing delivery of grain—"Permit book" defined in s. 2(1) as delivery permit issued by Board for crop year—"Quota" defined as quantity of grain authorized to be delivered from grain produced on land described in permit book as fixed from time to time by Board, whether expressed as quantity that may be delivered from specific number of acres or otherwise—No illegality in acreage-based deliveries for Board to issue books recording not quantity of grain but quantity in acres of land, particularly considering words "from a specific number of acres or otherwise"—Method of establishing quota within broad authority to design, implement quota system—Under s. 28(a), (b), (c) Board may prescribe manner in which books issued—Irrelevant that Board may inscribe offers in permit book rather than fixed amounts to be delivered—Quota system essential element on which Act based eventually reflected in permit book once acceptance call made—(3) Liquidated damages instituted in response to requests by producers to ensure cost of non-delivery borne by producers failing to live up to contractual commitments to Board—Reflecting cost of default, including lost sales, demurrage, contract cancellation, less efficient use of delivery system, loss of reputation as reliable supplier, and supplying customers with higher grade grain to meet Board's commitments—Nothing indicating why option of cancelling all other delivery contracts added, but common sense dictating reasonable to exclude producer who continuously failed to live up to obligations under program—No evidence supporting appellant's position, or even whether penalties implemented—Such submission cannot be decided without factual basis—Appellant unable to indicate by what standard Court to assess "benefit" to producers—Matter cannot be decided in vacuum—Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, c. C-24, ss. 2(1) "permit book", "quota", 6(b), (k), 26(1), 28.

ALBERTA V. CANADA (WHEAT BOARD) (A-863-97, Desjardins J.A., judgment dated 23/11/98, 16 pp.)



## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

## EXCLUSION AND REMOVAL

Application for interim injunction in action to enjoin Minister from deporting plaintiff immediately—In action, plaintiff seeking to demonstrate Charter requiring process for removing person asserting risk of torture should include risk assessment and that current process does not—Plaintiff arguing that if risk assessment determined risk of torture, Charter requiring he not be deported to country where risk present—Plaintiff Tajik from Afghanistan—Granted landing as Convention refugee in 1988—Convicted of importing heroin in 1995 and sentenced to 10 years' imprisonment—Declared danger to public in 1996 and deportation order issued in 1997—Paroled in October 1998—Removal scheduled for November 1998—Filed application for judicial review and stay of deportation order—On November 12, 1998, Blais J. denied stay application on basis plaintiff would not suffer irreparable harm if removed to Afghanistan and balance of convenience favoured Minister—Upon notification of that decision, plaintiff attempted, but failed, to obtain favourable decision in Ontario Court General Division, as considered forum shopping at its worst—Thereupon action instituted with present request for interim injunction—Application dismissed—Plaintiff herein in effect seeking reconsideration of Blais J.'s decision—Two new documents produced by plaintiff disclose no evidence not before Blais J., and even if they did, could have been obtained for those proceedings—No effort made to defer hearing of stay application to permit counsel to obtain further evidence—"New" application not new and could have been obtained for purposes of stay application in judicial review proceedings—Blais J.'s decision plaintiff would not suffer irreparable harm if removed to Afghanistan must stand—Proper administration of justice requiring his decision be accepted by parties and not be relitigated—Unseemly and inappropriate for party to engage in process of judge shopping with intent of obtaining conflicting results between judges of same Court on same facts of same case—Court must maintain open and ready access, especially in serious cases such as applications to stay deportation orders—However, that important purpose must not be debased by repetitious applications involving forum shopping and judge shopping—Application herein abuse of process—Costs awarded to defendants on solicitor and client basis—Although unlikely defendants will recover costs, Court should be on record as expressing itself strongly with respect to inappropriateness of present proceedings.

ZOLFIQAR V. CANADA (IMM-6021-98, Rothstein J., order dated 2/12/98, 9 pp.)

Appeal from Trial Division Division decision [1998] 1 F.C. 501 as to whether Immigration and Refugee Board may consider conditions in country to which person might be

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

## —Continued

removed when considering "all the circumstances of the case" under Immigration Act, s. 70(1)(b)—Respondent born in Baghdad, Iraq in 1964—In September 1994, respondent ordered deported from Canada by Immigration Adjudicator because of three criminal convictions—Board considering seriousness of offences committed, evidence of rehabilitation, establishment in Canada, nationality of respondent—Concluding negative factors against respondent weighed more heavily against him than positive factor—Board finding respondent had not shown why, having regard to all circumstances of case, he should not be removed from Canada—Application for judicial review of Board's decision allowed by F.C.T.D.—Case of *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 76 (F.C.T.D.), adjudicating same issue, producing certified question of general importance to Court—On appeal, F.C.A.'s decision explaining Board may not consider country conditions in country to which person might be removed when considering "all the circumstances of the case" under Act, s. 70(1)(b)—Certified question answered as follows: Board, in exercise of jurisdiction under s. 70(1)(b), may not consider conditions, possible harm to individual in potential countries to which non-refugee appellant might be removed when assessing whether person should not be removed from Canada—Appeal allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(1)(b) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

AL SAGBAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-724-97, Linden J.A., judgment dated 3/12/98, 11 pp.)

*Immigration Inquiry Process*

Judicial review of Appeal Division's stay of deportation—After obtaining immigrant visa as dependant respondent married—Upon arrival at port of entry not disclosing marriage—Based on misrepresentation of marital status, proceedings commenced under Immigration Act, s. 27(1)(e), deportation order issued—Applicant submitting respondent never permanent resident because of misrepresentation at port of entry—Immigration Appeal Division having jurisdiction under s. 70(1)(b) to decide appeal from adjudicator's decision under s. 32(2)—*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Seneca*, [1998] 3 F.C. 494 (T.D.) applied—(1) As premise of s. 27(1)(e) that person obtaining permanent resident status through misrepresentation, misrepresentation not basis for saying permanent resident status never conferred—(2) Illogical to think implicit in s. 70(1) that at appeal stage, permanent resident status to be addressed by Appeal Division as condition precedent to jurisdiction—Cannot reconcile why permanent resident status would be accepted for purposes of ss. 27(1), 32(2), but not 70(1)—Obvious scheme of Act to include process of

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

appeal from deportation order issued against permanent resident—(3) Applicant submitting if individual obtaining citizenship after misrepresentation in obtaining permanent resident status, losing status both as citizen and as permanent resident—Arguing person cannot be in preferred position in respect of permanent resident status because misrepresentation caught before obtained citizenship—Ignores fact Citizenship Act, s. 10(2) requiring process under Immigration Act (i.e. ss. 27(1), 32(2), 70) to determine individual obtained permanent resident status by false representation or by fraud—(4) S. 24(1) setting out statutory scheme by which person ceasing to be permanent resident—Expressly providing for quashing or staying of removal order which would otherwise result in individual ceasing to be permanent resident—S. 24(1) recognizing possibility, arising from appeal under s. 70(1), that permanent resident status may not cease by reason of quashing or stay of removal order—Indicating Appeal Division having jurisdiction assumed—Question certified: does Appeal Division have jurisdiction under Immigration Act, s. 70(1) to entertain appeal of person where adjudicator found person granted landing by means of material misrepresentation of marital status pursuant to s. 27(1)(e)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 24(1) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 4), 27(1)(e), 32(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 21), 70(1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 10.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)  
V. TAN (IMM-3954-97, Rothstein J., order dated  
11/12/98, 7 pp.)

*Inadmissible Persons*

Reasonable apprehension of bias—Applicant detained after danger opinion issued against applicant (terrorism, violence) confirmed in Trial Division—Applicant filed notice of motion for order releasing him from detention pursuant to Immigration Act, s. 40.1(8)—At outset of hearing, applicant's counsel filed motion for recusal of presiding judge on basis should not hear application for release from detention as had previously made general finding applicant lacked credibility when confirmed danger opinion—Argument consideration by same judge would give rise to reasonable apprehension of bias—Motion for recusal dismissed—Informed person would conclude there can be no apprehension of bias on part of judge merely because he has, in course of judicial duties, expressed his conclusion as to proper findings on evidence before him, having given full consideration to parties' submissions with regard thereto—No other factors indicating predisposition by adjudicator relative to issue to be decided at second hearing—Although individual had interest in fair procedure, state had considerable interest in effectively conducting national security and

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

criminal intelligence investigations and in protecting police sources—Also, any judge selected or designated to hear application for release of person pursuant to Act, s. 40.1(8) bound, subject to Act, s. 40.1(9) and (10), by certificate previously issued pursuant to Act, s. 40.1(14)—Consequently, fully informed person, well aware of this requirement of Act and of certificate previously issued against applicant, will undoubtedly appreciate narrow parameters to be observed by designated judge called upon to hear application for order releasing applicant from detention—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31), (8) (9), (10), (14).

AHANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (DES-4-93, Denault J., order dated 27/11/98, 7 pp.)

Judicial review of visa officer's refusal of application for permanent residence because daughter found medically inadmissible pursuant to Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii)—21-year-old daughter suffering from epilepsy since age two, but seizure free for many years, having mild retardation and neurofibromatosis requiring no particular treatment—Achieving social age of 9 years, six months, having limited self-care, community-living, socialization skills, will require vocational training to help her develop work skills, social programs to develop interpersonal relationships, English training—Applicant submitting although refusal letter describing daughter as "dependent" pursuant to definition of "dependent daughter" as defined in Immigration Regulations, s. 2(1), medical condition assessed in light of her becoming independent as in s. 2(1)(a), (b), not as dependant who would remain dependent as envisaged by s. 2(1)(c)—*Doel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.) stating proper medical assessment must appreciate, indicate degree of retardation, probable causes of that degree of retardation—Medical notification herein confirming daughter suffering from mild retardation—*Sabater v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 31 Imm. L.R. (2d) 59 (F.C.T.D.) holding in cases of mild retardation reasonable to impose higher onus on medical officers to demonstrate excessive demands on social services—But medical officer should not be held to standard such that required to identify specific health, social services from which child would reasonably benefit once in Canada—Medical officers not erring in providing these reasons—Daughter's application not considered as dependent child who will reside with, be supported by parents—Medical notification referring merely to economic factors of assessment such as inability to support herself or to achieve independence, need for special vocational training and sheltered workshop environment—Assessment not consider-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

ing all circumstances of case, including degree, effectiveness of family support, severity of condition, prospects for economic, personal physical self-sufficiency, that will be cared for in family home into future—Finding of mental retardation not necessarily resulting in excessive demands on health, social services—*Choi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 29 Imm. L.R. (2d) 85 (F.C.T.D.) reviewing judgments to determine what constitutes “excessive demands” including *Nyvit v. Canada (Secretary of State)* (1994), 26 Imm. L.R. (2d) 95 (F.C.T.D.) wherein Reed J. stating lack of precise definition of what constitutes excessive demands for medical services troubling—Also referring to *Jim v. Canada (Solicitor General)* (1993), 69 F.T.R. 252 (F.C.T.D.) wherein held “excessive demands” should not be interpreted as “unreasonable”, but as “more than what is normal or necessary”—Medical assessment herein improperly based on economic standards applicable to persons who would not necessarily be living with parents for at least foreseeable future—Matter returned for new assessment—Medical officers applied test imposing too high standard in assessment of medical condition of dependant suffering from mild retardation—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) “dependent daughter” (as am. by SOR/92-101, s. 1).

CHUN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5208-97, Teitelbaum J., order dated 29/10/98, 15 pp.)

Motions for stay of execution of removal of applicants to Hong Kong pursuant to exclusion orders issued in March 1998—Applicants had arrived at Vancouver International Airport without valid passports or other travel documents—Prior to issue of exclusion orders, applicants declared had no problems in China or Hong Kong and did not fear being returned there—Told of contents of exclusion orders and declared understood explanations and had no questions—Even if, as applicants allege, were subsequently denied access to counsel and their requests to make refugee claims, this would not invalidate exclusion orders or removal—Applications denied—Applicants have not satisfied all three prongs of test for issuing stays established in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 F.C. 535 (C.A.)—Although serious issue to be tried: whether applicants had constitutional right to have counsel present at immigration interview prior to issue of exclusion order—Under current legislation, SIO’s examination may lead to issue of exclusion order without benefit of hearing—Right to counsel can therefore no longer be said to create mini-inquiry prior to inquiry—Since issue of exclusion order has significant impact on individual rights by barring any subsequent right to determination by CRDD of claim to be recognized as refugee, serious issue whether

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Charter, s. 7 requiring SIO to advise individuals of right to counsel before exclusion order issued—However, no evidence of irreparable harm if applicants returned to Hong Kong, and even to China—Bare assertion of fear of persecution, without more, not sufficient evidence of irreparable harm—Balance of convenience therefore favours prompt removal of applicants by Minister pursuant to statutory obligation—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

YANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5833-98, Evans J., order dated 13/11/98, 7 pp.)

## IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of visa officer’s denial of application for permanent residence because spouse criminally inadmissible—As part of application for permanent residence, applicant, wife requested to provide certificates of good conduct—Submitting application for approval of rehabilitation disclosing wife’s 1992 conviction for making false statement for purpose of obtaining certificate of identity—Prior to 1990 vacation, wife discovering Portuguese passport expired, would take some time before new one issued—Went to Hong Kong Immigration Department, falsely stating born in mainland China, received certificate of identity—In 1992 voluntarily went to Hong Kong immigration authorities to return certificate of identity, set record straight—Charged, convicted, fined C\$365—Paid fine in full, and no adverse involvement with law since then—Applicant, wife interviewed to determine whether visa officer would recommend to program manager wife rehabilitated—Visa officer not convinced wife accepting responsibility for actions, of view appeared to trivialize matter—Making negative recommendation, concurred in by program manager—Application dismissed—Responsibility for rehabilitation decisions vested in Minister, not visa officers: *Leung v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 124 (F.C.T.D.)—Applicant really challenging Minister’s decision refusing to grant rehabilitation—Minister decision-maker, while visa officer merely adviser—By challenging visa officer’s recommendation, applicant questioning validity of Minister’s decision—Applications for judicial review limited to one decision: *Gonsalves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 130 F.T.R. 269 (F.C.T.D.)—Applicant should have sought judicial review of Minister’s determination—In such multi-part, sequential-stage decisions, snare set by old R. 1602(4), present r. 302—Perhaps legislative amendments indicated—Court might have “otherwise” ordered under r. 302 had there been merit in application—At personal

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

interview with visa officer, wife's attitude evincing misapprehension of values, laws of Canadian society; throwing doubt on sincerity of earlier statutory declaration—While visa officer's recommendation playing large role in final decision, Minister's delegate (program manager) having before him supporting documentation from which different conclusions could have been drawn, but were not because visa officer made no reviewable error to taint ultimate decision—Challenge to ultimate decision requiring leave—Question certified: is visa officer's recommendation on issue of criminal rehabilitation pursuant to Immigration Act, s. 19(2)(a.1) subject to judicial review, and if so, is leave required to commence judicial review proceedings—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1602(4) (as enacted by SOR/92-43, s. 19)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 302—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(2)(a.1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

TEI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3559-97, Muldoon J., order dated 29/12/98, 10 pp.)

Application for judicial review of decision of Post Claim Determination Officer (PCDO) refusing to consider application under Post-Determination Refugee Claimants in Canada class (PDRCC) as application filed beyond statutory time limit—Applicant citizen of Somalia—Claimed refugee status, refused on July 7, 1997—Immigration and Refugee Board finding applicant had Internal Flight Alternative—PCDO advising applicant PDRCC application refused as not submitted within required time, that is 15 days after notification of determination by Refugee Division under Immigration Regulations, s. 11.4(2)(b)—Applicant reporting for removal on January 15, 1998, now residing in U.S.A. awaiting possibility of returning to Canada—PCDO having no discretion, inherent or otherwise, to extend time limits for PDRCC application—Applicant submitting Regulations, ss. 11.4(2)(b), 11.4(3)(b) in violation of Charter, s. 7—Failed to establish rights under Charter, s. 7 breached as all legislative avenues not exhausted—Impugned decision administrative in nature, as such not subject to Charter scrutiny—Not extraordinary case so as to justify setting aside of impugned decision—Application dismissed—Two questions proposed by applicant certified—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 11.4(2)(b) (as enacted by SOR/97-182, s. 5), 11.4(3)(b) (as enacted *idem*)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

ADAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5090-97, Nadon J., order dated 23/12/98, 13 pp.)

Judicial review of Adjudicator's decision ordering respondent's release from detention—Respondent's whereabouts

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

unknown, immigration warrant for his arrest outstanding—Respondent neither present nor represented at hearing—Adjudicator satisfied respondent was who he claimed to be—Held as identity satisfactorily established, continued detention unreasonable—Application allowed—Adjudicator exceeded jurisdiction in releasing respondent—Immigration Act, s. 103.1(5) clear, unambiguous: where Minister making reasonable efforts to investigate person's identity, Adjudicator shall continue person's detention—Adjudicator released respondent on basis of own assessment of authenticity of identity documents rather than reasonableness of Minister's investigations—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 103.1(5) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 12).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. BAINS (IMM-5215-97, Pinard J., order dated 5/1/99, 3 pp.)

Application for judicial review of decision of IRB panel ordering female applicant to leave room with youngest child, so that questions could be asked of her other children, aged 5 and 8, in her absence—Applicant argued panel erred when it excluded her from hearing—Application allowed—Act, s. 69(2) providing proceedings before Refugee Division to be held in presence of person subject of proceedings, whenever practicable—Respondent arguing panel master of its own procedure—Clearly, Act, s. 69(2) meaning when practically possible for them to be present, applicants may not be excluded by panel—If precluding applicant from influencing or signalling children purpose sought by exclusion, other ways available, such as warning signalling could affect credibility—No justification for excluding female applicant—Requirement of presence of parties under Act, s. 69(2) mandatory—Furthermore, if wrongful exclusion of female applicant could be excused by provision of summary when she returned (which it cannot), summary provided here would have been inadequate for purpose—Also, Act, s. 69(4) providing where person subject of proceedings under 18 years of age, Refugee Division shall designate another person to represent that person in proceedings—Female applicant not designated as representative of infant children until after she had been excluded, children examined in her absence and she had been invited back into hearing—Proper practice to designate representative at outset in order to avoid risk of spoiling proceedings—Usual formalities when young children asked to give evidence not adhered to herein—If evidence to have any probative value, tribunal must establish that children understand right from wrong, importance of telling truth, and consequences of not telling truth—When tribunals conduct proceedings without regard for statutory requirements, as here, Court will speak out strongly so as to ensure that loud and clear guidance given for future proceedings—Question certified for appeal—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69 (as am. by

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 10, s. 5; (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 59.)

PHILLIP V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-434-98, Rothstein J., order dated 11/12/98, 6 pp.)

Application for judicial review of Refugee Division (panel) decision allowing Minister's application to reconsider and vacate earlier Refugee Division decision finding applicant Convention refugee—Applicant argued, under Act, s. 69.3(5) application should be rejected on grounds other sufficient evidence on which Convention refugee determination was, or could have been, based—Application dismissed—Act, s. 69.3(5) not meant to allow introduction of new evidence, but clearly intended to provide Refugee Division with discretion to reject Minister's application under Act, s. 69.2(2) if evidence sufficient to support Convention refugee finding by original panel—Evidence referred to in Act, s. 69.3(5) must be evidence that was before original panel: *Bayat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 96 F.T.R. 76 (F.C.T.D.)—In view of possible conflicting case law in Trial Division, parties have agreed question of whether, in exercise of discretion under Act, s. 69.3(5), Refugee Division should be permitted to consider evidence not before original panel that would support applicant's refugee claim should be certified for appeal—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 69.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61), 69.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 62).

GURUGE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-824-98, Rothstein J., order dated 11/12/98, 7 pp.)

Three applications for extension of time within which to serve, file applicants' records allowed on October 15, 1998—Order providing counsel forthwith personally pay costs of motions, set at \$100 each—Counsel seeking reconsideration of order under r. 397, extension of time within which to bring motion—Reconsideration under r. 397 fairly narrow—Applicants' counsel showing sheer carelessness in missing three limitation dates on basis of deplorable knowledge of Federal Court Rules—Excuse given by counsel for missed filing date marginal at best—Extraordinary that counsel, who practices immigration law on regular basis in Federal Court, should be unaware time continued to run against clients during July, August—Hargrave P. overlooking Immigration Rule 4 imports into all applications under Immigration Act various portions of Federal Court Rules, including as to costs, "except to the extent that they are inconsistent" with Immigration Act, Immigration Rules—R. 404, dealing with liability of solicitor for costs

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

and opportunity to be heard on the point, not inconsistent with Immigration Rule 22—Portion of each of October 15, 1998 orders, dealing with costs, vacated as result of matter accidentally overlooked—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, RR. 4, 22—Federal Court Rules, SOR/98-106, rr. 397, 404—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

DE VEGA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3294-98, Hargrave P., order dated 16/12/98, 6 pp.)

## JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board decision determining applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Honduras, claiming refugee status for reasons of membership in particular social group—Applicant working at Terraza hotel in San Pedro Sula from April 1990 to June 1996—Applicant agreeing to be union coordinator—In June 1996, hotel owner offering applicant promotion at affiliated Spanish restaurant—Three incidents subsequently taking place—Applicant going to Criminal Investigations Directorate (CID) office to file complaint—As result of incidents, applicant deciding to quit job at restaurant—Applicant leaving Honduras for Guatemala and coming to Canada on May 18, 1997, after crossing United States—Whether Board erred in law or in fact in making decision, or failed to observe principle of natural justice—Error with respect to number of complaints filed with CID inconsequential and Board's decision not based thereon—Error does not warrant Court's intervention—Applicant argued Board erred in finding no causal connection between union activities and attacks and threats about which applicant complained—Passage applicant quoted does not show Board failed to have regard to facts or misjudged facts behind attacks and threats—Board's decision based, *inter alia*, on fair amount of evidence and applicant's credibility—Board made no unreasonable error in assessment of evidence or applicant's credibility—Applicant argued Board erred in finding nothing in evidence to suggest connection between employer and CID—Board master of assessment of facts, with all discretion required to assess credibility and weight thereof—Argument unsound—Board did not err in admitting into evidence information obtained from hotel's personnel director—Immigration Act, s. 68(3) provides Board not bound by rules of evidence, as long as Board considers evidence credible or trustworthy—Applicant did not show Board made error warranting Court's intervention—Application dismissed, question certified—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 68(3).

AMAYA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-166-98, Teitelbaum J., order dated 8/1/99, 11 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board decision determining applicant not Convention refugee—Applicant born in Latvia, of Russian nationality—Applicant alleged after turning down proposal by customer to distribute nationalist political party's pamphlets while working as garage mechanic, applicant and wife receiving written death threats telling applicant to leave job and Latvia—Applicant going to United States, returning to Latvia, then going back to United States—Parties' submissions relating to three main issues raised in Board's decision: (1) applicant's credibility, (2) presumption of State protection and (3) lack of well-founded fear of persecution—Whether Board erred in fact or in law such as to warrant Court's intervention—Court must determine whether, in assessing facts and finding applicant's story not credible, Board erred in having regard to applicant's failure to disclose garage incident in Personal Information Form (PIF) and lack of corroborative evidence applicant mechanic—Applicant established direct connection between pamphlet incident at garage and ensuing events—Board did not err in having regard to garage incident and to applicant's failure to mention incident in PIF—Facts in record and applicant's testimony do not suggest incident insignificant—Board considered all elements of applicant's story and did not make unreasonable finding on applicant's credibility in light of evidence in record—Board's credibility finding does not warrant Court's intervention—Applicant argued Board erred in finding applicant had not rebutted presumption of State protection owed to all citizens—Board assumed applicant Latvian citizen and imposed on applicant burden of rebutting presumption of State protection—Board made unreasonable error in assessment of facts by imposing obligation on applicant to rebut presumption of State protection under Immigration Act, s. 2(1)(a)(i)—Error significant error of law warranting Court's intervention—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

PACHKOV V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2340-98, Teitelbaum J., order dated 8/1/99, 13 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Citizens*

Residency requirements—Appeal by Minister from Citizenship Judge's decision approving application of respondent for citizenship under Citizenship Act, s. 5(1) despite shortage of 598 days during four years preceding date of application for citizenship—In Taiwan to complete BA at National Central University of Taiwan (had completed 2 1/2 years out of 4)—Respondent invoking case of *Chan (Re)*, [1997] F.C.J. No. 1457 (T.D.) (QL) wherein

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Court qualified residency requirements for students: if remained dependent of parents in Canada, if parents paid for his education, if returned here during summer and other holidays, if always his intention to return—Student completing BA far away from home cannot get back home every weekend—However, where belongings in room at home in Toronto, address there, brothers there, mother there, spending summer break there, and returning home to Canada upon graduation, this means student has established mode of living in Canada—Respondent has centralized her mode of living in Canada and no reason to set aside Citizenship Judge's decision—Appeal dismissed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. LUK (T-2449-97, Blais J., judgment dated 12/11/98, 4 pp.).

Appeal from Citizenship Judge's decision approving citizenship application, on ground respondent not meeting residency requirement—Under Federal Court Rules, 1998 citizenship appeals proceed by way of application based on record before Citizenship Judge: no new evidence may be submitted before Court—Necessary to consider standard of review as apparently first citizenship appeal under new Rules—Appellant proceeding as if trial *de novo*, not submitting error of fact, law—Issue herein whether appellant centralizing mode of living in Canada such that continuing residence for purposes of Citizenship Act, s. 5(1)(c) while abroad—Question of mixed law, fact—Examination of factors relevant to assessment of whether someone having substantial connection with Canada factual matter—But determination of whether those factors satisfying test set out in *Papadogiorgakis (In re) and in re Citizenship Act*, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.); *Re Koo*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.), subsequent case law with respect to s. 5(1)(c), question of law—In light of legal determination involved, discretion to grant residency, where appellant "deemed" physically present for requisite time, should be held to standard of correctness—Sufficient factors to find appellant having more substantial connection with Canada than any other country, and that centralized mode of existence in Canada—In examining factors set out by Reed J. in *Re Choi*, [1998] F.C.J. No. 1652 (T.D.) (QL) appellant's immediate and extended family residing in Canada, children attending Canadian schools full-time, family accompanying him on business trips—Canada appellant's only residence—Purchased residence prior to coming to Canada—Appellant's export business more than shell company—Making substantial investments in Canada, actively involved with B.C. Racing Commission, both as owner of race horses, developer of horse breeding program with China—While some case law holding citizenship applicants must adhere strictly to letter of law under s. 5(1)(c) even if absences temporary

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

in nature, equal if not greater number of cases determining, in some circumstances on less criteria than herein, citizenship should be granted if quality of attachment to Canada significant—Citizenship Judge's finding appellant becoming integrated into Canadian society correct—Appeal dismissed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)  
V. HUNG (T-1345-98, Rouleau J., judgment dated 21/12/98, 6 pp.)

*Convention Refugees*

Judicial review of CRDD's decision applicants not Convention refugees—Applicants citizens of former Zaire—Husbands active supporters of Parti lumumbiste unifié (PALU), opposed to new government—Applicants claiming refugee status based on imputed political opinion, membership in social group, i.e. family membership—CRDD narrating continuous incidents of violence, upheaval tantamount to civil war throughout new République démocratique du Congo—Head of state presiding over unruly armed party (AFDL) apparently murderous, savage toward women, girls—CRDD noting three months prior to rendering decision, PALU demonstration suppressed with violence, but holding no reasonable possibility applicants would be persecuted by members of AFDL—Although CRDD based impugned decision on changed country conditions, not appearing to accord attention to Immigration Act, s. 2(2), (3)—S. 2(2)(e) providing person ceasing to be Convention refugee when reasons for fear of persecution in country person left ceasing to exist—S. 2(3) providing person not ceasing to be Convention refugee under s. 2(2)(e) if establishing compelling reasons arising out of any previous persecution for refusing to avail himself of protection of country left by reason of fear of persecution—In *Pillai v. Secretary of State for the Home Department*, [1997] E.W.J. No. 293 (C.A.), Lord Woolf, M.R. stating if readily discernible obvious point (i.e. having strong prospect of success) of Convention law favouring applicant, should be applied in applicant's favour even though applicant has not taken it; similarly if obvious point of Convention law favourable to asylum-seeker not appearing in adjudicator's decision, Tribunal should grant leave to appeal; otherwise, danger country in breach of obligations under Convention—CRDD must consider all of ingredients of definition of "Convention refugee" when facts evoking such consideration—Here CRDD not giving that consideration of facts, or grossly misinterpreted facts recited in its decision without apparently considering or understanding them: CRDD's decision patently unreasonable—Evidence demonstrating compelling reasons, on facts, for different decision from that rendered—Question certified: In deciding whether applicant satisfying requirements of definition of Convention refugee in Immi-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

gration Act, s. 2, is CRDD obliged to consider requirements of ss. 2(2)(e) and 2(3) in sequence in deciding whether requirements of s. 2(3) apply to applicant in event CRDD determining change in country conditions—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), (3) (as am. *idem*).

YAMBA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4953-97, Muldoon J., order dated 6/11/98, 8 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision denying applicants Convention refugee status on ground applicants had internal flight alternative (IFA) in Pakistan—Application allowed—Panel did not have proper regard for psychological assessment in arriving at its conclusion: *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 30 Imm. L.R. (2d) 226 (F.C.T.D.) and *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 589 (C.A.)—In circumstances of case, panel had obligation to go further than to observe psychological report considered—Psychological report thorough and detailed, and clear that applicants' health would deteriorate if they returned to Pakistan—Inexplicable why panel provided no clue as to why not persuaded by psychological report—Where evidence specific and important to applicant's case, *prima facie* credible and persuasive, panel has some obligation, even very briefly, to explain why not persuaded by that evidence.

TAHER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-265-98, Rothstein J., order dated 25/11/98, 5 pp.)

*Permanent Residents*

Judicial review of visa officer's refusal to issue visa to applicant—On visa application form, applicant identifying intended occupation in Canada as "Executive Secretary"—Requirements therefor defined in *Canadian Classification and Dictionary of Occupations* (CCDO), category 4111-111—Visa officer assessing applicant as Secretary, defined in category 4111-110, and since awarding him only 67 units of assessment, three units short of 70 normally required for issue of visa to independent applicant, application refused—Three relevant differences between occupations: (1) lead statement in CCDO 4111-111 stating executive secretary performing "secretarial and administrative duties for office executive", whereas CCDO 4111-110 not specifying person for whom secretarial services performed and in describing nature of work done by secretary referring to "clerical work and minor administrative and business details"; (2) executive secretary "researches and compiles

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

information for employer” whereas secretary “types statistical reports”; (3) executive secretary “acts on routine matters affecting day-to-day operations of organization, in employer’s absence”, but nothing analogous in duties of secretary—Application allowed—No particular weight should be given to “lead statement”—Visa officer’s “local knowledge” constituting extraneous factor relied upon in arriving at determination—No other evidence before her upon which could arrive at determination applicant’s reporting to General Manager more indicative of applicant’s years of service with company than of degree of responsibility—Moreover, applicant unaware visa officer relying in part on local knowledge in determining application for permanent residence in Canada—Fairness requiring visa officer disclose information to applicant so that had opportunity to respond to it—Visa officer’s narrow view of description to CCDO 4111-111 of Executive Secretary as someone who, *inter alia* “acts on routine matters affecting day to day operation of organization, in employer’s absence” also error—Inferring solely from applicant’s statement not having authority to sign documents when General Manager absent, applicant not acting on routine matters in absence of employer—Signing one’s own name to document only one indication of authority to act on routine matters—Visa officer should not have made it sole basis for conclusion—Visa officer’s determination applicant’s position of Executive Secretary to General Manager of Purchasing more likely result of years of service with employer than of degree of responsibility assumed by applicant, especially since applicant progressing through ranks to reach current position, bordering on clear preference for depth of experience over breadth—*Prajapati v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 31 Imm. L.R. (2d) 182 (F.C.T.D.) stating in somewhat similar circumstances such finding would “seem unfortunate”—Duty of fairness requiring officers to make such reasonable inquiries as will enable them to make careful assessment of application and, in some circumstances to inform applicant of negative views formed of application so that applicant may respond—Visa officer making sufficient inquiries to enable her to make careful assessment and to determine applicant merely “compiling” information, not conducting research—But inquiries about applicant acting on routine matters in employer’s absence less thorough—Although visa officer stating “voiced concerns” to applicant, Court not satisfied sufficient to give applicant reasonable opportunity to clarify, expand on nature of duties in employer’s absence—Breach of duty of procedural fairness—Finally, visa officer overlooked applicant’s duties in connection with evaluation of job performance of employees—Practice of asking applicant at close of interview whether wishes to add anything not sufficient to satisfy duty to make reasonable inquiries imposed by duty of fairness—Practice fails to advise applicant of visa officer’s concerns such as to provide applicant with reasonable opportunity to disabuse visa officer of particular concerns

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

with application—Key issue whether applicant able to qualify under heading of Executive Secretary as opposed to Secretary—Determination very fact-specific, and clearly calling for more than general question to enable visa officer to make adequate assessment of information applicant providing—Such open-ended invitation at end of interview cannot correct visa officer’s failure to ask sufficient questions or to disclose to applicant precise nature of concerns with application—Substantive, procedural errors committed by visa officer cumulatively sufficient to vitiate refusal to issue visa to applicant—As whether applicant satisfying particular occupational classification determined by reading description as whole, considering occupational experience as whole, not helpful for Court to pronounce applicant satisfying certain elements of description, withdraw them from visa officer’s determination—Parliament entrusting to visa officers, not courts, duty to determine visa applications—No evidence supporting suggestion because refusal set aside, another visa officer unlikely to discharge professional duty to make fair assessment of application—Matter remitted to another visa officer.

HUSSAIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1702-97, Evans J., order dated 22/10/98, 20 pp.)

Judicial review of rejection of application for landing from within Canada on humanitarian, compassionate grounds pursuant to Immigration Act, s. 114(2)—Although minimal duty of fairness owed on application for humanitarian, compassionate relief, if relying upon extrinsic evidence not brought forward by applicant, applicant must be given opportunity to respond to such evidence: *Shah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (F.C.A.)—Applicant advised of material considered by senior immigration officer in arriving at decision not provided by applicant—Some of that material not disclosed to applicant in course of consideration of application, or in course of application for judicial review, in nature of extrinsic evidence—Senior immigration officer not complying with order to provide copies of its record to parties, Court Registry—Counsel, Court left to speculate as to nature of material considered—Record would presumably have helped to clarify whether material extrinsic—Party cannot benefit by its contempt of Court order—While onus on applicant to prove material constituted extrinsic evidence, not required to prove nature of material considered by Senior Immigration Officer respondent failed to put before Court in contravention of order—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102).

THARMALINGAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-826-98, Gibson J., judgment dated 20/11/98, 5 pp.)



**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Concluded

Judicial review of visa officer's refusal of application for permanent residence as "entrepreneur"—Refusal addressing inability to establish business in Canada—Immigration Regulations, 1978, s. 2(1) definition of "entrepreneur" including immigrant intending and having ability to establish, purchase or make substantial investment in business or commercial venture in Canada—Visa officer not inquiring as to whether applicant having ability to purchase or make substantial investment in business when this option clearly indicated on application—*Bakhshae v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1002 (T.D.) (QL), holding Regulations, not duty of fairness, imposing duty on visa officer to determine whether conditions of definition met—If evidence submitted with respect to only one of three options, visa officer need not examine other options—Implication from decision: when applicant clearly indicating on application willingness to buy existing business, duty on visa officer to assess such applicant's ability or intent to do so, as intention, ability to purchase business in Canada constituting essential part of definition of "entrepreneur" in Regulations—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2 "entrepreneur" (as am. by SOR/83-837, s. 1).

KONG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1776-98, Pinard J., order dated 5/1/99, 6 pp.)

*Persons with Temporary Status*

Judicial review of refusal to grant visitor's visa to enter Canada as student—Immigration Act, s. 9(1.2) requiring applicant for visitor's visa to satisfy visa officer not immigrant—Visa officer in Beijing assuming applicant not going to return unless very strong, compelling reasons to do so, as of opinion very small percentage of privately funded students destined to foreign schools return to China—Refused visa because could not 100% guarantee would return to China upon conclusion of study, notwithstanding wife, son, house in China—Application allowed—While nothing wrong with taking it as given applicant will not return in absence of strong, compelling reasons to do so, requiring 100% guarantee appears to be impossible standard for applicant to meet—Going beyond strong, compelling reasons—Standard must be possible to achieve—If visa officer looking for evidence applicant will return to China, advisable to specifically address that issue in interview—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9(1.2) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 4).

JIE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-631-98, Rothstein J., order dated 25/11/98, 3 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW****CHARTER OF RIGHTS***Life, Liberty and Security*

Respondent convicted of manslaughter two days before daughter applied to sponsor him for landed immigrant status—Denied ever having been convicted of crime on visa, citizenship application forms—Minister seeking to revoke citizenship on ground lawfully admitted into Canada for permanent residence based on false representations and by knowingly concealing material circumstances, and that citizenship obtained on basis of that admission—As to whether application should be dismissed on ground of Minister's delay, respondent relying on *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Copeland*, [1998] 2 F.C. 493 (T.D.) in which McGillis J. concluding undue delay contrary to Charter, s. 7 will be found in revocation cases where: (1) delay unreasonable in circumstances of particular case; (2) evidence demonstrating claimant in fact suffering prejudice as consequence of delay—But McGillis J. not considering *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (F.C.A.), wherein Linden J.A. stating decision not finally determining any legal rights i.e. while Court making certain findings of fact, eventual decision made by Governor in Council—Holding s. 7 not rendering Citizenship Act, s. 18(3) of no force, effect—At time of Court's decision, s. 7 not engaged as not yet any deprivation of Luitjens' "life, liberty and security of the person"—Noël J. following *Luitjens in Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck*, [1998] 2 F.C. 614 (T.D.); pointing out *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391 confirming conclusion reached by Linden J.A. with respect to s. 7—For same reason, *Canada (Secretary of State) v. Charran* (1998), 21 F.T.R. 117 (F.C.T.D.); *Canada v. Sadiq*, [1991] 1 F.C. 757 (T.D.) not supportive of application of s. 7 to revocation cases—Even if s. 7 applied, no evidence of prejudice herein—Court satisfied respondent obtained landed immigrant status by false representation or by knowingly concealing material circumstances—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. COOMAR (T-1906-97, McKeown J., order dated 17/11/98, 10 pp.).

**CROWN****TORTS**

Determination of preliminary question of law: whether Crown bound by Manitoba Fatal Accidents Act, s. 3(3), (4)

**CROWN—Concluded**

rendering tortfeasors liable to certain survivors of deceased person for funeral expenses, loss of guidance, care, companionship of deceased person—Crown Liability Act, s. 3(1), rendering Crown liable in tort as if private person—Crown submitting not liable under Fatal Accidents Act, s. 3(3), (4) because not in force May 14, 1953 when Crown Liability Act, s. 3(1) enacted—In *Baird v. The Queen in right of Canada*, [1984] 2 F.C. 160 (C.A.), Le Dain J.A. concluding common law imposing tortious liability on Federal Crown not frozen as of May 14, 1953—If Federal Crown bound by evolving common law, but frozen statute law, would create unintended ambiguity—Statute, common law often interact—Statute law may expand, contract, otherwise alter common law liability—Nothing in Crown Liability Act, s. 3(1) suggesting Parliament intending to treat common, statute law differently i.e. to make Federal Crown liable under evolving common law, but frozen statute law—For these reasons, and those in *Stuart v. Canada*, [1989] 2 F.C. 3 (T.D.), Federal Crown bound by Fatal Accidents Act, s. 3(3), (4)—The Fatal Accidents Act, R.S.M. 1987, c. F-50, s. 3(3), (4)—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3(1).

HOOD V. CANADA (T-2017-96, Rothstein J., order dated 11/1/99, 4 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS ACT**

Motion for preliminary determination of question of law: whether Act, s. 150 or 158(2) applicable herein, and if s. 158(2) applicable, whether operates to bar plaintiff's claim completely or only with respect to proceeds of certain cheques—Plaintiff operated four supply vessels in 1980s—Vessels seized in February 1986 on ground vessels had been unlawfully used in Canadian waters contrary to Act—To avoid seizure, plaintiff deposited seven cheques totalling \$412,901.90 February 19, 1986—By notices dated October 21, 1986, plaintiff notified of decision \$39,593.58 forfeited and \$63,308.32 returned to Husky—Action for recovery of deposit monies commenced January 9, 1987—By judgment of F.C.A. on consent of parties dated July 10, 1996, F.C.A. granted defendant leave to plead limitation period in Act, s. 158(2)—Act, s. 150 providing for three-month limitation period for proceeding for recovery of things seized; Act, s. 158(2) providing for six-month limitation period for proceeding for recovery of money deposited in accordance with Act, s. 157—Plaintiff claiming that if Act, s. 158(2) applicable, action timely with respect to last two post-dated cheques payable July 19, 1986 and August 19, 1986 respectively—Application of *Dome Petroleum Ltd. v. R.* (1988), 26 F.T.R. 318 (F.C.T.D.) where Strayer J. (as he then was) concluded Act, s. 150 referred only to actions for recovery of articles seized and actions for recovery of deposits, as

**CUSTOMS AND EXCISE—Continued**

herein, governed by Act, s. 158(2)—No reason to discard that decision—Act, s. 158(2) applicable herein—As to last two post-dated cheques, application of limitation period commences upon deposit, not from maturity date of cheques—Post-dated cheques may be negotiated any time between date of issue and date of maturity and for reasonable time thereafter—Therefore, Act, s. 158(2) operates to bar plaintiff's claim completely—Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 150, 158(2).

HUSKY OIL LTD. V. CANADA (T-72-87, Dubé J., order dated 4/12/98, 13 pp.)

**EXCISE TAX ACT**

Appeal from assessment of federal sales tax (FST) regarding supply-and-install contracts performed by plaintiff where materials supplied by plaintiff's customers—Plaintiff licensed manufacturer of asphaltic concrete—In some cases plaintiff supplying all of materials, other times customer supplying liquid asphalt, before plaintiff manufacturing, supplying, installing asphalt—Customer paying all-inclusive price for supply, installation of asphalt—In 1985 asphalt becoming subject to FST when sold, used by manufacturer or producer—Defendant issuing Excise Communiqué 110/T1 stating Fair Market Value (FMV) as determined in accordance with Memorandum ET 207, s. 3(c) one method for determining value for tax—In August 1985 defendant informing plaintiff tax may be calculated at 6% on value of \$12 per metric tonne on sales of asphalt where liquid asphalt supplied by customer—In April 1986 defendant confirming understanding plaintiff using Determined Value of \$12 per tonne as value for tax—Plaintiff using Determined Value Method when calculating FST on asphalt between November 1985, December 1986—In 1987 plaintiff informing defendant would be computing, remitting FST on asphalt production on FMV method in accordance with ET 207, s. 3(c)—Subsequently claiming refund of tax, representing difference between tax remitted as calculated by Determined Value Method and liability arising pursuant to FMV Method—Defendant allowing refund—In 1988 defendant issuing Excise Communiqué 110-2/T1 stating where customer supplying some of material relative to supply-and-install contract, manufacturer not permitted to use valuation method provided by ET 207 (FMV)—Informing plaintiff no provision for retroactive adjustments of value for tax used prior to issuance of Communiqué—Reassessing defendant for refund paid in error with respect to supply-and-install contracts performed by plaintiff where materials supplied by plaintiff's customers—Whether plaintiff permitted to use FMV method for valuing asphalt for purposes of Act for relevant period, when oil supplied by customer—Communiqués administrative policies, not issued pursuant to Minister's discretionary power under Excise Tax Act, s. 28(1)(d)—Merely concessions made by Minister to resolve

**CUSTOMS AND EXCISE—Continued**

inequities in Act—ET 207 based upon s. 28(1)(d), issued on Minister's discretion to provide guidance to industry as to method to calculate tax when no sale price—As sale price herein, s. 27 applying to determine tax liability—If no sale price, alternative accounting methods provided in Minister's discretion in ET 207—Plaintiff's tax liability determined by Act—Cannot be contracted out of—S. 26 defining sale price of contract for purpose of taxing pursuant to s. 27 as ultimate price paid by customer, including deductions within provisions of Act—Not necessary for taxpayer to go beyond Act to determine how supply-and-install contract should be taxed—Taxpayer could rely on administrative concession, but must be consistent in use of method selected—Plaintiff submitting if oil supplied to manufacturer, cost of oil to manufacturer zero; zero value to be included in calculating FMV under ET 207—Zero not cost contemplated therein—Furthermore bulletin referring to aggregate of cost of "all" materials used, not aggregate of cost of "some" materials used—Plaintiff contending sale price not on supply-and-install contract, but rather supply-and-install contract including asphalt, so that tax must be paid upon asphalt—Contending Minister issuing various communiqués to establish sale price since not flowing clearly, directly from s. 26(3)—S. 26 applying to supply-and-install contract as discussed in communiqués, reflecting understanding asphalt mixture subject to sales tax—Retroactivity plaintiff complaining of caused by plaintiff's actions in changing from one method of accounting to another—Communiqués clearly indicating taxpayer must use method consistently, i.e. for period of not less than one year—Had plaintiff followed that requirement, no retroactivity would have resulted—Communiqués not applied unfairly or in arbitrary manner—Defendant not estopped from changing method of valuation of asphalt in respect of 1985, 1986 taxation years—As tax liability determined under Act, irrelevant to this taxpayer how other taxpayers treated in similar situations—Minister not bound by representations made by authorized officials within Department even if contrary to statutory provisions—Statute prevailing over any such representations—As no overpayment, no refund required—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 26 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 1, s. 188), 27 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 7, s. 11; c. 42, s. 3), 28(1)(d).

JACK CEWE LTD. V. CANADA (T-3390-90, Wetston J., order dated 8/1/99, 20 pp.)

Appeal from Trial Division decision ((1994), 2 G.T.C. 7259) holding appellant liable, pursuant to Excise Tax Act, to pay sales tax on goods of Aro (1984) Inc., sold between September 4 and 30, 1987—Appellant holding several securities on goods including trust deed, general assignment of debts and transfer of property in stock—Act, s. 27(1) imposing consumption and sales tax on all goods produced or manufactured in Canada and requires manufacturer or

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

producer to levy, collect and pay tax—S. 2(1)(a) stating "manufacturer or producer" including assignee and any person who continues business of manufacturer or producer or disposes of his assets in any fiduciary capacity—S. 27(3) making any person who acquires right to sell goods from manufacturer, producer or transferee, and who sells goods, liable to pay tax—Trial Judge properly found appellant had in fact continued business of furniture manufacturer Aro to reduce losses appellant stood to suffer because of credit extended and immediate discontinuance of appellant's operations—Exercise of rights and powers vested in transferee under transfer of property in stock does not occur only in cases where transferee takes possession of property—Transferee himself or herself not required to take possession of property transferred as security—Appellant did in fact exercise control over property in possession of appellant's mandatary and sale of property occurred for sole benefit of appellant in order to reduce line of credit appellant had extended to transferor—Taken as whole, actions of appellant indicate rights and powers vested in appellant by transfer of property in stock exercised—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 2(1)(a), 27(1), (3).

CAISSE POPULAIRE DE DAVELUYVILLE (ARO (1984) INC.) V. CANADA (A-316-94, Létourneau J.A., judgment dated 29/10/98, 9 pp.)

**ESTOPPEL**

Judicial review of 1997 CRDD dismissal of Convention refugee claim—In 1992 applicant found not to have credible basis for Convention refugee claim—Applicant left Canada, returned in 1994, made second claim—Entitled to make second claim under Immigration Act, s. 44(1): any person in Canada claiming to be Convention refugee may seek determination of claim by notifying immigration officer—Before CRDD applicant arguing entitled to bring forward facts, arguments relating to experiences in El Salvador prior to negative credible basis decision, including experiences engaging s. 2(3)—S. 2(3) providing person not ceasing to be Convention refugee by virtue of s. 2(2)(e) if establishing compelling reasons arising out of any previous persecution for refusing to avail self of protection of country left, or outside of which remained, by reason of fear of persecution—Some of facts, arguments applicant wished to make before credible basis tribunal, others could have been made, but were not—Prior determination by credible basis tribunal giving rise to question of *res judicata*—Three conditions for issue estoppel present: same question decided; decision final; same parties in both proceedings—Principle set out in *Fenerty v. The City of Halifax* (1920), 50 D.L.R. 435 (N.S.S.C.) applied: party, having received final decision prevented from relitigating matter notwithstanding finding supplementary arguments available at time of original litigation—Credible basis tribunal essentially finding not Conven-

**ESTOPPEL—Concluded**

tion refugee in Canada—Same issue as before CRDD in 1997—New arguments relating to s. 2(3) could have been raised before credible basis tribunal, but were not—Not proper to make them before CRDD—No special circumstances warranting introduction of evidence previously available—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 44(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35).

VASQUEZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1979-97, Rothstein J., order dated 26/11/96, 5 pp.)

**EVIDENCE**

Applicant seeking admission through witness of internal report of NKVD, predecessor of Soviet KGB, dated October 1943—Subject-matter extent of atrocities committed by German occupying forces in Selidovka, Ukraine during period relevant to Reference—Applicant not producing affidavit contemplated by Canada Evidence Act, s. 30(3)—Not complying with two requirements of s. 30(3): (1) no document accompanying record stating why not possible or reasonably practical to produce original; (2) no document setting out source from which copy made, attesting to copy's authenticity by person making copy—Each condition prerequisite to admission of evidence under s. 30(3)—As noted in *R. v. Andrew*, [1986] B.C.J. No. 2447 (S.C.) (QL), requirements of s. 30(3) ought to be strictly adhered to if evidence tendered to be admitted under statutory scheme derogating from common law which would otherwise require strict proof at great inconvenience to all concerned—Having failed to comply with either of these independent statutory requirements, applicant must now bring herself within one of common law exceptions to hearsay rule, none of which allow admission of document unless can satisfy self document *prima facie* reliable—"Ancient document" exception, as set out in *Delgamuuk v. British Columbia* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 165 (S.C.) not applicable to NKVD document—This rule, making admissible private documents 30 years old or more, and produced from proper custody, only applicable where document free from suspicion—Suspicion arising in this case due to admission NKVD would have sought to use this document both in prosecution of Germans, local collaborators and for war propaganda—Suspicion also arising from admission NKVD known to use improper investigation methods to extract information "in some cases"—"Public Documents" exception, arising when public document created by public officer under duty impelling him or her to accurately create document, equally inapplicable because trustworthiness inherent in public duty to make record not existing herein—Contrary to situation in *R. v. Zundel* (1987), 35 D.L.R. (4th) 338 (Ont. C.A.) where "historical" exception applied, not here dealing with event undergoing general scrutiny or

**EVIDENCE—Concluded**

which is evidenced by historical treatises—NKVD document only one purporting to record number of victims of Nazism in Selidovka, Ukraine—Witness recognizing from perspective of historian document merely "secondary document"—NKVD document ruled inadmissible—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 30(3) (as am. by S.C. 1994, c. 44, s. 91).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. DUECK (T-938-95, Noël J., order dated 19/10/98, 4 pp.)

**FOOD AND DRUGS**

Practice—Motion brought by Apotex Inc. and Novopharm Ltd., generic drug manufacturers, for order adding them as parties respondent or interveners herein as well as in appeal of judgment rendered by Evans J. on November 3, 1998 dismissing plaintiff's motion for summary judgment—Applicants also seek order varying or setting aside confidentiality order of Pinard J. dated July 13, 1998—Principal action seeking declaratory relief against defendant Minister of Health in regard to interpretation and application of Food and Drug Regulations, s. C.08.004.1—Bayer acquired right to distribute drug X and filed new drug submission (NDS) in accordance with procedure for obtaining notice of compliance (NOC) from Health Canada, Therapeutic Product Programme (TPP)—TPP informed Bayer would be issuing NOC to second manufacturer—Bayer arguing TPP's action not in accordance with North American Free Trade Agreement (NAFTA), Art. 1711 as Regulations, s. C.08.004.1(1) creating minimum 5-year period in which innovator free from competition by generic manufacturers—Art. 1711 mandating 5-year term of protection starting from date on which approval granted to market product—Defendant contending Bayer's drug not falling within scope of Regulations, and even if it did, protection sought by Bayer granted only in highly unusual situations—In July 1998, Court issued protective order effectively sealing certain documents, ensuring their confidentiality—In September 1998, Bayer brought motion for summary judgment—In November 1998, motion denied on basis X new drug within meaning of Regulations, s. C.08.001, and falling within scope of s. C.08.004.1—C.08.004.1 not affording innovators protection analogous to that of patent—Furthermore, Minister not necessarily relying on innovator's information contained in its NDS when considering abbreviated new drug submission (ANDS) for NOC; rather, information contained in ANDS forming basis of decision, and Health officials concerned mainly with ensuring it established pharmaceutical equivalence and bioequivalence of new drug to innovator's drug (called Canadian reference product)—Tests for intervention in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 261 (F.C.T.D.) and in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v.*

**FOOD AND DRUGS—Continued**

*Canada (Attorney General)*, [1990] 1 F.C. 84 (T.D.), confd [1990] 1 F.C. 90 (C.A.) and applied in *Holiday Park Developments Ltd. v. R.* (1994), 75 F.T.R. 76 (F.C.T.D.)—Outcome of main action will necessarily have impact on applicants, affecting manner in which they submit future ANDS to Minister—Litigation, involving interpretation of Regulations and NAFTA, Art. 1711, concerns very process by which manufacturers of new drugs obtain Minister's approval of their products in Canada—Applicants' position, given diverging interests from those of defendants, might not be adequately defended by defendants—Given potential far-reaching effects of outcome of action, input from applicants will further serve interests of justice, not only *inter partes*, but also as between drug manufacturers as class and general public—Ability of Court to hear and decide case on merits might be enhanced by applicants' intervention—Delay in bringing motion to intervene not such as to warrant its dismissal—Applicants' delay herein attributable to their lack of knowledge of action, despite their usual and customary vigilance of Federal Court database—Circumstances of case illustrate vagaries of such informal system, and cry out for implementation of more structured and formal means of notification—With applicants as limited interveners, Court could better hear and adjudicate issues of law outstanding herein—As difficult to believe Minister's minions effective guardians of public interest having consented to confidentiality order allowing Bayer to keep secret drug X, for human disease X, intervention would be beneficial to public interest—Appears too late for applicants to be accorded status at appeal of dismissal of motion for summary judgment—But that decision up to Court of Appeal—Applicants can aid Court and Minister by examining safety of Bayer's potion X and commenting on it, but only by means of specially engaged outside expert, who will be subject to confidentiality order, who must swear to keep formula secret, except in confidential depositions to Court—Applicants may intervene conditionally, if Bayer's appeal fails, and if Bayer thereafter decides to prosecute its action—Intervention may be upon formulation of drug X, and upon questions of law—One counsel only for applicants shall have carriage of discoveries, but both shall be exigible to discovery at Bayer's instance—Applicants shall be limited in total, but otherwise subject to rr. 279-281, to two expert witnesses and no other at trial—They shall file pleading, joint statement of intervention to which other parties may respond by pleading called answer to intervention—One of interveners only, or both jointly, may appeal outcome of trial, as if party thereto—They shall be exigible to costs—Confidentiality order stands, conditionally varied to cover interveners' expert or experts—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 279, 280, 281—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.001 (as am. by SOR/95-172, Sch. I, Part II, s. 4), C.08.004.1 (as am. by SOR/95-411, s. 6)—North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of

**FOOD AND DRUGS—Concluded**

*America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1711.

BAYER INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-1154-97, Muldoon J., order dated 2/12/98, 16 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Application for order quashing CHRC decision refusing to refer applicant's complaint to tribunal for inquiry, and closing file, in effect dismissing complaint—Applicant employed as captain of aircraft for respondent airline from 1987 to 1995—First complaint in 1993 following demotion to first officer for period of 25 months alleged discriminatory treatment based on employer's perception applicant mentally unstable—Complaint dismissed in February 1995—On following day, applicant's employment terminated as respondent no longer considered him competent, and no longer had confidence in his ability, to fly as pilot for Air Atlantic—Failure to follow standard procedures in aborting take-off in December 1994 given as basic reason for dismissal in letter of dismissal—In March 1995, applicant filed second complaint with CHRC, alleging discrimination based on perceived mental instability—Applicant alleged that in 1990, following death of applicant's father in aircraft accident, similar to earlier death of applicant's brother, applicant's supervisor started questioning applicant's mental stability, asserting he posed risk as airline captain—Investigator found in favour of applicant and recommended conciliator be appointed to attempt to settle complaint against respondent—Conciliation efforts unsuccessful—CHRC Director of Compliance report following conciliation failure recommended either referral to tribunal or that referral unwarranted and file be closed—Both parties submitted comments concerning report—In August 1996, CHRC Acting General Counsel advised efforts to conciliate had failed and recommended case be sent to tribunal for determination—Second complaint dismissed—Applicant's principal argument herein CHRC failed to observe principle of natural justice, and to provide procedural fairness when, prior to rendering decision, it failed to provide applicant with copy of representations made by letter on behalf of respondent, and opportunity to comment upon them—Applicant also argued CHRC based decision on erroneous finding of fact made in perverse or capricious manner—Application dismissed—No basis to intervene on ground of error of fact in Commission's decision—Courts have routinely held Commission has broad discretion to dismiss complaint and to close file—Where submissions of one party do more than provide interpretation of facts before CHRC, if they affect content of evidence before that body, submissions should be disclosed—Herein, however, letter referred to, while it urged that certain evidence earlier submitted by applicant be disregarded by CHRC, evidence which applicant considered relevant to his case, no evidence

**HUMAN RIGHTS—Continued**

action proposed in letter was followed—Commission therefore not obliged to disclose to applicant letter referred to, written on behalf of respondent, before complaint dismissed—Requirements of procedural fairness met.

GITTEL V. AIR ATLANTIC (1995) LTD. (T-2361-96, MacKay J., order dated 20/11/98, 15 pp.)

Judicial review of CHRC's dismissal of complaints—In 1990, 1991 applicant unsuccessful candidate for subsidized legal training through Military Legal Training Plan (MLTP)—In 1990 applicant Lieutenant-Commander, aged 40—Canadian Forces Administrative Order 9-62, s. 5 requiring applicant not normally be above rank of captain to be eligible for selection for training plan—S. 12 requiring officers above rank of captain accepted for training to voluntarily revert to rank of captain before training beginning—Applicant submitting s. 5 policy statement tending to promote discrimination against older, senior officers—Filing complaints with CHRC claiming denied legal training on basis of age, constituting discriminatory practice within meaning of Canadian Human Rights Act, s. 7; application process for MLTP violating s. 10 by tending to deprive individuals of certain age of employment opportunity to gain legal training—Applicant linking increasing average age of officers in comparison with promotion in rank—Commission holding policy of limiting applications for MLTP to officers of rank of captain consistent with operational requirements; evidence not supporting allegations of discrimination; MLTP selection policy not precluding legal training for officer able to complete five years of obligatory service before reaching compulsory retirement; applicants' ages, scores not indicating age consideration in 1991 selection process—Between 1975, 1991, 14 of 101 applicants for MLTP above rank of captain; only one officer at rank higher than captain selected—Applicant submitting statistics, in combination with correlation between increase in rank, age show selection policy constituting *prima facie* case of discrimination—Also submitting once he established *prima facie* case of discrimination, burden shifting to respondent to prove discriminatory policy *bona fide* occupational requirement—Inappropriate to impose evidentiary, procedural rules concerning complaint before Human Rights Tribunal on administrative, screening function of Commission, even where dismissing complaint as not warranted—To do so could restrict ability of Commission, investigators to consider fully individual complaints—Proceeding concerning allegation of adverse effect discrimination (i.e. employer for genuine business reasons adopting rule or standard appearing neutral on its face, applying equally to all employees, but having discriminatory effect upon prohibited ground on one employee or group of employees as imposing because of some special characteristic of employee or group, obligations, penalties or restrictive conditions not imposed on other members of work force)—More difficult to establish *prima facie* discrimination—No ground to interfere with

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

Commission's findings—Where Commission's decision meeting requirements of procedural fairness, not omitting "obviously crucial evidence", not "clearly deficient", effect should be given to its "wide discretion", judicial intervention inappropriate—Application dismissed.

GOSTLOW V. CANADA (ARMED FORCES) (T-163-98, Lutfy J., order dated 21/10/98, 9 pp.)

**INCOME TAX****CORPORATIONS**

Appeal against Tax Court of Canada decision concerning income tax assessment issued by Minister of National Revenue for 1991—Trial Judge finding appellant liable in decision issued before Federal Court of Appeal clarifying interpretation to be given to Income Tax Act, s. 227.1(3) in *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124—Counsel for appellant could not argue simple fact outside director unaware and does not take steps to learn of duties law imposes on director sufficient, according to *Soper*, to exonerate director from all liability—Counsel for appellant properly argued even if ignorance no excuse, nonetheless not fatal—Had Trial Judge been aware of criteria Federal Court of Appeal has since set in *Soper* and particularly different approach to be taken depending on whether director inside or outside director, Trial Judge would necessarily have come to conclusion appellant not liable—Appellant simply silent partner who functioned from distance, as own affairs conducted from Quebec City and those of business in which appellant had invested, from Jonquière—Appellant had taken all business and accounting precautions before investing and had every reason to rely on day-to-day management partner had undertaken—Trial Judge could not find appellant demonstrated culpable passivity—Trial Judge dealt with matter as if appellant inside director, which appellant was not—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 227.1 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124; 1984, c. 1, s. 100; 1988, c. 55, s. 172).

CADRIN V. CANADA (A-112-97, Décary J.A., judgment dated 17/12/98, 5 pp.)

**EXEMPTIONS**

Appeal from TCC decision ([1995] 2 C.T.C. 2810) dismissing appeal against MNR assessment disallowing part of exemption claimed by taxpayer—Appellant golf club having tax exemption under Act, s. 149(5)(e)(i) as non-profit organization "the main purpose of which is to provide dining, recreational or sporting facilities for its members"—Club's income from dues, green fees, locker and cart rental charges, meals, drinks, and interest—Interest income (from term deposits of amount by which revenues exceed operat-

**INCOME TAX—Continued**

ing expenses) in issue—Club also claiming deduction for interest paid on occasional loans—Minister treating interest income as income from taxable property and disallowing deduction for interest paid on loans, on basis not expenses related to taxable source of income—Appeal dismissed—Under Act, ss. 149(1)(l) and 149(5)(e)(i), non-profit organization loses benefit of income tax exemption in respect of such part of income from property—When profit-making entity involved, case law considers interest income business income—Interest income is income from passive investment—Taxpayer claiming instant interest income neither income from property nor income from business in application of theory of incidental business income, but rather *sui generis* income from activities incidental to activities that can only generate profits incidentally—However, taxpayer clearly introducing distinction where Parliament has not seen fit to draw one—Interest income taxable regardless of activities of clubs that give rise to its production—Very words of Act, s. 149(5)(e)(i), and legislative intent they express, do not permit claim that only interest income from extraordinary activities taxable—Interest income in case at bar undoubtedly income from property within meaning of Act, s. 149(5)(e)(i)—And loan interest costs incurred by taxpayer as result of cash-flow problems not deductible as not expenses related to income-producing or taxable investment—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 149(1), (5).

ELM RIDGE COUNTRY CLUB INC. v. CANADA  
(A-504-95, Décarv J.A., judgment dated 12/11/98,  
9 pp.)

**INCOME CALCULATION***Deductions*

Whether Global Communications Limited's advances to subsidiary, none of which repaid, "bad debt" under Income Tax Act, s. 20(1)(p), therefore tax deductible—Test to be met by Global found in *Discovery Research Systems Ltd. v. Canada* (1994), 94 DTC 1510 (T.C.C.)—Global making advances to three categories of recipients: third party production companies, subsidiaries, employees—Purpose of advances to subsidiaries to generate income from interest, to generate demand by subsidiaries for Global's advertising time which would, in turn, generate income for Global—In 1980, on assets of \$50 million, 20% of Global's assets tied up in advances—Advances from Global to subsidiary Tee Vee US intended to be interest bearing loans—No evidence to contrary—Part of appellant's ordinary business money landing—Loans made in ordinary course of business—Loan by Global to Tee Vee US bad in 1980—All elements of test in Act, s. 20(1)(p)(ii) met—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(p)(ii).

GLOBAL COMMUNICATIONS LTD. v. CANADA  
(T-165-89, Campbell J., order dated 23/10/98, 9 pp.)

**INCOME TAX—Continued**

Appeal from Tax Court of Canada decision affirming MNR assessment for 1985 denying deduction claimed by plaintiff (\$12,815 for injunction to continue program) on ground plaintiff not independent contractor within meaning of Act—Plaintiff doctor joining research team at Lady Davis Institute, attached to Jewish General Hospital of Montréal—Plaintiff receiving grants—Appeal allowed—Plaintiff testified program plaintiff supervised since 1980 business in itself, intended to produce intellectual property which could result in capacity to market biomedical products developed or generate economic spinoffs from reputation of project, presentation of seminars, etc.—Expense of \$12,815, incurred in action for injunction against Institute and Hospital, constitutes eligible expense ultimately enabling plaintiff to go ahead with research program, since expense made or incurred by taxpayer for purpose of gaining or producing income from business or property—Greater part of plaintiff's time in 1985, when problems arose with associates, taken up with developing and coordinating plaintiff's research program; this constitutes business, although in 1985, business produced no income for plaintiff—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63.

CÔTÉ v. CANADA (T-522-89, Blais J., judgment dated  
11/12/98, 9 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision—Appellant claiming deduction of \$5,200 per year for maintenance payments for 1986 and 1987 taxation years—From 1983 to 1988, appellant making maintenance payments of \$100 per week directly to son, Laurent Guardo—In 1986 and 1987, Laurent Guardo of age of majority, of sound mind and in legal custody of neither father nor mother—For practical reasons, Laurent Guardo choosing to live near Université de Montréal in own apartment, keeping apartment from 1985 to 1989—Whether maintenance payments to Laurent Guardo amounts paid for benefit of child in custody of appellant's former spouse under Income Tax Act, s. 60.1(1)—In *Minister of National Revenue v. Curzi* (1994), 80 F.T.R. 64 (F.C.T.D.), Noël J. said purpose of s. 60.1(1) to allow deduction of amounts paid for benefit of child as long as child still in custody of former spouse or former spouse remains under duty of care attaching to custody—Nothing to suggest Laurent pursuing university studies in Montréal and living in apartment under mother's authority—During 1986 and 1987 taxation years, Laurent Guardo, of age of majority, had obviously withdrawn from parental authority, not in mother's custody within meaning of Act, s. 60.1(1)—Therefore, maintenance payments father made directly to Laurent Guardo not eligible for tax deduction claimed by appellant—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 60.1(1) (as enacted by S.C. 1984, c. 45, s. 20(1)).

GUARDO v. M.N.R. (T-1222-91, Pinard J., judgment  
dated 23/12/98, 8 pp.)

**INCOME TAX—Continued**

Appeal from T.C.C. Judge finding \$2,516,690 of notional "rent" could not be deducted by appellant in computing net industrial and commercial profit attributable to its permanent establishment in Canada, as required by Canada-United States Reciprocal Tax Convention (1942 Convention), for taxation year ending June 30, 1985—T.C.C. Judge concluded appellant could only have claimed capital cost allowance for use of snubbing units (piece of hydraulic equipment used to remove drill pipe casings or similar equipment from, or force them into, oil or gas well) against income from its permanent establishment, based on Income Tax Conventions Interpretation Act, s. 4(b), as such expense allowed under Canada's internal law, Income Tax Act—T.C.C. Judge added that 4(b) intended to ensure that permanent establishments taxed on profits under 1942 Convention could not deduct amounts unavailable to Canadian taxpayers in calculating their business income—Appeal dismissed—*Per* Robertson J.A.: T.C.C. Judge fully considered factual and legal background surrounding appellant's provision of snubbing units to Mobil and trite law that appellate court cannot substitute its own conclusions pertaining to factual matters for that of trier of fact, unless clear error appearing on record—Assuming, without deciding, that notional amounts may be deducted in computing profits attributable to permanent establishment for purposes of Canadian taxation, pursuant to 1942 Convention, T.C.C. Judge did not commit reviewable error in refusing to allow appellant to deduct amount for notional rent in circumstances of this case—No basis for interfering with his finding of fact that appellant's permanent establishment, treated as independent enterprise, would have rented snubbing units from head office—Not necessary to deal with issue of whether notional expenses deductible as matter of law in light of factual findings made by T.C.C. Judge—*Per* McDonald J.A.: Issue whether corporation incorporated outside Canada but doing business in Canada can deduct amount for notional rent pursuant to 1942 Convention when corresponding deduction disallowed under Income Tax Act for Canadian company doing same or similar business in Canada—Appellant providing technical services to oil industry, principally through delivery of equipment and well control services on site—Appellant and Mobil Oil Canada Ltd. (Mobil) entered into oral agreement for appellant to provide snubbing services for US\$15,000 per day with respect to exploratory gas well off coast of Nova Scotia which experienced underground blowout—Appellant sent from United States two snubbing units with pulling capacities of 600,000 pounds and 150,000 pounds respectively (600 unit and 150 unit), which it owned, and other equipment which it rented from third parties—Deduction for notional rent charged by head office derived from daily rental rates quoted to its customers for unmanned, standby use of each piece of equipment, namely US\$4,800 per day for 600 unit and US\$2,400 per day for 150 unit, adjusted to US\$5,000 and US\$1,700 per day considering use of equipment, danger of situation and emergency nature of job—*Obiter*: in appropri-

**INCOME TAX—Continued**

ate case, amount for notional rent may be deducted by corporation incorporated outside Canada in computing industrial and commercial profits attributable to its permanent establishment in Canada, notwithstanding that resident in Canada cannot benefit from similar deduction—However, on facts of this case, deduction not appropriate given that amount of notional rent never included as income at appellant's head office—To allow deduction in this circumstance would mean that appellant has avoided being taxed on rental amount both in Canada and in United States—Furthermore, facts do not establish that in normal course of business, snubbing equipment would have been rented to appellant's permanent establishment in Canada—More likely that head office would have contracted directly to take on this contract given that it was only one to have had equipment of this kind during relevant period—Application of basic principles found in Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 31 and 32—Model Double Taxation Convention on Income and on Capital (OECD Convention), art. 3(2) and Vienna Convention, art. 31 and 32 establish that where term not defined in bilateral tax treaty, definitions from domestic income tax law should be applied unless context indicates otherwise—As language of 1942 Convention, Art. III(I) allowing for deduction of notional expenses, recourse to domestic Canadian Income Tax law principles not essential—Thus, Art. III(I) setting out fiction that permanent establishment to calculate its profits as if it were independent enterprise—Further allowing for deduction of expenses, which may also be fictional, reasonably allocable to permanent establishment—Follows that deduction for notional rent may be allowed because if permanent establishment is independent enterprise, would be necessary to rent or purchase equipment in question—Fact that similar deduction not provided for Canadian businesses not relevant as provisions of 1942 Convention apply—Canada member of OECD which adopted OECD Convention in 1977—Test proposed in Commentary thereof whether internal transfer of property or services between foreign corporation and its permanent establishment in Canada of same nature as transaction in which companies, in normal course of business, would have charged third party price which included appropriate profit—Another approach: to inquire where risk of ownership lies: with head office or permanent establishment—Upon review of evidence, under either test, deduction could not be allowed in circumstances of this case—Appeal should also be dismissed on ground purpose of 1942 Convention to prevent double taxation and tax evasion—Since notional rent never included as income in head office records, permanent establishment may not derive corresponding benefit of deduction for rent—To allow deduction would lead to avoidance of tax on rental income attributed to parent—Must be included as income in parent corporation's return—Claim would be contrary to purpose of 1942 Convention to allow foreign corporation's permanent establishment in Canada to deduct notional expenses as this would grant permanent establishment more favourable



**INCOME TAX—Continued**

tax treatment than its Canadian competitors in same industry not providing legal basis for disallowing these types of deductions—If 1942 Convention language allows for deduction of expense, that language should be followed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1—Convention and Protocol between Canada and the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion in the case of Income Taxes, being Schedule of The Canada-United States of America Tax Convention Act, 1943, S.C. 1943-44, c. 21, Art. III(I)—Income Tax Conventions Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. 1-4, s. 4(b)—Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, Art. 31 and 32—Model Double Taxation Convention on Income and on Capital (OECD Convention) in 1977.

**CUDD PRESSURE CONTROL INC. v. CANADA (A-369-95, Robertson, McDonald J.J.A., judgment dated 19/10/98, 22 pp.)**

Appeal from Tax Court of Canada decision concerning interpretation and application of concept of “reasonable expectation of profit”—Issue whether appellant operating beauty and tanning salon with reasonable expectation of profit during taxation years 1987 and 1988, in order to deduct losses incurred in operating this business from appellant’s other income—On March 19, 1981, appellant beginning to operate beauty salon with daughter Linda Labrèche—Appellant setting up business as investment, but also wanting to help children get established—Fixed asset costs remaining high—Business closing in 1988—Whether Tax Court Judge justified in stating [TRANSLATION] “a wise businessman would not have continued the business for purely business reasons” and in concluding [TRANSLATION] “the only reasons for continuing the business were family and not business reasons”—Tax Court Judge ignored some important aspects of evidence and incorrectly applied Federal Court of Appeal case law—Factors to consider to objectively determine whether taxpayer has reasonable expectation of profit found principally in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; *Morrissey v. Canada*, [1989] 2 F.C. 418; and *Landry, C. v. The Queen* (1994), 94 DTC 6624 (F.C.A.)—Trial Judge did not take other factors into account, including unforeseen difficulties caused by relocation of business in 1983 and start-up period required for all businesses of this type—Trial Judge gave family considerations far too much importance without sufficiently considering evidence, especially fact taxpayer also wanted to start profitable business—Trial Judge had to consider unforeseen difficulties taxpayer had to deal with from beginning of business due to the presence of motorcycle gang members near taxpayer’s first location—Appeal allowed.

**LABRÈCHE v. CANADA (A-429-95, Desjardins J.A., judgment dated 15/12/98, 11 pp.)**

**INCOME TAX—Continued**

Appeal from T.C.C. decision made under Income Tax Act, s. 37, Income Tax Regulations, s. 2900—Whether taxpayers obligated to adduce documentary evidence of test result in order to claim tax benefits available under legislation—Tax Court Judge imposing evidentiary burden under aegis of “repeatability” criterion—In 1982, Leonid Slonimsky, Daniel Dorcich conceived idea of developing concrete forming medium for cast-in-situ concrete construction in order to decrease costs, increase quality of insulation in formation of concrete panels in construction industry—In December 1982, appellant invested \$230,000 in project, through numbered company—Claimed deduction of \$160,000 in respect of scientific research under Act, s. 37(1)(a), research allowance of \$80,000 under s. 37.1(1), investment tax credit of \$40,000 under s. 127(9) in respect of 1982 taxation year—Expenditures disallowed by MNR—What constitutes scientific research for purposes of Act either question of law or mixed question of law and fact to be determined by Tax Court of Canada, not expert witnesses—Research must be directed toward meaningful technological advancement and involve element of creativity rather than mere application of routine engineering principles—Evidence of scientific research must be adduced by taxpayer in order to demonstrate such research undertaken, eligible for favourable tax treatment—Taxpayers must also demonstrate tests conducted in systematic fashion—Only way of establishing scientific research undertaken in systematic fashion to adduce documentary evidence revealing logical progression between each test, preceding or subsequent tests—If taxpayer has plausible explanation for failure to adduce such evidence, still open to court to hold, on balance of probabilities, systematic research undertaken—Also permissible to infer taxpayer had conducted systematic research where such research led to technological advancement—Whole foundation of scientific research provisions of Act, Regulations not resting solely on repeatability criterion—Tax Court Judge made two important findings: (1) testing undertaken, (2) research efforts constituted technological advancement—No need to impose additional evidentiary burden on taxpayer of having to adduce documentary evidence relating to repeatability of testing data—Appeal allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 37, 37.1, 127(9)—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 2900 (as am. by SOR/78-749).

**RIS-CHRISTIE LTD. v. CANADA (A-710-96, Robertson J.A., judgment dated 21/12/98, 9 pp.)**

Issue whether company such as respondent Pardee Equipment Ltd. may claim inventory allowance deductions under Act, s. 20(1)(gg) for goods, title of which held by another company, while many other incidents of ownership vested in taxpayer—Respondent in business of selling, servicing and renting “John Deere” heavy industrial equipment in several locations in Alberta—Dealer agreements with Deere Canada establish respondent authorized dealer of

**INCOME TAX—Continued**

John Deere equipment and contain terms and conditions which govern relationship—Agreements describing equipment as consigned goods and stipulate that Deere Canada retains title to consigned goods and that dealer will hold equipment as property of company until sold or leased on behalf of Deere Canada—Proceeds of sale of consigned goods designated as property of Deere Canada—Other “sold goods” sent to dealer on basis title to, ownership and right to possession transferred to dealer immediately upon receipt of payment—Inventory allowance deductions herein only claimed in respect of consigned goods—In December 1990, respondent commenced action seeking inventory allowance deductions for each of its 1983 to 1986 taxation years and investment tax credits for its 1983 to 1987 taxation years—Both actions allowed by Trial Judge—Trial Judge held, in spite of wording of dealer agreements, relationship between Deere Canada and respondent not properly characterized as consignment—Found transactions involving consigned goods properly characterized as sales subject to secured interest held by Deere Canada until purchase price fully paid—Found control exercised by Deere Canada over equipment more consistent with that of secured creditor than that of owner on basis that pieces of equipment in question could not be returned to Deere Canada and although equipment could be transferred between dealers, such transfers not cost neutral to respondent and required consent of other dealer—Trial Judge distinguished instant case from decision of this Court in *Canada v. Dresden Farm Equipment Ltd.*, [1989] 1 C.T.C. 99 (F.C.A.)—Finally, on facts of this case, Trial Judge found treating equipment as inventory of respondent consistent with ordinary accounting and business practices because risks and rewards associated with ownership primarily vested in respondent and not Deere Canada—Accordingly, Trial Judge found respondent “held” machines for sale within Act, s. 20(1)(gg) and entitled to inventory allowance deductions, and investment tax credits under Act, s. 127 for 1983 to 1987 taxation years—Revenue Canada initiated present appeal—Appeal allowed—Four preconditions must be satisfied before inventory allowance deduction can be claimed under Act, s. 20(1)(gg): (1) allowance must be claimed on cost amount of property at beginning of each taxation year; (2) property must be tangible property other than real estate or interest therein; (3) property must have been described in taxpayer’s inventory; and (4) property must have been for sale in ordinary course of taxpayer’s business—Only last two criteria in issue herein—Consignment relationship examined—Dealer assignments herein vest title to equipment in Deere Canada until equipment sold or leased to third party—Respondent responsible for paying full wholesale price to Deere Canada regardless of price at which equipment sold—Proceeds from sale or lease considered property of Deere Canada—No express right to return equipment to Deere Canada, but Deere Canada may direct dealer to ship equipment to any destination—Respondent may transfer goods to other dealers with permission of Deere Canada—Deere Canada performs periodic inspections

**INCOME TAX—Continued**

of its dealer sites and each dealer required to account for location of all equipment received on consignment—Fact respondent has no express right of return over equipment not determinative—Carry-over deposit payments more properly characterized as refundable deposits which serve as incentive to dealer to sell goods—Respondent’s argument terms and conditions of agreement indicating consignment relationship to be recast in light of ordinary commercial accounting and business practice cannot succeed—Terms of dealer agreement clearly indicate parties intended to enter into consignment relationship—Argument agreement not what appears to be could only be accepted if indeed totally impossible to understand and adapt rights and obligations actually flowing from contract with what parties intended them to be: *Sask. Wheat Pool v. R.*, [1985] 3 W.W.R. 385 (F.C.A.)—No ambiguity in terms of dealer agreement—Clearly, equipment held on consignment—Respondent intended to obtain, and did obtain, benefit of consignment agreement, namely interest-free financing of its business as industrial equipment dealer—Cannot be allowed now to seek to recast agreement as providing sufficient ownership interest in equipment for additional tax benefits—From examination of dealer agreements as whole and conduct of parties, relationship more properly characterized as consignment—Title never vested in respondent, but passed directly to retail purchaser or lessor through respondent as agent for Deere Canada—No cost amount as machines not purchased by respondent from Deere Canada—As respondent did not own equipment in question and not entitled to inventory allowance deductions under Act, s. 20(1)(gg), follows that respondent not entitled to investment tax credits claimed under Act, s. 127—Taxpayer must own equipment before investment tax credit can be claimed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(gg) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14; 1986, c. 6, s. 13), 127 (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 72; 1988, c. 1, s. 14).

CANADA V. PARDEE EQUIPMENT LTD. (A-423-97, McDonald J.A., judgment dated 22/12/98, 18 pp.)

**PRACTICE**

Judicial review of decision by Director, Ottawa Taxation Office, refusing to grant applicant waiver of requirement to file prescribed form and extension of time for making return or filing prescribed form for 1994 taxation year under Income Tax Act, ss. 220(2.1) and (3)—Form concerning tax credits for scientific research and experimental development activities—Application allowed—By limiting application of Act, s. 220(2.1) (which authorizes Minister to waive requirement to file forms or documents) to electronic document filing, as Director did, in accordance with departmental application policy, Director elevated guidelines to level of law, and accordingly limited decision-making authority in exercise of discretion conferred on Director by enabling statute—Exact opposite of *Maple Lodge Farms v.*

**INCOME TAX—Concluded**

*Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2—Director accordingly erred in law and unduly failed to exercise statutory discretion allowing Director to take into account particular circumstances of applicant—Matter therefore referred back to Minister to be reconsidered in accordance with instant reasons—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 220(2.1) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sche. VIII, s. 127), (3).

ALEX PARALLEL COMPUTERS RESEARCH INC. v. CANADA (T-1512-97, Pinard J., order dated 27/11/98, 10 pp.)

Application for determination of whether solicitor-client privilege in certain documents—Applicant solicitor for TEW Investments Ltd., André Desmarais—Served with requirement issued by Minister of National Revenue pursuant to Income Tax Act, s. 231.2(1) to provide all file, working papers, trust ledgers, cancelled cheques and memoranda pertaining to cheque No. 07552 dated November 7, 1997 for \$97,000.42 issued by law firm to order of TEW Investments—S. 232 exempting from right to refuse to disclose communication on ground of privilege, “accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque”—Conflict in case law as to whether cheque authorization from law firm subject of solicitor-client privilege, or falling within statutory exemption in s. 232(1)—Applicant relying on *Taves (K.E.G.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 347 (B.C.S.C.) wherein Baker J. held cheque requisition by law firm covered by professional privilege, not included in “accounting record” exception—As decision of British Columbia Supreme Court, and this case proceeding in that Province, such clear pronouncement usually regarded as dispositive, even if not binding on judge of Supreme Court of British Columbia—But this conclusion relied upon *Playfair Developments Ltd v. D/MNR*, [1985] 1 CTC 302 (Ont. S.C.) even though Galligan J. clearly came to opposite conclusion (i.e. cheque requisitions supporting vouchers for lawyer’s accounting record)—Galligan J.’s reasoning agreed with, and on plain meaning of s. 232(1), cheque requisition not subject of solicitor-client privilege—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.2(1), 232.

BURNETT v. M.N.R. (T-1208-98, Evans J., order dated 13/11/98, 9 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application for judicial review of interim decision made by adjudicator under Canada Labour Code, s. 240 refusing to grant non-suit against respondent’s case for dismissal of applicant for just cause—Applicant employed with respondent, Royal Bank of Canada, for 28 years before termination on November 25, 1996—On September 22, 1992, applicant received “final written warning” for failing to comply with

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

proper guidelines, procedures, that is issuing letter of credit resulting in unauthorized credit excess—Received second warning on March 6, 1995 in relation to another file in which advanced \$90,000 to client without obtaining proper security—In 1996, Bank aware of several errors, “deficiencies” in applicant’s work with regard to administration of group of companies known as “California Fitness” connection—Applicant also had administrative problems with regard to KTB Lifestyles Ltd., another company in California Fitness connection—Several meetings held with applicant to review situation, to afford him chance to provide explanation for problems—On November 25, 1996, applicant received brief letter of dismissal signed by Doug Finnie, bank manager—Complaint for unjust dismissal registered by applicant under Code, s. 240—Adjudicator appointed under s. 242 to hear applicant’s complaint—S. 243 operating as privative clause, protecting Adjudicator’s decision from review—Adjudicator rejecting applicant’s contention respondent’s failure to call Anne Lockie, Bank senior vice-president, general manager, to testify as to reasons for applicant’s termination fatal to case—Accepting respondent’s evidence at face value, concluding necessary facts for *prima facie* case made out—Evidence demonstrating applicant terminated because of failure to adhere to established lending guidelines—Bank’s documentation terminating applicant consistent with testimony as to reasons for applicant’s dismissal—Adjudicator’s final decision upholding Bank’s *prima facie* case for dismissal of applicant for cause—Court will depart from protective provisions of s. 243 only if adjudicator has so patently, unreasonably stepped outside jurisdiction conferred by Parliament that he can be perceived to have perverted, evaded, avoided, contradicted Parliament’s will—Nature of judicial review to determine whether open to tribunal, adjudicator to make decision it did on basis of evidence before it—Patently unreasonable test requiring courts to accord curial deference to adjudicator’s decision—S.C.C.’s decision in *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, holding, in labour relations context, standard of patent unreasonableness most appropriate one—Adjudicator denied applicant’s motion for non-suit on basis respondent Bank had established *prima facie* case—Decision based on evidence before her—Bank’s disciplinary procedures followed—Ms. Lockie not decision-maker—Lindberg, Finnie, who knew applicant personally, observed lack of competent judgment in performance of work, compositely “decision-maker”—Adjudicator correct to decline blaming employer for trying to rehabilitate applicant from errors between 1992 and November 1996—Adjudicator’s performance of duties, decision, order fair, reasonable—Application dismissed—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), 243.

MIHALICZ v. ROYAL BANK OF CANADA (T-176-98, Muldoon J., order dated 21/12/98, 18 pp.)

## MARITIME LAW

## PRACTICE

Bernard Jones, ship broker appointed acting Sheriff by order dated May 27, 1998 with authority for appraisal, sale of *Atlantis Two*—Order directing Sheriff to deposit proceeds of sale into court, produce bill of costs; costs of appraisal to be treated as Sheriff's costs payable out of proceeds of sale; setting Sheriff's commission at 1% of total price; granting to Sheriff, all interested parties liberty to apply—Vessel selling for US\$1,100,000—Sheriff producing account by way of bill of costs, supplemental bill of costs—Pressing Registry, assessment officer for early settlement of account—Federal Court Rules, r. 490(5), (6) providing for assessment of Sheriff's accounts, including participation of any party interested in proceeds of sale—Proceeds held in trust accounts governed by strict regulations concerning access—Never open to assessment officer to settle accounts except further to formal notice to interested parties giving them reasonable opportunity to participate—Sheriff not giving notice of accounts although sale order not exempting him from requirement—Neither Sheriff nor any claimant providing list of interested parties contemplated by r. 490(6)—First bill of costs indicating further accounts to be produced—Initial account for 50 hours at \$200 per hour for "Sheriff's time and costs"—Open to dispute whether sale order exempting Sheriff from operation of British Columbia Supreme Court Rules, Appendix C, Schedule 2, s. 5(b) settling hourly rate for sheriffs for arrest of ships—As of date first bill of costs filed, Sheriff not presenting any materials reassuring assessment officer no possibility of objections to any portion of account—Given regulations governing trust accounts, absence of application (which Registry itself could not make) by Sheriff or any claimant for directions, assessment officer deciding circulation of accounts should occur after full compliance with sale order—In absence of submissions clarifying hourly rate, no justification for putting interested parties to extra expense associated with circulation of multiple time frames addressing segments of accounts—Instead Registry directed to photocopy all of accounts, supporting materials, forward them to 20 interested parties contemplated by r. 490(6)—Given number of claimants potentially exchanging submissions, that no prior consents or waivers existed, r. 490(6), shorter time frame might have prejudiced claimants' rights relative to trust fund notwithstanding service providers pressing for settlement—Claimants filing objection to Sheriff's time at \$200 per hour, disputed agency fee—Neither Sheriff nor any claimant applied for directions waiving full effect of r. 490(6)—In absence of consents, waivers, full timetable circulated—Certificate of assessment issued assessing, allowing at CDN\$59,946.18, US\$19,229, GB£4,060 costs of acting Sheriff; assessment of remaining CDN \$11,000 disputed by claimants reserved pending expiry of last time limit for submissions—Sale order intended to fold expertise of ship broker into function of Sheriff, not to assign him dual functions—Bill of costs distinguishing roles

## MARITIME LAW—Continued

of Sheriff, ship broker, in terms of compensation, by associating hours with former, commission with latter—Tariff A, s. 4 providing amount payable for services of Sheriff shall be amount permitted for similar services by tariff of superior court of province in which services rendered—No motion brought for relief—Bound by tariff to British Columbia Supreme Court Rules: 50 hours at \$45 per hour plus 7% GST allowed for bill of costs—As to costs of preparation for this proceeding, acting Sheriff's situation similar to litigant filing bill of costs per s. 406(1) to initiate process of assessment of costs—Five hours for preparation of bill of costs, five hours for fielding questions from creditors/debtors allowed at \$45 per hour plus 7% GST—Two hours for discussions with Registry concerning delays in settlement of bill of costs disallowed—\$400 allowed for agency fees—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 406, 490, Tariff A, s. 4—Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, Appendix C, Schedule 2, s. 5(b) (as enacted by B.C. Reg. 534/95).

FRASER SHIPYARD AND INDUSTRIAL CENTRE LTD. V. EXPEDIENT MARITIME CO. (T-111-98, Stinson T.O., assessment dated 13/11/98, 15 pp.)

Motion pursuant to Federal Court Rules, r. 208 and Federal Court Act, s. 50 for Court to stay action brought by plaintiffs in Federal Court in favour of Cyprus as most appropriate forum for hearing matter—Vessel *Flare* sank in Gulf of St. Lawrence, in Canadian waters—Crew consisting of twenty-five members, mostly Filipino, only four of whom survived—Three Filipino and one Yugoslav survivor among plaintiffs—Rule in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897: existence of more appropriate forum must be clearly established to displace forum selected by plaintiff—Defendants putting forward four factors to this end: (1) plaintiffs' employment contracts including clause designating Cyprus as forum for settling any disputes; (2) *Flare* flying Cypriot flag and documents pertaining to vessel issued by authority of government of Cyprus; (3) defendants carrying on business in Cyprus; (4) fault alleged against defendants originating in Cyprus—Motion dismissed—(1) Far from clear Cyprus has become designated forum for dispute such as one at bar—Individual contracts tend to suggest law of Philippines rather than law of Cyprus—Consequently, if Philippine law must prevail, Federal Court as competent to apply Philippine law as courts of Cyprus—(2) and (3) Contradictory evidence submitted by plaintiffs (flag only flag of convenience; true owners Greek nationals whose business conducted in Greece and not Cyprus; true manager of ship allegedly Greek), therefore defendants' evidence concerning these two factors can only have relative value—Furthermore, it appeared nearly all documents in question not issued from Cyprus but from places as varied as London, South Korea, Cuba and Greece—(4) Allegation initially based on premise Cyprus really defendants' princi-

**MARITIME LAW—Concluded**

pal place of business, premise seriously called in question by plaintiff's evidence—And it appeared from fault alleged against defendants by plaintiffs that such fault could hardly be seen as occurring only at that place of business—Although some key witnesses reside outside Canada, ship went down in Canadian waters and people participating in rescue operation apparently Canadian—Cyprus does not have documentary disclosure rules as liberal as Canada, liability limit in Cyprus ten times lower than in Canada—It cannot therefore be said Cyprus would not occasion any legal gains for defendants or losses for plaintiffs—Defendants have not discharged burden of proof of persuading Court that in circumstances Cyprus should be seen as most appropriate forum for hearing plaintiffs' action—Taking into account all factors listed in r. 400(3), and in particular factors mentioned in r. 400(3)(a), (c) and (g), fair and reasonable to award plaintiffs costs at maximum of column V at Tariff B in each of two cases concerned here—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 208, 400(3)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

NAPA V. ABTA SHIPPING CO. (T-387-98, Morneau P., order dated 20/11/98, 20 pp.)

**NATIVE PEOPLE**

Judicial review of motion passed by Band Council allowing Noel Syrette to rescind letter of resignation—Syrette, other councillors elected December 8, 1996—On January 12, 1998 Syrette submitting undated letter of resignation—Not attending next three regularly scheduled Council meetings—Council ceased paying to him honorarium paid to councillors—On March 9, 1998 Council passing resolution acknowledging Syrette's decision to rescind undated letter of resignation—Motion to rescind letter of resignation *ultra vires*—Syrette abandoned position—*Robert's Rules of Order*, Toronto: Coles, 1980, providing duties of position not abandoned until resignation accepted, or at least until reasonable opportunity for it to be accepted—That Indian Act, s. 78(2)(b)(ii) permitting Minister to declare vacant position after councillor missing three meetings suggesting three meetings constituting "reasonable opportunity" for Council to accept resignation—That Council stopping payment of honorarium, inviting Syrette to attend Council meeting as guest, allowing him to miss three meetings following resignation strongly suggesting Council accepting, or at least acquiescing in, Syrette's decision to resign—*Obiter dicta*: s. 78(2)(a)(ii) providing office of councillor vacant when incumbent resigning—Neither Act nor Regulations specifying procedure for resignation of Band Councillor—Where no procedure for resignation provided, must turn to common law (*Corp. of County of Pontiac v. Pontiac Pacific Junction Railway Co.* (1888), 11 L.N. 370 (Que. S.C.), requiring corporation to manifest acceptance of offer to resign by entry in public books—Acceptance merely procedural requirement—Case law not giving Council discretion to accept, reject resigna-

**NATIVE PEOPLE—Concluded**

tion as would extend acceptance beyond procedural requirement, create discretionary powers not specified in Act—*Sault v. LaForme*, [1989] 2 F.C. 701 (T.D.) confirming Band Council creature of statute, powers limited to those found in statute—Corollary to where Council not having authority to declare Councillor's position vacant for unacceptable conduct, neither does it have authority to force Councillor to stay in position once tendering resignation—Acceptance" meaning Council in receipt of resignation; Syrette's resignation not effective until Council acknowledging it; as soon as Council acknowledging receipt of resignation, i.e. when it placed letter on January 19, 1998 agenda, Syrette's seat on Council vacant—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 78(2)(a), (b).

AGAWA V. BATCHEWANA BAND (T-764-98, Tremblay-Lamer J., order dated 16/10/98, 11 pp.)

**PAROLE**

Applicant, scheduled for release on parole on July 18, 1997, but National Parole Board ordered he not be released before November 2000, expiry date of sentence now serving—Application for judicial review attacking Board's Appeal Division decision confirming Board's decision on basis Board relied upon prejudicial undisclosed evidence in reaching decision—Board's decision based on finding pursuant to Corrections and Conditional Release Act reasonable grounds to believe offender likely to commit violent crime before expiration of offender's sentence according to law—Issue whether Appeal Division committed reviewable error in not finding Board made error respecting disclosure of evidence pursuant to Act, s. 141(1)—Policy of Correctional Service and Board with respect to Act, s. 141(1) that information provided by police on parole matter not be provided to inmate concerned, but that summary be provided instead—In present case, policy only reason prompting summary to be given—No suggestion in record that exceptions in Act, s. 141(4) (allowing withholding of evidence on grounds of public interest or jeopardy to persons, institutional security, or lawful investigation) ever relied upon—Application allowed—Breach of s. 141(1) constituting failure to observe codified principle of fundamental justice, and by s. 147(1)(a) specifically within appeal jurisdiction and obligation of Appeal Division to properly evaluate—Two omissions in criminal profile report, or summary, of quality which, if unprovided on disclosure, constitute failure to observe statutory requirement of fundamental justice—Failure of Appeal Division to find that this non-disclosure constitutes breach of s. 141(1) reviewable error in law—Applicant entitled to new hearing on merits before different decision makers—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 141(1), (4), 147(1)(a).

MACKIE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2192-97, Campbell J., order dated 25/11/98, 7 pp.)

## PATENTS

Judicial review seeking order prohibiting Minister from issuing notice of compliance (NOC) to Apotex for antibiotic norfloxacin until expiry of Merck's patent protecting process for production of anti-bacterial agents, including norfloxacin (patent 961)—Proceedings under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations s. 6(1) for order prohibiting Minister from issuing Notice of Compliance (NOC) until after expiration of patent by way of judicial review—Party initiating proceedings (Merck) must disprove allegations in NOC—When determining whether allegations justified, Court must decide whether, based on facts as assumed or proven, allegations would give rise in law to conclusion patent would not be infringed by respondent—Respondent (Apotex) required to adduce evidence to support position process non-infringing—If respondent's supporting evidence weak, easier for applicant to displace such evidence—Merck must prove, on balance of probabilities, Apotex's allegation of non-infringement not justified; lower bar than hurdle of proving infringement—Burden on applicant to prove evidence provided by respondent not justifying allegation, not allegation having no merit—Apotex serving NOC claiming norfloxacin made by non-infringing process—Two differences between two processes at issue: starting compounds not identical; Apotex's process requiring two additional steps—No weight attached to evidence of one of Apotex's expert witnesses as not neutral—Apotex's other key witness relying on four patents to establish evidence upon which formulating opinion—Patents issued subsequent to filing of application for patent 961 irrelevant for purpose of proving prior art, except patent 466 whose relevance established in *Abbott Laboratories, Ltd. v. Nu-Pharm Inc.*, [1998] F.C.J. No. 1393 (C.A.) (QL)—As improvement patent, respecting prior art, no weight placed on difference between patent 466 and patent 961—As result no weight given to second expert's opinion relied upon by Apotex—Contents of new drug submission regarding Apotex's application for NOC irrelevant to these proceedings: *Smithkline Beecham Pharma Inc. et al. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) et al.* (1997), 138 F.T.R. 310 (F.C.T.D.)—As objective of exercise to test, determine strength of allegation, must consider evidence according to established patent infringement considerations—Necessary to construe scope of claims of patent 961—Text of claims, state of art at time of filing application for 961, conveying intention to provide broad protection—As to whether Apotex's process within scope of claims of patent 961: (1) variant having no material effect upon way invention working; (2) this would have been obvious at date of publication of patent to reader skilled in art; (3) reader skilled in art would not have understood from language of claim patentee intended strict compliance with primary meaning essential requirement of invention—Apotex's primary opinion evidence weak—Merck discharging burden to prove allegation of non-infringement not justified—Application allowed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-

## PATENTS—Continued

133, ss. 5 (as am. by SOR/98-166, s. 4), 6 (as am. *idem*, s. 5).

MERCK FROSST CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1502-96, Campbell J., order dated 18/12/98, 26 pp.)

## PRACTICE

Confidential information—Appeal from Morneau P.'s ruling certain documents filed on behalf of respondent RhoxalPharma Inc. not confidential and not subject to protective order issued in this proceeding in April 1998—Applicants (Astra) hold patent on omeprazole tablets, gastric reduction medicine sold under trade name "Losec"—RhoxalPharma generic drug manufacturer and distributor of drugs intending to market version of omeprazole allegedly not infringing applicants' patent—Andrx Pharmaceuticals (Andrx), not party to action, generic drug company who developed "novel and innovative pharmaceutical formulation" of omeprazole tablets not infringing Astra patents—Andrx has agreed to sell non-infringing formulation to RhoxalPharma—Fact Andrx supplier of RhoxalPharma entered as evidence in public record and no longer confidential—Astra obtained NOC from MNHW with respect to patented omeprazole tablets—Astra considered first person under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—RhoxalPharma second person—Latter filed two affidavits and designated them as confidential information—Astra challenged designation, as permitted by protective order—Issue whether Morneau P. erred in law in interpreting and applying terms of protective order—Appeal granted—Two steps involved for protective order: one subjective, one objective—Based on reasoning in *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.* (1993), 51 C.P.R. (3d) 305 (F.C.T.D.), protective order will issue in relation to information to be produced if moving party believes its proprietary, commercial and scientific interests would be seriously harmed by producing information upon which those interests based—In present case, Teitelbaum J. found evidence sufficient to satisfy test and protective order issued in April 1998—Protective order specifically providing in event of challenge, party asserting confidentiality shall have burden of proving on balance of probabilities information in fact confidential—In effect, objective test—Morneau P. erred when agreed that subjective test (asserting party's belief) proper test to apply when determining confidentiality of information under protective order—Test cannot be limited to requiring moving party to prove information not type contemplated by paragraph 18 (broad provision which merely states type of information that should generally be excluded from assessment)—Protective order specifically allowing party to submit challenged information to objective evaluation—Scheme under protective order providing appropriate safeguards and emphasizing balance between

**PATENTS—Continued**

openness of process and *bona fide* interests of parties—Proper test at this stage twofold: (1) whether information has been treated by party at all relevant times as confidential; (2) whether asserting party has demonstrated that on balance of probabilities, its proprietary, commercial and scientific interests could reasonably be harmed by disclosure of information—Evidence establishing RhoXalPharma has treated information as confidential—Morneau P. erred in not finding evidence has demonstrated RhoXalPharma could reasonably be harmed by disclosure of challenged information—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

AB HASSLE V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-366-98, Tremblay-Lamer J., order dated 18/12/98, 22 pp.)

Motion by main respondent Apotex to dismiss prohibition proceedings—Motion in response to applicant Bayer's motion to prohibit Minister of Health from issuing to Apotex notice of compliance (NOC) in respect of drug "Nifedipine" on ground sale of drug by Apotex would constitute infringement of Bayer's Canadian patent no. 1,222,950 (950 patent) (Adalat XL)—Bayer alleging: (1) Apotex's notice of allegation (NOA) covering same drug issued in earlier proceedings, which were discontinued; (2) Apotex's tablet not bio-equivalent to Adalat XL osmotic tablet and, if it is, then would infringe 950 patent; (3) NOA invalid and void—Apotex responded by saying: (1) no evidence of infringement of 950 patent; (2) grounds raised by Bayer irrelevant or not of justiciable nature; (3) filing of new NOA by Apotex not abuse of process and doctrine of *res judicata* not applicable—Motion dismissed—Burden of Apotex of convincing Court motion should be dismissed quite high—*Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484 (F.C.T.D.) suggesting conflicts between public safety-driven statute such as Food and Drugs Act and proprietary-driven statute such as Patent Act not easily reconciled, however following established: (1) burden of proof on applicant responding to NOA to prove, on balance of probabilities, one or more allegations in NOA not justified; (2) Court had no authority, during effective currency of proceedings, to compel production of evidence and there was no oral or documentary evidence; (3) Court cannot require that samples of drug proposed to be marketed be provided by applicant; (4) Court without jurisdiction to order filing and service of detailed statement or further and better detailed statement; and (5) case law has established that facts asserted in NOA to be taken as true until disproved—Proceedings neither infringement actions, nor actions for declarations of non-infringement—Proceeding summary one not designed to replace action between parties—Procedure herein meant to enable Minister to deal with application for NOC only when can be reasonably satisfied it will not issue in face of evidently infringed product—Absent such order, Minister

**PATENTS—Concluded**

free to deal with NOC in accordance with procedures set out in Food and Drugs Act—Rights of patentee in no way affected by ministerial proceedings—Conclusions: (1) allegation found in Apotex's NOA not bare assertion of non-infringement but specific allegation of fact at foundation of assertion of non-infringement; (2) transitional provisions found in new Regulations, s. 9 not grounds to raise procedural defects, but still remain matter for debate; (3) Bayer's argument Apotex cannot develop tablet bio-equivalent to 950 patent without infringing it not completely bereft of merit; (4) any doubt as to sufficiency of allegations must be resolved in favour of Bayer—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 9 (as am. by SOR/98-166, s. 9)—Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870.

BAYER INC. V. APOTEX INC. (T-420-98, Joyal J., order dated 16/12/98, 20 pp.)

Application by Pro Doc Ltée to dismiss prohibition application of applicants under Regulations amending Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(5)(b)—Product in question ticlopidine hydrochloride which inhibits blood clotting, reducing risk of stroke in certain high risk individuals—Patent in question No. 1,176,170 (170 patent) owned by Syntex (U.S.A.) Inc.—170 patent subject of two prior notices of allegation by Nu-Pharm Inc., Apotex Inc.—Applicants brought prohibition applications in both of prior cases—Prohibition applications dismissed—Construction of words "which is" in claim 1 at issue—Words limiting claim to composition comprising, among other things, one of non-volatile organic acids listed—Prohibition application herein abuse of process—Repetitious litigation on issue fully litigated, lost in prior proceedings—To allow applicants to proceed would be to allow clear abuse of process—Issue herein same issue as in Nu-Pharm, Apotex cases—Applicants for prohibition same, patent at issue same, notice of allegations virtually identical—Litigation abuse of process as attempting to retry same issue already determined in three separate proceedings against applicants—Motion to dismiss prohibition application granted, prohibition application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(5)(b) (as enacted by SOR/98-166, s. 5).

HOFFMANN-LA ROCHE LTD. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1363-98, Rothstein J., order dated 19/11/98, 9 pp.)

**PENITENTIARIES**

Application for judicial review of decision of warden of Correctional Service of Canada's Regional Reception Centre—Warden approving applicant's transfer to medium-

**PENITENTIARIES—Concluded**

security Archambault Institution—Warden's decision based on notice of recommendation of involuntary transfer dated January 20, 1998—Risk of applicant's escape no longer acceptable in minimum-security institution—Applicant challenging transfer, arguing transfer unfounded in law—French version of Corrections and Conditional Release Regulations, s. 18 differs from English version—According to English version, in order to be classified as minimum security, inmate must meet dual requirements of s. 18(c)(i), (ii) because Parliament used word "and"—French version, by using word "*soit*" [or], requires inmate meet just one of criteria set out in s. 18(c) to be classified as minimum security—Two versions irreconcilable—Parliament's intent better conveyed by English text—Foremost goal of Service to protect public—Therefore reasonable that inmate meet greatest number of criteria possible in order to be classified as minimum security, and that classification be raised as soon as inmate no longer lives up to one of criteria—Interpretation would explain use of word "or" between criteria set out for medium and maximum classifications, each criterion representing violation of one of two requirements for minimum classification—Since reports show applicant actively seeking to escape, with intention of planning big job, applicant required moderate degree of supervision and control within penitentiary—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 18(c).

PITRE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-367-98, Rouleau J., order dated 26/1/99, 7 pp.)

**PENSIONS**

Judicial review of Veterans Review and Appeal Board's denial of Clayton Matchee's pension entitlement—While serving in Somalia as member of Canadian Armed Forces, Matchee arrested in connection with investigation into torture, murder of Somali teenager—Within 24 hours of arrest, Matchee found hanging by combat boot laces from roof beam of bunker in which confined—Guards cut him down, thereby saving his life—Matchee suffered anoxic encephalopathy, brain damage—In February 1995, Canadian Pension Commission denying application for pension entitlement for Matchee's disability on ground disability resulting from improper conduct—Decision affirmed by Review Panel, Appeal Panel—Pension Act, s. 3(1) defining "improper conduct" as wilful disobedience of orders, wilful self-inflicted wounding, vicious or criminal conduct—S. 22(1) prohibiting award of pension when disability due to improper conduct—S. 39 requiring Appeal Panel to draw from all circumstances of case and all evidence presented to it every reasonable inference in favour of applicant—Must also resolve any doubt in weighing of evidence in favour of applicant—Panel not giving appreciable weight to psychiatric opinion, in form of questions, answers to hypothetical

**PENSIONS—Continued**

questions, based on brief statement of facts, public knowledge of events, but no medical examination—No direct medical evidence as to state of Matchee's mental health prior to incident—Panel concluding no evidence applicant incapable of forming intent to injure himself, or even that incapable of rational thinking—No reviewable error with respect to finding attempted suicide wilful, self-inflicted—As to intention to wound, applicant relying on Board's decision in *Billard* (VAB/VB-10966) for contention wilful, self-inflicted wounding involving intention to do act, as well as result—Submitted Matchee not obtaining result intended—Whether difference between intending to kill oneself, intending to wound oneself within meaning of s. 3—Act of attempted suicide by hanging necessarily involving self-inflicting injury which may or may not result in death—Actions clearly directed at self-injury sufficient to result in death—Likely death would have occurred except for interruption of guards—But facts not supporting finding of improper conduct—(1) Plain meaning proper approach to legislative interpretation of Act—S. 2 requiring liberal construction, interpretation to provide compensation to disabled veterans, families—(2) 1980 amendments to s. 22(1) removing "death" from section dealing with improper conduct suggesting Parliament not intending to penalize dependants of those who committed suicide or intentionally wounded themselves resulting in death—Death, disability not having same meaning—While death not resulting herein, Court not satisfied attempted suicide resulting in brain damage, where no evidence of falseness or artifice, amounting to improper conduct—(3) With respect to wilful, self-inflicted wounding, s. 22(1) designed, in part, to discourage spurious disability claims—No evidence suggesting purpose of attempted suicide to fake suicide attempt in order to obtain pension for himself, family—Panel erred in law by misapprehending meaning of statute, application of law to facts—Reasonable apprehension of bias not demonstrated—Appointment of larger panel shortly before hearing commenced not giving rise to reasonable apprehension of bias simply because larger panel not common, lawyers not appointed or two new members formed part of majority—No evidence of attitudinal bias, or pre-determination of issues—While no interpretation hearing held, applicant having every opportunity to present argument on question of statutory interpretation prior to Appeal Panel rendering decision—Delay in reaching, promulgating decision not constituting evidence of reasonable apprehension of bias—Delay more consistent with indecision than interference with process or biased appraisal of issues—Nothing improper in delay—Matchee not treated so differently that reasonably well-informed person, viewing matter practically, realistically would think reasonable apprehension of bias existed—As to failure to follow previous Panel's decisions, while consistency in decision-making desirable as enhancing equality before law, reducing arbitrariness, tribunal must remain flexible so can make decision on legal principles believes pertinent to case before it—Application allowed—



**PENSIONS—Concluded**

Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 2, 3(1) "improper conduct", 22(1), 39 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 28; S.C. 1995, c. 18, s. 57).

**MATCHEE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**  
(T-1489-87, Wetston J., order dated 5/1/99, 29 pp.)

Judicial review of Veterans Review and Appeal Board decision upholding Entitlement Review Panel's dismissal of claim for disability pension—Applicant veteran of Second World War, Korean War—During Korean War, after firing many rounds from 60 mm mortar, became completely deaf for few days—Never reported loss of hearing—Discharged as medically fit, although examination not including audiogram—After discharge experienced hearing difficulties—In 1976 ear, nose, throat specialist concluding strong possibility injury partially caused by blast—After 1976, hearing declined further—In 1997 second specialist reporting profound loss in both ears requiring hearing aids; expressing opinion previous noise exposure likely major cause of hearing loss—Veterans Review and Appeal Board Act, s. 39 directing Board to draw every reasonable inference from evidence in favour of appellant; accept as true credible, trustworthy evidence produced by claimant; in weighing evidence, resolve any doubt in favour of appellant—S. 3 requiring liberal interpretation of Board's powers, duties, functions, in recognition of Canada's debt to war veterans—Board accepting principal primary facts on which applicant basing claim i.e. exposed to excessive noise while on active military service, and hearing now seriously impaired—But not satisfied causal link between facts because applicant not seeking medical attention until 1976, 24 years after incident to which attributing aural difficulties—That relatively minor hearing loss in 1976 more serious by 1997 suggested to Board applicant's disability attributable to post-discharge factors—Application allowed—Board could only have reached its conclusion by misdirecting itself on effect of s. 39—While not creating reverse onus by requiring respondent to establish veteran's medical condition not attributable to military service, going considerable distance in this direction by requiring benefit of any reasonable doubt be given to claimants—Applicant's explanation for failure to seek medical attention sooner plausible—Claim exposure to excessive noise from mortar significantly aggravating otherwise natural process to point now deaf appearing reasonable—Although no certainty as to causal link between noise to which applicant exposed while on military service and deafness, applicant producing sufficient credible evidence about cause of hearing loss that if Board complying with directions in s. 39, must in law have upheld claim—Board erred in law by basing refusal on patently unreasonable finding of fact in light of evidence, relevant statutory provisions—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. C-18, ss. 3, 39.

**METCALFE V. CANADA** (T-1136-98, Evans J., order dated 6/1/99, 10 pp.)

**PRACTICE****AFFIDAVITS**

Motion to have application dismissed as applicant had not filed affidavit as required by r. 306—However, Rules silent about case of appeal from Citizenship Judge's decision, as herein, where applicant not seeking to rely on affidavit evidence but on record before Citizenship Judge and to have matter reheard without filing additional evidence—By analogy with r. 308, respondent had 30 days from end of time limited for filing of applicant's affidavit within which to file his own affidavits—Court granting extension of time for filing respondent's affidavits to 30 days from date of present order and adjusting all other times to flow therefrom as if that filing were at correct time—Motion otherwise dismissed—Federal Court Rules, SOR/98-106, rr. 306, 308.

**CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**  
**V. LAU** (T-1207-98, Giles A.S.P., order dated 10/12/98, 3 pp.)

**CONTEMPT OF COURT**

Ivor Hughes, senior, respected member of Intellectual Property Bar, found guilty of contempt of Court for having disclosed confidential material contrary to terms of protective order—Hughes not intending to breach or disregard Court order, but acted on error of law in interpretation of order—Error of law same as that committed by experienced Trial Judge acquitting Hughes of contempt—Material disclosed by Hughes confidential only to own client—Breach purely technical, committed in good faith—But as officer of Court, Hughes owing higher duty to respect, enforce Court orders—Customary to require persons found guilty of contempt to pay costs on solicitor-and-client basis to party bringing matter to Court's attention—Party assisting Court in enforcement of orders, respect for orders should not, as rule, be out of pocket for trouble—Solicitor-and-client costs incurred by applicant at first trial, in Court of Appeal, herein, amounting to \$160,000, excluding \$20,000 incurred in unsuccessful attempt to appeal to Supreme Court of Canada—Hughes ordered to pay costs to applicant in amount of \$15,000, discharge granted.

**PFIZER CANADA INC. V. APOTEX INC.** (T-2389-94, Hugessen J., order dated 18/12/98, 4 pp.)

**DISCOVERY***Examination for Discovery*

Motion for order striking A.S.P.'s dismissal of motion seeking substitution of representative produced for discovery by Attorney General—Main action alleging plating process in Mint's new facility being constructed in Winnipeg infringing Westaim's patent—Counterclaim alleging patent

**PRACTICE—Continued**

invalidity—Attorney General added as plaintiff by counterclaim—Pierre Tremblay examined as representative of Mint, Attorney General—Tremblay working at Mint since graduation from high school—Never member of Patent Office, staff of Attorney General—Answered 16 out of 99 questions—Remainder either refused, taken under advisement, undertaken or answered by counsel—A.S.P. dismissing motion to substitute informed representative without reasons—Federal Court Rules, 1998, r. 237(2) providing where Crown to be examined for discovery, Attorney General shall select representative to be examined on its behalf—Broader than former R. 456, confining Crown deponents to officers, servants—R. 241 providing for general obligation to inform oneself—Court will not normally intervene in Crown's selection of officer unless demonstrated nominee not informed, capable of being informed of facts essential to issue upon which discovery pursued: *Ermineskin Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development)*, [1995] 3 F.C. 544 (T.D.)—Two pleaded issues regarding Attorney General: patent validity; whether Attorney General estopped from challenging patent validity on any matter previously considered by Patent office during prosecution of patent—Patent office file only information directly available to Attorney General—Tremblay reviewed file—Most of questions refused to answer relating to Attorney General's motivation in seeking to impeach patent—Motion dismissed—A.S.P.'s decision not manifestly wrong—Majority of objections based on relevance of questions—Relevance of individual questions, and refusal not argued herein—Not sufficient basis for Court's intervention pursuant to r. 237(3)—If questions relevant, may be necessary at later stage to move for substitution—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 237, 241—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 456 (as am. by SOR/90-846, s. 15).

WESTAIM CORP. V. ROYAL CANADIAN MINT (T-453-98, Wetston J., order dated 23/12/98, 11 pp.)

Appeal from Trial Division order refusing to compel answers to questions categorized under "Acquiescence and Laches" and "Anticipation"—Pleadings indicating respondent relying upon defences of acquiescence and laches, anticipation—For defence of acquiescence to be made out, defendant must be able to satisfy several elements or requisites including mistaken belief as to party's legal rights, doing of some act on faith of mistaken belief: *Canadian Superior Oil Ltd. et al. v. Paddon-Hughes Development Co. Ltd. et al.*, [1970] S.C.R. 932—Motions Judge neglecting these principles—Respondent's knowledge of rights, actions taken in asserting those alleged rights relevant to this issue at discovery stage—Questions in "Anticipation" category relevant on discovery, ought to be answered as well—Fair amount of latitude allowed on discovery provided question relevant to issues raised by pleadings; whether such question relevant, admissible at trial matter for trial judge: *McKeen*

**PRACTICE—Continued**

*and Wilson Ltd. v. Gulf of Georgia Towing Co. Ltd.*, [1965] 2 Ex.C.R. 480—Appeal allowed with costs.

GLAXO GROUP LTD. V. NOVOPHARM LTD. (A-408-98, Stone J.A., judgment dated 20/11/98, 3 pp.)

*Production of Documents*

Main action for American towage services rendered to ship *Cosanova* then on charter to Overseas Maritime Services S.A. (Overseas)—*Cosanova* sank and action directed against sistership *Trinity*—Present application for production of all of accounts of plaintiffs for three ships Overseas had on charter and to which Bay-Houston Towing (BHT) rendered services; all of plaintiffs' documents related to subsequent bankruptcy of Overseas; copies of any communication between BHT and Overseas before towing services rendered to *Cosanova*, which might indicate who requested services and terms thereof; any file of BHT, in connection with *Cosanova*, which might explain why BHT continued to provide services to Overseas over 3- or 4-month period when BHT accounts not being paid—Application denied—Had application for further documents been under former R. 448, motion would have been denied, in all probability without reasons, characterizing it as fishing expedition—Whereas counsel for defendant submitting production of documents under present rules and specifically r. 222(2) broader, *Sgayas D. et al.*, *Federal Court Practice, 1998* (Carswell) and Hughes, Roger T. *1998/89 Annotated Federal Court Act and Rules* (Butterworth) of view production of documents now narrower—Relevancy defined in r. 222(2): "document of party is relevant if party intends to rely on it or if document tends to adversely affect party's case or to support another party's case"—On strict reading of this definition of relevancy, in r. 222(2) party, arguably, might not have to produce document relevant in traditional sense and which supports own case, but upon which that party does not intend to rely—In that sense, new rule for production of documents may be narrower than R. 448—In addition, old R. 448, as interpreted by Federal Court, required production of any document which might reasonably be supposed to contain information which may directly or indirectly enable party requiring production to advance his own case or to damage case of adversary—Furthermore, under old Rules, for defendant to seek production of documents in question would have been held fishing expedition where defendant neither able to show material had some semblance of relevancy nor, by persuasive evidence, to demonstrate that such documents available—In present case, applicant has neither produced any persuasive evidence additional documents available nor that relevant information has been suppressed—Mere suspicion document exists, or that might be relevant, fishing expedition—Not necessary to decide limits of r. 222(2)—Sufficient, for purposes of deciding this motion, to determine that new definition of relevancy

**PRACTICE—Continued**

certainly not broader and very likely narrower than concept of relevancy set out in traditional case law—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 448 (as am. by SOR/90-846, s. 15)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 222(2).

GALEHEAD INC. v. TRINITY (THE) (T-1074-97, Hargrave P., order dated 3/11/98, 9 pp.)

**DISMISSAL OF PROCEEDINGS***Want of Prosecution*

Status review—Main action Charter-based attack upon validity of Immigration Act and particularly s. 40.1 thereof—Plaintiff has now been deported from Canada and cannot return to this country for trial or pre-trial purposes—In deciding in what manner to exercise wide discretion granted to it by r. 382 at conclusion of status review, following notice of status review pursuant to rr. 380 and 381, Court needs to be concerned primarily with two questions: what are reasons why case has not moved forward faster and do they justify delay that has occurred; and what steps is plaintiff now proposing to move matter forward?—Two questions clearly inter-related in that if good excuse for delay, Court not likely to be very exigent in requiring action plan from plaintiff—On other hand, if no good excuse advanced to justify delay, plaintiff should be prepared to demonstrate that he recognizes that he has responsibility to Court to move action along—Declarations of good intent and desire to proceed clearly not enough—Fact defendant may have been lax largely irrelevant: primary responsibility for carriage of case normally resting with plaintiff and at status review, Court will look to him for explanations—Plaintiff herein came up short on both aspects of test—Appropriate case for order of dismissal for delay—Admission by counsel that whatever issues still remain lively in this action are being advanced in another action remove whatever residual interest plaintiff may have in obtaining declarations of invalidity—Order dismissing action for delay would not, of course, have effect of *res judicata*—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 380, 381, 382—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31).

BAROUD V. CANADA (IMM-4914-94, Hugessen J., order dated 24/11/98, 5 pp.)

**PLEADINGS**

Motion to compel production of legal opinion received by defendant on grounds of waiver of solicitor-client privilege—Litigation where plaintiffs seek injunction to restrict defendant from using words “Engineer” and “Engineering”

**PRACTICE—Continued**

in connection with degree program offered by Computer Science Department—In-house counsel’s voluntary elaboration on opinion at discovery constituted voluntary waiver of privilege—Motion allowed.

CANADIAN COUNCIL OF PROFESSIONAL ENGINEERS V. MEMORIAL UNIVERSITY OF NEWFOUNDLAND (T-1164-97, Rothstein J., order dated 9/11/98, 4 pp.)

*Motion to Strike*

Motion by respondents to strike out application for judicial review by reason of late filing of originating notice of motion, or for order striking out paragraphs of affidavits of Beth Parkinson, Chrisanna Sampson, Roy Lee—Motion by applicants to strike out two affidavits of Richard Montminy sworn December 20, 1995, September 10, 1997—Judicial review relating to new telephone system, installed for use by inmates in federal correctional centres, called Millennium Telephone System—Application for judicial review might be struck out where so clearly improper as to be without possibility of success—Counsel for applicants arguing installation of Millennium Telephone System not static written decision, rather decision made over time, fluid decision, within concept discussed by Lutfy J. in *Hunter v. Canada (Commissioner of Corrections)*, [1997] 3 F.C. 936 (T.D.)—Directive under review in *Hunter* amended from time to time, last amended version being produced after judicial review application filed—Plea of limitation not sufficient ground to strike out statement of claim—In case of action, correct procedure to plead limitation, then set matter down as question of law before trial—Same principle applicable to striking out of originating notice of motion, notice of application—To move to strike out judicial review proceeding, procedure designed to be summary in nature, in effect motion upon motion, waste of time, resources for all concerned—In alternative, respondents seeking to have portions of various affidavits struck out on basis that, except on interlocutory matters, affidavits must be confined to facts of which witness has personal knowledge—Whether parties ought, for sake of efficiency and as practical exercise of judicial discretion, to be permitted to strike out each other’s affidavits at all—Affidavits, portions of them may be struck out in special circumstances where affidavit abusive, clearly irrelevant, or where party obtained leave to admit evidence in fact inadmissible, or where court convinced admissibility should be resolved at early date to allow hearing to proceed in orderly manner—Affidavits containing conjecture, speculation, legal opinions improper, but hearsay evidence now admissible depending upon reliability, necessity—Impugned paragraphs, for most part, hearsay but that in itself not ground for striking them out—Little of any relevance, substance struck from Montminy’s affidavits—To allow filing of further material would delay matters to no benefit—Judicial discretion to strike out affidavits, portions of affidavits to be exercised cautiously, only in clear circum-

**PRACTICE—Continued**

stances—Best to leave trial judge to assess weight, admissibility of rest of affidavit material.

ALCORN V. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONS) (T-1945-97, Hargrave P., order dated 11/9/98, 16 pp.)

Appeal from Senior Prothonotary's denial of application to strike out plaintiff's statement of claim—Notice of compliance (NOC) issued to defendant (SKB) for diphtheria, tetanus, acellular pertussis vaccine on December 17, 1996—No steps taken towards marketing vaccine in Canada—On June 23, 1998 patent issued to plaintiff for invention entitled "Purification of a Pertussis outer membrane Protein"—Plaintiff alleging SKB would infringe patent if marketed vaccine in Canada—Federal Court Rules, 1998 permitting Court to strike pleading if discloses no reasonable cause of action or if otherwise abuse of Court's process—SKB submitting onus met because *quia timet* action based on hypothetical concerns because two years since SKB received NOC, no marketing activity in that period alleged in statement of claim, no steps taken toward marketing of vaccine alleged—Whether conditions for valid *quia timet* action demonstrated on face of amended statement of claim—Review of case law disclosing following allegations required on face of statement of claim initiating *quia timet* proceedings alleging patent infringement: statement of claim must allege deliberate, expressed intention to engage in activity, result of which would raise strong possibility of infringement; activity to be engaged in must be alleged to be imminent, and resulting damage to plaintiff must be alleged to be very substantial if not irreparable; facts pleaded must be cogent, precise, material, not indefinite, or speaking only of intention or amounting to mere speculation—Against those criteria, no facts pleaded in amended statement of claim either speaking to deliberate intention or going to imminent damage—Facts pleaded speaking to speculation based solely on facts SKB obtaining NOC for its vaccine two years ago, related to manufacturer of vaccine in Belgium, vaccine marketed in countries other than Canada—No imminent allegedly infringing action pleaded—Plaintiff failing to allege on face of amended statement of claim proper basis for *quia timet* action—Appeal allowed, amended statement of claim struck in its entirety without leave to amend both on ground amended statement of claim disclosing no reasonable cause of action, otherwise abuse of process of Court—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221.

CONNAUGHT LABORATORIES LTD. V. SMITHKLINE BEECHAM PHARMA INC. (T-1290-98, Gibson J., judgment dated 18/12/98, 12 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Motion to stay proceedings in case of citizenship revocation where Trial Judge has only to render decision—Mover

**PRACTICE—Continued**

Narvey public interest advocate purporting to represent not only himself but also unincorporated association (within meaning of r. 2) Coalition of Concerned Congregations on the Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity Including Those of the Holocaust—Congregations' written consent required by rr. 104(1)(b), 109, 114, 119, 120 missing—Narvey denied intervener status when sought to stay Trial Judge's rendering of judgment on basis of alleged apprehension of bias—Narvey appealed denial of standing and brought present motion to stay all proceedings in main case—True meaning of staying proceedings to silence Trial Judge—Court has no power to prevent superior court judge of even jurisdiction from rendering decision—Only courts of appeal empowered to do so—Furthermore, this Court habitually declines to stay proceedings, including even enforcement proceedings, pending appeal—Motion to stay dismissed, with costs—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 2, 104(1)(b), 109, 114, 119, 120.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. KATRIUK (T-2408-96, Muldoon J., order dated 3/12/98, 5 pp.)

Motion for order expediting hearing of appeal, staying proceedings in underlying reference before F.C.T.D. pending resolution of present appeal—Appeal from order of Nadon J. dismissing appellant's motion for leave to intervene sought with view of convincing Nadon J. to recuse himself on account of reasonable apprehension of bias—Appellant contending should Nadon J. render decision before appeal could be decided, relief sought will become nugatory—Requesting interim injunction preventing Nadon J. from rendering decision—Nadon J. holding not open to appellant to raise issue parties themselves chose not to raise—Issue raised in underlying appeal not whether appellant had standing to intervene but whether bias could only be asserted by parties and whether bias alleged by appellant as intervener could be established—Appellant unable to demonstrate irreparable harm or balance of convenience favours granting requested injunction—Basis for "irreparable" nature of harm alleged by appellant resting entirely on Citizenship Act, s. 18(3)—Bias, whether real or apprehended, going to jurisdiction—Decision on reference rendered without jurisdiction not decision "under" Citizenship Act, s. 18, not decision to which limitation in s. 18(3) applies—Absence of jurisdiction, if established, always coupled with remedy as going to authority to decide—Right of non-party to bring appeal where party concerned fails to do so recognized—If appellant correctly holds view Nadon J. biased, remedy will lie irrespective of whether Nadon J. renders decision—Balance of convenience not operating in favour of appellant—Public interest requiring citizenship revocation cases be dealt with in timely matter without undue delay—Appellant having already caused extensive delay by preventing Nadon J. from rendering decision, asking Court to further extend delay—Balance of conveni-

**PRACTICE—Concluded**

ence favouring interest of parties, public generally in seeing reference come to timely conclusion—Motion dismissed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18(3).

NARVEY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-522-98, Noël J.A., order dated 7/1/99, 7 pp.)

**SUMMARY JUDGMENT**

Two motions for summary judgments under r. 216—First motion from defendant to strike out plaintiff's statement of claim—Second motion from plaintiff to strike out statement of defence—Plaintiff completing employment application for positions of air traffic controller, flight services specialist with Transport Canada—Scored 100% on air traffic controller written aptitude test, but failed oral interview—Filed complaint against Transport Canada to Human Rights Commission alleging racial discrimination—Plaintiff filing statement of claim based on "slanderous and libelous remarks" made by John S. Navaux of Transport Canada during Canadian Human Rights Commission's investigation on November 11, 1996—Defendant stating that on November 11, 1996, Navaux, Aubry ceased to be her employees—Navaux, Aubry, other employees employed by Nav Canada Ltd., ceased to be employed by defendant on November 1, 1996—Whether Navaux, Aubry Crown servants when alleged statements made or merely witnesses summoned to testify before Canadian Human Rights Commission—Both called upon by Canadian Human Rights Commission to be interviewed concerning events occurred while employed by Transport Canada—At time of interview, not employees of Transport Canada, had no mandate to bind former employer as agents—On November 11, 1996, Navaux, Aubry not servants of Crown as defined under Crown Liability and Proceedings Act, s. 3(a)—Action against Crown not founded upon tort committed when being interviewed as witnesses—No genuine issue for trial under r. 216—Summary judgment awarded to defendant—Plaintiff's motion for summary judgment dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 216—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3(a).

AYANGMA V. CANADA (T-34-98, Dubé J., judgment dated 29/12/98, 8 pp.)

**PUBLIC SERVICE****LABOUR RELATIONS**

Judicial review of adjudicator's decision respondent, civilian employee of Department of National Defence, entitled to acting pay at rate of pay for Major in Armed Forces—Respondent, whose occupation classified as level EG-05, performing duties of Major, apart from military

**PUBLIC SERVICE—Continued**

duties, on acting basis—Paid at lowest rate of pay for EG-06—Grieved, alleging entitled to rate of pay of Major, but prepared to accept highest rate of pay for EG-06—Adjudicator holding Master Agreement, clause M-27.07 providing entitled to acting pay as if appointed to higher classification level—Apparently relying upon *Francoeur v. Canada (Attorney General)* (1996), 112 F.T.R. 113 (F.C.T.D.) wherein Richard J. holding clause M-27.07 availing to benefit of employee even when duties employee performed not covered by same bargaining unit—F.C.A. subsequently reversing Richard J. ((1997), 220 N.R. 51) on basis judicial intervention not warranted as adjudicator's decision French version of clause M-27.07 restricted classifications to levels under collective agreement not unreasonable—Whether clause M-27.07 allowing for recognition of higher classification outside hierarchy of classifications of collective agreement applicable to respondent—Standard of review from decision of adjudicator under Public Service Staff Relations Act patent unreasonableness—While F.C.A. apparently of view more restrictive interpretation of clause M-27.07 not unreasonable, not determinative of matter as substance of decision that Trial Division erred in interfering with adjudicator's decision because not unreasonable—Although seems as if classifications should be those recognized by collective agreement only, without more than clause M-27.07 before Court, unable to say Adjudicator's decision patently unreasonable—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CLEARY (T-1533-96, Rothstein J., order dated 11/1/99, 6 pp.)

**SELECTION PROCESS***Competitions*

Application for judicial review of Appeal Board decision allowing respondent's appeal against selection made for appointment in closed competition for EX-02 positions in CIDA—Respondent, PM-05, screened out as competition opened only to EX group in scientific and professional categories—Respondent appealed pursuant to Public Service Employment Act (PSEA) and Constitution Act, 1982, s. 52(1), challenging authority of Public Service Employment Regulations, s. 27 (appeal under s. 21 cannot be entertained where employee excluded in executive group and appointed to another position in that group), alleging it infringed Charter, s. 15—Board, considering it had power to do so since it could be impliedly conferred from tribunal's statutory enabling powers, took upon itself authority and determined Regulations, s. 27 could be ignored or was unconstitutional and allowed appeal—Application allowed—Careful reading of PSEA and particularly s. 21 thereof limiting Appeal Board to fact finding—Administrative tribunals have no independent source of jurisdiction pursuant to Constitution Act, 1982, s. 52(1)—Evident from careful

**PUBLIC SERVICE—Continued**

reading of PSEA that Appeal Board has not been granted any powers to interpret law and therefore could not entertain constitutional challenge—Public Service Employment Regulations, 1993, SOR/93-286, s. 27 (as am. by SOR/95-568)—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15) s. 21—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—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II], s. 52(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PERERA (T-2386-96, Rouleau J., order dated 17/12/98, 8 pp.)

Judicial review of deployment investigator's (investigator) report, following respondent's complaint, that deployment of one Leung to position of AU-05 in Verification and Enforcement Division of Revenue Canada in breach of Public Service Employment Act, s. 34.2(2), and abuse of authority—Prior to deployment, Leung had, along with five others, won closed competition for promotion from AU-04 to AU-05 within Revenue Canada—Promotions appealed to PSC Appeal Board (AB)—Judicial review of AB's decision allowing appeal, on ground selection process flawed, still pending—Investigator found deployment in effect promotion contrary to AB decision as PSC should have given effect to AB decision and revoked all candidates' promotions, including Leung's, and also found improper exercise of deputy head's discretion over deployment within Department—Issues (1) whether investigator exceeded legal authority when investigated whether Leung held substantive AU-05 position at time of deployment; (2) whether investigator erred in law in holding Act, s. 21(3) did not authorize Commission to refuse to give effect to AB's decision pending outcome of application for judicial review of that decision; (3) whether investigator erred when concluded on facts Leung's deployment not in accordance with Act and abuse of authority; (4) whether Court should use discretion and refuse to grant relief on ground application for judicial review premature, since investigator's report and recommendations have not yet been referred to PSC for its consideration in accordance with Act, s. 34.5—Application dismissed—(1) Clear investigator not precluded from considering whether deployment constituted promotion—Since power to investigate deployment obviously includes investigation of propriety thereof, investigator must be able to consider any matters relevant to inquiry, including events that took place before deployment occurred—Broad interpretation of scope of investigator's jurisdiction consistent with overall scheme of 1993 amendments—Accordingly, investigator did not exceed scope of authority by considering whether Leung's earlier promotion from AU-04 to AU-05 had been effectively cancelled as result of AB's decision allowing appeal of unsuccessful candidate—(2) and (3)

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

Investigator correct in holding Act, s. 21(3) not authorizing PSC, for purposes of efficiency, to delay giving effect to AB's decision unless and until AB's decision set aside on application for judicial review—AB determined "defect in due process" of selection within meaning of Act, s. 21(3)—Act, s. 21(3) not enabling PSC to stay implementation of AB's order, as it sees fit—PSC may take such measures as it considers necessary to remedy defect—However, suspending implementation of AB's decision pending determination of judicial review application not rationally related to remedying defect in selection process identified by AB—In fact, resulted in perpetuation of problem because of subsequent deployment—Revocation of appointment, following appeal being upheld, serves to ensure that merit principle protected by erring on side of AB findings; results of continuing appointment disastrous to that principle and to credibility of appeal process—Furthermore, AB Practice and Procedures Guide stating: AB decision final and immediately binding on parties and successful candidates and remains so as long as not quashed by Federal Court, or unless stay of execution granted by Court—Commission exercised its discretion under Act, s. 21(3) for improper purpose or by taking into account irrelevant consideration, and deployment of Leung consequently abuse of process—Fact only PSC, and not AB, may formally revoke Leung's promotion did not justify PSC's conduct herein—Investigator right to regard PSC as having done what it was under legal duty to do, so that at deployment, Leung held substantive AU-04 position—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 21(3) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16), 34.2 (as enacted *idem*, s. 22), 34.5 (as enacted *idem*).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. HASAN (T-649-98, Evans J., order dated 9/11/98, 20 pp.)

**RCMP**

Judicial review of Level II Adjudicator's decision affirming Level I Grievance Adjudicator's dismissal of grievance with respect to refusal to promote applicant to rank of Staff Sergeant-Major (S/S/M)—Applicant member of RCMP—Elected Division Staff Relations Representative (DSRR) in 1987—DSRRs represent interests of members with respect to staff relations matters—Subsequently re-elected three times—During service as DSRR held rank of Staff Sergeant—During third term requested promotion to next substantive non-commissioned rank retroactive to first election as DSRR based on RCMP Administrative Bulletin AM-940, providing regular member on DSRR assignment shall be promoted to next substantive rank if, at any time during second or subsequent term on DSRR assignment, and having held present rank for minimum two years, member meeting national average for promotion to rank—Request denied on basis Commissioner approving abolition of rank of S/S/M in May 1975 effective with discharge of last

**RCMP—Concluded**

surviving member—Application dismissed—(1) In technical area of promotion in organization such as RCMP, substantial deference, albeit somewhat short of standard of “patent unreasonableness”, appropriate with respect to issues of fact—(2) Applicant not arguing procedural unfairness or lack of jurisdiction—Arguing Adjudicator’s decision to effect promotion to rank of S/S/M not open to applicant by reason of policy decisions of Force and constant practice of Force, not reasonably open to Adjudicator—Based on material before Court, reasonably open to Adjudicator to conclude policy approved by Commissioner in 1975 effectively revoked any authority other than his own to appoint S/S/Ms and in result, appropriate no national average for promotion to rank identified in light of Administrative Manual—No basis to conclude Adjudicator making reviewable error in failing to consider question of promotion of applicant to rank other than S/S/M—(3) Applicant arguing doctrines of legitimate expectation, estoppel by representation applying to preclude Adjudicator from reaching decision did—Citing Evans, J.M. et al., *Administrative Law: Cases, Text and Materials*, 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery Ltd. (1989): legitimate expectation important source of procedural rights, and indications will be expanded to include substantive rights—Such “indications” not realized in this Court—In *Gonsalves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 130 F.T.R. 269 (F.C.T.D.), Muldoon J. citing *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170 wherein stated doctrine of legitimate expectation creating only procedural, not substantive rights; affirmed by *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525 and applied in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621 (C.A.)—Applicant seeking substantive rights, i.e. right to promotion, not procedural rights—Representation of fact allegedly made in Administrative Bulletin AM-940 as to right to promotion conditional—Not enough to give rise to legitimate expectation or to create estoppel—Even if it were to do so, no substantive right would arise—Under Federal Court Rules, 1998, in matter such as this, costs would normally follow event—Given concerns reflected in conclusion (i.e. Force never more than implicitly abolished rank of S/S/M, failed to reflect in Administrative Bulletin AM-940 implicit abolition) different result regarding costs justified—Applicant acting entirely reasonably in pursuing matter to this level, and induced into so doing by RCMP’s failure to clarify policies, Administrative Bulletins as applied to request by applicant for promotion to rank of S/S/M—Applicant entitled to out-of-pocket disbursements fixed at \$500, notwithstanding unsuccessful before this Court—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106.

BRENNAN V. CANADA (INSPECTOR, GRIEVANCE ADJUDICATOR, RCMP) (T-504-98, Gibson J., order dated 10/11/98, 14 pp.)

**TRADE MARKS****EXPUNGEMENT**

Application for expungement of trade-mark “Booster” in association with beauty, hair salon products—Jean Patou Inc. seeking to market in Canada certain wares under trade-mark “Booster”—Respondent Luxo Laboratories Ltd. manufacturing, distributing, selling hair care products, aftershave, bath, other beauty products—Current registered owner of trade-mark “Booster”—Trade-mark first registered in Canada in 1920 by Canadian Booster Company Ltd.—In 1989, Luxo acquired rights to registration by way of assignment from immediately previous registrant—Trade-marks Office notifying Patou application not registrable as confusing, under Trade-marks Act, s. 12(1)(d), with Luxo’s mark—Patou filing application under Act, s. 57 for order: (1) expunging Luxo’s trade-mark “Booster”; (2) amending entry in register by adding words “for the hair salon market” to description of Luxo’s wares—Distinctiveness essence of any protectable trade-mark, foundation of trade-mark law—Act, s. 12(1)(b) providing trade-mark not registrable if clearly descriptive of character or quality of wares with which used—On evidence, Patou has not established word “booster” clearly descriptive term for type of hair care products described in Luxo’s list of wares—No evidence “Booster” describes action of any of Luxo’s products—Mark not used in descriptive manner—Dictionary entries introduced by parties not defining “booster” in relation to hair products—Word “Booster” not clearly descriptive—Nothing in definition of “distinctive”, in Act, s. 4(1) requiring registered owner of trade-mark to identify itself on label of products with which it associates trade-mark—No evidence of second source of Booster products—Luxo’s use of “The Canadian Booster Company” reflecting Luxo’s own registration of trade name in December 1995—Even if respondent mere distributor, trade-mark “Booster” registrable by it as long as distinctive of wares—No evidence mark “Booster” distinctive of wares of entity other than Luxo—Abandonment question of fact to be determined according to circumstances of each case—“Booster” dominant image communicated by Luxo’s labels—Addition of “Canadian”, tiger-head design to label minor—Public would perceive mark “Booster” as being used despite addition of other words, graphics to label—No evidence Luxo abandoned trade-mark through non-use, ever intended to do so—Court having broad supervisory power over register of trade-marks, may expunge, amend entry on register which ceases to “accurately express, define existing rights” of apparent owner—Luxo’s existing statement of wares also preventing Patou from registering own trade-mark, exposing Patou to action for infringement under Act, s. 20—By limiting use of Luxo’s trade-mark in manner sought by Patou, Court would be fettering Luxo’s rights in way not contemplated by Act, ss. 19, 57—Power to amend register as set out in s. 57(1) only to be exercised when trade-mark otherwise open to expungement—Circumstances of present case not warranting

**TRADE MARKS—Continued**

amendment sought by Patou to limit Luxo's rights to certain markets—Application dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4, 12(1), 20, 57(1).

JEAN PATOU INC. v. LUXO LABORATORIES LTD.  
(T-713-97, Lutfy J., order dated 30/12/98, 22 pp.)

**REGISTRATION**

Appeal from Registrar's decision rejecting opposition of American Association of Retired Persons (AARP) to registration of trade-mark CARP & Design by Canadian Association of Retired Persons (CARP) for use in association with (1) operation of association promoting rights of Canadians 50 years or older and (2) providing assistance to Canadians 50 years or older to obtain special rates, discounts and services from general business community—Registrar found CARP had used its trade-mark in association with first service at claimed date of first use, but not second—Registrar also granted registration of mark in association with general interest periodicals, newspapers and pamphlets directed to retired persons, but not magazines—Appellant argued finding concerning first service incorrect; on cross-appeal CARP argued Registrar incorrect in finding concerning second service—Appellant also argued Registrar erred in finding no confusion with appellant's trade-mark and that CARP's mark distinctive as of date of filing of opposition—Appeal dismissed, cross-appeal allowed—Evidence established use of trade-mark in association with both sets of services in its application by claimed date of first use—Court not persuaded evidence establishing use or making known of AARP as trade-mark in Canada prior to September 1985, but no need to reach final conclusion on point—No likelihood of confusion or lack of distinctiveness—Applicant and opponent different entities offering services to different members in different countries—Recognition of equivalency between parties due to similarity in corporate names rather than similarity in respective acronyms.

AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS v.  
CANADIAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS  
(T-638-97, Reed J., judgment dated 10/12/98, 19 pp.)

Appeal against Registrar of Trade-marks' decision dismissing opposition by appellant to respondent's application to register "Micropost" for use in association with "point of sale terminals incorporating all purpose cash register and typing functions"—Appeal dismissed—Appellant's assertion of virtual monopoly on use of word "post" unacceptable—Word "post" in English has great variety of meanings, most of which do not describe or even suggest wares and services provided by appellant—"Post" common part of name of magazines and newspapers, hotels

**TRADE MARKS—Continued**

and breakfast cereals—Therefore, no reasonable person would assume, infer or suggest that because trade-mark contains word "post", it must, in some way, be connected to appellant—New or expanded products of appellant, such as "Intelpost", "Telepost" etc. must bear relationship to appellant's primary business of carrying mail—Appellant may have monopoly of word "post" *simpliciter* for mail services; it has none for its use in combination with other words in connection with other services—"Micropost" therefore not confusing—Distinctive and not in breach of any statutory prohibition.

CANADA POST CORP. v. MICROPOST CORP. (T-1978-97,  
Hugessen J., order dated 26/11/98, 8 pp.)

Appeal from Registrar of Trade-marks' decision maintaining respondent's registration of trade mark "Vitaliano Pancaldi" (White) & Design in association with "high fashion clothing for women and men and ready-to-wear clothing, namely: ties and foulards"—Registrar also finding mark used on invoices not substantially different from trade-mark as registered, even though square design surrounding design "Pancaldi" omitted; photocopies of labels sufficient to establish use since statements of facts in affidavit indicating trade-mark associated with clothing items; pocket scarf is foulard—Trade-marks Act, s. 45 requiring owner of registration to show whether trade-mark as registered in use in Canada at any time during three years prior to issuance of notice—In response to s. 45 proceedings, respondent filing affidavit, exhibits in support thereof—To illustrate use of trade-mark, introducing into evidence by way of affidavit invoices showing sales of ties, pocket scarves bearing trade-mark "Vitaliano Pancaldi", as well as photocopied samples of labels—Appellant submitting mark shown on invoices, labels not showing mark as registered—Only element missing rectangular shape around words and V design—Appeal dismissed—(1) In holding deviation minor, not apt to deceive, cause injury, Registrar applied proper test as stated in *Registrar of Trade Marks v. Compagnie Internationale pour l'informatique CII Honeywell Bull*, [1985] 1 F.C. 406 (C.A.)—(2) Owner having duty to lead best evidence as to use of trade-mark in Canada—Evidence in form of photocopies not necessarily resulting in invalid registration—Only issue whether evidence showing use of trade-mark as registered in Canada—Evidence adduced by way of affidavit showing use of trade-mark as registered—Labels used in association with wares—Clear, unequivocal mark used in relation to ties, foulards—(3) In light of dictionary definitions, pocket scarf is foulard—Standard of review on appeal requiring Court be clearly satisfied Registrar came to wrong conclusion on facts or erred in law before Court interfering with Registrar's decision—Registrar not committing any reviewable error—Evidence clearly showing use of trade-mark as registered with respect to wares in Canada as required by s. 45—Trade-marks Act,



**TRADE MARKS—Concluded**

R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200).

*MANTHA & ASSOCIATES V. LE CRAVATTE DI PANCALDI S.R.L.* (T-2534-97, Teitelbaum J., order dated 13/11/98, 16 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of Umpire's decision holding Canada Employment and Immigration Commission could not invoke extended time of 36 months provided in Unemployment Insurance Act, s. 43(6), as Commission had chosen not to impose penalty under Act, s. 33, when claimant has "made a statement . . . that he knew to be false or misleading"—Umpire erred in finding connection between ss. 33 and 43(6)—Applicable test not same, as s. 33 requires claimant "knew" statement to be false or misleading—Fact Commission decided not to exercise discretion provided in s. 33 in no way prevents Commission from considering false or misleading statement within meaning of s. 43(6) made, and accordingly taking advantage of extended time of 36 months to reconsider claim for benefit—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 33, 43(6).

*CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PILOTE* (A-868-97, Décary J.A., judgment dated 15/12/98, 2 pp.)

Application for judicial review of Tax Court of Canada (T.C.C.) decision upholding M.N.R.'s decision holding applicant's insurable earnings for period in question exclude amounts applicant received from insurance company under wage loss insurance contract applicant's employer had taken out for employees' benefit—T.C.C. decision upheld, but on different grounds—Under applicable Act and Regulations, person's insurable earnings may, contrary to statement of

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

T.C.C., come from someone other than employer—Nevertheless, earnings must be paid for services performed in insurable employment—Insurance benefits paid to applicant clearly not paid to compensate applicant for services performed in course of employment.

*GAGNÉ V. M.N.R.* (A-87-98, Pratte J.A., judgment dated 2/12/98, 3 pp.)

Application for judicial review of Umpire's decision regarding application of Unemployment Insurance Regulations, s. 58—Court asked to specify how to allocate earnings of teacher having signed part-time teaching contract under agreement between Catholic school boards' management bargaining committee and teachers' union represented by Centrale de l'Enseignement du Québec—Teacher such as applicant, with contract taking effect August 24, 1993, and ending June 29, 1994, paid from August 24, 1993, to June 29, 1994—Whether, when allocating salary of claimant who was part-time teacher in qualifying period, salary received should be allocated to each week of employment period or only weeks in which services performed, which in case at bar would exclude weeks of Christmas and Easter holidays—Based on Supreme Court of Canada judgment in *Dick et al. v. Deputy Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 243, Commission of view s. 58(3) applied—Umpire agreed with Commission—Supreme Court's reasoning on allocation issue in *Dick* must not prevent clear provisions of s. 58(4) from applying to cases like case at bar—S. 58(4) applies here—Therefore, allocation over whole period, including Christmas and Easter holidays—Application allowed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 58(3) (as am. by SOR/92-164, s. 16), (4) (as am. *idem*).

*BRUNEAU V. CANADA (EMPLOYMENT INSURANCE COMMISSION)* (A-113-98, Décary J.A., judgment dated 4/12/98, 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.*

## AGRICULTURE

Appel interjeté du rejet, par la Section de première instance, d'une demande de contrôle judiciaire visant le programme de livraison de grains pour 1995-1996 ([1998] 2 C.F. 156)—Le programme de livraison comprenait deux volets—Dans le cadre du volet des livraisons fondées sur la surface cultivée, la Commission annonçait au début de la campagne agricole les demandes de livraison concernant les catégories précises de grain—Les demandes de livraison étaient fonction de la surface cultivée que le producteur avait choisi d'affecter au programme de livraison—Cette quantité était inscrite dans le carnet de livraison du producteur—Chaque producteur avait le droit de livrer la plus forte des deux quantités suivantes; un minimum de 30 tonnes de la qualité de grain visée par la demande de livraison, ou le total de la surface cultivée multiplié par le chiffre prévu dans la demande de livraison fondée sur la surface cultivée—S'agissant des livraisons prévues par contrat, les producteurs pouvaient proposer de vendre, dans le cadre de quatre contrats différents (dont chacun prévoyait une date limite différente), un type de grain précis, dans des quantités fixées au préalable, d'une catégorie et d'une qualité elle aussi spécifiées—Les conditions de l'offre étaient consignées par le producteur dans son carnet de livraison—Les producteurs étaient libres, jusqu'à la date limite d'inscription, de modifier la quantité de grain offerte—Passée cette date limite, la Commission devait, dans les 18 jours, annoncer les quantités qu'elle accepterait—Aux termes du contrat, la Commission était tenue de demander qu'on lui livre les quantités acceptées—Si la Commission acceptait une quantité de grain inférieure au total de la quantité offerte, le producteur pouvait, dans un délai de 14 jours, résilier le contrat—Les producteurs qui ne livraient pas au moins 85 p. 100 de la quantité de grain demandée dans le cadre d'un contrat de livraison, étaient considérés comme ayant manqué à leurs obligations contractuelles et pouvaient être tenus au versement de dommages-intérêts conventionnels, la Commission pouvant également annuler le contrat ainsi que tout autre contrat de livraison conclu avec le même producteur—L'appelante affirme que la Commission a commis un

## AGRICULTURE—Suite

triple excès de pouvoir 1) en concluant des contrats qui ne constituent ni des accords en vue de l'achat des grains ni des mesures utiles à l'exercice de ses activités, contrairement à ce que prévoit l'art. 6b) et k) de la Loi; 2) en délivrant des carnets de livraison qui n'autorisent pas la livraison de grain, contrairement à l'art. 26(1) de la Loi; et 3) en imposant des pénalités excessives qui font que les contrats en question ne sont pas principalement conclus dans l'intérêt des producteurs—L'appel est rejeté—1) Les producteurs doivent solliciter la délivrance d'un carnet de livraison—Les conditions applicables au contrat de livraison sont consignées dans ces carnets—Une des principales conditions veut que les producteurs ne puissent pas revenir sur la quantité de grain qu'ils ont offert de livrer avant l'expiration d'une période de 18 jours suivant la date limite—Les producteurs acceptent ces conditions lorsqu'ils précisent, dans leurs demandes de carnet de livraison, la quantité de grain affectée à telle ou telle série de contrats—Ce verrouillage des quantités au début de la période de 18 jours suivant la date butoir pour chaque série de contrats n'est qu'une étape du processus devant aboutir au contrat de livraison prévu dans la série en question—La décision de la Commission concernant la quantité de grain qu'elle entend accepter donne naissance à un contrat de livraison aux termes duquel la Commission est tenue d'accepter la livraison du grain spécifié, et de le payer—Le producteur dispose d'un délai de 15 jours pour annuler le contrat si la Commission n'accepte pas l'intégralité de la quantité offerte—L'art. 6b) et k) autorise la Commission à prendre, de façon générale, les mesures utiles à l'exercice de ses activités—L'appelante n'a pas démontré que ces pouvoirs ne sont pas suffisamment larges pour englober les étapes prévues dans les contrats de livraison—2) Selon l'art. 26(1), la Commission est tenue de délivrer des carnets de livraison autorisant les livraisons de grain—Le «carnet de livraison» est défini à l'art. 2(1) comme étant un carnet de livraison délivré par la Commission pour une campagne agricole—«Contingent» est défini comme étant la quantité de grain, sur la quantité produite sur une terre désignée dans un carnet

**AGRICULTURE—Fin**

de livraison, dont la livraison est autorisée et que la Commission détermine au besoin, soit en indiquant que telle quantité peut être livrée pour tel nombre d'acres, soit par une autre indication—Il n'y a rien d'illégal à ce que la Commission, s'agissant de livraisons calculées en fonction de la surface cultivée, délivre des carnets de livraison où figure non pas une quantité de grain mais un certain nombre d'acres de surface cultivée, surtout si l'on tient compte des mots «pour tel nombre d'acres, soit par une autre indication»—La méthode utilisée pour établir le contingent attribué à chaque producteur relève des larges pouvoirs de la Commission de concevoir et de mettre en œuvre un système de contingentement—Selon l'art. 28a), b) et c), la Commission peut fixer les modalités de délivrance des carnets de livraison—Peu importe que la Commission consigne dans le carnet de livraison les offres qui lui sont faites plutôt qu'un montant déterminé de grain qui devra être livré—L'élément essentiel de la Loi est ce système de contingents, qui finit par se refléter dans le carnet de livraison une fois fixées les quantités que la Commission est prête à accepter—3) La clause des dommages-intérêts conventionnels a été adoptée en réponse aux producteurs eux-mêmes, afin d'assurer que le coût des livraisons non effectuées serait assumé par des producteurs qui n'ont pas respecté leurs engagements contractuels envers la Commission—Ils correspondent aux coûts des livraisons manquées, y compris le montant des ventes non effectuées, les surestaries, les frais d'annulation des contrats, les frais découlant d'une utilisation moins efficace des réseaux de distribution, l'atteinte à la réputation de fournisseur fiable, le besoin de livrer aux clients une qualité supérieure de grain afin que la Commission puisse respecter ses propres engagements—Rien dans le dossier n'indique pourquoi avait été ajoutée la faculté d'annuler tous les autres contrats de livraison, mais le bon sens porte à penser qu'il est raisonnable d'exclure un producteur qui a de façon répétée manqué aux obligations qui lui incombaient dans le cadre du programme—Aucun élément de preuve n'étaye la thèse de l'appelante ou confirme si les sanctions ont été effectivement appliquées—Faute de faits précis, la Cour ne peut se prononcer sur cet argument—L'appelante n'a pas été capable de dire au regard de quel critère un tribunal judiciaire pourrait évaluer l'«intérêt des producteurs»—La question ne saurait être tranchée dans le vide—Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 2(1) «carnet de livraison», «contingent», 6b),k), 26(1), art. 28.

ALBERTA C. CANADA (COMMISSION DU BLÉ) (A-863-97, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 23-11-98, 18 p.)

**ALIMENTS ET DROGUES**

Pratique—Requête présentée par les fabricants de médicaments génériques Apotex Inc. et Novopharm Ltd. pour être

**ALIMENTS ET DROGUES—Suite**

ajoutées comme défenderesses ou comme intervenantes à l'action ainsi qu'à l'appel de la décision par laquelle le juge Evans a rejeté la requête en jugement sommaire de la demanderesse le 3 novembre 1998—Les demandresses sollicitent également une ordonnance modifiant ou annulant l'ordonnance de confidentialité prononcée par le juge Pinard le 13 juillet 1998—L'action principale vise à obtenir un jugement déclaratoire contre le défendeur, le ministre de la Santé, à l'égard de l'interprétation et de l'application de l'art. C.08.004.1 du Règlement sur les aliments et drogues—Bayer a acquis le droit de distribuer le médicament X et a déposé une présentation de drogue nouvelle (PDN) conformément à la procédure d'obtention d'avis de conformité du Programme des produits thérapeutiques (PPT) de Santé Canada—Le PPT a informé Bayer qu'il allait délivrer un avis de conformité à un second fabricant—Bayer prétend que l'action du PPT n'est pas conforme à l'art. 1711 de l'Accord sur le libre-échange nord-américain (ALENA), car l'art. C.08.004.1(1) établit un délai de cinq ans pendant lequel l'innovateur est protégé de la concurrence des fabricants de médicaments génériques—L'art. 1711 impose un délai de protection de cinq ans à compter de la date à laquelle l'approbation de commercialisation du produit est donnée—Le défendeur soutient que le médicament de Bayer n'entre pas dans le champ d'application du Règlement et que, si c'était tout de même le cas, la protection demandée par Bayer n'est accordée que dans des situations tout à fait exceptionnelles—Au mois de juillet 1998, la Cour a prononcé une ordonnance de confidentialité prévoyant la mise sous scellés de documents afin d'assurer leur confidentialité—Au mois de septembre 1998, Bayer a présenté une requête en jugement sommaire—Au mois de novembre 1998, la requête a été rejetée parce que le médicament X constituait une «drogue nouvelle» au sens de l'art. C.08.001 du Règlement, et qu'il était visé par l'art. C.08.004.1—Cette disposition n'offre pas aux innovateurs une protection analogue à celle qui est conférée par un brevet—En outre, le ministre ne se fonde pas nécessairement sur les renseignements contenus dans la PDN de l'innovateur lorsqu'il étudie une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) en vue d'un avis de conformité; ce sont plutôt les renseignements contenus dans la PADN qui forment la base de la décision et les fonctionnaires du ministère de la Santé sont surtout préoccupés de veiller à ce qu'elle établisse l'équivalence pharmaceutique et la bioéquivalence de la drogue nouvelle à celle de l'innovateur (appelée le produit canadien de référence)—Le critère applicable à l'intervention a été énoncé dans les décisions *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 261 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Rothmans, Bensons & Hedges c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 C.F. 84 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1990] 1 C.F. 90 (C.A.) et appliqué dans la décision *Holiday Park Developments Ltd. c. R.* (1994), 75 F.T.R. 76 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—L'issue de l'action principale aura nécessairement un effet sur les requérantes, car elle peut influencer sur la façon de préparer les futures PADN au ministre—Le différend porte

**ALIMENTS ET DROGUES—Suite**

sur l'interprétation du Règlement et de l'art. 1711 de l'ALENA et concerne le processus même par lequel les fabricants de nouveaux médicaments obtiennent l'approbation du ministre pour la commercialisation de leurs produits au Canada—Il se peut que la position des requérantes ne soit pas adéquatement défendu par les défendeurs, compte tenu de la divergence de leurs intérêts—Compte tenu des répercussions profondes que peut avoir l'issue de l'action, une intervention des requérantes servira mieux l'intérêt de la justice, non seulement entre les parties elles-mêmes, mais aussi à l'égard des fabricants de médicaments comme groupe et du grand public—L'intervention des requérantes pourrait améliorer la capacité de la Cour d'entendre l'affaire et de juger au fond—En l'espèce, le retard des requérantes à déposer leur requête d'intervention n'est pas de nature à en justifier le rejet—Il est attribuable à leur ignorance de l'action, malgré la vigilance habituelle avec laquelle elles surveillent la base de données de la Cour fédérale—Les circonstances de l'espèce sont un bon exemple des lacunes d'un tel système informel et appellent la mise en œuvre d'un moyen plus structuré et formel de notification—Avec l'apport des requérantes autorisées à intervenir de façon limitée, la Cour sera mieux en mesure d'entendre l'affaire et de trancher au fond les questions de droit qui se posent en l'espèce—Comme il est difficile de croire que les serviteurs du ministre sont de bons gardiens de l'intérêt public alors qu'ils ont consenti à une ordonnance de confidentialité qui permet à Bayer de garder secret le médicament X, destiné au traitement de la maladie humaine X, l'intervention servirait l'intérêt public—Il semble qu'il soit trop tard pour que les requérantes obtiennent qualité pour agir dans l'appel interjeté contre le rejet de la requête en jugement sommaire—Mais la décision appartient à la Cour d'appel—Les requérantes peuvent aider la Cour et le ministre en examinant l'innocuité de la potion X de Bayer et en faisant des commentaires à ce sujet, mais seulement par l'entremise d'experts externes engagés à cette fin, qui seront soumis à l'ordonnance de confidentialité et devront s'engager par serment à respecter le secret de la formulation, sauf dans des dépositions confidentielles à la Cour—Les requérantes peuvent intervenir conditionnellement, si l'appel de Bayer est rejeté et si Bayer décide par la suite de poursuivre son action—L'intervention peut porter sur la formulation du médicament X et sur les questions de droit—Un seul avocat pourra procéder aux interrogatoires préalables pour le compte des requérantes, mais toutes les deux seront soumises à l'interrogatoire préalable à l'initiative de Bayer—Elles seront limitées au total, mais pour le reste sous réserve des règles 279 à 281, à deux témoins experts et pas d'autre témoin à l'instruction—Elles déposeront un acte de procédure, une déclaration d'intervention, à laquelle les autres parties peuvent répondre par un acte de procédure appelé réponse à l'intervention—L'une des intervenantes seulement ou les deux conjointement peuvent porter en appel la décision au fond, comme si elles étaient parties—Elles pourront être passibles des dépens—L'ordonnance de

**ALIMENTS ET DROGUES—Fin**

confidentialité demeure valable, modifiée conditionnellement pour couvrir l'expert ou les experts des intervenantes—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 279, 280, 281—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.001 (mod. par DORS/95-172, ann. I, partie II, art. 4), C.08.004.1—Accord de libre échange Nord-Américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1711.

BAYER INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1154-97, juge Muldoon, ordonnance en date du 2-12-98, 19 p.)

**ASSURANCE-CHÔMAGE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du juge-arbitre qui a statué que la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada ne pouvait invoquer la prolongation du délai de 36 mois prévue par l'art. 43(6) de la Loi sur l'assurance-chômage, puisqu'elle avait choisi de ne pas imposer la pénalité visée par l'art. 33 lorsqu'un prestataire a «sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse»—Le juge-arbitre a eu tort de voir une relation entre les art. 33 et 43(6)—Les critères applicables ne sont pas les mêmes, l'art. 33 exigeant que la déclaration fausse ou trompeuse ait été faite «sciemment»—Le fait que la Commission décide de ne pas exercer le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 33 ne l'empêche aucunement d'estimer, sur la base de l'art. 43(6), qu'il y a eu déclaration fausse et trompeuse et de profiter du délai additionnel de trente-six mois pour réexaminer la demande de prestations—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 33, 43(6).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. PILOTE (A-868-97, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 15-12-98, 2 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) confirmant la décision du M.R.N. qui a jugé que la rémunération assurable de la demanderesse pour la période en cause ne comprenait pas les sommes qu'elle avait reçues d'une société d'assurance aux termes d'un contrat d'assurance-salaire que l'employeur de la demanderesse avait souscrit au profit de ses employés—La décision de la C.C.I. est confirmée, mais pour des motifs différents—D'après la législation applicable, la rémunération assurable d'une personne peut, contrairement à ce qu'a dit la C.C.I., provenir d'une autre personne que l'employeur—Il est cependant nécessaire que cette rémunération soit payée pour des services fournis dans le cadre d'un emploi assurable—Or, il est évident que les indemnités d'assurances qui ont été versées à la demanderesse ne lui ont pas été payées

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin**

pour la rémunérer des services qu'elle avait rendus dans le cadre de son emploi.

GAGNÉ C. M.R.N. (A-87-98, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 2-12-98, 3 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du juge-arbitre concernant l'application de l'art. 58 du Règlement sur l'assurance-chômage—Il s'agissait de préciser quel est le mode de répartition de la rémunération d'un enseignant ou d'une enseignante ayant signé un contrat d'enseignement à temps partiel régi par l'«Entente intervenue entre le Comité patronal de négociation des commissions scolaires pour catholiques et le Syndicat d'enseignantes et d'enseignants représentés par la Centrale de l'enseignement du Québec»—Une enseignante telle la demanderesse, dont le contrat prenait effet le 24 août 1993 et se terminait le 29 juin 1994, était rémunérée du 24 août 1993 au 29 juin 1994—Quand vient le temps de répartir le salaire d'une prestataire qui était enseignante à temps partiel pendant sa période de référence, le salaire reçu doit-il être réparti sur chacune des semaines de la période d'engagement ou sur ces seules semaines pendant lesquelles des services ont été rendus, ce qui exclurait en l'espèce les semaines des vacances de Noël et de Pâques—La Commission de l'assurance-emploi s'est dite d'avis, sur la base de l'arrêt de la Cour Suprême du Canada, *Dick et autres c. Sous-procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 243, que c'est l'art. 58(3) qui trouvait application—Le juge-arbitre s'est rangé du côté de la Commission—Le raisonnement qu'a suivi la Cour suprême relativement à la question de la répartition dans l'affaire *Dick* ne doit pas empêcher l'application des dispositions claires de l'art. 58(4) à des cas comme l'espèce—C'est l'art. 58(4) qui s'applique ici—Donc, répartition sur toute la période, y compris les vacances de Noël et de Pâques—Demande accueillie—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., c. 1576, art. 58(3) (mod. par DORS/92-164, art. 16), (4) (mod. *idem*).

BRUNEAU C. CANADA (COMMISSION DE L'ASSURANCE-EMPLOI) (A-113-98, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 4-12-98, 5 p.)

**BREVETS**

Demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex pour l'antibiotique norfloxacine tant que le brevet que Merck détient pour protéger un procédé servant à la production d'agents antibactériens, dont la norfloxacine, ne sera pas expiré (le brevet 961)—Les procédures d'interdiction dont il est question à l'art. 6(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) visent uniquement à empêcher le ministre de délivrer un avis de conformité tant que le brevet en cause ne sera pas

**BREVETS—Suite**

expiré, et elles constituent des instances en contrôle judiciaire—La partie qui introduit l'instance (Merck) doit réfuter les allégations contenues dans l'avis d'allégation—Pour décider si les allégations sont fondées ou non, le tribunal doit décider si, d'après les faits présumés ou prouvés, les allégations en question permettraient en droit de conclure que le défendeur ne contreferaient pas le brevet—Il incombe au défendeur (Apotex) de présenter des éléments de preuve pour appuyer sa thèse que son procédé ne contreferaient pas le brevet du demandeur—Si les éléments de preuve que le défendeur présente à l'appui de sa thèse sont faibles, il est plus facile pour le demandeur de les réfuter—Merck doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex n'est pas fondée, ce qui est moins exigeant que de faire la preuve de la contrefaçon—La charge qui incombe au demandeur est de démontrer que les éléments de preuve qui ont été produits par le défendeur ne justifient pas l'allégation et que l'allégation est mal fondée—Apotex a signifié un avis d'allégation dans lequel elle affirmait qu'elle a fabriqué de la norfloxacine à l'aide d'un procédé qui ne constitue pas une contrefaçon—Il existe deux différences entre les deux procédés en litige: les composés de départ ne sont pas identiques et le procédé d'Apotex nécessite deux étapes additionnelles—Le tribunal n'accorde aucune valeur au témoignage d'un des témoins experts d'Apotex, étant donné qu'il n'est pas neutre—L'autre témoin clé d'Apotex s'est fondé sur quatre brevets pour établir les éléments de preuve sur lesquels il faisait reposer son opinion—Les brevets délivrés après le dépôt de la demande visant le brevet 961 ne sont pas pertinents lorsqu'il s'agit d'établir l'état antérieur de la technique, sauf pour ce qui est du brevet 466, dont la pertinence a été établie dans l'arrêt *Abbott Laboratories, Ltd. c. Nu-Pharm Inc.*, [1998] F.C.J. No. 1393 (C.A.) (QL)—Comme le brevet 466 est un brevet de perfectionnement, on ne peut donc, pour ce qui est de l'état antérieur de la technique, accorder aucune importance à la différence entre le brevet 466 et le brevet 961—Par conséquent, aucune valeur n'est accordée à l'avis du second expert sur lequel Apotex s'est fondée—Le contenu de la présentation de drogue nouvelle n'est pas pertinent pour ce qui est de la demande d'avis de conformité présentée par Apotex (*Smithkline Beecham Pharma Inc. et al. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) et al.* (1997), 138 F.T.R. 310 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Comme il s'agit en l'espèce de vérifier et d'établir la solidité de l'allégation, il faut examiner la preuve à la lumière des facteurs établis en matière de contrefaçon de brevets—Il faut interpréter la portée des revendications du brevet 961—Le libellé des revendications et l'état de la technique au moment du dépôt de la demande relative au brevet 961 dénotent une intention de conférer une large protection—Quant à la question de savoir si le procédé d'Apotex est visé par les revendications du brevet 961: 1) la variante n'avait aucun effet appréciable sur l'exploitation de l'invention; 2) ce fait aurait été évident à la date de publication du brevet pour une personne versée

**BREVETS—Suite**

dans la technique; 3) une personne versée dans la technique n'aurait pas pour autant compris, à la lecture de la revendication, que le titulaire du brevet voulait qu'une stricte adhésion à la signification principale constitue une condition essentielle de l'invention—Le témoignage d'opinion principal d'Apotex est faible—Merck s'est acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex n'est pas justifiée—La demande est accueillie—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5 (mod. par DORS/98-166, art. 4), 6 (mod., *idem*, art. 5).

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1502-96, juge Campbell, ordonnance en date du 18-12-98, 26 p.)

**PRATIQUE**

Renseignements confidentiels—Appel d'une ordonnance par laquelle le protonotaire Morneau a statué que certains documents déposés au nom de la défenderesse RhoxalPharma Inc. n'étaient pas confidentiels et que, par conséquent, ils n'étaient pas assujettis à l'ordonnance de non-divulgence qui a été rendue dans la présente instance en avril 1998—Les demanderesse (Astra) sont titulaires d'un brevet portant sur des comprimés d'oméprazole, un médicament de réduction gastrique vendu sous le nom commercial de «Losec»—RhoxalPharma est un fabricant de médicaments génériques et un distributeur de médicaments qui se propose de commercialiser une version de l'oméprazole qui ne contrefait pas le brevet des demanderesse—Andrx Pharmaceuticals (Andrx), qui n'est pas partie à la présente action, est le fabricant de médicaments génériques qui a mis au point «une formulation nouvelle et innovatrice» de comprimés d'oméprazole qui ne contrefait pas les brevets d'Astra—Andrx a accepté de vendre à RhoxalPharma sa formulation qui ne constitue pas une contrefaçon—Le fait qu'Andrx était le fournisseur de RhoxalPharma a été consigné en preuve au dossier public et n'est donc plus confidentiel—Astra a obtenu un avis de conformité du ministre relativement aux comprimés brevetés d'oméprazole—Astra est considérée comme la «première personne» au sens du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—RhoxalPharma est considérée comme la seconde personne—Cette dernière a ensuite produit deux affidavits qu'elle a désignés en tant que renseignements confidentiels—Astra a contesté cette désignation, ainsi que l'ordonnance de non-divulgence lui permettait de le faire—Il s'agit de savoir si le protonotaire Morneau a commis une erreur de droit dans son interprétation et son application de l'ordonnance de non-divulgence—L'appel est accueilli—L'ordonnance de non-divulgence implique l'application d'un critère à deux volets, un volet subjectif et un volet objectif—Suivant le raisonnement suivi dans le jugement *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.* (1993), 51 C.P.R.

**BREVETS—Suite**

(3d) 305 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), une ordonnance de non-divulgence sera prononcée en ce qui concerne les renseignements réclamés si le requérant pense que ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques seraient gravement compromis par la production des renseignements sur lesquels sont fondés ces droits—En l'espèce, le juge Teitelbaum a jugé que la preuve était suffisante pour satisfaire à ce critère et il a rendu une ordonnance de non-divulgence en avril 1998—L'ordonnance de non-divulgence prévoyait expressément qu'en cas de contestation, la partie qui revendiquait la confidentialité avait la charge de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que les renseignements sont effectivement confidentiels—Il s'agit effectivement là d'un critère objectif—Le protonotaire Morneau a commis une erreur lorsqu'il a accepté que le critère subjectif (celui de la conviction de la partie qui revendique le caractère confidentiel) était le bon critère à appliquer pour se prononcer sur le caractère confidentiel des renseignements visés par l'ordonnance de non-divulgence—Le critère applicable n'exige pas uniquement du requérant qu'il démontre que les renseignements ne sont pas du type de ceux qui sont visés par le paragraphe 18 (une large disposition qui précise simplement le type de renseignements qui devraient en règle générale être exclus)—L'ordonnance de non-divulgence autorise expressément une partie à soumettre les renseignements contestés à une évaluation objective—Le mécanisme prévu par l'ordonnance de non-divulgence accorde des garanties appropriées et souligne l'équilibre à atteindre entre la transparence de la procédure et les intérêts légitimes des parties—Le critère applicable à cette étape-ci comporte deux volets: 1) Les renseignements ont-ils été en tout temps considérés comme confidentiels par l'intéressé? 2) La partie qui revendique la confidentialité a-t-elle démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation des renseignements risquerait de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques?—Il ressort de la preuve que RhoxalPharma a considéré les renseignements contestés comme confidentiels—Le protonotaire Morneau a commis une erreur en ne concluant pas que la preuve démontrait que la divulgation des renseignements contestés risquait vraisemblablement de causer un préjudice à RhoxalPharma—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

AB HASSLE C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-366-98, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 18-12-98, 22 p.)

Requête présentée par la défenderesse principale, Apotex, en vue de faire rejeter une demande d'interdiction—La requête a été présentée en réponse à la requête présentée par Bayer en vue de faire interdire au ministre de la Santé de délivrer à Apotex un avis de conformité à l'égard d'un médicament, la nifédipine, au motif que la vente de ce médicament par Apotex contrefait le brevet canadien

**BREVETS—Suite**

n° 1 222 950 (le brevet 950) de Bayer (Adalat XL)—Bayer allègue que: 1) l'avis d'allégation d'Apotex vise le même médicament que celui qui était visé dans l'avis d'allégation qui avait été déposé dans une instance antérieure, qui a fait l'objet d'un désistement; 2) le comprimé d'Apotex n'est pas le bioéquivalent de l'Adalat XL contrôlé par pression osmotique et, s'il en est le bioéquivalent, il contrefait le brevet 950; 3) l'avis d'allégation est invalide et entaché de nullité—Apotex a répondu en affirmant que: 1) il n'y a aucune preuve de contrefaçon du brevet 950; 2) les moyens invoqués par Bayer sont dénués de pertinence ou sont des moyens qui ne relèvent pas des tribunaux; 3) le dépôt d'un nouvel avis d'allégation par Apotex ne constitue pas un abus de procédure et le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas—La requête est rejetée—Le fardeau qui incombe à Apotex de convaincre la Cour que Bayer devrait être déboutée de sa demande est assez lourd—Ainsi que la Cour l'a fait remarquer dans le jugement *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), il n'est pas facile de résoudre les contradictions qui existent entre une loi axée sur la sécurité publique comme la Loi sur les aliments et drogues et une loi axée sur le droit de propriété comme la Loi sur les brevets—On a toutefois établi ce qui suit: 1) c'est à la partie qui répond à un avis d'allégation qu'il incombe de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'une ou plusieurs des allégations de l'avis d'allégation ne sont pas justifiées; 2) la Cour n'est pas compétente, en cours d'instance, pour exiger la production d'éléments de preuve et il n'y a ni interrogatoire préalable ni communication préalable de documents; 3) la Cour ne peut exiger que des échantillons du médicament qu'on projette de commercialiser soient fournis à la partie demanderesse; 4) la Cour n'a pas compétence pour ordonner le dépôt et la signification d'un énoncé détaillé ou d'un nouvel énoncé plus complet; 5) il est de jurisprudence constante que les faits allégués dans un avis d'allégation doivent être tenus pour avérés tant qu'ils ne sont pas réfutés—Les instances en question ne sont pas des actions en contrefaçon ni des actions visant à obtenir un jugement déclaratoire portant qu'il n'y a pas de contrefaçon—Il s'agit d'un recours sommaire qui n'est pas destiné à remplacer une action entre les parties—La procédure en cause vise à permettre au ministre de se prononcer sur une demande d'avis de conformité uniquement lorsqu'il peut être raisonnablement convaincu que l'avis de conformité ne sera pas délivré pour un produit manifestement contrefait—À défaut d'ordonnance de ce genre, il est loisible au ministre d'examiner une demande d'avis de conformité en suivant la procédure prescrite par la Loi sur les aliments et drogues—La procédure ministérielle n'a aucune incidence sur les droits du breveté—Conclusions: 1) L'allégation que l'on trouve dans l'avis d'allégation d'Apotex ne constitue pas une simple allégation de non-contrefaçon, mais bien une allégation de fait spécifique qui est à la base de l'allégation de non-contrefaçon; 2) les dispositions transitoires que l'on

**BREVETS—Fin**

trouve à l'art. 9 du nouveau Règlement ne permettent d'invoquer des vices de procédure, mais la question demeure controversée; 3) l'argument de Bayer suivant lequel Apotex n'est pas en mesure de mettre au point un comprimé qui sera le bioéquivalent du brevet 950 sans le contrefaire n'est pas totalement dépourvu de mérite; 4) tout doute sur la suffisance des allégations doit être résolu en faveur de Bayer—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133 (mod. par DORS/98-166)—Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870.

BAYER INC. C. APOTEX INC. (T-420-98, juge Joyal, ordonnance en date du 16-12-98, 20 p.)

Demande présentée par Pro Doc Ltée en vue de faire rejeter la demande d'interdiction déposée par les demandereses en vertu de l'art. 6(5)b) du Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de délivrance)—Le produit en cause est le chlorhydrate de ticlopidine, qui inhibe la coagulation sanguine, réduisant ainsi les risques d'accidents cérébrovasculaires chez certaines personnes à risque élevé—Le brevet en question porte le numéro 1 176 170 (le brevet 170) et il appartient à Syntex (U.S.A.) Inc.—Le brevet 170 a déjà fait l'objet de deux avis d'allégation de Nu-Pharm Inc. et d'Apotex Inc.—Les demandereses ont présenté des demandes d'interdiction dans les deux affaires précédentes—Les demandes d'interdiction ont été rejetées—C'est l'interprétation des mots «à savoir» que l'on trouve à la revendication n° 1 qui est en litige—Ces mots limitent la portée de la revendication à une composition constituée notamment des acides organiques non volatils qui y sont énumérés—La demande d'interdiction présentée en l'espèce constitue un abus de procédure—Il s'agit de procès répétés portant sur une question qui a déjà été débattue et tranchée et au sujet de laquelle les demandereses n'ont pas obtenu gain de cause—Leur permettre de poursuivre reviendrait à autoriser un abus de procédure manifeste—La question en litige dans le présent procès est exactement la même que celle qui était en cause dans les affaires Nu-Pharm et Apotex—Les personnes qui demandent une ordonnance d'interdiction sont les mêmes, le brevet en litige est le même et l'avis d'allégation est pratiquement identique—Le présent procès constitue un abus de procédure, étant donné qu'on tente de faire instruire de nouveau une question qui a déjà été tranchée à l'encontre des demandereses dans trois instances distinctes—La requête en rejet de la demande d'interdiction est accueillie et la demande d'interdiction est rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de délivrance), DORS/93-133, art. 6(5)b) (édicte par DORS/98-166, art. 5).

HOFFMANN-LA ROCHE LTD. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1363-98, juge Rothstein, ordonnance en date du 19-11-98, 9 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié concluant que le requérant n'est pas «un réfugié au sens de la Convention»—Le requérant, un citoyen du Honduras, a revendiqué le statut de réfugié en raison de son appartenance à un groupe social particulier—Entre avril 1990 et juin 1996, il a travaillé à l'hôtel Terraza à San Pedro Sula—Il aurait accepté d'être coordonnateur d'une formation syndicale—En juin 1996, le propriétaire de l'hôtel lui a offert une promotion dans un restaurant espagnol affilié—Trois incidents se sont ensuite produits—Le requérant s'est rendu au bureau de la direction d'investigation criminelle (DIC) pour porter plainte—Suite à ces incidents, il a décidé de quitter son emploi au restaurant—Il a quitté le Honduras pour se rendre au Guatemala et est arrivé au Canada le 18 mai 1997 après avoir traversé les États-Unis—Il s'agit de savoir si la décision de la Commission est entachée d'une erreur de droit ou de fait, ou d'une violation d'un principe de justice naturelle—L'erreur sur le nombre de plaintes déposées à la DIC est une erreur sans importance sur laquelle ne s'appuie pas la décision de la Commission—Ce n'est pas une erreur justifiant l'intervention de la Cour—Le requérant allègue que la Commission a erré en concluant qu'il n'existait pas de lien causal entre les activités syndicales et les agressions et menaces dont il s'est plaint—Le passage cité par le requérant ne démontre pas que la Commission a négligé de prendre en considération les faits, ou qu'elle s'est méprise sur les faits ayant motivé les agressions et les menaces—La décision de la Commission se fondait notamment sur un bon nombre d'éléments de preuve ainsi que sur la crédibilité du requérant—La Commission n'a commis aucune erreur déraisonnable dans l'appréciation de la preuve ou de la crédibilité du requérant—Ce dernier a soutenu que la Commission a erré en concluant que rien dans la preuve ne permet d'établir un lien entre l'employeur et la DIC—La Commission est maître de l'appréciation des faits, et elle possède toute la discrétion nécessaire pour en évaluer la crédibilité et la valeur probante—Ce moyen n'est pas fondé—La Commission n'a pas commis d'erreur en admettant en preuve l'information obtenue du directeur du personnel de l'hôtel—L'art. 68(3) de la Loi sur l'immigration porte que la Commission n'est pas liée par les règles de présentation de la preuve, en autant qu'elle juge les éléments crédibles ou dignes de foi—Le requérant n'a pas démontré que la Commission avait commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour—Demande rejetée, question certifiée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 68(3).

AMAYA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-166-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 8-1-99, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, né en Lettonie, est de nationalité russe—Il a allégué, qu'après avoir refusé la proposition d'un de ses clients de distribuer des tracts d'un parti politique nationaliste alors qu'il travaillait comme mécanicien dans un garage, lui et sa femme ont reçu des menaces de mort par écrit dans lesquelles on lui ordonnait de quitter son travail et la Lettonie—Il s'est rendu aux États-Unis, est retourné en Lettonie avant de repartir pour les États-Unis—Les prétentions des parties ont trait à trois questions principales soulevées dans la décision de la Commission: 1) la crédibilité du demandeur, 2) la présomption de protection de l'État et 3) l'absence d'une crainte raisonnable de persécution—La Commission a-t-elle commis une erreur de fait ou de droit qui justifie l'intervention de la Cour?—Celle-ci doit décider si la Commission a erré en tenant compte de l'omission du demandeur de dévoiler l'incident du garage dans le formulaire de renseignements personnels (FRP), ainsi que du manque de preuve corroborant son métier de mécanicien dans l'appréciation des faits pour conclure que le récit du demandeur n'était pas crédible—Ce dernier a démontré qu'il y avait un lien étroit entre l'incident relatif aux tracts, celui survenu au garage et les événements qui ont suivi—La Commission n'a pas erré en tenant compte de l'incident du garage et de l'omission du demandeur d'en faire mention dans son FRP—Les faits au dossier et le témoignage du demandeur ne permettent pas de conclure que cet incident était sans pertinence—La Commission a examiné tous les éléments du récit du demandeur et n'a pas tiré une conclusion déraisonnable quant à la crédibilité du demandeur à la lumière des éléments de preuve au dossier—La conclusion de la Commission à cet égard ne justifiait pas l'intervention de la Cour—Le demandeur a allégué que la Commission avait commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas renversé la présomption de protection de l'État qui incombe à tout citoyen—La Commission a présumé que le demandeur était citoyen letton et lui a imposé la charge de réfuter la présomption de protection de l'État—Elle a commis une erreur déraisonnable dans l'appréciation des faits en imposant au demandeur l'obligation de réfuter la présomption de protection de l'État conformément à l'art. 2(1)a)(i) de la Loi sur l'immigration—Il s'agissait d'une erreur de droit importante justifiant l'intervention de la Cour—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

PACHKOV C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2340-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 8-1-99, 13 p.)

## EXCLUSION ET RENVOI

Demande d'injonction provisoire dans une action intentée pour faire interdire au ministre d'expulser le demandeur immédiatement—Dans l'action, le demandeur cherche à démontrer que la Charte exige que le processus de renvoi



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'une personne qui affirme risquer d'être torturée inclue une évaluation du risque, et que le processus actuel ne le fait pas—Le demandeur prétend que s'il ressort de l'évaluation du risque un risque de torture, la Charte exige qu'il ne soit pas expulsé vers un pays où ce risque est présent—Le demandeur, un Tajik, est originaire de l'Afghanistan—Il a obtenu le droit d'établissement en tant que réfugié au sens de la Convention en 1988—Il a été déclaré coupable d'avoir importé de l'héroïne en 1995, et il a été condamné à 10 ans d'emprisonnement—En 1996, il a été déclaré qu'il constituait un danger pour le public et, en 1997, une mesure d'expulsion a été prise—Il a obtenu la libération conditionnelle en 1998—Le renvoi était prévu pour novembre 1998—Dépôt d'une demande de contrôle judiciaire et de sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion—Le 12 novembre 1998, le juge Blais a rejeté la demande de sursis d'exécution parce que le demandeur ne subirait pas un préjudice irréparable dans l'éventualité de son renvoi en Afghanistan, et que la prépondérance des inconvénients penchait en faveur du ministre—Après avoir été avisé de cette décision, le demandeur a tenté d'obtenir une décision favorable devant la Division générale de la Cour de l'Ontario, mais il a échoué parce que sa démarche était considérée comme un sondage de tribunaux de la pire espèce—Par la suite, une action a été intentée avec la présente requête en injonction provisoire—Demande rejetée—Le demandeur à l'instance a en fait demandé le réexamen de la décision du juge Blais—Deux nouveaux documents produits par le demandeur ne révèlent aucun élément dont ne disposait pas le juge Blais, et même s'ils le faisaient, ils auraient pu être obtenus pour ces procédures—Aucune tentative n'a été faite pour faire ajourner l'audition de la demande de sursis d'exécution afin de permettre à l'avocat d'obtenir d'autres éléments de preuve—Les «nouveaux» renseignements ne sont pas nouveaux, et ils auraient pu être obtenus aux fins de la demande de sursis d'exécution dans les procédures de contrôle judiciaire—La décision du juge Blais selon laquelle le demandeur ne subirait pas de préjudice irréparable dans l'éventualité de son renvoi en Afghanistan doit être confirmée—L'administration appropriée de la justice exige que sa décision soit acceptée par les parties, et qu'elle ne soit pas remise en question—Il ne convient pas que les parties s'engagent dans un sondage de juges dans l'intention d'obtenir des résultats contradictoires entre les juges de la Cour sur la base des mêmes faits de la même affaire—La Cour doit être accessible, spécialement dans des affaires sérieuses telles les demandes de sursis à l'exécution de mesures d'expulsion—Toutefois, cette fin importante ne doit pas être dégradée par des demandes pleines de redites nécessitant un sondage de tribunaux et de juges—La demande en l'espèce est un abus de procédure—Les frais sont adjugés aux défendeurs sur la base procureur et client—Bien qu'il semble peu probable que les défendeurs recouvrent les frais adjugés, la Cour devrait indiquer fortement l'irrégularité des présentes procédures.

ZOLFIQAR C. CANADA (IMM-6021-98, juge Rothstein, ordonnance en date du 2-12-98, 9 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Appel d'une décision de la Section de première instance ([1998] 1 C.F. 501) quant à savoir si la Commission de l'immigration et du statut de réfugié peut examiner la situation d'un pays vers lequel une personne pourrait être renvoyée lorsqu'elle examine «les circonstances particulières de l'espèce» conformément à l'art. 70(1)b) de la Loi sur l'immigration—L'intimé est né à Bagdad, en Iraq, en 1964—En septembre 1994, un arbitre de l'immigration a ordonné que l'intimé soit expulsé du Canada à cause de trois condamnations au criminel—La Commission a tenu compte de la gravité des infractions commises, de la preuve de réadaptation, de l'établissement au Canada et de la nationalité de l'intimé—Elle a conclu que les facteurs défavorables à l'intimé pesaient davantage contre lui que le facteur favorable ne jouait en sa faveur—La Commission a estimé que l'intimé n'avait pas montré pourquoi, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, il ne devrait pas être renvoyé du Canada—La demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la Commission a été accueillie par la Section de première instance de la Cour fédérale—La décision *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 76 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), a tranché la même question et produit une question certifiée de portée générale à l'intention de la Cour—En appel, la décision de la C.A.F. explique que la Commission ne peut pas examiner la situation d'un pays vers lequel une personne pourrait être renvoyée lorsqu'elle examine les «circonstances particulières de l'espèce» conformément à l'art. 70(1)b) de la Loi—Il a été répondu ainsi à la question certifiée: Dans l'exercice de son pouvoir sous le régime de l'art. 70(1)b), la Commission ne peut pas examiner la situation et le préjudice que peut subir une personne dans les pays éventuels vers lesquels l'appelant qui n'est pas un réfugié pourrait être renvoyé lorsqu'il s'agit de déterminer s'il ne devrait pas être renvoyé du Canada—Appel accueilli—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(1)b) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

AL SAGBAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-724-97, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 3-12-98, 13 p.)

*Personnes non admissibles*

Crainte raisonnable de partialité—Le demandeur avait été détenu après que l'attestation délivrée à son égard eut été confirmée par la Section de première instance (terrorisme, violence)—Le demandeur avait déposé un avis de requête en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant qu'il soit mis en liberté conformément à l'art. 40.1(8) de la Loi sur l'immigration—Au début de l'audience, l'avocate du demandeur avait déposé une requête pour que le juge président l'audience se récuse pour le motif qu'il ne devrait pas entendre la demande visant à l'obtention d'une ordonnance de mise en liberté parce qu'il avait déjà conclu d'une façon générale, lorsqu'il avait confirmé l'attestation, que le demandeur

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

n'était pas digne de foi—L'avocate avait soutenu que l'examen par le même juge donnerait lieu à une crainte raisonnable de partialité—Requête visant à la récusation rejetée—Une personne bien renseignée conclurait qu'il ne peut y avoir crainte de partialité de la part d'un juge simplement parce que, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, celui-ci exprime un avis au sujet des conclusions qu'il convient de tirer compte tenu de la preuve dont il dispose, après avoir minutieusement examiné les arguments invoqués à cet égard par les parties—Aucun autre facteur n'indique un parti pris de la part de l'arbitre en ce qui concerne la question à trancher dans le cadre de la deuxième audience—Bien que le particulier ait intérêt à ce que la procédure soit équitable, l'État a aussi grandement intérêt à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police—De plus, tout juge délégué pour entendre une demande de mise en liberté conformément à l'art. 40.1(8) est, sous réserve de l'art. 40.1(9) et (10), lié par l'attestation déjà délivrée conformément à l'art. 40.1(4)—Par conséquent, une personne bien renseignée qui est au courant de cette exigence de la Loi et de l'attestation qui a déjà été délivrée à l'égard du demandeur appréciera sans doute les paramètres stricts qui doivent être observés par le juge délégué à qui il incombe d'entendre une demande visant à l'obtention d'une ordonnance de mise en liberté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1(8),(9),(10),(14) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31).

AHANI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (DES-4-93, juge Denault, ordonnance en date du 27-11-98, 7 p.).

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente des visas a rejeté une demande de résidence permanente parce que sa fille a été jugée non admissible pour des raisons d'ordre médical en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration—La fille de 21 ans du demandeur souffre d'épilepsie depuis l'âge de deux ans, mais n'a pas fait de crises depuis de nombreuses années, elle est atteinte d'une déficience mentale légère et elle souffre de neurofibromatose ne requérant aucun traitement particulier—Elle a atteint l'âge de maturité sociale de 9 ans et demi, possède des compétences limitées au chapitre de l'autonomie, de la vie en société et de la socialisation, et aura besoin d'une formation professionnelle pour l'aider à acquérir des aptitudes professionnelles, de programmes sociaux axés sur l'établissement de relations interpersonnelles ainsi que de cours d'anglais—Le demandeur a fait valoir que la lettre de refus décrit sa fille comme une «personne à charge» suivant la définition de «fille à charge» à l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration, mais l'état médical a été évalué en fonction du fait qu'elle deviendrait indépendante, comme aux art. 2(1)a) et b), et non en fonction du fait qu'elle demeurerait une personne à charge au sens de l'art. 2(1)c)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de la définition—Dans l'affaire *Doel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.), il a été statué que pour être valable, une évaluation médicale doit mesurer et indiquer le degré de déficience et les causes probables de ce degré de déficience—La déclaration médicale en l'espèce confirmait que la fille du demandeur est atteinte d'une déficience mentale légère—Dans l'affaire *Sabater c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 31 Imm. L.R. (2d) 59 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), il a été statué qu'il était raisonnable, dans un cas de déficience légère, d'imposer un fardeau de preuve plus rigoureux aux médecins afin qu'ils démontrent en quoi consisterait le fardeau excessif qui serait imposé aux services sociaux—Toutefois, un médecin agréé ne devrait pas être assujéti à une norme l'obligeant à préciser les services sociaux ou de santé précis dont un enfant bénéficierait vraisemblablement une fois rendu au Canada—Les médecins agréés n'ont pas commis d'erreur en fournissant ces raisons—La demande de la fille du demandeur n'a pas été traitée comme celle d'un enfant à charge qui résidera avec ses parents et qui sera à la charge financière de ceux-ci—La déclaration médicale faisait référence uniquement à des facteurs économiques comme l'incapacité de la fille du demandeur de subvenir à ses besoins ou de parvenir à l'indépendance, et la formation professionnelle spéciale et le milieu de travail adapté dont elle aurait besoin—On ne semble pas avoir pris en considération dans cette évaluation toutes les circonstances de l'espèce, notamment le degré de soutien accordé par la famille et l'efficacité de ce soutien, la gravité de l'état de la fille du demandeur et ses chances de parvenir à l'indépendance sur les plans physique, personnel et économique, et le fait qu'elle recevra des soins dans son foyer dans l'avenir—Une conclusion de déficience mentale ne signifie pas forcément qu'un fardeau excessif sera imposé aux services sociaux ou de santé—Dans l'affaire *Choi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 29 Imm. L.R. (2d) 85 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour a examiné des décisions pour déterminer ce qui constitue un «fardeau excessif», notamment l'affaire *Nyvlt c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 26 Imm. L.R. (2d) 95 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Reed a déclaré que l'absence de définition précise de l'expression «fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé» était curieuse—La Cour s'est également référée à l'affaire *Jim c. Canada (Solliciteur général)* (1993), 69 F.T.R. 252 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle il a été statué que, par fardeau «excessif», il ne fallait pas entendre ce qui était «déraisonnable», mais ce qui était «en sus de ce qui est normal ou nécessaire»—L'évaluation médicale en l'espèce était irrégulièrement fondée sur les normes économiques applicables aux personnes qui ne vivraient pas nécessairement avec leurs parents du moins dans un avenir prévisible—L'affaire a été renvoyée en vue d'une nouvelle évaluation—Les médecins agréés ont appliqué un critère qui imposait une norme trop rigoureuse pour l'évaluation de l'état de santé d'une personne à charge ayant une déficience légère—Loi

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1a)(ii)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «fille à charge» (mod. par DORS/92-101, art. 1).

CHUN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5208-97, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 29-10-98, 16 p.)

Requêtes en sursis à l'exécution du renvoi des requérants à Hong Kong conformément à des mesures d'exclusion prises en mars 1998—Les requérants sont arrivés à l'aéroport international de Vancouver sans passeports ni autres documents de voyage en cours de validité—Avant la prise des mesures d'exclusion, les requérants ont affirmé qu'ils n'avaient pas de problèmes en Chine ni à Hong Kong et qu'ils ne craignaient pas d'y être renvoyés—Les requérants ont été mis au courant de la teneur des mesures d'exclusion et ont déclaré qu'ils comprenaient les explications et qu'ils n'avaient pas de questions—Même si, par la suite, les requérants auraient été privés du droit de communiquer avec un avocat et n'auraient pu revendiquer le statut de réfugié, cela n'invaliderait pas les mesures d'exclusion ou leur renvoi—Requêtes rejetées—Les requérants n'ont pas satisfait aux trois conditions du critère applicable à l'octroi d'un sursis qui ont été définies dans l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 C.F. 535 (C.A.)—Il existait une question sérieuse à juger, soit celle de savoir si la constitution reconnaissait aux requérants le droit à l'assistance d'un avocat durant un examen en matière d'immigration avant la prise d'une mesure d'exclusion—Aux termes des dispositions législatives en vigueur, l'examen effectué par l'AI peut donner lieu à la prise d'une mesure d'exclusion sans la tenue d'une audience—On ne saurait donc plus affirmer que le droit à l'assistance d'un avocat crée une «mini-enquête» avant une enquête—Comme la prise d'une mesure d'exclusion produit un effet important sur les droits d'une personne puisqu'il devient impossible par la suite d'exercer le droit de présenter une revendication du statut de réfugié à la Section du statut de réfugié, la question de savoir si l'art. 7 de la Charte exige de l'AI qu'il avise l'intéressé de son droit à l'assistance d'un avocat avant la prise d'une mesure d'exclusion est une question sérieuse—Toutefois, rien ne permettait de conclure que les requérants subiraient un préjudice irréparable s'ils étaient renvoyés à Hong Kong, et même en Chine—La simple affirmation de l'existence d'une crainte de persécution, sans plus, n'est pas une preuve suffisante d'un préjudice irréparable—La prépondérance des inconvénients favorisait donc le renvoi rapide des requérants par le ministre ainsi que la loi l'y oblige—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

YANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5833-98, juge Evans, ordonnance en date du 13-11-98, 7 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

*Processus d'enquête en matière d'immigration*

Contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel de différer l'expulsion du défendeur—Après avoir obtenu un visa d'immigrant à titre de personne à charge, le défendeur s'est marié—À son arrivée au point d'entrée, il n'a pas déclaré s'être marié—En raison de sa fausse déclaration concernant son état matrimonial, la procédure a été intentée contre lui en vertu de l'art. 27(1)e), et une mesure d'expulsion a été prise contre lui—Le demandeur fait valoir que le défendeur n'est jamais devenu un résident permanent à cause de sa fausse déclaration au point d'entrée—La section d'appel de l'immigration a compétence en vertu de l'art. 70(1)b) pour trancher l'appel concernant la décision de l'arbitre fondée sur l'art. 32(2)—La décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Seneca*, [1998] 3 C.F. 494 (1<sup>re</sup> inst.) a été appliquée—1) L'art. 27(1)e) traite des personnes qui ont obtenu le statut de résident permanent par suite d'une fausse déclaration, et par conséquent on ne peut prétendre qu'en raison de la fausse déclaration le statut de résident permanent n'est pas conféré—2) Il est illogique de penser que l'art. 70(1) puisse implicitement signifier qu'à l'étape de l'appel la section d'appel doit tout d'abord se demander si le statut de résident permanent a été accordé pour conclure à sa compétence—Le juge n'a pas compris pourquoi le statut de résident serait accepté pour les fins des art. 27(1) et 32(2), mais non pour les fins de l'art. 70(1)—La Loi prévoit manifestement une procédure d'appel contre une mesure d'expulsion prise contre un résident permanent—3) Le demandeur fait valoir que si une personne acquiert la citoyenneté après avoir fait une fausse déclaration pour obtenir le statut de résident permanent, elle ne perd pas seulement sa citoyenneté, mais aussi son statut de résident permanent—Une personne ne pourrait se trouver dans une meilleure situation relativement au statut de résident permanent parce que la fausse déclaration est découverte avant qu'elle obtienne sa citoyenneté—Cet argument ne tient pas compte du fait qu'en vertu de l'art. 10(2) de la Loi sur la citoyenneté il est nécessaire de prévoir une procédure fondée sur la Loi sur l'immigration (c'est-à-dire les art. 27(1), 32(2) et 70) afin de déterminer si la personne a obtenu le statut de résident permanent au moyen d'une fausse déclaration ou par fraude—4) L'art. 24(1) énonce le régime législatif en vertu duquel une personne cesse d'être résident permanent—Ce régime prévoit expressément l'annulation ou le sursis d'exécution d'une mesure d'expulsion qui aurait autrement entraîné le retrait du statut de résident permanent—L'art. 24(1) reconnaît la possibilité, découlant d'un appel fondé sur l'art. 70(1), que le statut de résident permanent puisse ne pas être perdu du fait de l'annulation d'une mesure d'expulsion ou d'un sursis d'exécution—La section d'appel avait la compétence qu'elle a jugé avoir dans cette affaire—Question certifiée: la section d'appel a-t-elle compétence en vertu de l'art. 70(1) de la Loi sur l'immigration pour entendre l'appel d'une personne lorsqu'un arbitre a jugé que cette personne

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

avait obtenu le droit d'établissement par suite d'une fausse déclaration sur un fait essentiel, savoir son état matrimonial, conformément à l'art. 27(1)e) de la Loi sur l'immigration—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 24(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 4), 27(1)e), 32(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 21), 70(1)b) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18)—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. TAN (IMM-3954-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 11-12-98, 7 p.)

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire du rejet de la demande de résidence permanente du demandeur parce que sa femme était non admissible pour des raisons d'ordre criminel—Dans le cadre de leur demande de résidence permanente, le demandeur et sa femme ont été invités à fournir des certificats de bonne conduite—Présentation d'une demande de reconnaissance de réadaptation indiquant que la femme du demandeur avait été reconnue coupable en 1992 d'avoir fait une fausse déclaration dans le but d'obtenir un certificat d'identité—Avant de prendre des vacances en 1990, la femme du demandeur s'est aperçue que son passeport portugais était expiré et elle a appris qu'il faudrait du temps avant qu'elle puisse en obtenir un nouveau—Elle s'est rendue au ministère de l'Immigration de Hong Kong, a faussement déclaré qu'elle était née en Chine continentale et a obtenu un certificat d'identité—En 1992, elle s'est volontairement présentée aux autorités de l'Immigration de Hong Kong pour rendre le certificat d'identité et rétablir les faits—Elle a été accusée, reconnue coupable et condamnée au paiement d'une amende de 365 \$CAN—Elle a payé le montant intégral de l'amende et n'a pas eu d'autres démêlés avec la justice depuis ce temps—Un agent des visas a rencontré le demandeur et sa femme dans le but de décider s'il recommanderait la réadaptation de la femme du demandeur au gestionnaire du programme—L'agent des visas n'était pas convaincu que celle-ci avait assumé la responsabilité de ses actes et a estimé qu'elle avait paru banaliser toute l'affaire—Il a fait une recommandation défavorable à laquelle le gestionnaire du programme a souscrit—Demande rejetée—La responsabilité relative à des décisions concernant la réadaptation est confiée à la ministre, et non à des agents des visas: *Leung c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 124 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Le demandeur contestait en réalité le bien-fondé du refus de la ministre de reconnaître la réadaptation—La ministre est le décideur et l'agent des visas agit simplement comme conseiller—En contestant le bien-fondé de la recommandation de l'agent des visas, le demandeur contestait la validité de la décision de la ministre—Les demandes de contrôle judiciaire se limitent à une décision: *Gonsalves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 130 F.T.R. 269

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

(C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Le demandeur aurait dû demander le contrôle judiciaire de la décision de la ministre—Dans des demandes semblables comportant plusieurs parties et des étapes successives, l'ancienne Règle 1602(4) et la nouvelle règle 302 dressent une embûche—Des modifications législatives sont peut-être indiquées—La Cour aurait peut-être été portée à rendre une ordonnance «contraire» en vertu de la règle 302 si le bien-fondé de la demande avait été établi—Pendant son entrevue avec l'agent des visas, la femme du demandeur a adopté une attitude qui traduisait une mauvaise compréhension des valeurs et des lois de la société canadienne; son attitude jetait le doute sur la sincérité de sa déclaration solennelle antérieure—Même si la recommandation de l'agent des visas a joué un rôle important dans la prise de la décision définitive, le délégué de la ministre (le gestionnaire du programme) avait été saisi des documents pertinents en fonction desquels il aurait pu parvenir à des conclusions différentes, ce qui n'a pas été le cas parce que l'agent des visas n'avait commis aucune erreur révisable viciant la décision définitive—Il faut une autorisation pour contester le bien-fondé d'une décision définitive—La question certifiée est la suivante: la recommandation faite par un agent des visas sur la question de la réadaptation des criminels, en vertu de l'art. 19(2)a.1) de la Loi sur l'immigration, est-elle une décision susceptible de contrôle judiciaire et, dans l'affirmative, une autorisation est-elle nécessaire pour introduire une instance en contrôle judiciaire à cet égard?—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1602(4) (éditée par DORS/92-43, art. 19)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 302—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(2)a.1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

TEI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3559-97, juge Muldoon, ordonnance en date du 29-12-98, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire formée contre une décision d'un agent de révision des revendications refusées (ARRR) qui a refusé d'examiner la demande de la demanderesse sous le régime applicable à la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (DNRSRC) parce que cette demande avait été déposée après l'expiration du délai légal—La demanderesse est citoyenne de la Somalie—Elle a revendiqué le statut de réfugiée et a essuyé un refus le 7 juillet 1997—La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la demanderesse avait une possibilité de refuge intérieur—L'ARRR a avisé la demanderesse que sa demande d'établissement à titre de DNRSRC avait été refusée parce qu'elle n'avait pas été soumise dans le délai prescrit, c'est-à-dire dans les 15 jours suivant la date où la section du statut de réfugié l'a avisée de sa décision, conformément à l'art. 11.4(2)b) du Règlement sur l'immigration—La demanderesse s'est présentée en vue de son renvoi le 15 janvier 1998 et réside maintenant aux États-Unis en attendant de pouvoir

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

revenir au Canada—Un ARRRC n'a pas le pouvoir discrétionnaire, inhérent ou autre, de proroger les délais prévus pour une demande d'établissement à titre de DNRSRC—La demanderesse soutient que les art. 11.4(2)b) et 11.4(3)b) du Règlement contreviennent à l'art. 7 de la Charte—Elle n'a pas prouvé qu'il y a eu atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la Charte, car elle n'a pas épuisé tous les recours d'origine législative—La décision contestée est de nature administrative et n'est donc pas soumise à un examen en vertu de la Charte—Il ne s'agit pas d'un cas extraordinaire qui nécessiterait l'annulation de la décision contestée—Demande rejetée—Deux questions proposées par la demanderesse ont été certifiées—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11.4(2)b) (édicte par DORS/97-182, art. 5), 11.4(3)b) (édicte, *idem*)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

ADAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5090-97, juge Nadon, ordonnance en date du 23-12-98, 17 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a ordonné qu'on mette fin à la détention du défendeur—On ignore toujours où se trouve le défendeur et un mandat en vue de son arrestation a été délivré par les services d'immigration—Le défendeur ne s'est pas présenté à l'audition et il n'y a pas été représenté—L'arbitre a été convaincu que le défendeur était bien la personne qu'il prétendait être—Il a conclu que l'identité du défendeur ayant été établie de manière satisfaisante, il serait déraisonnable de prolonger sa détention—Demande accueillie—L'arbitre a excédé sa compétence en libérant le défendeur—L'art. 103.1(5) de la Loi sur l'immigration est parfaitement clair: lorsque le ministre fait des efforts raisonnables pour établir l'identité d'une personne, l'arbitre doit ordonner la prolongation de la détention de celle-ci—L'arbitre a libéré le défendeur en se fondant sur sa propre appréciation de l'authenticité des pièces d'identité au lieu de se fonder sur le caractère raisonnable des enquêtes menées par le ministre—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 103.1(5) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 12).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. BAINS (IMM-5215-97, juge Pinard, ordonnance en date du 5-1-99, 3 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'une formation de la CISR qui a ordonné à la demanderesse de quitter la salle d'audience avec son plus jeune enfant, de façon à pouvoir interroger ses deux autres enfants, âgés de cinq et huit ans, en son absence—La demanderesse prétend que la formation a commis une erreur en l'excluant de

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

l'audience—La demande est accueillie—L'art. 69(2) de la Loi dispose que les séances devant la section du statut sont tenues dans la mesure du possible en présence de l'intéressé—Le défendeur soutient par ailleurs que la formation est maîtresse de sa propre procédure—Manifestement, l'art. 69(2) signifie que, lorsque la présence du demandeur est possible sur le plan pratique, la formation ne peut l'exclure—Si on a exclu la demanderesse pour l'empêcher d'influencer ses enfants ou de leur faire des signes pendant leur témoignage, il y avait d'autres façons de régler ce genre de problème, en lui indiquant que le moindre signe pourrait avoir un effet sur la crédibilité—L'exclusion de la demanderesse n'était pas justifiée—La présence des parties prévue à l'art. 69(2) est obligatoire—En outre, même si on avait pu justifier l'exclusion non appropriée de la demanderesse du fait qu'un résumé lui a été fourni à son retour (ce qui n'est pas le cas), le résumé qui lui aurait été fourni en l'espèce aurait été inadéquat—De plus, l'art. 69(4) dispose que la section du statut commet d'office un représentant dans le cas où l'intéressé n'a pas 18 ans—La demanderesse n'a été désignée comme représentante de ses enfants mineurs qu'après son exclusion, l'interrogatoire des enfants en son absence et son retour dans la salle d'audience—Il convient de procéder à cette désignation dès le début afin d'éviter le risque de vicier les procédures—Les formalités habituellement suivies quand on demande à de jeunes enfants de témoigner n'ont pas été suivies en l'espèce—Si l'on veut que le témoignage ait une valeur probante quelconque, le tribunal doit établir que les enfants savent distinguer le bien du mal, qu'ils comprennent l'importance de dire la vérité et les conséquences d'un mensonge—Quand les tribunaux mènent leurs procédures sans tenir compte des exigences légales, comme en l'espèce, la Cour a l'obligation de les réprimander vivement de façon à donner des directives claires et précises pour les procédures à venir—Une question est certifiée aux fins de l'appel—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 5; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 59).

PHILLIP C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-434-98, juge Rothstein, ordonnance en date du 11-12-98, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié (tribunal) d'accueillir la demande, présentée par le ministre, de réexamen et d'annulation de la décision antérieure dans laquelle la section du statut avait conclu que la demanderesse était une réfugiée au sens de la Convention—La demanderesse soutient que la demande fondée sur l'art. 69.3(5) devrait être rejetée parce qu'il reste suffisamment d'éléments justifiant la reconnaissance du statut—Demande rejetée—L'art. 69.3(5) ne vise pas à permettre l'introduction de nouveaux éléments de preuve, mais il a clairement été destiné à conférer à la section du statut de réfugié le pouvoir discrétionnaire de rejeter la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

demande du ministre fondée sur l'art. 69.2(2) si les éléments de preuve suffisaient à étayer une conclusion quant au statut de réfugié au sens de la Convention tirée par le tribunal initial—La preuve mentionnée à l'art. 69.3(5) doit être la preuve dont était saisi le tribunal initial: *Bayat c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1995), 96 F.T.R. 76 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Compte tenu de la possibilité d'une jurisprudence contradictoire devant la Section de première instance, les parties ont convenu qu'on devrait certifier aux fins d'appel la question de savoir si, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de l'art. 69.3(5) de la Loi sur l'immigration, la section du statut de réfugié est autorisée à tenir compte des éléments de preuve dont le tribunal initial ne disposait pas et qui étayeraient la revendication du statut de réfugié de la demanderesse—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 61), 69.3 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 62).

GURUGE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-824-98, juge Rothstein, ordonnance en date du 11-12-98, 7 p.)

Il a été fait droit le 15 octobre 1998 à trois demandes de prorogation du délai de signification et de dépôt des dossiers des demandeurs—Ordonné que leur avocate en assume elle-même les dépens, payables immédiatement à raison de 100\$ par demande—Celle-ci se fonde sur la règle 397 pour demander le réexamen de l'ordonnance et la prorogation du délai d'introduction de la requête—Le réexamen prévu à la règle 397 est soumis à des conditions fort restrictives—Négligence pure et simple de la part de l'avocate des demandeurs qui a manqué trois délais par méconnaissance déplorable des Règles de la Cour fédérale—L'excuse donnée par l'avocate pour avoir manqué le délai de dépôt est au mieux tangente—C'est extraordinaire que cette avocate, qui s'occupe régulièrement d'affaires d'immigration en Cour fédérale, ne sache pas que les délais continuent de courir pour ses clients en juillet et août—Le protonotaire Hargrave oubliait que l'art. 4 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration appliquait à toutes les demandes introduites sous le régime de la Loi sur l'immigration, les diverses dispositions des Règles de la Cour fédérale, y compris celles relatives aux dépens, «sauf dans les cas où ces dispositions sont incompatibles» avec la Loi sur l'immigration ou les Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration—L'art. 404, prévoyant la responsabilité de l'avocat en matière de dépens et son droit de se faire entendre à ce sujet, n'est pas incompatible avec l'art. 22 des Règles en matière d'immigration—La disposition de chacune des ordonnances du 15 octobre 1998, relative aux dépens, est annulée par suite de l'oubli accidentel d'un texte applicable—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2—Règles de la Cour fédérale, DORS/98-106, règles 397,

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

404—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, 1993, DORS/93-22, art. 4, 22.

DE VEGA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3294-98, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 16-12-98, 6 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Conditions de résidence—Appel formé par le ministre contre la décision par laquelle un juge de la citoyenneté a approuvé la demande de citoyenneté présentée par l'intimée en vertu de l'art. 5(1) de la Loi sur la citoyenneté même s'il lui manquait 598 jours dans les quatre ans qui ont précédé la date de sa demande de citoyenneté—L'intimée se trouvait à Taïwan pour terminer des études universitaires de premier cycle à la National Central University (elle avait terminé deux années et demie sur les quatre années du programme)—L'intimée a invoqué l'affaire *Chan (Re)*, [1997] A.C.F. n° 1457 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), dans laquelle la Cour a défini les conditions de résidence applicables aux étudiants: l'étudiant demeure une personne à charge de ses parents au Canada, ses parents ont payé ses études, il est revenu au Canada pendant les vacances estivales et autres, et il avait toujours l'intention d'y revenir—Une étudiante qui fait des études universitaires loin de chez elle ne peut pas rentrer chez elle toutes les fins de semaine—Toutefois, quand les possessions de cette étudiante se trouvent chez elle à Toronto, qu'elle est domiciliée à Toronto, que ses frères et sa mère vivent dans cette ville, qu'elle rentre chez elle durant les vacances estivales et que, dès l'obtention de son diplôme, elle retournera chez elle au Canada, cela veut dire qu'elle a réellement établi son mode de vie au Canada—L'intimée a centralisé son mode de vie au Canada et il n'y avait aucune raison d'annuler la décision du juge de la citoyenneté—Appel rejeté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. LUK (T-2449-97, juge Blais, jugement en date du 12-11-98, 4 p.)

Appel formé contre la décision d'un juge de la citoyenneté d'approuver une demande de citoyenneté, au motif que l'intimé ne répondait pas aux critères de résidence—En vertu des Règles de la Cour fédérale (1998), les appels en matière de citoyenneté sont interjetés par voie de demande fondée sur le dossier soumis au juge de la citoyenneté: aucune nouvelle preuve ne peut être soumise à la Cour—Il était nécessaire d'examiner la norme de contrôle appropriée vu qu'il s'agissait vraisemblablement du premier appel en matière de citoyenneté depuis l'entrée en vigueur des nouvelles Règles—L'appelant a agi comme s'il s'agissait

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

d'un nouveau procès car il n'a invoqué aucune erreur de fait ou de droit—La question litigieuse consistait à savoir si l'intimé a centralisé son mode de vie au Canada de manière à y continuer sa résidence pour l'application de l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté pendant ses séjours à l'étranger—Il s'agit d'une question de fait et de droit—L'examen des facteurs pertinents pour trancher la question de savoir si une personne a des liens importants avec le Canada relève des faits—Toutefois, la question de savoir si ces facteurs satisfont au critère énoncé dans les affaires *Papadogiorgakis (In re) et in re la Loi sur la citoyenneté*, [1978] 2 C.F. 208 (1<sup>re</sup> inst.), et *Re Koo*, [1993] 1 C.F. 286 (1<sup>re</sup> inst.), et dans des décisions subséquentes portant sur l'art. 5(1)c), relève du droit—Comme une décision de justice est en cause, l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'attribuer la résidence à l'intimé, dans la mesure où celui-ci est «réputé» avoir été physiquement présent pendant la période requise, devrait être assujéti à la norme de la décision correcte—Il existait suffisamment de facteurs permettant de conclure que l'intimé a des liens plus importants avec le Canada qu'avec n'importe quel autre pays et qu'il a centralisé son mode de vie au Canada—S'agissant des facteurs énoncés par le juge Reed dans l'affaire *Re Choi*, [1998] A.C.F. n° 1652 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), la famille immédiate et élargie de l'intimé vit au Canada, ses enfants vont dans des écoles canadiennes à temps plein et sa famille ne l'accompagne pas pendant ses voyages d'affaires—La seule résidence que possède l'intimé est située au Canada—Il en a fait l'acquisition avant de venir au Canada—L'entreprise d'exportation de l'intimé semble être plus qu'une entreprise de façade—L'intimé a fait des investissements importants au Canada et il est un membre actif de la B.C. Racing Commission, comme propriétaire de chevaux de course et comme initiateur d'un programme d'élevage de chevaux avec la Chine—Bien qu'il ait été décidé dans certaines décisions que les personnes qui demandent la citoyenneté sont tenues de respecter strictement la lettre de l'art 5(1)c) même si les absences ont un caractère temporaire, il a été statué dans un nombre comparable sinon plus élevé de décisions que, dans certains cas en fonction de critères moins nombreux qu'en l'espèce, la citoyenneté devrait être attribuée si la qualité des liens avec le Canada est significative—La conclusion du juge de la citoyenneté que l'intimé s'est intégré à la société canadienne est correcte—Appel rejeté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. HUNG (T-1345-98, juge Rouleau, jugement en date du 21-12-98, 6 p.)

*Personnes ayant un statut temporaire*

Contrôle judiciaire du refus d'accorder un visa de visiteur pour entrer au Canada comme étudiant—L'art. 9(1.2) de la Loi sur l'immigration dispose que la personne qui demande un visa de visiteur doit convaincre l'agent des visas qu'elle

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

n'est pas un immigrant—L'agent des visas à Beijing a présumé que le demandeur ne reviendrait pas en Chine à moins d'avoir des raisons très impérieuses de le faire, puisqu'il était d'avis qu'un très faible pourcentage d'étudiants financés par le secteur privé et destinés à des écoles étrangères retourneront en Chine—Le visa a été refusé parce que le demandeur ne pouvait pas garantir à 100 p. 100 qu'il retournerait en Chine à la fin de ses études, malgré le fait que sa femme, son fils et sa maison sont en Chine—Demande accueillie—Il n'y a rien de mal à tenir pour acquis que le demandeur ne retournera pas en Chine à moins d'avoir des raisons impérieuses de le faire, mais exiger une garantie à 100 p. 100 semble être une norme impossible à respecter—C'est plus que des raisons impérieuses—La norme doit pouvoir être respectée—Si l'agent des visas cherche des preuves quant à un retour en Chine, il serait souhaitable qu'il soulève expressément cette question à l'entrevue—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1.2) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 4).

JIE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-631-98, juge Rothstein, ordonnance en date du 25-11-98, 3 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR avait estimé que les demandereses n'étaient pas des réfugiées au sens de la Convention—Les demandereses sont toutes citoyennes de l'ancien Zaïre—Leurs époux étaient des partisans du Parti lounumbiste unifié (PALU) qui s'opposait au nouveau gouvernement—Les demandereses revendiquent le statut de réfugié, se fondant en cela sur les opinions politiques qu'on peut leur imputer ainsi que sur leur appartenance à un groupe social, en l'occurrence la famille—La SSR a fait état, sur l'ensemble du territoire de la nouvelle République démocratique du Congo, de violences continues et de troubles ayant tout de la guerre civile—Le chef de l'État dirige un parti armé et indiscipliné (l'AFDL) qui, semble-t-il, se montre sauvage et sanguinaire envers les femmes et les jeunes filles—La SSR relève qu'environ trois mois avant qu'elle ne rende sa décision, une manifestation du PALU avait été réprimée dans la violence, estimant, cependant, qu'il n'existe pas de possibilité raisonnable que les demandereses soient persécutées par certains éléments de l'AFDL—La SSR a fondé la décision attaquée sur un changement de situation dans le pays en question, mais elle ne semble pas avoir tenu compte de l'art. 2(2) et (3) de la Loi sur l'immigration—L'art. 2(2)e) prévoit qu'une personne perd le statut de réfugié au sens de la Convention si les raisons qui lui faisaient craindre d'être persécutée dans le pays qu'elle a quitté ont cessé d'exister—L'art. 2(3) prévoit qu'une personne ne perd pas le statut de réfugié pour le motif visé à l'art. 2(2)e) si elle établit qu'il existe des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures de refuser de se réclamer de la protection du pays qu'elle a

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

quitté de crainte d'être persécutée—Dans l'arrêt *Pillai v. Secretary of State for the Home Department*, [1997] E.W.J. n° 293 (C.A.), le lord Woolf, Master of the Rolls, a estimé que si la Convention recèle à l'évidence un point favorable au demandeur (qui puisse vraisemblablement être invoqué avec succès), ce point doit être appliqué en faveur du demandeur, même si celui-ci ne l'a pas invoqué; dans le même ordre d'idées, si le droit de la Convention contient un point évident favorable au demandeur de statut mais ne figurant pas dans la décision, le tribunal devrait accorder l'autorisation d'interjeter appel; sans cela, le pays risque d'enfreindre les obligations qu'elle tient de la Convention—La SSR doit tenir compte de tous les éléments de la définition de «réfugié au sens de la Convention» lorsque les faits l'exigent—En l'espèce, la SSR n'a pas tenu compte des faits, ou alors elle a manifestement mal interprété ceux qu'elle expose dans sa décision, sans vraiment en tenir compte ou sans vraiment les comprendre: la décision de la SSR était manifestement déraisonnable—La preuve met en évidence des motifs portant irrésistiblement à une décision autre que la décision effectivement rendue—La Cour a certifié la question suivante: s'agissant de dire si un demandeur de statut a satisfait ou non aux conditions prévues dans la définition de réfugié au sens de la Convention figurant à l'art. 2 de la Loi sur l'immigration, la SSR a-t-elle l'obligation ou le devoir de tenir compte, en succession, des conditions prévues à l'art. 2(2)e) et (3) pour décider si les exigences prévues à l'art. 2(3) s'appliquent ou non à la demanderesse dans l'hypothèse où la SSR a relevé un changement de situation dans le pays en question—La demande est accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(2), (mod. par L.R.C. (1985), (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), 2(3), (mod., *idem*).

YAMBA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4953-97, juge Muldoon, ordonnance en date du 6-11-98, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut a refusé le statut de réfugié au sens de la Convention aux demandeurs au motif qu'ils avaient une possibilité de refuge au Pakistan—Demande accueillie—Le tribunal n'a pas tenu dûment compte d'une évaluation psychologique pour parvenir à sa conclusion: *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 30 Imm. L.R. (2d) 226, et *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 589 (C.A.)—Dans les circonstances de l'espèce, le tribunal avait l'obligation d'aller plus loin que de mentionner qu'il avait tenu compte du rapport psychologique—Ce rapport était approfondi et détaillé, et indiquait clairement que la santé des demandeurs se détériorerait s'ils retournaient au Pakistan—Il est inexplicable que le tribunal n'ait fourni aucune indice quant aux raisons pour lesquelles le rapport psychologique ne l'a pas convaincu—Si une preuve est précise et importante pour la cause d'un demandeur, et

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

est digne de foi et convaincante à première vue, il me semble qu'un tribunal est tenu d'expliquer, même très brièvement, pourquoi cette preuve ne l'a pas convaincu.

TAHER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-265-98, juge Rothstein, ordonnance en date du 22-11-98, 5 p.)

*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire du refus de l'agent des visas de délivrer un visa au demandeur—Sur la formule de demande de visa, le demandeur avait inscrit «secrétaire de direction» à l'égard de l'emploi qu'il prévoyait exercer au Canada—Les exigences y afférentes sont énoncées dans la description n° 4111-111 de la Classification canadienne descriptive des professions (CCDP)—L'agence des visas avait apprécié le demandeur à titre de secrétaire (n° 4111-110 de la CCDP) et étant donné qu'elle ne lui avait attribué que 67 points d'appréciation, soit trois points de moins que les 70 points normalement nécessaires pour qu'un visa puisse être délivré à un requérant indépendant, la demande avait été refusée—Il y a trois différences pertinentes entre ces professions: 1) l'énoncé principal de la description n° 4111-111 de la CCDP dit que le secrétaire de direction remplit «des fonctions administratives et de secrétaire de direction» alors que la description n° 4111-110 de la CCDP ne précise pas la personne à qui les services de secrétaire sont fournis et, en décrivant la nature du travail effectué par un secrétaire, il est fait mention «de certains travaux de bureau et de certains détails administratifs et affaires courantes de moindre importance»; 2) le secrétaire de direction «s'occupe de trouver et de compiler l'information nécessaire à l'employeur», alors que le secrétaire «dactylographie des rapports statistiques»; 3) le secrétaire de direction «traite des affaires courantes lorsque l'employeur est absent», mais il n'y a rien d'analogue dans la description des fonctions d'un secrétaire—Demande accueillie—Il ne faut accorder aucune importance particulière à l'«énoncé principal»—«La connaissance de la situation locale» de l'agent des visas constitue un facteur étranger sur lequel celle-ci s'était fondée pour arriver à sa décision—L'agent des visas ne disposait d'aucun autre élément de preuve lui permettant de conclure que le fait que le demandeur rendait compte au directeur général indiquait le nombre d'années de service qu'il avait auprès de son employeur plutôt que l'étendue de ses responsabilités—En outre, le demandeur ne savait pas que l'agent des visas se fondait en partie sur cette connaissance de la situation locale pour se prononcer sur la demande de résidence permanente—L'équité obligeait l'agent des visas à divulguer ce renseignement au demandeur de façon qu'il ait la possibilité d'y répondre—L'agent des visas avait également commis une erreur en interprétant trop strictement la description de la profession de secrétaire de direction figurant au n° 4111-111 de la CCDP comme se rapportant à quelqu'un qui, entre autres, «traite des affaires



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

courantes lorsque l'employeur est absent»—Elle avait uniquement inféré, en se fondant sur la déclaration du demandeur selon laquelle il n'était pas autorisé à signer des documents lorsque le directeur général était absent, qu'il ne traitait pas des affaires courantes lorsque l'employeur était absent—Le fait qu'une personne appose sa propre signature sur un document n'est qu'une indication du fait qu'elle est autorisée à traiter des affaires courantes—L'agente des visas n'aurait pas dû se fonder sur ce seul élément pour tirer sa conclusion—En concluant que le poste de secrétaire de direction relevant du directeur général, achats, reflétait probablement les années de service du demandeur auprès de l'employeur plutôt que l'étendue de ses responsabilités, étant donné en particulier que le demandeur avait gravi les échelons de la hiérarchie pour atteindre ce poste, l'agente des visas semblait manifester une préférence marquée pour la longueur de l'expérience plutôt que pour son étendue—Dans *Prajapati c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 31 Imm. L.R. (2d) 182 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour a dit, dans des circonstances à peu près similaires, qu'«il serait malheureux» de tirer pareille conclusion—L'obligation d'équité exige que l'agent se renseigne d'une façon raisonnable de façon à être en mesure d'évaluer minutieusement la demande et, dans certaines circonstances, qu'il informe le demandeur de l'idée négative qu'il s'est faite au sujet de la demande, de façon que ce dernier puisse répondre—L'agente des visas s'est suffisamment renseignée pour être en mesure d'effectuer une évaluation minutieuse et pour déterminer que le demandeur «compilait» simplement l'information et n'effectuait pas de recherche—Toutefois, elle a demandé beaucoup moins de renseignements au sujet de la question de savoir si le demandeur traitait des affaires courantes lorsque l'employeur était absent—L'agente des visas a déclaré qu'elle avait [TRADUCTION] «fait part de ses préoccupations» au demandeur, mais la Cour n'est pas convaincue que cela ait suffi pour donner au demandeur une possibilité raisonnable de clarifier et de préciser les tâches qu'il accomplissait en l'absence de son employeur—Manquement à l'obligation d'équité—Enfin, l'agente des visas n'a pas tenu compte des tâches que le demandeur accomplissait à l'égard de l'évaluation du rendement des employés—Le fait que l'agente des visas avait l'habitude de demander au demandeur, à la fin de l'entrevue, s'il avait quelque chose d'autre à dire ne suffit pas pour satisfaire à l'obligation de se renseigner d'une façon raisonnable qui lui est imposée par l'obligation d'équité—Ce faisant, l'agente n'informe pas le demandeur des préoccupations qu'elle a de façon à fournir à celui-ci une possibilité raisonnable de la rassurer—Il s'agit avant tout de savoir si le demandeur était admissible sous la rubrique «secrétaire de direction» plutôt que sous la rubrique «secrétaire»—Cette conclusion dépend fortement des faits et il ne fallait clairement pas se contenter de poser une question générale pour être en mesure d'évaluer d'une façon adéquate les renseignements fournis par le demandeur—Ce genre d'invitation générale, à la fin de l'entrevue, ne peut

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

pas remédier à l'omission de l'agente des visas de poser suffisamment de questions ou de faire connaître au demandeur la nature exacte de ses préoccupations—Les erreurs de fond et les erreurs de forme que l'agente des visas a commises, considérées dans leur ensemble, sont suffisantes pour vicier le refus de délivrer un visa au demandeur—Quant à la question de savoir si une catégorie professionnelle particulière s'applique au demandeur, il faut lire la description dans son ensemble, en tenant compte de l'expérience professionnelle du demandeur dans son ensemble; il serait inutile que la Cour conclue que le demandeur satisfaisait à certains éléments de la description et de retirer ces éléments de la décision de l'agente des visas—Le législateur a confié à l'agent des visas, et non aux tribunaux, l'obligation de se prononcer sur les demandes de visas—Aucun élément de preuve n'étaye la thèse selon laquelle, étant donné que la décision a été annulée, il est peu probable qu'un autre agent des visas s'acquitte de l'obligation professionnelle qui lui incombe d'évaluer la demande d'une façon équitable—Affaire renvoyée à un autre agent des visas.

HUSSAIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1702-97, juge Evans, ordonnance en date du 22-10-98, 21 p.)

Contrôle judiciaire du rejet de la demande du droit d'établissement, faite à l'intérieur du Canada et arguant de raisons humanitaires au sens de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—L'obligation d'équité est minimale en cas de demande de réexamen pour des raisons humanitaires, mais si le défendeur entend se fonder sur des éléments de preuve extrinsèque que n'a pas produits le demandeur, il doit lui donner la possibilité d'y répondre; *Shah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (C.A.F.)—La demanderesse a été informée des documents qu'elle n'avait pas produits et que l'agent d'immigration principal avait pris en considération pour parvenir à sa décision—Certains de ces documents, qui n'étaient pas communiqués à la demanderesse dans le cours de l'instruction de sa demande ou dans le cadre de ce recours en contrôle judiciaire, pourraient bien être des preuves extrinsèques—L'agent principal ne s'est pas conformé à l'ordonnance de communiquer copie de son dossier aux parties et au greffe de la Cour—L'avocat de la demanderesse et la Cour n'ont pu que conjecturer sur la nature des documents pris en considération—Il est à présumer que le dossier permettrait de savoir si les documents en question sont ou non des preuves extrinsèques—Une partie ne saurait tirer profit de sa non-observation d'une ordonnance de la Cour—S'il incombe à la demanderesse de prouver que des documents produits sont des éléments de preuve extrinsèque, elle n'est pas tenue de prouver la nature des documents pris en considération par l'agent d'immigration principal et que la défenderesse n'a pas produits devant la Cour, au mépris de son ordonnance à cet effet—Recours accueilli—Loi sur

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102).

THARMALINGAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-826-98, juge Gibson, ordonnance en date du 20-11-98, 5 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a refusé la demande présentée par le demandeur en vue d'obtenir la résidence permanente à titre d'«entrepreneur»—Le refus est fondé sur l'incapacité d'établir une entreprise au Canada—La définition de l'«entrepreneur» à l'art. 2 du Règlement sur l'immigration vise notamment l'immigrant qui a l'intention et qui est en mesure d'établir ou d'acheter au Canada une entreprise ou un commerce, ou d'y investir une somme importante—L'agent des visas n'a pas vérifié si le demandeur avait l'intention ou la capacité d'acheter une entreprise ou d'y investir une somme importante, alors que cette option était indiquée dans les termes les plus nets dans la demande—Dans le jugement *Bakhshae c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1002 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour a déclaré que c'est non pas l'obligation d'agir avec équité, mais le Règlement qui impose à l'agent des visas l'obligation de déterminer si les conditions de la définition sont remplies—Si la preuve ne porte que sur une seule des trois options, l'agent n'a pas besoin d'examiner les autres options—Implications de cette décision: lorsqu'un demandeur indique nettement dans sa demande sa volonté d'acheter une entreprise existante, l'agent des visas est tenu d'évaluer la capacité et l'intention du demandeur d'acheter une telle entreprise, car l'intention et la capacité d'acheter une entreprise au Canada constituent des éléments essentiels de la définition de l'«entrepreneur» contenue dans le Règlement—La demande est accueillie—Règlement sur l'immigration, 1978, DORS/78-172, art. 2(1), «entrepreneur» (mod. par DORS/83-837, art. 1).

KONG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1776-98, juge Pinard, ordonnance en date du 5-1-99, 6 p.)

**COURONNE**

Responsabilité délictuelle—Point de droit préliminaire: l'État fédéral est-il lié par l'art. 3(3), (4) de la Loi sur les accidents mortels du Manitoba, selon lesquels la responsabilité des auteurs de délits civils est engagée auprès de certains survivants de la victime, aussi bien pour les frais d'obsèques que pour la perte de soutien et d'affection—L'art. 3(1) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État prévoit qu'en matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique—L'État affirme que sa responsabilité n'est pas engagée au titre de l'art. 3(3), (4) de la Loi sur les accidents mortels étant donné que ces

**COURONNE—Fin**

dispositions n'étaient pas en vigueur le 14 mai 1953, date à laquelle a été édicté l'art. 3(1) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État—Dans l'affaire *Baird c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 160 (C.A.), le juge Le Dain, de la Cour d'appel, a estimé que la common law qui permet d'engager la responsabilité civile de l'État en matière délictuelle et quasi délictuelle n'est pas figée en l'état qui était le sien le 14 mai 1953—Ce serait introduire une ambiguïté qui n'a pas été voulue que de dire que l'État fédéral est lié par une common law évolutive mais par une législation figée en l'état—Souvent la législation et la common law s'influencent—La législation peut élargir ou amenuiser la responsabilité découlant de la common law—L'art. 3(1) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État ne porte aucunement à penser que le législateur entendait accorder sur ce point un traitement différent à la common law et à la législation, c'est-à-dire soumettre la responsabilité de l'État fédéral aux évolutions de la common law tout en prévoyant qu'au regard de la législation les possibilités d'engager cette responsabilité seraient figées à une certaine date—Pour ces motifs, et pour ceux de l'affaire *Stuart c. Canada*, [1989] 2 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.), l'État fédéral est lié par l'art. 3(3), (4) de la Loi sur les accidents mortels, L.R.M. 1987, ch. F-50—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3(1).

HOOD C. CANADA (T-2017-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 11-1-99, 4 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'une cotisation de taxe de vente fédérale (TVF) relativement à des contrats de fourniture et d'installation exécutés par la demanderesse dans le cadre desquels ses clients avaient fourni des matériaux—La demanderesse est un fabricant de béton asphaltique muni d'une licence—Dans certains cas, la demanderesse a fourni tous les matériaux, dans d'autres, le client a fourni le bitume liquide avant la fabrication, la fourniture et l'installation de l'asphalte par la demanderesse—Le client a payé un prix global pour la fourniture et l'installation de l'asphalte—En 1985, l'asphalte est devenu assujéti à la TVF au moment de sa vente ou de son utilisation par le fabricant ou le producteur—La défenderesse a publié le Communiqué de l'Accise 110/T1 qui énumérait parmi les méthodes de détermination de la valeur taxable la méthode de la juste valeur marchande (JVM) déterminée en conformité avec l'art. 3c) du Mémorandum ET 207—En août 1985, la défenderesse a informé la demanderesse que la taxe pouvait être calculée au taux de 6 % d'une valeur de 12 \$ la tonne métrique pour les ventes d'asphalte lorsque le bitume liquide a été fourni par le client—En avril 1986, la défenderesse a confirmé avoir compris que la demanderesse utilisait la méthode de la

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

valeur déterminée de 12 \$ la tonne métrique comme valeur taxable—La demanderesse a utilisé la méthode de la valeur déterminée pour calculer la TVF sur l'asphalte entre novembre 1985 et décembre 1986—En 1987, la demanderesse a informé la défenderesse qu'elle calculerait et verserait la TVF sur sa production d'asphalte selon la méthode de la JVM déterminée en conformité avec l'art. 3c) du *Mémorandum ET 207*—Par la suite elle a réclamé un remboursement de taxe correspondant à la différence entre les versements de taxe calculés selon la méthode de la valeur déterminée et le montant dû par application de la méthode de la JVM—La défenderesse a accordé ce remboursement—En 1988, la défenderesse a publié le Communiqué 110-2/T1 portant que lorsqu'un client fournit une partie des matériaux relativement à un contrat de fourniture et d'installation, le fabricant ne peut pas utiliser la méthode d'établissement de la valeur décrite dans le *Mémorandum ET 207 (JVM)*—La demanderesse a été informée qu'aucune disposition ne prévoyait de rajustement rétroactif de la valeur taxable utilisée avant la publication du Communiqué—Une nouvelle cotisation a été établie pour le montant remboursé par erreur relativement aux contrats de fourniture et d'installation exécutés par la demanderesse lorsqu'une partie des matériaux avaient été fournis par les clients—Question de savoir si la demanderesse était autorisée à utiliser la méthode de la JVM afin de déterminer la valeur de l'asphalte pour l'application de la Loi au cours de la période pertinente, dans les cas où le client avait fourni le pétrole—Les communiqués sont des politiques administratives et n'ont pas été publiés en vertu d'un pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'art. 28(1)d) de la Loi sur la taxe d'accise—Ce sont uniquement des concessions faites par le ministre pour remédier à des injustices créées par la Loi—Le *mémorandum ET 207* est fondé sur l'art. 28(1)d) et il procède de l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire de guider l'industrie quant à la méthode de calcul de la taxe dans les cas où il n'y a pas de prix de vente—Comme il existait un prix de vente, l'art. 27 s'appliquait au calcul de la taxe exigible—Dans les cas où il n'y a pas de prix de vente, le ministre fournit des méthodes de calcul de rechange en vertu de son pouvoir discrétionnaire dans le *mémorandum ET 207*—La taxe payable par la demanderesse est établie par la Loi—Il n'est pas possible d'y déroger—L'art. 26 définit le prix de vente du contrat aux fins du paiement de la taxe prévue par l'art. 27 comme le dernier prix payé par le client et inclut des déductions prévues par la Loi—Il n'était pas nécessaire que le contribuable aille au-delà de la Loi pour déterminer la façon dont la taxe devait être payée relativement au contrat de fourniture et d'installation—Un contribuable peut s'appuyer sur une concession administrative, le cas échéant, mais il doit absolument appliquer la méthode choisie de façon constante—La demanderesse a prétendu que, dans les cas où le pétrole est fourni par le fabricant, le coût de ce pétrole engagé par le fabricant est égal à zéro; c'est cette valeur zéro qui doit être incluse pour le calcul de la JVM confor-

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

mément au *Mémorandum ET 207*—Un coût égal à zéro n'est pas un coût au sens de la disposition—De plus, le bulletin renvoie à l'ensemble du coût de «toutes» les matières utilisées, et non à l'ensemble du coût de «certaines» matières utilisées—La demanderesse a fait valoir que le prix de vente ne se rapporte pas à un contrat de fourniture et d'installation, mais à un contrat de fourniture et d'installation qui inclut de l'asphalte et que c'est l'asphalte qui est assujéti à la taxe—Elle soutient donc que le ministre a publié différents communiqués pour établir un prix de vente parce qu'il ne découle pas clairement et directement de l'art. 26(3)—L'art. 26 s'applique à un contrat de fourniture et d'installation de la façon dont le prévoient les différents communiqués, dans lesquels il est entendu que le mélange d'asphalte est assujéti à la taxe de vente—La rétroactivité dont se plaint la demanderesse découle de ses propres actes, soit du fait qu'elle a changé de méthode de calcul de la taxe—Les communiqués indiquent clairement qu'un contribuable doit utiliser une méthode de façon constante, soit pour une période d'au moins un an—Si la demanderesse avait respecté cette exigence, le problème de la rétroactivité ne se serait pas posé—Les communiqués n'ont pas été appliqués de façon injuste ni arbitraire—La règle de la préclusion n'empêche pas la défenderesse de changer la méthode d'évaluation de l'asphalte pour les années d'imposition 1985 et 1986—La taxe exigible étant établie par la Loi, le traitement accordé aux autres contribuables dans des situations semblables n'est donc pas pertinent—Le ministre n'est pas lié par les affirmations faites par les fonctionnaires autorisés de son Ministère, même si elles sont contraires aux dispositions législatives—La loi l'emporte sur toute affirmation de ce type—Aucun paiement excédentaire, donc aucun remboursement dû—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 26 (mod. par L.R.C. (1985), (2<sup>e</sup> suppl.) ch. 1, art. 188), 27 (mod. par L.R.C. (1985), (2<sup>e</sup> suppl.) ch. 7, art. 11, ch. 42, art. 3), 28(1)d).

JACK CEWE LTD. C. CANADA (T-3390-90, juge Wetston, ordonnance en date du 8-1-99, 24 p.)

Appel d'une décision de la Section de première instance ((1994), 2 G.T.C. 7259) qui a conclu que l'appelante était assujéti, en vertu de la Loi sur la taxe d'accise, au paiement de la taxe de vente sur les biens de la compagnie Aro (1984) Inc. vendus entre les 4 et 30 septembre 1987—L'appelante possédait sur ces biens différentes garanties dont un acte de fiducie, une cession générale de créances et une cession de biens en stock—L'art. 27(1) de la Loi impose une taxe de consommation et de vente sur toutes marchandises produites ou fabriquées au Canada et oblige le fabricant ou le producteur à la prélever, la percevoir et la payer—L'art. 2(1)a) assimile à «fabricant» ou «producteur» un cessionnaire et quiconque continue les affaires d'un fabricant ou d'un producteur ou dispose de ses valeurs actives en qualité de fiduciaire—L'art. 27(3) assujéti au paiement de la taxe la personne qui acquiert d'un fabricant, d'un produc-

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

teur ou d'un cessionnaire le droit de vendre et vend ces marchandises—C'est à bon droit que le juge de première instance a conclu que l'appelante avait, dans les faits, continué les affaires du fabricant de meubles Aro de façon à réduire les pertes qu'elle risquait de subir en raison du crédit consenti et de la cessation immédiate des opérations de l'appelante—L'exercice des droits et des pouvoirs conférés à un cessionnaire en vertu d'une cession de biens en stock ne se concrétise pas seulement dans les cas où il y a prise de possession des biens par le cessionnaire—Il n'est pas nécessaire que le cessionnaire prenne lui-même possession des biens cédés en garantie—L'appelante a, de fait, exercé le contrôle sur les biens en possession de son mandataire et la vente desdits biens a eu lieu dans le seul intérêt de l'appelante en réduction de la marge de crédit qu'elle avait consentie au cédant—L'ensemble des actions prises par l'appelante témoigne d'un exercice des droits et des pouvoirs qui lui étaient conférés par l'acte de cession des biens en stock—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 2(1)a), 27(1),(3).

CAISSE POPULAIRE DE DAVELUYVILLE (ARO (1984) INC.) c. CANADA (A-316-94, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 29-10-98, 9 p.)

**LOI SUR LES DOUANES**

Requête visant à obtenir une ordonnance statuant sur un point de droit préliminaire: est-ce l'art. 150 ou l'art. 158(2) de la Loi qui s'applique dans la présente procédure et, si c'est l'art. 158(2), est-ce qu'il rend la réclamation de la demanderesse irrecevable totalement ou seulement en ce qui concerne le montant de certains chèques?—La demanderesse a exploité quatre navires ravitailleurs dans les années 1980—Les navires ont été saisis en février 1986 pour le motif qu'ils avaient été utilisés illégalement dans les eaux canadiennes en contravention de la Loi—Afin d'éviter la saisie des navires, la demanderesse a remis sept chèques totalisant la somme de 412 901,90 \$ le 19 février 1986—Par avis en date du 21 octobre 1986, la demanderesse a été informée de la décision selon laquelle un montant de 39 593,58 \$ avait été confisqué et un montant de 63 308,32 \$ avait été remis à Husky—Une action en recouvrement des sommes d'argent déposées a été intentée le 9 janvier 1987—Dans un jugement sur consentement des parties en date du 10 juillet 1996, la Cour d'appel fédérale a accordé à la défenderesse l'autorisation d'invoquer le délai de prescription prévu à l'art. 158(2) de la Loi—L'art. 150 de la Loi prévoit un délai de prescription de trois mois pour le recouvrement des choses saisies; l'art. 158(2) prévoit un délai de prescription de six mois pour le recouvrement d'une somme d'argent déposée suivant l'art. 157—La demanderesse prétend que, si l'art. 158(2) s'applique, l'action a été intentée dans le délai prescrit en ce qui concerne le montant des deux derniers chèques postdatés payables le 19 juillet

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

1986 et le 19 août 1986, respectivement—Il y a eu application de *Dome Petroleum Ltd. c. La Reine* (1988), 26 F.T.R. 318 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où le juge Strayer (tel était son titre à l'époque) a conclu que l'art. 150 de la Loi se rapportait seulement aux actions en recouvrement de biens saisis et que les actions en recouvrement de sommes d'argent déposées, comme en l'espèce, étaient régies par l'art. 158(2) de la Loi—Il n'y a aucune raison d'écarter cette décision—L'art. 158(2) de la Loi s'applique en l'espèce—Quant aux deux derniers chèques postdatés, l'application du délai de prescription commence lors de leur dépôt et non à compter de leurs dates d'échéance—Les chèques postdatés peuvent être négociés en tout temps entre la date d'émission et la date d'échéance et pendant une période raisonnable par la suite—Par conséquent, l'art. 158(2) de la Loi rend totalement irrecevable la réclamation de la demanderesse—Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, ch. C-40, art. 150, 158(2).

HUSKY OIL LTD. c. CANADA (T-72-87, juge Dubé, ordonnance en date du 4-12-98, 17 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF**

Principe de l'immunité judiciaire appliqué aux membres de tribunaux administratifs—Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la CISR a accueilli la demande du ministre visant à obtenir le réexamen et l'annulation de la revendication du statut de réfugiés au sens de la Convention déposée par la demanderesse et ses deux enfants à charge—La demanderesse et ses deux enfants à charge, qui sont originaires de Russie, ont obtenu le statut de réfugiés au sens de la Convention en 1993—Il a depuis été établi que des parties du certificat de naissance fourni par la demanderesse pour établir qu'elle était de nationalité juive avaient été modifiées à l'aide d'un agent de blanchiment chimique—À l'audition, la demanderesse a voulu appeler à témoigner la personne (laquelle était disposée à témoigner) qui avait présidé la formation de la CISR qui avait accueilli sa revendication du statut de réfugiée au sens de la Convention, ou produire un affidavit signée par cette personne—La CISR a refusé dans les deux cas en se fondant sur le principe de l'immunité judiciaire—La question litigieuse est de savoir si la CISR a commis une erreur de droit lorsqu'elle a déterminé que le témoignage de la personne en cause n'était pas admissible pour des motifs d'immunité judiciaire—Demande rejetée—Dans *MacKeigan c. Hickman* (1988), 43 C.C.C. (3d) 287 (C.S.N.-É., D.P.I.) (conf. par (1988), 46 C.C.C. (3d) 191; conf. par [1989] 2 R.C.S. 796 (pour ce qui est de la contraignabilité)), il a été jugé que les juges n'avaient pas la compétence pour témoigner et qu'ils ne pouvaient y être contraints—En vertu du principe de l'immunité judiciaire, les membres de tribunaux administratifs ne peuvent être contraints à témoigner et ils n'ont pas la compétence pour témoigner—En conclure autrement serait contraire à la bonne administration de la justice et minerait

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

l'intégrité du système—Dans *Agnew v. Ontario Association of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (Cour div.), le juge - Campbell a conclu que la règle de l'immunité judiciaire s'appliquait tant aux juges qu'aux membres de tribunaux, estimant qu'au lieu d'interjeter appel ou d'intenter un recours extraordinaire contre une décision défavorable, on créerait un système de contrôle par contre-interrogatoire—Permettre au membre d'une formation de témoigner irait complètement à l'encontre du concept de l'immunité judiciaire—Cela pourrait donner lieu à un nouvel examen de la décision de la formation, en particulier si le membre était contre-interrogé—Les décisions doivent être définitives et elles ne doivent faire l'objet d'un contrôle que par l'entremise des moyens habituels—Sans le témoignage de la personne en question, la décision de la CISR était raisonnable.

ERMINA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-954-98, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 7-12-98, 7 p.).

Jugements déclaratoires—Requête en vue de faire radier la déclaration dans une action recherchant des injonctions provisoires et des déclarations de droit concernant les décisions, politiques et pratiques du ministre des Pêches et des Océans qui auraient entraîné la création de certaines formes de propriété privée dans la réserve commerciale du poisson de fond de la région Scotia-Fundy par l'attribution de quotas de pêche—La demande est accueillie en partie—Les injonctions provisoires ne peuvent être demandées par voie d'action, mais bien par une procédure de contrôle judiciaire—Par conséquent, les parties de la déclaration dans lesquelles les injonctions sont réclamées sont radiées—Dans l'arrêt *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.), la C.A.F. a laissé ouverte la possibilité qu'une partie puisse contester par voie d'action des lignes directrices discrétionnaires et demande une déclaration ayant trait à cette contestation, mais uniquement dans les cas où il y a eu mauvaise foi, non-respect des principes de justice naturelle dont l'application est exigée par la loi et prise en compte de considérations étrangères à l'objet de la loi—En l'espèce, les demandeurs allèguent qu'on a pris en compte des facteurs non pertinents et des considérations étrangères pour l'attribution des quotas.

MCKAY C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (T-1602-98, juge Wetston, ordonnance en date du 11-12-98, 7 p.)

**CONTRÔLE JUDICIAIRE***Pratique*

Requête qui aurait pour effet de transformer une action en demande de contrôle judiciaire—Requête rejetée car ni la

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

Loi sur la Cour fédérale ni les Règles ne confèrent à la Cour le pouvoir discrétionnaire de traiter une action comme une demande de contrôle judiciaire—Demande découlant de l'obligation pour le demandeur de suivre une thérapie obligatoire pour délinquants sexuels, de conclusions portant qu'il n'a pas observé les conditions de sa libération conditionnelle, de plaintes concernant des limites qui lui seraient imposées quant à ses déplacements et de la révocation de sa libération d'office—Indemnité de 690 000 \$ réclamée par le demandeur—Après le dépôt de la défense, le demandeur a déposé des requêtes sollicitant des injonctions interlocutoires contre le Service correctionnel du Canada et la Commission nationale des libérations conditionnelles—Le demandeur souhaite que la Cour considère ces requêtes comme des avis de demande de contrôle judiciaire prévus par la règle 301—L'art. 18(3) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit clairement que les recours extraordinaires dirigés contre tout office fédéral, y compris les demandes d'injonction, ne peuvent être exercés que par voie de demande de contrôle judiciaire conformément à l'art. 18.1—Il était clair que les injonctions en cause ne pouvaient être demandées au moyen d'une déclaration—La requête aurait pour effet de transformer l'action en instance en une procédure de contrôle judiciaire—L'obligation d'introduire une demande de contrôle judiciaire au moyen d'un avis de requête introductif d'instance (maintenant au moyen d'une demande), n'est pas une exigence purement procédurale ou technique, mais touche la nature même de la procédure; la Cour a le pouvoir discrétionnaire de traiter une demande de contrôle judiciaire comme une action, mais elle n'a pas le pouvoir discrétionnaire inverse de traiter une action comme une demande de contrôle judiciaire: *Lameman c. Peoples Government* (1995), 95 F.T.R. 220 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Bande indienne de Lake Babine c. Williams* (1996), 194 N.R. 44 (C.A.F.)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 301—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

SCHEMMANN C. GLUPPE (T-1676-98, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 18-11-98, 5 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL****CHARTRE DES DROITS***Vie, liberté et sécurité*

Le défendeur avait été jugé coupable d'homicide involontaire coupable deux jours avant que sa fille ne demandât à parrainer sa demande de droit d'établissement—Dans les formules de demande de visa d'immigrant et de citoyenneté, il niait avoir jamais été déclaré coupable d'un crime—La ministre cherche à révoquer sa citoyenneté par ce motif qu'il avait obtenu son admission légale au Canada à titre de résident permanent par fausse déclaration et dissimulation

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

intentionnelle de faits essentiels, et qu'il avait subséquemment obtenu la citoyenneté en vertu de cette admission—Sur la question de savoir s'il y a lieu de rejeter la demande pour cause de retard de la part de la ministre, le défendeur cite la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Copeland*, [1998] 2 C.F. 493 (1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge McGillis a conclu qu'il y a retard abusif allant à l'encontre de l'art. 7 de la Charte dans les affaires de révocation de la citoyenneté si 1) le retard est déraisonnable au regard des circonstances de la cause, et si 2) le justiciable en a subi un préjudice—Il appert cependant qu'elle n'a pas pris en considération l'arrêt *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, dans lequel le juge Linden, J.C.A., a fait observer que la décision en cause ne déterminait en définitive aucun droit, et que si la Cour tirait bien certaines conclusions sur les faits, la décision éventuelle relevait du gouverneur en conseil—Jugé que l'art. 7 n'invaliderait pas l'art. 18(3) de la Loi sur la citoyenneté—Au moment où la Cour rendit sa décision, l'art. 7 n'était pas en jeu parce qu'il n'y avait pas encore atteinte au droit de Luitjens «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne»—Le juge Noël a appliqué la jurisprudence *Luitjens* dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck*, [1998] 2 C.F. 614 (1<sup>re</sup> inst.), en faisant observer que l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391 confirmait la conclusion tirée par le juge Linden, J.C.A., au sujet de l'art. 7—Pour la même raison, les précédents *Canada (Secrétaire d'État) c. Charran* (1988), 21 F.T.R. 117 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Canada c. Sadiq*, [1991] 1 C.F. 757 (1<sup>re</sup> inst.), ne sauraient être invoqués à l'appui de l'applicabilité de l'art. 7 dans les affaires de révocation de la citoyenneté—À supposer même que celui-ci s'applique, il n'y a aucune preuve de préjudice en l'espèce—La Cour conclut que le défendeur a obtenu le statut d'immigrant par fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels—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], art. 7—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. COOMAR (T-1906-97, juge McKeown, ordonnance en date du 17-11-98, 10 p.)

**DROIT MARITIME****PRATIQUE**

Une ordonnance rendue le 27 mai 1998 a ordonné la nomination de Bernard Jones, courtier maritime, en qualité de shérif intérimaire investi du pouvoir d'évaluer et de vendre le navire *Atlantis Two*—L'ordonnance enjoignait au shérif de consigner le produit de la vente à la cour et de

**DROIT MARITIME—Suite**

produire un mémoire de dépens; les frais d'évaluation devaient être traités comme des dépens du shérif, payables par prélèvement sur le produit de la vente; la commission du shérif était fixée à 1 p. 100 du prix total; possibilité de présenter une requête au shérif accordée à toutes les parties intéressées—Le navire a été vendu pour la somme de 1 100 000 \$US—Le shérif a produit son compte au moyen d'un mémoire de dépens et d'un mémoire de dépens supplémentaire—Il a prié l'officier taxateur et le greffe de régler rapidement son compte—La règle 490(5) et (6) des Règles de la Cour fédérale prévoit la taxation des comptes du shérif, y compris la participation de toute partie qui a un droit sur le produit de la vente—Ce produit est détenu dans des comptes en fiducie assujettis à des règles strictes quant à l'accès—L'officier taxateur ne peut pas régler les comptes si ce n'est à la suite d'un avis formel donné aux parties intéressées afin qu'elles puissent réellement participer au processus—Le shérif n'a pas donné avis des comptes, même si l'ordonnance de vente ne l'en dispensait pas—Ni le shérif, ni aucun des réclamants n'a fourni une liste des parties intéressées visées par la règle 490(6)—Le premier mémoire de frais indiquait que d'autres comptes seraient produits—Le premier mémoire incluait 50 heures à 200 \$ l'heure pour «les heures de travail et les dépens du shérif»—La question de savoir si l'ordonnance de vente exemptait le shérif de l'application de l'art. 5b) de l'Annexe 2 de l'Appendice C des Supreme Court Rules de la Colombie-Britannique régissant la saisie de navires était contestable—À la date du dépôt du premier mémoire de frais, le shérif n'avait présenté aucun document donnant à l'officier taxateur l'assurance qu'aucune objection ne pouvait être soulevée relativement à un élément quelconque du compte—Compte tenu des règlements régissant les comptes en fiducie et de l'absence d'une demande de directives - que le greffe n'aurait pas pu présenter - de la part du shérif ou d'un réclamant, l'officier taxateur a décidé qu'il fallait distribuer les comptes, une fois observées les dispositions de l'ordonnance de vente—L'absence d'observations clarifiant le tarif horaire ne justifiait pas que les parties intéressées soient contraintes d'engager des dépenses additionnelles pour la distribution d'échéanciers multiples concernant des segments des comptes—Le greffe a plutôt reçu pour directive de photocopier tous les comptes et les documents à l'appui et de les transmettre aux vingt parties intéressées visées par la règle 490(6)—Compte tenu du nombre de réclamants susceptibles de soumettre des observations et de l'absence de consentements et de renonciations antérieurs, ainsi que de la règle 490(6), un échéancier plus court aurait pu porter atteinte aux droits des réclamants concernant les sommes détenues en fiducie, même si les fournisseurs de services réclamaient un règlement rapide—Les réclamants se sont opposés au tarif de 200 \$ du shérif et aux honoraires d'agence—Ni le shérif ni quelque réclamant que ce soit n'ont demandé des directives emportant renonciation au plein effet de la règle 490(6)—En l'absence de consentements et de renonciations, un échéancier normal a été

**DROIT MARITIME—Suite**

distribué—Délivrance d'un certificat de taxation accordant un montant de 59 946,18 \$CAN, 19 229 \$US et 4 060 £GB pour les frais du shérif intérimaire; la taxation de la somme restante de 11 000 \$CAN, contestée par les réclamants, a été reportée jusqu'à la date d'expiration du dernier délai pour la présentation d'observations—L'ordonnance de vente visait à tirer profit de l'expertise d'un courtier maritime dans l'exercice des fonctions de shérif, et non à lui attribuer une double fonction—Le mémoire de dépens faisait la distinction entre les rôles de shérif et de courtier maritime, en ce qui concerne la rémunération, en associant les heures de travail au premier et la commission au deuxième—L'art. 4 du tarif A prévoit que le montant payable pour les services d'un shérif est celui autorisé pour un service analogue par le tarif de la cour supérieure de la province où les services ont été rendus—Aucune requête n'a été déposée pour obtenir réparation—Obligation d'appliquer le tarif établi par les Supreme Court Rules de la Colombie-Britannique: taxation, pour le mémoire de dépens, de 50 heures au taux de 45 \$ l'heure plus 7 % pour la TPS—Quant à la préparation de la taxation, le shérif intérimaire se trouvait dans la même situation qu'une partie à un litige qui dépose un mémoire de dépens sous le régime de la règle 406(1) afin d'amorcer le processus de taxation—Cinq heures pour la préparation du mémoire de dépens et cinq heures pour répondre aux questions des créanciers et débiteurs ont été accordées aux taux de 45 \$ l'heure plus 7 % pour la TPS—Les deux heures de discussions avec le greffe concernant les retards dans le règlement des mémoires de dépens ont été rejetées—Un montant de 400 \$ a été accordé concernant les honoraires d'agence—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 406, 490, Tarif A, art. 4—Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, Appendice C, Annexe 2, art. 5b) (édicte par B.C. Reg. 534/95).

FRASER SHIPYARD AND INDUSTRIAL CENTRE LTD. C.  
EXPEDIENT MARITIME CO. (T-111-98, officier taxateur  
Stinson, taxation en date du 13-11-98, 17 p.)

Requête en vertu de la règle 208 des Règles de la Cour fédérale et de l'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale afin que cette Cour suspende l'action entreprise par les demandeurs devant cette Cour au profit de Chypre, qui constituerait le forum le plus approprié pour entendre le litige—Le navire *Flare* a sombré dans le golfe du Saint-Laurent, en eaux canadiennes—Son équipage comptait 25 membres, majoritairement philippins, dont quatre seulement survécurent—Trois d'entre eux sont des Philippins, l'autre est Yougoslave, et ils sont parmi les demandeurs—La règle est qu'il faut établir clairement qu'un autre tribunal est plus approprié pour que soit écarté celui qu'a choisi le demandeur: *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897—Les défenderesses allèguent quatre facteurs en ce sens: 1) les contrats d'emploi des demandeurs incluent une clause par laquelle Chypre a été retenue comme le forum pour résoudre tout litige; 2) le *Flare* battait pavillon chypriote et les

**DROIT MARITIME—Fin**

documents le concernant avaient été émis sous l'égide du gouvernement de ce pays; 3) les défenderesses poursuivaient leurs affaires à Chypre; 4) les fautes reprochées aux défenderesses ont pris naissance à Chypre—Requête rejetée—1) Il est loin d'être clair que le Chypre soit devenu le forum désigné d'un litige tel que le présent—Les contrats individuels se rapprochent davantage du droit des Philippines que de celui de Chypre—Partant, si c'est le droit des Philippines qui doit prévaloir, la Cour fédérale est aussi compétente pour l'appliquer que ne le seraient les tribunaux de Chypre—2) et 3) Les demandeurs ont produit une preuve contradictoire (le pavillon serait un pavillon de complaisance; les vrais propriétaires seraient des ressortissants grecs dont les affaires se dérouleraient en Grèce et non à Chypre; le véritable gérant du navire serait grec) qui fait que la preuve des défenderesses quant à ces deux facteurs ne peut recevoir qu'une valeur relative—En outre, il appert que la presque totalité des documents en question n'ont pas été émis à partir de Chypre mais bien d'endroits aussi variés que Londres, de la Corée du Sud, de Cuba et de la Grèce—4) Cette allégation repose au départ sur la prémisse que Chypre constitue véritablement la principale place d'affaires des défenderesses, prémisse sérieusement attaquée par la preuve des demandeurs—Et il découle des fautes reprochées aux défenderesses par les demandeurs que ces fautes peuvent difficilement être vues comme ayant été commises uniquement à cette place d'affaires—Bien que quelques témoins principaux soient domiciliés hors du Canada, le naufrage a eu lieu en eaux canadiennes et les personnes qui ont participé à l'opération de sauvetage étaient vraisemblablement canadiennes—Les règles de divulgation de la preuve documentaire ne sont pas aussi libérales à Chypre qu'au Canada, la limite de responsabilité à Chypre serait dix fois inférieure à celle du Canada—On ne peut donc dire que Chypre n'entraînerait pas de gains juridiques pour les défenderesses ou de pertes juridiques pour les demandeurs—Les défenderesses ne se sont donc pas acquittées de leurs fardeau de preuve de convaincre cette Cour que dans les circonstances Chypre doit être clairement vue comme le forum le plus approprié pour entendre l'action des demandeurs—Compte tenu de l'ensemble des facteurs énumérés à la règle 400(3), et plus particulièrement des facteurs mentionnés à la règle 400(3)a), c) et g), il est juste et raisonnable d'accorder aux demandeurs dans chacun des deux dossiers ici impliqués leurs frais au maximum de la colonne V du Tarif B—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 208, 400(3)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

NAPA C. ABTA SHIPPING CO. (T-387-98, protonotaire  
Morneau, ordonnance en date du 20-11-98, 20 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande d'ordonnance infirmant une décision de la CCDP refusant de renvoyer à un tribunal des droits de la

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

personne, aux fins d'enquête, la plainte formulée par le demandeur, et ordonnant le classement sans suite du dossier et, partant, le rejet de la plainte—Le demandeur était employé de la compagnie aérienne défenderesse de 1987 à 1995, en tant que commandant de bord—Il dépose sa première plainte en 1993 après avoir fait l'objet d'une rétrogradation au grade de premier officier pour une période de 25 mois, faisant état d'un traitement discriminatoire en raison de l'instabilité mentale que son employeur croyait percevoir chez lui—La plainte est rejetée en février 1995—Le jour suivant, le demandeur est licencié, la société défenderesse mettant en cause sa compétence et ne lui faisant plus confiance pour piloter des appareils d'Air Atlantic—Le fait de ne pas avoir suivi, lors du décollage interrompu, les procédures normalisées, en décembre 1994, est cité, dans la lettre de licenciement, comme motif de licenciement—En mars 1995, le demandeur dépose une seconde plainte auprès de la CCDP, invoquant la discrimination en raison d'une instabilité psychologique qu'on pensait pouvoir lui reprocher—Le demandeur faisait valoir qu'en 1990, après le décès de son père lors d'un accident d'avion, dans des circonstances analogues à celles de la mort du frère du demandeur, le superviseur du demandeur avait commencé à mettre en doute la stabilité psychologique du demandeur, affirmant qu'il posait des risques en tant que commandant de bord—L'enquêteur donna raison au demandeur et recommanda la désignation d'un conciliateur pour tenter de régler la plainte formulée à l'encontre de la défenderesse—Échec des tentatives de conciliation—Après l'échec des tentatives de conciliation, le directeur de la mise en œuvre de la CCDP recommandait soit que le dossier soit renvoyé devant un tribunal soit qu'on décide qu'un tel renvoi n'est pas justifié et que l'on classe l'affaire—Les deux parties présentèrent leurs observations écrites à l'égard de ce rapport—En août 1996, l'avocat général par intérim de la Commission faisait connaître l'échec des tentatives de conciliation et recommandait que l'affaire soit renvoyée devant un tribunal—La seconde plainte est rejetée—Selon le principal argument développé par le demandeur à l'audience, la CCDP a manqué au respect d'un principe de justice naturelle et à l'équité procédurale lorsque, avant de rendre sa décision, elle a omis de fournir au demandeur une copie des observations formulées dans une lettre transmise au nom de la défenderesse, et l'occasion d'y répondre—Le demandeur soutenait également que la CCDP avait fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait—La demande est rejetée—Il n'y a pas lieu en l'espèce d'intervenir en raison d'une erreur de fait que recèlerait la décision de la Commission—Les tribunaux ont en général estimé que la Commission dispose d'un large pouvoir discrétionnaire en vertu duquel elle peut rejeter une plainte et classer une affaire—Lorsque les arguments développés par une des parties vont au delà d'une simple interprétation des faits dont était saisie la CCDP, et s'ils affectent la teneur des preuves produites devant cet organis-

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

me, la communication des arguments s'impose—En l'espèce, cependant, et s'agissant de la lettre en question qui demandait à la CCDP de ne tenir aucun compte de certains éléments de preuve précédemment produits par le demandeur, preuve qui semblait pertinente à celui-ci, rien ne démontre que cette lettre ait été suivie d'effet—La Commission n'était donc aucunement tenue de communiquer au demandeur, avant de rejeter sa plainte, la lettre en question écrite au nom de la défenderesse—Il a été satisfait aux exigences de l'équité procédurale.

GITTEL C. AIR ATLANTIC (1995) LTD. (T-2361-96, juge MacKay, ordonnance en date du 20-11-98, 10 p.)

Contrôle judiciaire du rejet par la CCDP de certaines plaintes—En 1990 et 1991, le demandeur a, sans succès, présenté une demande d'études de droit subventionnées dans le cadre du Programme militaire d'études de droit (PMED)—En 1990, le demandeur, alors lieutenant-commander, était âgé de 40 ans—L'art. 5 de l'Ordonnance administrative des Forces canadiennes 9-62 exigeait que le demandeur ne détienne pas, en règle générale, un grade supérieur à celui de capitaine pour être admissible à la sélection pour le programme d'études—L'art. 12 exigeait que les officiers qui détenaient un grade supérieur à celui de capitaine et qui étaient acceptés pour le programme reviennent de plein gré au grade de capitaine avant le début du programme—Le demandeur a soutenu que l'énoncé de politique figurant à l'art. 5 tendait à favoriser la discrimination envers les officiers supérieurs et les officiers plus âgés—Il a déposé des plaintes auprès de la CCDP dans lesquelles il prétendait qu'il avait été privé de la possibilité de faire des études de droit en raison de son âge, ce qui constitue une pratique discriminatoire au sens de l'art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et que le processus de demande en vue de participer au PMED viole l'art. 10 en tendant à priver les personnes d'un certain âge d'une possibilité d'emploi pour obtenir une formation juridique—Le demandeur a associé l'âge moyen accru des officiers à la promotion à un grade supérieur—La Commission a décidé que la politique de limiter les candidatures au PMED aux officiers détenant le grade de capitaine est compatible avec les exigences opérationnelles; que la preuve ne venait pas étayer les allégations de discrimination; que la politique de sélection du PMED n'interdit pas les études de droit à l'officier qui peut servir au moins cinq ans avant d'atteindre l'âge de la retraite obligatoire; que l'âge et les résultats des candidats n'indiquent pas que l'âge était pris en considération dans le processus de sélection de 1991—Entre 1975 et 1991, quatorze des cent un candidats au PMED détenaient un grade supérieur à celui de capitaine; seul un officier détenant un grade supérieur à celui de capitaine a été sélectionné—Le demandeur soutient que ces statistiques, combinées à la corrélation entre l'avancement en grade et celui en âge, montrent que la politique de sélection constitue un cas de discrimination établi *prima facie*—Le demandeur



**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

soutient également que, une fois qu'il a établi un cas de discrimination *prima facie*, c'est alors le défendeur qui a l'obligation de prouver que la politique discriminatoire est une exigence professionnelle normale—Il n'y a pas lieu d'imposer les règles de preuve et de procédure relativement à une plainte devant un tribunal des droits de la personne en ce qui concerne la fonction d'administration et d'examen préalable de la Commission, même lorsqu'elle rejette une plainte parce que celle-ci n'est pas justifiée—Agir ainsi pourrait restreindre le pouvoir de la Commission et de ses enquêteurs d'examiner à fond chaque plainte—La présente procédure a trait à une allégation de discrimination par suite d'un effet préjudiciable (c'est-à-dire lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés)—Il est plus difficile de prouver une prétention de discrimination établie *prima facie*—Il n'y a pas lieu de modifier les conclusions de la Commission—Lorsque la décision de la Commission satisfait aux exigences de l'équité en matière de procédure, n'omet pas de «preuve manifestement importante» et n'est pas «manifestement déficiente», il faut entériner l'exercice de son «vaste pouvoir discrétionnaire» et il ne convient pas que la Cour intervienne—Demande rejetée.

GOSTLOW C. CANADA (FORCES ARMÉES) (T-163-98, juge Lutfy, ordonnance en date du 21-10-98, 10 p.)

**FIN DE NON-RECEVOIR**

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a rejeté, en 1997, la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention déposée par le demandeur—Il a été conclu en 1992 que la revendication déposée par le demandeur n'avait pas le minimum de fondement requis—Le demandeur a quitté le Canada et y est revenu en 1994 pour présenter une nouvelle revendication—Le demandeur avait le droit de déposer une nouvelle revendication en vertu de l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration: toute personne se trouvant au Canada peut revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention en avisant en ce sens un agent d'immigration—Devant la SSR, le demandeur a fait valoir qu'il avait le droit de se fonder sur des faits et de présenter des arguments ayant trait à ce qu'il a vécu au El Salvador avant la date à laquelle il a été statué que sa revendication n'avait pas le minimum de fondement requis, y compris des éléments de son vécu qui font intervenir l'art. 2(3), lequel prévoit qu'une personne ne perd pas le statut de réfugié pour le motif visé à l'art. 2(2)e) si elle établit qu'il existe des

**FIN DE NON-RECEVOIR—Fin**

raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures de refuser de se réclamer de la protection du pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée—Certains des faits et arguments sur lesquels le demandeur voulait se fonder ont été soumis au tribunal chargé de statuer sur le minimum de fondement, mais certains des autres faits et arguments qui auraient pu être soumis à ce tribunal ne l'ont pas été—Le fait qu'une détermination avait déjà été faite par un tribunal chargé de statuer sur le minimum de fondement soulève la question de la chose jugée—Les trois conditions de l'*«issue estoppel»* sont réunies en l'espèce: la même question a été décidée; la décision était finale; les parties aux deux instances sont les mêmes—Le principe établi dans la décision *Fenerty v. The City of Halifax* (1920), 50 D.L.R. 435 (C.S. N.-É.) est appliqué: une partie, après avoir reçu une décision définitive, ne peut porter de nouveau une affaire en justice, même si elle a trouvé des arguments supplémentaires qu'elle aurait pu invoquer à l'époque du litige initial—Le tribunal chargé de statuer sur le minimum de fondement a essentiellement conclu que le demandeur ne pouvait obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention au Canada—Il s'agissait de la même question dont avait été saisie la SSR en 1997—De nouveaux arguments concernant l'art. 2(3) auraient pu être présentés au tribunal chargé de statuer sur le minimum de fondement, mais ils ne l'ont pas été—Ces arguments ne pouvaient convenablement être présentés devant la SSR—Aucune circonstance spéciale ne justifie la production d'éléments de preuve qui étaient auparavant disponibles—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), 44(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35).

VASQUEZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1979-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 26-11-96, 5 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****PROCÉDURE DE SÉLECTION***Concours*

Demande de contrôle judiciaire de la décision du comité d'appel accueillant l'appel du défendeur à l'encontre de la sélection faite pour la nomination dans un concours interne à des postes EX-02 à l'ACDI—Le défendeur, PM-05, a été éliminé dès la présélection parce que le concours n'était ouvert qu'au groupe EX dans les catégories scientifique et professionnelle—Le défendeur a interjeté appel conformément à la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (la LEFP) et conformément à l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, contestant le fondement de l'art. 27 du Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (un appel logé en vertu de l'art. 21 ne peut pas être reçu quand un

### FONCTION PUBLIQUE—Suite

employé est exclu d'un poste du groupe de la direction et est nommé à un autre poste de ce groupe), au motif qu'il violait l'art. 15 de la Charte—Le comité, estimant qu'il pouvait le faire car les pouvoirs statutaires d'habilitation du tribunal lui en conféraient implicitement le pouvoir, s'est lui-même investi de la compétence et a décidé que l'art. 27 du Règlement pouvait être écarté ou était inconstitutionnel et a accueilli l'appel—Demande accueillie—Une interprétation attentive de la LEFP et plus particulièrement de l'art. 21 limite le comité d'appel à l'appréciation des faits—Les tribunaux administratifs n'ont aucune source indépendante de compétence conformément à l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982—Il ressort d'une interprétation attentive de la LEFP qu'aucun pouvoir n'a été conféré au comité d'appel lui permettant d'interpréter la loi et, en conséquence, il ne peut s'attaquer à un problème constitutionnel—Règlement sur l'emploi dans la fonction publique, 1993, DORS/93-286, art. 27 (mod. par DORS/95-568)—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15)—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—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11, (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II], art. 52(1).

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. PERERA (T-2386-96, juge Rouleau, ordonnance en date du 17-12-98, 9 p.)

Contrôle judiciaire d'un rapport d'enquête après le dépôt d'une plainte par le défendeur au motif que la mutation de M<sup>me</sup> Leung à un poste de gestionnaire AU-05 au sein de la Division de la validation et de l'exécution de Revenu Canada contrevenait à l'art. 34.2(2) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique et constituait un abus de pouvoir—Avant d'être mutée, M<sup>me</sup> Leung et cinq autres personnes occupant des postes de AU-04 avaient été promus à des postes de AU-05 à Revenu Canada dans le cadre d'un concours interne—On a interjeté appel de ces promotions devant un comité d'appel (CA) constitué par la Commission de la fonction publique (CFP)—Le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le CA a accueilli l'appel au motif qu'il y avait des irrégularités dans la procédure de sélection est en instance—L'enquêtrice a conclu qu'on avait promu M<sup>me</sup> Leung en la mutant à un autre poste, ce qui allait à l'encontre de la décision du CA, étant donné que la CFP aurait dû donner suite à la décision du CA et annuler la promotion de M<sup>me</sup> Leung et des autres candidats; elle a en outre déclaré que la mutation constituait un exercice abusif du pouvoir discrétionnaire accordé à l'administrateur général en matière de mutation au sein du Ministère—Les questions en litige étaient: 1) l'enquêtrice a-t-elle outrepassé sa compétence en examinant la question de savoir si M<sup>me</sup> Leung détenait un poste d'attache de AU-05 au moment de sa mutation; 2)

### FONCTION PUBLIQUE—Suite

l'enquêtrice a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'art. 21(3) de la Loi n'autorisait pas la CFP à refuser de donner suite à la décision du CA jusqu'à l'issue de la demande de contrôle judiciaire de cette décision; 3) l'enquêtrice a-t-elle commis une erreur en concluant, à partir des faits, que la mutation de M<sup>me</sup> Leung n'avait pas été effectuée conformément à la Loi et constituait un abus de pouvoir; 4) la Cour devrait-elle, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'accorder un redressement au motif que la demande de contrôle judiciaire est prématurée puisque le rapport et les recommandations de l'enquêtrice n'ont pas encore été soumis à la CFP pour examen conformément à l'art. 34.5 de la Loi—Demande rejetée—1) Il est clair que rien n'empêchait l'enquêtrice d'examiner la question de savoir si la mutation constituait une promotion—Comme le pouvoir d'enquêter sur une mutation comprend manifestement celui d'enquêter sur le bien-fondé de cette mutation, l'enquêteur doit être en mesure d'examiner toutes les questions qui se rapportent à cette enquête, notamment les événements qui ont eu lieu avant la mutation—Une interprétation large de l'étendue de la compétence de l'enquêteur est compatible avec l'économie générale des modifications de 1993—Par conséquent, l'enquêtrice n'a pas outrepassé sa compétence en examinant la question de savoir si la décision du CA d'accueillir l'appel d'un candidat non reçu avait effectivement annulé la première promotion de M<sup>me</sup> Leung à un poste de AU-05—2) et 3) L'enquêtrice a eu raison de déclarer que l'art. 21(3) de la Loi n'autorise pas la CFP, par souci d'efficacité, à différer l'exécution de la décision du CA, sauf annulation de cette décision dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire—Le CA a conclu à l'existence d'une «irrégularité [...] relativement à la procédure de sélection» au sens de l'art. 21(3) de la Loi—L'art. 21(3) ne permet pas à la CFP de suspendre l'exécution de la décision du CA si elle le juge opportun—La CFP peut prendre toute mesure qu'elle juge indiquée pour remédier à une irrégularité—Toutefois, le fait de suspendre l'exécution de la décision du CA jusqu'à l'issue de la demande de contrôle judiciaire ne se rapporte pas logiquement à la correction de l'irrégularité signalée par le CA relativement à la procédure de sélection—Dans les faits, le problème s'est perpétué à cause de la nomination subséquente—L'annulation d'une nomination après qu'un appel a été accueilli vise à garantir que le principe du mérite est protégé en penchant pour les conclusions du CA; le maintien d'une nomination a des conséquences désastreuses pour ce principe et pour la crédibilité de la procédure d'appel—Par surcroît, il est mentionné dans le Guide des pratiques et procédures des comités d'appel que la décision du CA est finale et lie immédiatement les parties et les candidats reçus et, à moins qu'un sursis d'exécution n'ait été accordé par un tribunal, elle demeure exécutoire tant qu'elle n'est pas annulée par la Cour fédérale—La CFP a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 21(3) dans un but irrégulier ou en tenant compte d'un facteur dénué de pertinence, de sorte que la mutation de M<sup>me</sup> Leung consti-

### FONCTION PUBLIQUE—Suite

tuait un abus de pouvoir—Le fait que seule la Commission, et non le CA, puisse annuler officiellement la promotion de M<sup>me</sup> Leung ne justifie pas la conduite de la CFP en l'espèce—L'enquêtrice a eu raison de considérer que la CFP a fait ce qu'elle était légalement tenue de faire, de sorte qu'au moment de sa mutation, M<sup>me</sup> Leung occupait un poste «d'attache» de AU-04—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16), 34.2 (édicte, *idem*, art. 22), 34.5 (édicte, *idem*).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HASAN (T-649-98, juge Evans, ordonnance en date du 9-11-98, 18 p.)

### RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre portant que le défendeur, un employé civil du ministère de la Défense nationale, a droit à une rémunération d'intérim au taux de rémunération d'un major dans les Forces armées—Le défendeur, dont le poste a été classé au niveau EG-05, a accompli les fonctions de major, à l'exception des fonctions militaires, à titre intérimaire—Il a été rémunéré au taux le plus bas prévu pour un employé de niveau EG-06—Il a déposé un grief, faisant valoir qu'il avait droit au taux de rémunération de major, mais qu'il était disposé à accepter le taux de rémunération le plus élevé prévu pour un employé de niveau EG-06—L'arbitre a conclu que la clause M-27.07 de la convention collective cadre prévoit que le demandeur avait droit à une rémunération d'intérim comme s'il avait été nommé au niveau de classification plus élevé—Il s'est apparemment appuyé sur la décision *Francoeur c. Canada (Procureur général)* (1996), 112 F.T.R. 113 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) dans laquelle le juge Richard a statué que la clause M-27.07 avantageait l'employé, même lorsque les fonctions que l'employé remplissait ne relevaient pas de la même unité de négociation—La C.A.F. a infirmé la décision du juge Richard ((1997), 220 N.R. 51) en se fondant sur le fait que l'intervention de la Cour n'était pas justifiée car la décision de l'arbitre, portant que la version française de la clause M-27.07 limitait les classifications aux niveaux prévus par la convention collective, n'était pas déraisonnable—La clause M-27.07 permettait-elle de reconnaître un niveau de classification plus élevé en dehors de la hiérarchie des classifications prévues dans la convention collective applicable au défendeur?—La norme de contrôle de la décision d'un arbitre en vertu de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique est le caractère manifestement déraisonnable—Bien que la Cour d'appel fédérale semble d'avis qu'une interprétation plus limitative de la clause M-27.07 n'est pas déraisonnable, cette décision ne tranche pas définitivement la question puisqu'elle a essentiellement décidé que la Section de première instance a eu tort de modifier la décision de l'arbitre parce que celle-ci n'était pas déraisonnable—Bien qu'il semble que seules les

### FONCTION PUBLIQUE—Fin

classifications reconnues par la convention collective puissent être prises en compte, sans autre élément que la clause M-27.07, la Cour ne peut conclure que la décision de l'arbitre était manifestement déraisonnable—Demande rejetée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CLEARY (T-1533-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 11-1-99, 6 p.)

### GRC

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre de grief au niveau II a confirmé la décision de l'arbitre de grief au niveau I de rejeter le grief présenté par le demandeur relativement au refus de le promouvoir au grade de sergent-major d'état-major (s.-m.é.-m.)—Le demandeur était un membre de la GRC—Il avait été élu représentant divisionnaire des relations fonctionnelles (R.D.R.F.) en 1987—Les R.D.R.F. défendent les intérêts des membres de la GRC lorsque se présentent des questions touchant les relations du travail—Il a par la suite été réélu à trois reprises—Durant son affectation comme R.D.R.F., le demandeur détenait le grade de sergent d'état-major—Au cours de son troisième mandat, il a demandé à être promu au grade effectif suivant de sous-officier et ce, rétroactivement à la date à laquelle il avait été élu R.D.R.F. pour la première fois, sur la base des dispositions du Bulletin d'administration AM-940 de la GRC prévoyant que le membre régulier qui est affecté au poste de R.D.R.F. est promu au grade effectif suivant si, n'importe quand au cours d'un deuxième mandat ou d'un mandat subséquent à titre de R.D.R.F., il atteint la moyenne nationale pour la promotion à ce grade, et s'il détient son grade actuel depuis au moins deux ans—Sa demande a été refusée parce que, en mai 1975, le commissaire avait approuvé la suppression du grade de s.-m.é.-m. dès la libération du dernier membre actif—Demande rejetée—1) Dans le domaine technique qu'est l'avancement au sein d'une organisation comme la GRC, il convient de faire preuve d'une grande retenue à l'égard des questions de fait, à moins qu'il ne s'agisse d'une décision «manifestement déraisonnable»—2) Le demandeur n'a pas prétendu que l'arbitre n'avait pas agi de façon équitable sur le plan de la procédure ou qu'il avait outrepassé sa compétence—Il a plutôt prétendu que l'arbitre ne pouvait pas valablement décider que le demandeur ne pouvait pas être promu au grade de s.-m.é.-m. à cause des décisions de principe de la Gendarmerie et de la pratique constante de la Gendarmerie—D'après la preuve soumise à la Cour, l'arbitre pouvait valablement conclure que la politique approuvée par le commissaire en 1975 a effectivement annulé tout pouvoir autre que le sien de nommer des s.-m.é.-m. et que, en définitive, il était normal que le Manuel d'administration n'indique aucune moyenne nationale pour la promotion à ce grade—Rien ne permettait de conclure que l'arbitre a

**GRC—Fin**

commis une erreur justifiant un contrôle en n'examinant pas la question de la promotion du demandeur à un grade autre que celui de s.-m.é.-m.—3) Le demandeur a fait valoir que les théories de l'attente légitime et de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion s'appliquaient pour empêcher l'arbitre de se prononcer comme il l'a fait—Il a cité Evans, J. M. et al., *Administrative Law: Cases, Text and Materials*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Emond Montgomery (1989): l'attente légitime est une importante source de droits procéduraux, et il y a des signes qui permettent de croire qu'elle s'étendra aux droits fondamentaux—Ces «signes» ne se sont pas matérialisés en l'espèce—Dans l'affaire *Gonsalves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 130 F.T.R. 269 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Muldoon a cité l'arrêt *Association des résidents du Vieux St-Boniface c. Winnipeg (ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, dans lequel il a été statué que la doctrine de l'attente légitime créait des droits procéduraux seulement et non des droits fondamentaux; confirmé par *Renvoi: Régime d'assistance du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, et appliqué dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621 (C.A.)—Le demandeur revendiquait des droits fondamentaux, soit le droit à une promotion, pas des droits procéduraux—L'assertion de fait qui aurait été faite dans le Bulletin d'administration AM-940 quant au droit à une promotion est conditionnelle—Elle ne suffit pas à susciter une attente légitime ou à créer une fin de non-recevoir—Même si c'était le cas, aucun droit fondamental ne serait créé—Selon les Règles de la Cour fédérale (1998), dans une affaire comme celle qui nous occupe, les dépens suivraient normalement l'issue de la cause—Compte tenu des réserves faites dans la conclusion (la GRC a tout au plus supprimé implicitement le grade de s.-m.é.-m.; elle n'a pas fait état de cette suppression implicite dans le Bulletin d'administration AM-940), un résultat différent s'impose au chapitre des dépens—Le demandeur a agi d'une manière tout à fait raisonnable en saisissant la Cour de l'affaire et a été incité à le faire à cause du défaut de la GRC de clarifier ses politiques et ses Bulletins d'administration, tels qu'ils s'appliquaient à la demande de promotion au grade de s.-m.é.-m. du demandeur—Le demandeur a eu droit aux débours occasionnés par le dépôt de la présente demande, qui ont été fixés à 500 \$, malgré le fait qu'il a été débouté—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106.

BRENNAN C. CANADA (INSPECTEUR, ARBITRE DE GRIEF, GRC) (T-504-98, juge Gibson, ordonnance en date du 10-11-98, 14 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Déductions*

Les avances consenties par Global Communications Limited à une filiale, dont aucune n'a été remboursée,

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

constituent-elles une «mauvaise créance» au sens de l'art. 20(1)p) de la Loi de l'impôt sur le revenu, et sont-elles, par conséquent, déductibles de son revenu imposable—Le critère auquel Global doit satisfaire est énoncé dans *Discovery Research Systems Ltd c. Canada* (1994), 94 DTC 1510 (C.C.I.)—Global a consenti des avances à trois catégories de bénéficiaires: des sociétés de production indépendantes, des filiales et des employés—L'objectif des avances aux filiales était de générer un revenu d'intérêt et de susciter de la part des filiales une demande de temps publicitaire qui, elle-même générerait des revenus pour Global—En 1980, les avances consenties par Global représentaient environ le cinquième de ses actifs de cinquante millions de dollars—Les avances consenties par Global à Tee Vee US se voulaient des prêts portant intérêts—Il n'y a aucun élément de preuve contraire—L'entreprise habituelle de Global inclue le prêt d'argent—Les prêts ont été faits dans le cours normal des affaires de Global—Le prêt de Global à Tee Vee US est devenu une mauvaise créance en 1980—Chacun des éléments du critère de l'art. 20(1)p)(ii) de la Loi a été respecté—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)p)(ii).

GLOBAL COMMUNICATIONS LTD. C. CANADA (T-165-89, juge Campbell, ordonnance en date du 23-10-98, 10 p.)

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt maintenant la cotisation du MRN pour 1985, laquelle refusait la déduction demandée par le demandeur (12 815 \$ pour une demande d'injonction en vue de pouvoir poursuivre son programme) au motif qu'il n'était pas entrepreneur au sens de la Loi—Le demandeur, un médecin, s'est joint à l'équipe de chercheurs du Lady Davis Institute, rattaché au Jewish General Hospital de Montréal—Le demandeur recevait des subventions—Appel accueilli—Le programme supervisé par le demandeur depuis 1980 constituait, selon le demandeur, une entreprise en elle-même, visant à générer de la propriété intellectuelle susceptible de déboucher sur une capacité de commercialiser les produits biomédicaux développés ou encore de générer des retombées économiques par la notoriété du projet, présentation de séminaires, etc.—La dépense de 12 815 \$ engagée dans la procédure en injonction contre l'institut et l'hôpital constitue une dépense admissible, qui lui a permis ultimement de poursuivre son programme de recherche, puisqu'elle a été faite ou engagée par le contribuable sinon en vue de tirer un revenu de biens ou de l'entreprise, au moins en vue de faire produire un revenu aux biens et à l'entreprise—La grande majorité du temps du demandeur en 1985, année où des difficultés sont survenues avec ses associés, était occupée au développement et à la coordination de son programme de recherche, ce qui constitue une entreprise bien que, pour l'année 1985, cette entreprise n'ait produit aucun revenu pour le demandeur—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1971-72-73, ch. 63.

CÔTÉ C. CANADA (T-522-89, juge Blais, jugement en date du 11-12-98, 9 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt—L'appelant réclamait une déduction pour pension alimentaire de 5 200 \$ pour chacune des années d'imposition 1986 et 1987—De 1983 à 1988, l'appelant a payé directement à son fils Laurent Guardo une pension alimentaire de 100 \$ par semaine—En 1986 et 1987, Laurent Guardo, était majeur, sain d'esprit et n'était sous la garde légale ni de son père ni de sa mère—Pour des raisons d'ordre pratique, il a choisi d'habiter son propre appartement, près de l'Université de Montréal, appartement qu'il a gardé de 1985 à 1989—Il s'agit de savoir si la pension alimentaire payée à Laurent Guardo est une somme payée au profit d'un enfant dont la garde est confiée à l'ex-conjointe de l'appelant au sens de l'art. 60.1(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Dans *Ministre du Revenu national c. Curzi* (1994), 80 F.T.R. 64 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Noël a statué que le but visé par l'art. 60.1(1) est de permettre la déductibilité de sommes payées au profit d'un enfant tant et aussi longtemps que l'enfant demeure sous la garde de l'ancien conjoint et que celui-ci est, à l'égard de l'enfant, assujéti à l'obligation de soin qui s'y rattache—Rien n'indique que c'est sous l'autorité de sa mère que Laurent poursuivait des études universitaires à Montréal où il demeurait en appartement—Durant les années d'imposition 1986 et 1987, Laurent Guardo qui, majeur, s'était manifestement soutiré de l'autorité parentale, n'était pas sous la garde de sa mère aux termes de l'art. 60.1(1) de la Loi—La pension alimentaire que lui a directement payée son père à cette époque ne saurait donc faire l'objet de la déduction fiscale réclamée par ce dernier—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 60.1(1) (édicte par S.C. 1984, ch. 45, art. 20(1)).

GUARDO C. M.R.N. (T-1222-91, juge Pinard, jugement en date du 23-12-98, 8 p.)

Appel de la décision par laquelle un juge de la C.C.I. avait conclu que l'appelante ne pouvait pas déduire un «loyer» théorique de 2 516 690 \$ dans le calcul du bénéfice industriel et commercial net imputable à son établissement stable au Canada, comme l'exige la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis (la Convention de 1942) pour l'année d'imposition qui a pris fin le 30 juin 1985—Le juge de la C.C.I. a conclu que l'appelante pouvait uniquement demander à l'égard de l'utilisation de foreuses sous pression (appareil hydraulique utilisé pour enlever des tubes de revêtement ou du matériel similaire d'un puits de pétrole ou de gaz, ou pour les y insérer) une déduction pour amortissement sur le revenu de son établissement stable, compte tenu de l'art. 4b) de la Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu, parce que pareille dépense était admise en vertu du droit interne du Canada, soit la Loi de l'impôt sur le revenu—Le juge de la C.C.I. avait ajouté que l'art. 4b) était destiné à assurer que les établissements stables dont les bénéficiaires sont imposés en vertu de la Convention de 1942 ne puissent pas déduire des

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

montants que les contribuables canadiens ne peuvent pas déduire dans le calcul de leur revenu d'entreprise—Appel rejeté—Juge Robertson, J.C.A.: Le juge de la C.C.I. a minutieusement examiné les circonstances factuelles et juridiques dans lesquelles l'appelante avait fourni les foreuses à Mobil; il est de droit constant qu'une cour d'appel ne peut pas substituer ses propres conclusions sur des questions de fait à celles du juge des faits si aucune erreur claire n'a été commise au vu du dossier—À supposer, sans toutefois se prononcer sur la question, que les montants théoriques puissent être déduits dans le calcul des bénéficiaires imputables à un établissement stable aux fins de l'impôt canadien conformément à la Convention de 1942, le juge de la C.C.I. n'a pas commis d'erreur susceptible de révision en refusant de permettre à l'appelante de déduire un montant à l'égard du loyer théorique compte tenu des circonstances de l'espèce—Rien ne permettait de modifier la conclusion de fait tirée par le juge, à savoir que l'établissement stable de l'appelante, traité comme une entreprise indépendante, aurait loué les foreuses du siège social—Il n'était pas nécessaire de déterminer si les dépenses théoriques étaient déductibles en droit compte tenu des conclusions de fait tirées par le juge de la C.C.I.—Juge McDonald, J.C.A.: Il s'agissait de savoir si une société constituée en dehors du Canada, mais exerçant ses activités au Canada, peut déduire un montant à l'égard d'un loyer théorique conformément à la Convention de 1942 lorsqu'une déduction correspondante n'est pas admise en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu à l'égard d'une compagnie canadienne exerçant les mêmes activités ou des activités analogues au Canada—L'appelante fournissait des services techniques à l'industrie pétrolière, principalement au moyen de la livraison de matériel et de services sur place de contrôle des puits—L'appelante et Mobil Oil Canada Ltd. (Mobil) avaient conclu une entente orale selon laquelle l'appelante devait fournir des services de forage sous pression moyennant le versement d'une somme quotidienne de 15000 \$US à l'égard d'un puits d'exploration au large des côtes de la Nouvelle-Écosse, où il y avait eu une éruption souterraine—L'appelante avait envoyé depuis les États-Unis deux foreuses sous pression d'une puissance de traction de 600 000 et de 150 000 livres respectivement qui lui appartenaient (l'appareil 600 et l'appareil 150) ainsi que du matériel loué de tiers—La déduction du loyer théorique demandé par le siège social se rapportait au prix de location quotidien mentionné aux clients pour la fourniture en attente sans opérateur de chaque appareil, soit 4 800 \$US par jour pour l'appareil 600 et 2 400 \$US par jour pour l'appareil 150, montants qui avaient été rajustés à 5 000 \$US et à 1 700 \$US par jour compte tenu de l'utilisation du matériel, du danger que la situation présentait et de la nature urgente des travaux—Opinion incidente: dans un cas approprié, une société constituée en dehors du Canada peut déduire un loyer théorique dans le calcul de ses bénéficiaires industriels et commerciaux imputables à son établissement stable au Canada, et ce, même si une personne résidant au Canada ne bénéficie pas de pareille déduction—Toutefois, compte tenu

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

des faits de l'espèce, il n'était pas approprié de déduire un loyer théorique étant donné que le montant du loyer théorique n'avait jamais été inclus dans le revenu du siège social de l'appelante—Si l'on admettait la déduction dans ce cas-ci, l'appelante éviterait d'être imposée sur le montant du loyer tant au Canada qu'aux États-Unis—En outre, les faits n'établissaient pas que dans le cours normal des activités, les foreuses auraient été louées à l'établissement stable de l'appelante au Canada—On aurait probablement communiqué directement avec le siège social pour lui confier directement ce contrat puisqu'il était le seul à posséder du matériel de ce genre pendant la période pertinente—Les principes fondamentaux qui s'appliquent sont énoncés aux art. 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités—L'art. 3(2) du Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (Convention de l'OCDE) ainsi que les art. 31 et 32 de la Convention de Vienne établissent que les définitions du droit fiscal interne s'appliquent à tout terme qui n'est pas défini dans un traité bilatéral en matière d'impôt sauf si le contexte exige une interprétation différente—Étant donné que le libellé de l'art. III(I) de la Convention de 1942 autorise la déduction de dépenses théoriques, il n'est pas essentiel de se reporter aux principes qui s'appliquent au Canada en matière de droit fiscal—Par conséquent, l'art. III énonce la règle selon laquelle un établissement stable doit être considéré comme une entité distincte aux fins de l'impôt sur le revenu—Il autorise également la déduction de dépenses, qui peuvent également être fictives, raisonnablement imputables à l'établissement stable—La déduction d'un loyer théorique peut donc être admise puisque, si l'établissement stable formait une entreprise indépendante, il devrait louer ou acheter le matériel en question—Le fait que les entreprises canadiennes ne peuvent pas se prévaloir d'une déduction similaire n'est pas pertinent puisque les dispositions de la Convention de 1942 s'appliquent—Le Canada est membre de l'OCDE, qui a adopté, en 1977, la Convention de l'OCDE—Le critère proposé dans le Commentaire de la Convention consiste à savoir si le transfert interne de biens ou de services entre la société étrangère et son établissement stable au Canada est du même genre que l'opération dans laquelle la compagnie, dans le cours normal de ses activités, aurait exigé d'une tierce personne un prix incluant un bénéfice approprié—Selon une autre approche, il convient de se demander qui assume le risque inhérent à la propriété: le siège social ou l'établissement stable—L'examen de la preuve montre que selon un critère ou l'autre, la déduction ne serait pas admise eu égard aux circonstances de l'espèce—L'appel devrait également être rejeté pour le motif que la Convention de 1942 vise à éviter la double imposition et à empêcher l'évasion fiscale—Étant donné que le montant du loyer théorique n'a jamais été inclus à titre de revenu dans les dossiers du siège social, l'établissement stable ne peut pas bénéficier de son côté d'une déduction à l'égard du loyer—Si pareille déduction était admise, le contribuable se soustrairait à l'impôt sur le revenu de location imputé à la

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

société mère—Le montant doit être inclus à titre de revenu dans la déclaration de la société mère—L'argument selon lequel il serait contraire au but de la Convention de 1942 de permettre à l'établissement stable au Canada d'une société étrangère de déduire des dépenses théoriques étant donné que l'établissement stable bénéficierait d'un traitement de faveur par rapport aux concurrents canadiens exerçant des activités dans la même industrie ne peut pas servir de fondement juridique pour justifier le rejet de ce genre de déduction—Si le libellé de la Convention de 1942 autorise la déduction d'une dépense, il faudrait se conformer au libellé—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> supp.), ch. 1—Convention et protocole entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en vue d'éviter la double imposition et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu, qui constitue l'Annexe de la Loi de 1943 sur la convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, S.C. 1943-44, ch. 21, art. III-(1)—Loi sur l'interprétation des conventions fiscales, L.R.C. (1985), ch. I-4, art. 4b—Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969 [1980] R.T. Can. n° 37, art. 31, 32—Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (Convention de l'OCDE) de 1977.

CUDD PRESSURE CONTROL INC. C. CANADA (A-369-95, juges Robertson, McDonald, J.C.A., jugement en date du 19-10-98, 22 p.)

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt portant sur l'interprétation et l'application de la notion de «l'expectative raisonnable de profit»—Il s'agit de savoir si, durant les années d'imposition 1987 et 1988, l'appelant exploitait un centre d'esthétique et de bronzage avec un espoir raisonnable de profit si bien qu'il pouvait déduire des autres revenus qu'il tirait les pertes encourues lors de l'exploitation de ce commerce—Le 19 mars 1981, l'appelant commençait l'exploitation d'un salon d'esthétique en collaboration avec sa fille Linda Labrèche—Il avait mis ce commerce sur pied en vue d'un placement, mais il voulait aussi établir ses enfants—Les dépenses en immobilisation demeuraient élevées—L'entreprise cessa ses activités en 1988—Le juge de la Cour de l'impôt a-t-elle eu raison d'affirmer «qu'un homme d'affaires averti n'aurait pas maintenu cette entreprise s'il n'avait eu que des raisons d'affaires» et de conclure que «les raisons de continuer l'entreprise étaient des seules raisons d'ordre familial et non des raisons d'affaires»?—Elle a ignoré des aspects importants de la preuve et a appliqué incorrectement la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale—Les facteurs d'analyse, qui servent à établir objectivement si un contribuable a une expectative raisonnable de profit, se retrouvent principalement dans les arrêts *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, *Morrissey c. Canada*, [1989] 2 C.F. 418 et *Landry, C. c. La Reine* (1994), 94 DTC 6499 (C.A.F.)—Le juge de première instance n'a pas tenu compte d'autres facteurs tels que les difficultés imprévues occasionnées par le déménage-

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

ment de l'entreprise en 1983, ainsi que la période de démarrage nécessaire dans toute entreprise de ce genre—Elle a accordé une importance démesurée aux considérations d'ordre familial sans suffisamment tenir compte de la preuve, notamment du fait que le contribuable désirait aussi mettre sur pied un établissement rentable—Elle devait tenir compte des difficultés imprévues auxquelles le contribuable a dû faire face, dès le début de ses opérations, en raison de la présence de motards près de son premier établissement—Appel accueilli.

LABRÈCHE C. CANADA (A-429-95, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 15-12-98, 11 p.)

Appel fondé sur l'art. 37 de la Loi de l'impôt sur le revenu et l'art. 2900 du Règlement de l'impôt sur le revenu contre une décision de la C.C.I.—Il échet d'examiner si les contribuables sont tenus de produire la preuve documentaire des résultats d'essais pour revendiquer les avantages fiscaux prévus par la loi—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu à cette obligation au regard de la «possibilité de répéter l'expérience»—En 1982, Leonid Slonimsky et Daniel Dorcich ont eu l'idée de mettre au point un élément de coffrage pour le coulage du béton sur place dans les chantiers de construction pour réduire les coûts et accroître la qualité de l'isolant dans la formation des panneaux de béton de construction—En décembre 1982, l'appelante a investi 230 000 \$ dans le projet, par l'intermédiaire d'une compagnie à dénomination numérique—Elle a revendiqué, pour son année d'imposition 1982, une déduction de 160 000 \$ au titre des recherches scientifiques en application de l'art. 37(1)a) de la Loi, une allocation supplémentaire de 80 000 \$ au titre de la recherche en application de l'art. 37.1(1), et un crédit d'impôt à l'investissement de 40 000 \$ en application de l'art. 127(9)—Le ministre du Revenu national a rejeté ces dégrèvements—La question de savoir en quoi consistent les recherches scientifiques au regard de la Loi est une question de droit ou une question mixte de droit et de fait, à trancher par la Cour canadienne de l'impôt, et non par les experts cités comme témoins—La recherche doit avoir pour but une importante avancée technologique et doit comporter un élément de créativité, elle ne peut être la simple application de principes techniques courants—Le contribuable doit administrer la preuve des recherches scientifiques pour démontrer qu'elles ont été effectuées et qu'il est de ce fait admissible aux encouragements fiscaux—Il doit prouver aussi que des essais ont été effectués de façon systématique—Le seul moyen d'établir que la recherche scientifique a été effectuée de façon systématique consiste à produire des preuves documentaires qui font ressortir la progression logique entre chaque essai et les essais précédents ou subséquents—Si le contribuable a une explication plausible du défaut de produire cette preuve, le juge peut toujours conclure, compte tenu de la probabilité la plus forte, qu'il y a eu recherche systématique—Il doit être également permis de conclure que le

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

contribuable a entrepris des recherches systématiques s'il est prouvé que ces recherches se sont soldées par une avancée technologique—Les dispositions de la Loi et du Règlement relatives aux recherches scientifiques ne peuvent pas reposer sur la seule condition de la possibilité de répéter l'expérience—Le juge de la Cour de l'impôt a fait deux constatations importantes: 1) des essais ont été effectués, 2) les efforts de recherche se sont traduits par une avancée technologique—Il n'est pas nécessaire d'imposer à la contribuable la charge supplémentaire de produire des preuves documentaires sur la possibilité de répéter les résultats des essais—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 37, 37.1, 127(9)—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 2900 (mod. par DORS/78-749).

RIS-CHRISTIE LTD. C. CANADA (A-710-96, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 21-12-98, 9 p.)

Une compagnie telle l'intimée Pardee Equipment Ltd. peut-elle revendiquer la déduction pour inventaire prévue à l'art. 20(1)gg) de la Loi à l'égard de marchandises dont une autre compagnie est la propriétaire en titre, alors que la contribuable elle-même est investie de nombre d'autres attributs de la propriété—L'intimée vend, entretient, répare et donne à bail du matériel industriel lourd «John Deere» dans plusieurs localités en Alberta—Les contrats de concession signés avec Deere Canada font de l'intimée un concessionnaire autorisé du matériel John Deere; leurs stipulations régissent les rapports entre les deux parties—Ces contrats qualifient le matériel en question de marchandises en consignation et stipulent que Deere Canada conserve le droit de propriété sur ces marchandises, et que le concessionnaire les gardera en tant que marchandises appartenant à cette compagnie jusqu'à ce qu'il les vende ou donne à bail pour le compte de cette dernière—Le produit de la vente est tenu pour être la propriété de Deere Canada—D'autres marchandises, les «articles vendus», sont envoyées au concessionnaire à un autre titre; la propriété et la possession lui en reviennent dès paiement—La déduction pour inventaire n'est revendiquée en l'espèce qu'à l'égard des marchandises en consignation—En décembre 1990, l'intimée a intenté une action en revendication de la déduction pour inventaire à l'égard de chacune de ses années d'imposition 1983 à 1986, et du crédit d'impôt à l'investissement à l'égard de ses années d'imposition 1983 à 1987—La juge de première instance a fait droit aux deux actions—Elle a jugé que malgré la terminologie employée dans les contrats, les rapports entre Deere Canada et l'intimée avaient été qualifiés à tort d'arrangement de vente en consignation—Elle a jugé que les opérations portant sur les marchandises en consignation constituaient à juste titre des ventes, sous réserve d'un droit garanti de Deere Canada jusqu'à l'acquittement intégral du prix d'achat—Elle a jugé que le droit détenu par Deere Canada sur le matériel en question était davantage celui d'un créancier garanti que celui d'un

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

propriétaire, étant donné que les machines en question ne pouvaient pas être retournées à Deere Canada, et bien que le matériel pût faire l'objet de transferts entre concessionnaires, le transfert ne se faisait pas sans perte ou bénéfice pour l'intimée et nécessitait le consentement de l'autre concessionnaire—La juge de première instance a relevé la différence entre les faits de la cause et ceux de l'affaire *Canada c. Dresden Farm Equipment Ltd.*, [1989] 1 C.T.C. 99 (C.A.F.)—Enfin, elle a conclu des faits de la cause qu'il était conforme aux principes ordinaires de comptabilité et aux usages du commerce de considérer le matériel en question comme faisant partie des stocks de l'intimée, puisque celle-ci, et non Deere Canada, assumait les risques et les bénéfices du droit de propriété—Elle en a conclu que les marchandises en question étaient «détenues», au sens de l'art. 20(1)gg de la Loi, pour la vente et donnaient droit à la déduction pour inventaire, et au crédit d'impôt à l'investissement par application de l'art. 127 de la Loi pour les années d'imposition 1983 à 1987—Revenu Canada a fait appel—Appel accueilli—La déduction pour inventaire sous le régime de l'art. 20(1)gg de la Loi est subordonnée aux quatre conditions suivantes: 1) la déduction doit être revendiquée sur le coût du bien au début de chaque année d'imposition; 2) il faut que ce soit un bien corporel autre qu'un bien ou un droit immobilier; 3) il faut que le bien ait été porté sur l'inventaire du contribuable; et 4) le bien doit avoir été détenu pour la vente dans le cours normal des affaires du contribuable—Seules les deux dernières conditions sont en jeu en l'espèce—Examen de la nature de la vente en consignation—Les contrats de concession en l'espèce réservent le droit de propriété à Deere Canada jusqu'à ce que la matériel soit vendu ou donné à bail à un tiers—L'intimée est tenue de lui payer intégralement le prix de gros quel que soit le prix auquel ce matériel a été vendu—Le produit de toute vente ou location est tenu pour être la propriété de Deere Canada—Les contrats ne prévoient expressément aucun droit de retourner les marchandises à Deere Canada, mais celle-ci peut ordonner au concessionnaire de les expédier à toute autre destination—L'intimée peut transférer les marchandises à d'autres concessionnaires avec l'assentiment de Deere Canada—Celle-ci procède périodiquement à l'inspection des établissements concessionnaires, et chacun de ces derniers est tenu de rendre compte du lieu où se trouvent les marchandises en consignation, sans exception—Le fait que l'intimée n'avait aucun droit expressément prévu pour ce qui est du retour des marchandises n'est pas un facteur déterminant—Les acomptes sur invendus sont plutôt des acomptes remboursables servant à inciter le concessionnaire à vendre les marchandises en question—L'argument proposé par l'intimée que les stipulations du contrat qui indiquent expressément un arrangement de vente en consignation doivent être réinterprétées à la lumière des principes ordinaires de comptabilité commerciale et des usages du commerce, n'est pas fondé—Les stipulations des contrats de concession traduisent manifestement la volonté des parties de conclure un

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

arrangement de vente en consignation—L'argument que le contrat n'est pas ce qu'il paraît être ne pourrait être accepté que s'il était totalement impossible de comprendre et d'interpréter les droits et obligations découlant du contrat en fonction de ce que les parties voulaient qu'ils soient; v. *Sask. Wheat Pool v. R.*, [1985] 3 W.W.R. 385 (C.A.F.)—Aucune ambiguïté dans les contrats de concession—Il est clair que les marchandises en question sont en consignation—L'intimée entendait tirer profit, et a effectivement tiré profit, de l'arrangement de vente en consignation, savoir le financement sans intérêt de sa concession de matériel industriel—Elle ne saurait être autorisée maintenant à réinterpréter le contrat comme ayant pour effet de l'investir d'un droit de propriété suffisant pour lui permettre de prétendre à des avantages fiscaux supplémentaires—Il ressort des contrats de concession pris dans leur ensemble et de l'attitude des parties que leurs rapports traduisent plutôt un arrangement de vente en consignation—L'intimée n'a jamais eu le droit de propriété sur les marchandises en question, lequel est transféré directement à l'acheteur ou au locataire au détail, par l'intermédiaire de l'intimée agissant en qualité de mandataire de Deere Canada—Il n'y avait aucun coût en jeu puisque l'intimée ne les a pas achetées de Deere Canada—Attendu que l'intimée n'était pas propriétaire du matériel en question et n'a pas droit à la déduction pour inventaire prévue à l'art. 20(1)gg de la Loi, elle n'a pas droit non plus au crédit d'impôt à l'investissement que prévoit l'art. 127 de la même loi—Le contribuable doit être propriétaire de son propre matériel pour revendiquer ce crédit d'impôt—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)gg (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 14; 1986, ch. 6, art. 13), 127 (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 72; 1988, ch. 1, art. 14).

CANADA C. PARDEE EQUIPMENT LTD. (A-423-97, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 22-12-98, 18 p.)

**CORPORATIONS**

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt à l'égard d'une cotisation d'impôt émise par le ministre du Revenu national pour l'année 1991—Le juge de première instance a reconnu la responsabilité de l'appelant dans une décision rendue avant que la Cour d'appel fédérale, dans *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124, ne vienne clarifier l'interprétation qu'il fallait donner à l'art. 227.1(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le procureur de l'appelant ne pouvait plaider que le seul fait qu'un administrateur externe ignore et ne prenne pas les moyens de connaître les obligations que la loi lui impose suffit, selon *Soper*, à l'exonérer de toute responsabilité—Il a eu cependant raison de dire que si l'ignorance n'était pas une excuse, elle n'était pas pour autant fatale—Eût-il connu les paramètres que la Cour d'appel fédérale a depuis établis dans *Soper* et plus particulièrement l'approche différente qu'il fallait suivre selon que l'administrateur était interne ou externe, le juge de première



**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

instance en serait nécessairement arrivé à la conclusion que l'appelant n'était pas responsable—Celui-ci n'était qu'un bailleur de fonds qui opérait à distance, ses propres affaires étant menées de Québec et celles de l'entreprise dans laquelle il avait investi étant menées de Jonquière—Il avait pris toutes les précautions comptables et d'affaires avant d'investir et avait toutes les raisons de se fier à la gestion quotidienne dont son associé avait pris charge—Le juge de première instance ne pouvait pas conclure que l'appelant avait fait preuve d'une passivité coupable—Il a décidé l'affaire comme si l'appelant était un administrateur interne, ce qu'il n'était pas—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 227.1 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124; 1984, ch. 1, art. 100; 1988, ch. 55, art. 172).

CADRIN C. CANADA (A-112-97, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 17-12-98, 5 p.)

**EXEMPTIONS**

Appel d'une décision de la C.C.I. ([1995] 2 C.T.C. 2810) rejetant l'appel contre la cotisation du MRN refusant une partie de l'exemption réclamée par le contribuable—Le club de golf appelant bénéficie d'une exemption en vertu de l'art. 149(5)e(i) de la Loi en sa qualité d'organisation sans but lucratif «dont l'objet principal consiste à fournir à ses membres des installations pour les loisirs, le sport ou les repas»—Ses revenus proviennent de cotisations, de droits d'accès, de location de casiers et de voiturettes, de vente de repas et d'alcool ainsi que d'intérêts—C'est le revenu d'intérêts (de dépôts à terme faits grâce à l'excédent des revenus sur les dépenses) qui fait l'objet du litige—Le club réclame aussi une déduction pour les intérêts payés eu égard à des emprunts occasionnels—Le ministre a considéré le revenu d'intérêts comme un revenu de biens imposable et refusé la déduction des intérêts payés pour les emprunts, pour le motif qu'il ne s'agissait pas de dépenses reliées à une source de revenu imposable—Appel rejeté—Selon les art. 149(1)l) et 149(5)e(i), une organisation à but non lucratif perd le bénéfice de l'exemption d'impôt sur son revenu sur cette partie de son revenu qui provient de biens—Pour les organisations à but lucratif, les revenus d'intérêts sont qualifiés par la jurisprudence de revenus d'entreprise—Un revenu de biens est un revenu provenant d'un investissement passif—Le contribuable prétend que les revenus d'intérêts en l'espèce seraient ni un revenu de biens, ni un revenu d'entreprise par le jeu de la théorie de l'accessoire à un revenu d'entreprise, mais un revenu *sui generis* produit par des activités accessoires à des activités qui ne peuvent elles-mêmes générer de profits que de manière accessoire—Toutefois, il est évident que le contribuable apporte une distinction là où le législateur ne distingue pas—Les revenus d'intérêts sont imposables quelles que soient les activités de ces clubs qui les rendent possibles—Les termes mêmes de l'art. 149(5)e(i) et l'intention législa-

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

tive qu'ils expriment ne permettent pas de prétendre que seuls sont imposables les revenus d'intérêts que ces clubs tireraient à l'occasion d'activités extraordinaires—Les revenus d'intérêts, en l'espèce, constituent indubitablement un revenu de biens au sens de l'art. 149(5)e(i)—Et les dépenses d'intérêts encourues par le contribuable pour emprunter, lorsqu'il manquait de liquidités, ne sont pas déductibles puisqu'elles ne sont pas des dépenses reliées à un investissement générateur de revenu de biens ou imposable—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 149(1),(5).

ELM RIDGE COUNTRY CLUB INC. C. CANADA (A-504-95, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 12-11-98, 9 p.)

**PRATIQUE**

Contrôle judiciaire d'une décision du directeur, Bureau de l'impôt d'Ottawa refusant d'accorder à la requérante une renonciation à l'exigence de production d'un formulaire prescrit et une prorogation de délai de production d'une déclaration ou d'un formulaire prescrit, relativement à l'année d'imposition 1994, en vertu de l'art. 220(2.1) et (3) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le formulaire portait sur les crédits d'impôt pour des activités de recherche scientifique et de développement expérimental—Demande accueillie—En limitant l'application de l'art. 220(2.1) (qui autorise le ministre à renoncer à exiger la production de formulaires ou documents) comme il l'a fait, conformément à une politique d'application ministérielle, à la production de documents par voie électronique, le directeur a élevé des lignes directrices au niveau d'une loi et, ainsi, limité l'autorité décisionnelle dans l'exercice de la discrétion à lui conférée par une loi habilitante—Cela est carrément contraire à *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2—Le directeur a donc erré en droit et a indûment omis d'exercer la compétence statutaire lui permettant de prendre en considération les circonstances particulières de la requérante—L'affaire est donc renvoyée au ministre pour qu'elle soit reconsidérée conformément aux présents motifs—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 220(2.1) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 127).

ALEX PARALLEL COMPUTERS RESEARCH INC. C. CANADA (T-1512-97, juge Pinard, ordonnance en date du 27-11-98, 10 p.)

Requête visant à déterminer si certains documents bénéficiaient du privilège des communications entre client et avocat—Le requérant était l'avocat de TEW Investments Ltd. et de André Desmarais—Il a reçu signification d'une lettre par laquelle le ministre du Revenu national exigeait, en vertu de l'art. 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, la production du dossier, des documents de travail,

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

des grands livres de fiducie, des chèques payés et des notes se rapportant au chèque n° 07552 en date du 7 novembre 1997 d'un montant de 97 000,42 \$ émis par le bureau du requérant à l'ordre de TEW Investments—Suivant l'art. 232, le droit de refuser de divulguer une communication au motif qu'elle est protégée par le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas à «un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque»—La jurisprudence n'est pas unanime sur la question de savoir si une autorisation de chèque d'un bureau d'avocats est protégée par le secret professionnel ou relève de l'exception prévue à l'art. 232(1)—Le requérant a invoqué l'affaire *Taves (K.E.G.) c. Canada*, [1995] 2 CTC 347 (C.S.C.-B.), dans laquelle le juge Baker a conclu qu'une demande de chèque émanant d'une société d'avocats est protégée par le secret professionnel et ne relève pas de l'exception relative à «un relevé comptable»—Comme il s'agit d'une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et que la présente affaire a été instruite dans cette province, une décision aussi claire trancherait normalement la question, même si elle ne lie aucun juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique—Toutefois, cette conclusion reposait sur l'affaire *Playfair Developments Ltd. v. D-MNR*, [1985] 1 CTC 302 (C.S. Ont.), dans laquelle le juge Galligan est clairement arrivé à la conclusion contraire (c'est-à-dire que les demandes de chèque seraient des pièces justificatives pour le relevé comptable d'un avocat)—La Cour a souscrit au raisonnement du juge Galligan et conclu que, d'après le sens ordinaire de l'art. 232(1), la demande de chèque n'était pas protégée par le secret professionnel de l'avocat—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231.2(1), 232.

BURNETT C. M.R.N. (T-1208-98, juge Evans, ordonnance en date du 13-11-98, 9 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Le demandeur devait obtenir sa mise en liberté conditionnelle le 18 juillet 1997, mais la Commission nationale des libérations conditionnelles a interdit sa mise en liberté avant la date d'expiration de sa peine, soit en novembre 2000—Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de la Commission a confirmé la décision de la Commission, au motif que cette dernière s'est fondée sur des éléments de preuve préjudiciables qu'elle n'a pas communiqués au préalable avant d'en arriver à sa conclusion—La décision de la Commission s'appuie sur une conclusion fondée sur la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, conclusion qu'il existe des motifs raisonnables de croire que le délinquant commettra un crime avec violence avant l'expiration légale de sa peine—Il s'agit en l'espèce de déterminer si la Section d'appel a commis une erreur susceptible de révision en ne concluant pas à l'erreur de la Commission en ce qui a trait

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

à la communication de la preuve conformément à l'art. 141(1) de la Loi—La politique du Service correctionnel et de la Commission en ce qui concerne l'art. 141(1) de la Loi est de ne pas faire parvenir au délinquant visé l'information sur la libération conditionnelle fournie par le service de police, mais plutôt un résumé de celle-ci—C'est uniquement en raison de cette politique qu'un résumé a été donné en l'espèce—Il n'y a rien dans le dossier qui laisse entendre qu'on ait invoqué les exceptions prévues à l'art. 141(4) (cette disposition permet de refuser la communication d'éléments de preuve pour des motifs d'intérêt public, de sécurité d'une personne, de sécurité institutionnelle ou de tenue d'une enquête licite)—Demande accueillie—Un manquement à l'art. 141(1) constitue une violation d'un principe de justice fondamentale prévu par la loi, violation qui, conformément à l'art. 147(1)a), relève spécifiquement de la compétence d'appel de la Section d'appel et de son obligation d'en faire une bonne appréciation—Deux des omissions dans le Rapport sur le profil criminel, ou résumé, sont d'une nature telle qu'elles doivent être communiquées, sous peine d'un manquement à un principe de justice fondamentale prévu par la loi—La Section d'appel a commis une erreur de droit susceptible de révision judiciaire en ne tirant pas la conclusion que cette non-communication constituait un manquement à l'art. 141(1)—Le demandeur a droit à une nouvelle audience sur le fond devant des décideurs différents—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 141(1), (4), 147(1)a).

MACKIE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-2192-97, juge Campbell, ordonnance en date du 25-11-98, 9 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****ENREGISTREMENT**

Appel du rejet par le registraire de l'opposition de l'American Association of Retired Persons (AARP) à l'enregistrement de la marque CARP et Dessin par l'Association Canadienne des Individus Retraités/Canadian Association of Retired Persons (CARP) en liaison avec 1) l'activité d'une association de défense des droits des Canadiens de 50 ans et plus, 2) la fourniture d'assistance aux Canadiens de 50 ans et plus pour l'obtention de tarifs spéciaux, de rabais et de services des entreprises en général—Le registraire a jugé que la CARP avait employé sa marque en liaison avec le premier type de services à la date indiquée pour le premier emploi, mais non en liaison avec le deuxième type—Le registraire a également accepté l'enregistrement de la marque en liaison avec des périodiques, journaux et dépliants d'intérêt général à l'intention des personnes retraitées, sauf pour les magazines—L'appelante soutient que la conclusion du registraire relativement à l'emploi en liaison avec le premier type de services était

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

erronée; dans son appel incident, la CARP plaide que le registraire s'est trompé quant au second type de services—L'appelante soutient également que le registraire a erronément conclu à l'absence de confusion avec sa marque de commerce et que la CARP avait établi le caractère distinctif de sa marque à la date de l'opposition—Appel rejeté; appel incident accueilli—La preuve a établi l'emploi de la marque en liaison avec les deux types de services décrits dans la demande à la date indiquée pour le premier emploi—La Cour n'est pas persuadée que la preuve établit que l'acronyme AARP a été employé ou révélé comme marque de commerce au Canada avant septembre 1985, mais il n'est pas nécessaire de statuer sur ce point—Il n'existe ni risque de confusion ni manque de caractère distinctif—Les parties sont des entités différentes, offrant des services à des membres différents dans des pays différents—La reconnaissance de l'équivalence entre les parties est due à la similarité de leurs dénominations sociales plutôt que de leurs acronymes respectifs.

AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS C. ASSOCIATION CANADIENNE DES INDIVIDUS RETRAITÉS (T-638-97, juge Reed, jugement en date du 10-12-98, 21 p.)

Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle le registraire des marques de commerce a rejeté une opposition de l'appelante à la demande de l'intimée en vue d'enregistrer la marque de commerce «Micropost» pour l'utiliser en liaison avec [TRADUCTION] «des terminaux de points de vente comportant toutes les fonctions des caisses enregistreuses et des machines à écrire»—Appel rejeté—L'argument de l'appelante quant à l'existence d'un monopole quasi total à l'égard de l'utilisation du mot «post» est inacceptable—Le mot «post» utilisé en anglais possède plusieurs sens dont la plupart ne décrivent nullement les marchandises et services que l'appelante offre ni ne comportent la moindre allusion à ceux-ci—Le mot «post» fait fréquemment partie du nom de certains journaux et magazines; de plus, il existe des hôtels et des céréales comportant le mot «post»—Aucune personne raisonnable ne présumerait ou ne déduirait qu'une marque de commerce est nécessairement liée à l'appelante parce qu'elle renferme le mot «post»—Les produits «nouveaux ou élargis» que l'appelante peut choisir d'offrir, comme «Intelpost» et «Telepost», doivent avoir un lien avec la principale activité qu'elle poursuit, soit le transport du courrier—En termes simples, il se peut que l'appelante ait un monopole du mot «post» purement et simplement en ce qui a trait aux services postaux; elle n'en a pas lorsqu'elle utilise ce mot conjointement avec d'autres mots en liaison avec d'autres services—Par conséquent, la marque proposée «Micropost» ne prête pas à confusion; elle a un caractère distinctif et ne va à l'encontre d'aucune interdiction législative.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. MICROPOST CORP. (T-1978-97, juge Hugessen, ordonnance en date du 26-11-98, 8 p.)

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

Appel du maintien de l'enregistrement de la marque de commerce «Vitaliano Pancaldi» (Blanc) & Dessin de l'intimée en liaison avec des [TRADUCTION] «Vêtements de haute couture pour femmes et hommes et vêtements prêts-à-porter, à savoir: cravates et foulards»—Le registraire a également conclu que la marque employée sur les factures n'est pas sensiblement différente de la marque enregistrée, bien que la forme rectangulaire encadrant le mot «Pancaldi» ait été omise; des photocopies des étiquettes suffisent à en établir l'emploi, puisque des déclarations de faits dans l'affidavit indiquent que la marque est associée à des vêtements; un mouchoir de poche est un foulard—L'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce exige que le propriétaire de la marque établisse si la marque telle qu'elle a été enregistrée a été employée au Canada à un moment quelconque au cours des trois ans précédant la date de l'avis—En réponse à l'instance fondée sur l'art. 45, l'intimée a déposé un affidavit et des pièces au soutien de celui-ci—Pour établir l'emploi de la marque, l'intimée a déposé, au moyen d'un affidavit, des factures faisant état de ventes de cravates et de mouchoirs de poche portant la marque Vitaliano Pancaldi ainsi que des photocopies d'échantillons d'étiquettes—L'appelante soutient que la marque figurant sur les factures et sur les étiquettes ne reproduit pas la marque enregistrée—Le seul élément manquant est le rectangle autour des mots et du V—Appel rejeté—1) En jugeant qu'il s'agissait d'une différence mineure ne risquant pas de tromper ou de causer préjudice le registraire a appliqué le critère indiqué, conformément à l'arrêt *Registraire des marques de commerce c. Cie Internationale pour l'information CII Honeywell Bull*, [1985] 1 C.F. 406 (C.A.)—2) Le titulaire a l'obligation de présenter la meilleure preuve quant à l'emploi de la marque au Canada—Une preuve présentée sous forme de photocopies n'entraîne pas nécessairement l'invalidation de l'enregistrement—La seule question consiste à déterminer si la preuve établit l'emploi au Canada de la marque enregistrée—La preuve présentée sous forme d'affidavit établit l'emploi de la marque enregistrée—Les étiquettes ont été employées en liaison avec des marchandises—Il est clair et incontestable que la marque de l'intimée était employée en liaison avec des cravates et des foulards—3) Il ressort des définitions de dictionnaires que le mouchoir de poche est un foulard—La norme de contrôle en appel exige que, pour modifier la décision du registraire, le tribunal soit nettement convaincu que celui-ci est arrivé à une conclusion erronée sur les faits ou le droit—Le registraire n'a pas commis d'erreur donnant ouverture au contrôle—La preuve établit clairement l'emploi de la marque enregistrée en liaison avec les marchandises comme l'exige l'art. 45—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200).

MANTHA & ASSOCIATES C. LE CRAVATTE DI PANCALDI S.R.L. (T-2534-97, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 13-11-98, 17 p.)

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

## RADIATION

Demande de radiation de la marque de commerce Booster en liaison avec des produits de salon de beauté et de coiffure—Jean Patou Inc. cherche à commercialiser au Canada certaines marchandises sous la marque de commerce Booster—L'intimée, Luxo Laboratories Ltd., fabrique, distribue et vend des produits de soins capillaires, des lotions après-rasage, des produits pour le bain et d'autres produits de beauté—Actuel propriétaire inscrit de la marque de commerce Booster—Marque de commerce enregistrée pour la première fois au Canada en 1920 par Canadian Booster Company Ltd.—En 1989, Luxo a acquis ses droits sur l'enregistrement par cession de l'inscrivant précédent—Le Bureau des marques de commerce a avisé Patou que sa marque n'était pas enregistrable parce qu'elle créait de la confusion, au sens de l'art. 12(1)d) de la Loi sur les marques de commerce, avec la marque de Luxo—Patou a déposé la présente demande sous le régime de l'art. 57 de la Loi en vue d'obtenir une ordonnance: 1) radiant la marque de commerce Booster de Luxo; 2) modifiant l'inscription dans le registre par l'ajout des mots «pour le marché des salons de coiffure» à la description des marchandises de Luxo—Le caractère distinctif est l'essence de toute marque de commerce protégée et il constitue la base du droit des marques de commerce—L'art. 12(1)b) prévoit qu'une marque de commerce n'est pas enregistrable si elle donne une description claire de la nature ou de la qualité des marchandises en liaison avec lesquelles elle est employée—Selon la preuve, Patou n'a pas établi que le mot «booster» est un terme qui donne une description claire du type de produits de soins capillaires décrits dans la liste de marchandises de Luxo—Aucune preuve ne vient établir que le mot «Booster» décrit l'action de l'un ou l'autre des produits de Luxo—La marque n'est pas utilisée d'une façon descriptive—Les définitions des dictionnaires produites par les parties ne définissent pas le mot «booster» en liaison avec des produits capillaires—Le mot «Booster» ne donne pas une description claire—Aucun élément de la définition du terme «distinctive» à l'art. 4(1) de la Loi n'oblige le propriétaire inscrit d'une marque de commerce à s'identifier sur l'étiquette des produits en liaison avec lesquels il emploie sa marque de commerce—Aucun élément de preuve d'une deuxième source de produits Booster—L'emploi par Luxo des mots «The Canadian Booster Company» reflète le propre enregistrement par Luxo de ce nom commercial en décembre 1995—Même si l'intimée n'était qu'un simple distributeur, la marque de commerce «Booster» est enregistrable par elle tant qu'elle est distinctive de ses marchandises—Aucune preuve n'a établi que la marque «Booster» est distinctive des marchandises d'une autre entité que Luxo—L'abandon est une question de fait qui doit être tranchée en fonction des circonstances de chaque espèce—«Booster» est l'image dominante communiquée par les étiquettes de Luxo—L'ajout du mot «Canadian» et d'un dessin de tête de tigre sur l'étiquette est un élément mineur—Le public est

## MARQUES DE COMMERCE—Fin

susceptible de percevoir la marque «Booster» comme celle qui est employée, malgré l'ajout d'autres mots ou dessins sur l'étiquette—Aucune preuve n'a établi que Luxo ait abandonné sa marque de commerce par suite de non-usage ni qu'elle en ait eu l'intention—La Cour dispose d'un large pouvoir de surveillance à l'égard du registre des marques de commerce et elle peut en radier ou y modifier toute inscription qui «n'exprime ou ne définit pas exactement les droits existants» du propriétaire apparent ou cesse de le faire—L'actuel état déclaratif des marchandises de Luxo empêche aussi Patou d'enregistrer sa propre marque de commerce et l'expose à une action pour violation sous le régime de l'art. 20 de la Loi—Si la Cour limitait l'emploi de la marque de commerce de Luxo de la façon préconisée par Patou, elle se trouverait à entraver les droits de Luxo d'une façon qui n'est pas envisagée par les art. 19 et 57 de la Loi—Le pouvoir de modifier le registre prévu à l'art. 57(1) ne peut être exercé que lorsqu'une marque de commerce est par ailleurs susceptible d'être radiée—Les circonstances de la présente espèce ne justifient pas la modification demandée par Patou afin de limiter les droits de Luxo à certains marchés—Demande rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 4, 12(1), 20, 57(1).

JEAN PATOU INC. C. LUXO LABORATORIES LTD.  
(T-713-97, juge Lutfy, ordonnance en date du 30-12-98,  
22 p.)

## PÉNITENCIERS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du directeur du Centre régional de réception qui relève du Service correctionnel du Canada—Celui-ci a approuvé le transfèrement du requérant à l'établissement Archambault qui est un établissement à sécurité moyenne—Cette décision faisait suite à un avis de recommandation de transfèrement non sollicité du 20 janvier 1998—Le risque d'évasion du requérant n'était plus assumable dans un établissement à sécurité minimale—Celui-ci a contesté le transfèrement, alléguant qu'il n'est pas fondé en droit—La version française de l'art. 18 du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition diffère de la version anglaise—Selon la version anglaise, un détenu, afin d'obtenir une cote de sécurité minimale, doit remplir les deux exigences prévues à l'art. 18c)(i), (ii), car le législateur utilise le mot «and»—La version française, qui utilise le mot «soit», indique qu'un détenu doit satisfaire qu'à un seul des critères énoncés à l'art. 18c) pour obtenir une cote de sécurité minimale—Les deux versions sont irréconciliables—L'intention du législateur est mieux transmise par le texte anglais—Le but premier du Service est la protection du public—Il est donc raisonnable qu'un détenu satisfasse au plus grand nombre de critères possible afin de se voir assigner une cote de sécurité minimale, et que cette cote soit augmentée dès qu'il ne respecte plus l'un de ces critè-

**PÉNITENCIERS—Fin**

res—Cette interprétation expliquerait l'utilisation du mot «ou» entre les critères énoncés pour les cotes moyennes et maximales, chaque critère représentant une violation de l'une des deux conditions nécessaires pour l'obtention de la cote minimale—Comme les rapports démontrent que le requérant cherchait activement à s'évader, avec l'intention de préparer un gros coup, celui-ci exigeait un degré moyen de surveillance et de contrôle au sein du pénitencier—Demande rejetée—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 18c).

PITRE C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-367-98, juge Rouleau, ordonnance en date du 26-1-99, 7 p.)

**PENSIONS**

Contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) refusant à M. Matchee le droit à une pension—Alors qu'il était affecté en Somalie en tant que membre des Forces armées canadiennes, Matchee a été arrêté dans le cadre de l'enquête sur la torture et le meurtre d'un adolescent somalien—Dans les 24 heures suivant son arrestation, Matchee a été retrouvé pendu au moyen de lacets de bottes de combat par la poutre de toiture du bunker où il était confiné—Les gardes l'ont délié, lui sauvant ainsi la vie—Matchee a subi une encéphalopathie anoxique et des lésions au cerveau—En février 1995, la Commission canadienne des pensions a rejeté la demande qui visait l'obtention du droit à une pension en raison de l'invalidité de Matchee au motif que l'invalidité résultait d'une mauvaise conduite—La décision a été confirmée par un comité de révision et par un comité d'appel—L'art. 3(1) de la Loi sur les pensions définit la «mauvaise conduite» comme étant la désobéissance préméditée aux ordres, le fait de se blesser délibérément soi-même et la conduite malveillante ou criminelle—L'art. 22(1) interdit l'octroi d'une pension lorsque l'invalidité est due à la mauvaise conduite—L'art. 39 exige du comité d'appel qu'il tire des circonstances et des éléments de preuve qui lui sont présentés les conclusions les plus favorables possible au demandeur—Dans le cadre de l'examen de la preuve, le comité d'appel doit aussi trancher toute incertitude en faveur du demandeur—Le comité n'a pas accordé beaucoup de poids à l'opinion psychiatrique, qui était sous forme de questions hypothétiques et de réponses, et qui était fondée sur un bref exposé des faits et sur ce que tout le monde savait des événements, mais pas sur un examen médical—Il n'existait aucune preuve médicale directe de l'état de santé mentale de Matchee avant l'événement—Le comité a conclu qu'il n'y avait aucune preuve que le demandeur était incapable de former l'intention de s'infliger des blessures ou, même, qu'il était incapable de penser de façon rationnelle—Le comité n'a commis aucune erreur en concluant que la tentative de suicide était délibérée—Relativement à l'intention de se blesser, la demanderesse a invoqué la décision rendue par le

**PENSIONS—Suite**

tribunal dans *Billard* (VAB/VE-10966) au soutien de l'argument selon lequel le fait de se blesser délibérément soi-même comporte non seulement l'intention de le faire, mais aussi le désir du résultat obtenu—Elle a prétendu que Matchee n'a pas atteint le résultat visé—Y a-t-il une différence entre le fait d'avoir l'intention de se suicider et celui d'avoir l'intention de s'infliger des blessures au sens de l'art. 3?—Le fait de tenter de se suicider par pendaison comporte nécessairement celui de s'infliger des blessures susceptibles de causer la mort—Par ses actes, le demandeur visait manifestement à s'infliger des blessures suffisantes pour provoquer la mort—Il est probable qu'il y aurait eu décès n'eût été l'intervention des gardes—Mais les faits ne justifient pas une conclusion de mauvaise conduite—1) La façon appropriée d'interpréter la Loi est de le faire selon le sens ordinaire des mots—L'art. 2 exige une interprétation large en vue de fournir des prestations aux anciens combattants invalides et à leur famille—2) Les modifications de 1980 visant à retrancher le terme «décès» de l'art. 22(1) de la Loi, qui porte sur la mauvaise conduite, indiquent que le législateur n'avait pas l'intention de pénaliser les personnes à charge de ceux qui avaient commis un suicide ou qui s'étaient volontairement infligés des blessures causant la mort—Le décès et l'invalidité ne signifient pas la même chose—Bien qu'aucun décès n'ait été causé en l'espèce, la Cour n'est pas convaincue que la tentative de suicide à l'origine des lésions au cerveau constituait une mauvaise conduite, vu l'absence de preuve de truchage ou d'artifice—3) En ce qui a trait aux blessures infligées volontairement à soi-même, l'art. 22(1) est conçu en partie pour décourager les réclamations d'invalidité fallacieuses—La preuve n'indique pas que le demandeur a simulé sa tentative de suicide afin d'obtenir une pension pour lui ou pour sa famille—Le comité a commis une erreur de droit en interprétant la loi de façon erronée et en l'appliquant de façon erronée aux faits—L'existence d'une crainte raisonnable de partialité n'a pas été démontrée—La constitution d'un comité élargi peu de temps avant l'audience n'a pas donné naissance à une crainte raisonnable de partialité uniquement parce que ce type de comité était inhabituel, que des avocats n'y ont pas été nommés et que les deux nouveaux membres faisaient partie de la majorité—Rien n'indique qu'il y avait du parti pris ou que les questions étaient décidées d'avance—Bien qu'aucune audition sur une question d'interprétation n'ait eu lieu, la demanderesse a eu l'entière possibilité de faire des observations sur la question de l'interprétation de la loi avant que le comité d'appel ne rende sa décision—Le délai écoulé avant que la décision n'ait été rendue et communiquée ne justifiait pas une crainte raisonnable de partialité—Le délai tenait plus de l'indécision que de l'intervention dans le processus ou de l'étude partielle des questions—Il n'y avait rien d'inapproprié dans le délai—Matchee n'a pas été traité d'une manière tellement différente qu'une personne relativement bien informée, qui étudierait la question de façon pratique et réaliste, croirait à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité—Relativement à

**PENSIONS—Suite**

l'omission de suivre les décisions précédentes du comité; bien que la constance soit souhaitable car elle favorise l'égalité devant la loi et réduit la possibilité de décisions arbitraires, le Tribunal doit demeurer souple pour pouvoir rendre une décision fondée sur les principes de droit qu'il considère pertinents aux fins de l'affaire dont il est saisi—Demande accueillie—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 2, 3(1) («mauvaise conduite», 22(1), 39 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 28; L.C. 1995, ch. 18, art. 57).

MATCHEE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1489-87, juge Wetston, ordonnance en date du 5-1-99, 32 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) confirme la décision du Comité de révision du Tribunal de rejeter la demande de pension d'invalidité—Le demandeur est un ancien combattant de la Seconde Guerre mondiale et de la guerre de Corée—Au cours de la guerre de Corée, après avoir tiré de nombreux coups d'un mortier de 60 mm, il est devenu complètement sourd pendant quelques jours—Il n'a jamais déclaré sa perte d'audition—On l'a démobilisé en tant que personne physiquement apte au service militaire, bien que son examen n'ait pas comporté d'audiogramme—Après sa démobilisation, il a souffert de troubles auditifs—En 1976, un oto-rhino-laryngologiste a conclu qu'il y avait une forte possibilité que cette blessure ait été en partie causée par les détonations—Après 1976, son ouïe a diminué davantage—En 1997, un deuxième médecin spécialiste a fait état d'une perte profonde d'audition dans chaque oreille rendant le port d'appareils auditifs nécessaire, et émis l'avis que l'exposition antérieure au bruit peut vraisemblablement constituer la cause principale de la perte d'audition—En vertu de l'art. 39 de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), le Tribunal doit tirer les conclusions les plus favorables possible à l'appelant; accepter comme vrai tout élément de preuve crédible et fiable produit par le demandeur; et, dans l'appréciation de la preuve, trancher toute incertitude en faveur de l'appelant—L'art. 3 prévoit que les pouvoirs et fonctions du Tribunal doivent s'interpréter de façon large, compte tenu des obligations que le Canada reconnaît avoir à l'égard de ses anciens combattants—Le Tribunal accepte les faits principaux sur lesquels le demandeur fonde sa demande, à savoir que le demandeur a été exposé à un bruit excessif pendant qu'il était en service militaire actif et que son ouïe est maintenant sérieusement affaiblie—Toutefois, le Tribunal n'est pas convaincu de l'existence d'un lien de causalité entre ces faits en raison du défaut du demandeur de consulter un médecin avant 1976, soit vingt-quatre ans après l'incident auquel il attribue ses difficultés auditives—Le fait que ce qui n'était qu'une perte d'audition relativement mineure en 1976 soit devenu beaucoup plus grave en 1997 indiquait au Tribunal que l'invalidité du demandeur était

**PENSIONS—Fin**

attribuable à des facteurs postérieurs à la démobilisation—Demande accueillie—Le Tribunal ne peut être parvenu à sa décision qu'en se trompant sur l'effet de l'art. 39—Bien que cette disposition ne puisse avoir pour effet d'inverser le fardeau de la preuve en exigeant que le défendeur établisse que l'état pathologique de l'ancien combattant n'est pas attribuable au service militaire, elle va largement en ce sens du fait qu'elle prévoit qu'il convient de trancher toute incertitude raisonnable en faveur des demandeurs—L'explication du demandeur quant à son défaut de requérir plus tôt des soins médicaux est plausible—La prétention suivant laquelle l'exposition au bruit excessif provenant du mortier a causé l'aggravation significative d'un phénomène par ailleurs naturel, si bien que le demandeur est maintenant sourd, paraît raisonnable—Malgré l'incertitude quant à l'existence d'un lien de causalité entre le bruit auquel le demandeur a été exposé pendant qu'il était en service militaire et sa surdité, le demandeur a produit des éléments de preuve suffisamment crédibles relativement à la cause de sa perte d'audition et, si le Tribunal avait respecté les prescriptions de l'art. 39, il aurait été contraint en droit d'accueillir la demande—Le Tribunal a commis une erreur de droit en fondant son rejet de la demande sur une conclusion de fait qui, compte tenu de la preuve soumise et des dispositions législatives pertinentes, est manifestement déraisonnable—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. C-18, art. 3, 39.

METCALFE C. CANADA (T-1136-98, juge Evans, ordonnance en date du 6-1-99, 14 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

Contrôle judiciaire de la résolution adoptée par le conseil de bande qui a autorisé Noël Syrette à annuler sa lettre de démission—Syrette et d'autres conseillers ont été élus le 8 décembre 1996—Le 12 janvier 1998, Syrette a remis une lettre de démission non datée—Il n'a pas assisté aux trois réunions ordinaires subséquentes du conseil—Le conseil a cessé de lui verser les honoraires dus aux conseillers—Le 9 mars 1998, le conseil a adopté une résolution reconnaissant la décision de Syrette d'annuler sa lettre de démission non datée—La résolution permettant l'annulation de la lettre de démission est *ultra vires*—Syrette a abandonné son poste—*Les Robert's Rules of Order*, Toronto: Coles, 1980, prévoient que les fonctions rattachées à un poste ne sont pas abandonnées avant qu'une démission n'ait été acceptée ou, au moins, avant qu'il n'y ait eu une possibilité raisonnable qu'elle soit acceptée—L'art. 78(2b)(ii) de la Loi sur les Indiens permet au ministre de déclarer un poste vacant après qu'un conseiller a manqué trois réunions, ce qui indique que trois réunions constituent une «possibilité raisonnable» pour le conseil d'accepter la démission—Que le conseil ait cessé de verser les honoraires, qu'il ait demandé à Syrette d'assister à une réunion à titre d'invité et qu'il lui ait permis de

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

manquer trois réunions consécutives à la suite de sa démission sont des faits qui donnent fortement à penser qu'il avait accepté la décision de Syrette de démissionner ou, à tout le moins, qu'il y avait consenti—Remarques incidentes: l'art. 78(2)a(ii) prévoit que le poste de conseiller devient vacant lorsque le titulaire démissionne—La Loi et le Règlement ne prescrivait pas de procédure relativement à la démission d'un conseiller de bande—Lorsque aucune procédure de démission n'est prévue, il faut faire appel à la common law (*Corp. Of County of Pontiac v. Pontiac Pacific Junction Railway Co.* (1888), 11 L.N. 370 (C.S.Q.), qui exige que le conseil manifeste son acceptation de l'offre de démission par une inscription dans les registres publics—L'acceptation ne constitue qu'une exigence procédurale—La jurisprudence ne confère pas au conseil le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser une démission car cela étendrait la portée de l'acceptation au-delà de l'exigence procédurale et créerait des pouvoirs discrétionnaires non prévus dans la Loi—Dans l'affaire *Sault c. LaForme*, [1989] 2 C.F. 701, il a été confirmé qu'un conseil de bande est une créature de la loi et que ses pouvoirs sont limités à ceux que cette dernière prévoit—Le corollaire est que le conseil, qui n'a pas le pouvoir de déclarer vacant le poste d'un conseiller en raison d'un comportement qu'il juge inacceptable, ne jouit pas non plus du pouvoir de forcer un conseiller à demeurer en poste, à partir du moment où il a remis sa démission—L'«acceptation» signifie que le conseil est saisi de la démission; la démission de Syrette n'a pas pris effet avant que le conseil n'ait reconnu l'avoir reçue; dès que le conseil a reconnu en être saisi, ce qu'il a fait en inscrivant la lettre du 19 janvier 1998 à l'ordre du jour, le siège de Syrette est devenu vacant—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 78(2)a,b).

AGAWA C. BANDE BATCHEWANA (T-764-98, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 16-10-98, 11 p.)

**PRATIQUE****AFFIDAVITS**

Requête visant à faire annuler la demande parce que le demandeur n'a pas déposé d'affidavit comme l'exigeait la règle 306—Toutefois, les Règles ne traitent pas des cas où une décision d'un juge de la citoyenneté est portée en appel, comme en l'espèce, lorsque le demandeur ne cherche pas à s'appuyer sur une preuve par affidavit, mais bien sur le dossier dont était saisi le juge de la citoyenneté, et qu'il demande à ce que l'affaire soit réentendue sans déposer de preuve additionnelle—Par analogie avec la règle 308, le défendeur avait 30 jours à compter de la fin du délai prescrit pour le dépôt de l'affidavit du demandeur pour déposer ses propres affidavits—La Cour accorde au défendeur 30 jours à compter de la date de l'ordonnance pour déposer ses

**PRATIQUE—Suite**

affidavits et tous les autres délais seront calculés à compter de l'expiration de ce premier délai—La requête est à tous autres égards rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 306, 308.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. LAU (T-1207-98, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 10-12-98, 4 p.)

**COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Interrogatoire préalable*

Requête en vue d'obtenir une ordonnance radiant l'ordonnance par laquelle le protonotaire adjoint a rejeté la requête de la demanderesse visant à remplacer le représentant présenté par le procureur général du Canada pour l'interrogatoire préalable—Dans l'action principale, Westaim allègue que le procédé de métallisation qui sera utilisé à l'établissement en cours de construction à Winnipeg constitue une contrefaçon de son brevet—La validité du brevet est contestée dans la demande reconventionnelle—Le procureur général a été ajouté comme demandeur reconventionnel—Pierre Tremblay a été interrogé en qualité de représentant de la Monnaie et du procureur général—Tremblay a travaillé à la Monnaie depuis qu'il a reçu son diplôme de fin d'études secondaires—Il n'a jamais été membre du Bureau des brevets ni du personnel du procureur général—Il a répondu à 16 questions sur 99—D'autres questions ont été contestées ou différées, tandis que les autres ont fait l'objet d'un engagement, quand ce n'est pas l'avocat qui y a répondu—Le protonotaire adjoint a rejeté la requête sans invoquer de motifs—La règle 237(2) des Règles de la Cour fédérale de 1998 précise que, lorsque la Couronne est soumise à un interrogatoire préalable, le procureur général du Canada désigne un représentant pour répondre en son nom—La règle 237(2) est plus large que l'ancienne Règle 456, selon laquelle seuls les fonctionnaires et les préposés pouvaient témoigner pour Sa Majesté—La règle 241 énonce l'obligation générale de se renseigner—La Cour n'interviendra habituellement pas en ce qui a trait au choix d'un fonctionnaire par Sa Majesté, sauf s'il est établi que le représentant n'est pas informé ou ne peut s'informer des faits ayant une importance vitale pour la question visée par l'interrogatoire préalable: *Bande indienne d'Ermineskin c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1995] 3 C.F. 544 (1<sup>re</sup> inst.)—Deux questions plaidées concernent le procureur général: la validité du brevet et la question de savoir si le procureur général peut encore contester la validité du brevet en litige quand il s'agit d'une question que le Bureau des brevets a déjà examinée au cours du traitement de la demande—Le dossier du Bureau des brevets était la seule source de renseignements à laquelle le procureur général du Canada avait directement accès—Tremblay a examiné le

## PRATIQUE—Suite

dossier—La plupart des questions auxquelles le fonctionnaire a refusé de répondre concernaient les raisons pour lesquelles le procureur général cherche à contester le brevet en question—Requête rejetée—La décision du protonotaire adjoint n'est pas manifestement erronée—La majorité des objections portaient sur la pertinence des questions—La pertinence des questions elles-mêmes et le refus de répondre à ces questions n'ont pas été débattus aux présentes—Il n'existe pas suffisamment de motifs qui justifieraient l'intervention de la Cour aux termes de la règle 237(3)—Si les questions sont pertinentes, il sera peut-être nécessaire de demander le remplacement plus tard—Règles de la Cour fédérale de 1998, DORS/98-106, règles 237, 241—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 456 (mod. par DORS/98-846, art. 15).

WESTAIM CORP. C. MONNAIE ROYALE CANADIENNE  
(T-453-98, juge Wetston, ordonnance en date du 23-12-98, 11 p.)

Appel d'une ordonnance de la Section de première instance refusant d'exiger qu'il soit répondu aux questions des catégories «Acquiescement et manque de diligence» et «Anticipation»—Il ressortait des actes de procédure que l'intimée invoquait l'acquiescement et le manque de diligence comme moyens de défense—Pour pouvoir faire valoir la défense d'acquiescement, il faut satisfaire à plusieurs conditions dont celle de l'existence d'une croyance erronée quant à ses droits et celle d'actions accomplies en raison de cette croyance (*Canadian Superior Oil Ltd. et al. c. Paddon-Hughes Development Co. Ltd. et al.*, [1970] R.C.S. 932)—Le juge des requêtes a négligé ces principes—La connaissance que l'intimée avait de ses droits et des gestes accomplis pour faire valoir ces droits présumés ont certainement rapport à cette question au stade de l'interrogatoire préalable—Les questions de la catégorie «Antériorité» sont pertinentes pour ce qui est de l'interrogatoire préalable et il convient également d'y répondre—Dans la mesure où une question a rapport à des points soulevés dans les actes de procédure, une grande latitude préside au déroulement de l'interrogatoire préalable; c'est au juge de première instance qu'il appartient de statuer sur la pertinence et la recevabilité de la question lors de l'instruction: *McKeen and Wilson Ltd. v. Gulf of Georgia Towing Co. Ltd.*, [1965] 2 R.C.É. 480—Appel accueilli avec dépens.

GLAXO GROUP LTD. C. NOVOPHARM LTD. (A-408-98, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 20-11-98, 3 p.)

*Production de documents*

L'action principale a trait aux services de remorquage rendus par une société américaine au navire *Cosanova*, le navire étant à l'époque frété à la Overseas Maritime Services S.A. (Overseas)—Le *Cosanova* ayant coulé, l'action vise

## PRATIQUE—Suite

dorénavant le *Trinity*, son navire jumeau—La présente demande tend à la production de l'ensemble des comptes des sociétés demanderesse, concernant les trois navires affrétés par Overseas ayant bénéficié des services de la Bay-Houston Towing (BHT); l'ensemble de la documentation des demanderesse concernant la faillite subséquente de Overseas; des copies de toutes les communications échangées entre BHT et Overseas avant les opérations de remorquage en faveur du *Cosanova*, et susceptibles d'indiquer qui avait commandé les services en question et quelles avaient été les conditions prévues pour ceux-ci; tout dossier détenu par BHT et concernant le *Cosanova*, susceptible d'expliquer pourquoi BHT a continué à fournir ses services à Overseas pendant trois ou quatre mois alors que les comptes de BHT étaient en souffrance—La demande est rejetée—Si la demande tendant à la production de documents complémentaires avait été présentée en vertu de l'ancienne Règle 448, elle aurait été rejetée, probablement par une décision non motivée, la Cour y ayant vu une recherche à l'aveuglette—Si l'avocat des défendeurs estime que les règles actuelles, et plus précisément la règle 222(2), offrent des possibilités plus larges en matière de production de documents, selon Sgayias, D. et al. *Federal Court Practice, 1998* (Carswell) et Hughes, Roger T., *1998/89 Annotated Court Act and Rules* (Butterworth), les nouvelles dispositions sont plus restrictives—La pertinence relève en l'occurrence de la définition contenue à la règle 222(2): «un document d'une partie est pertinent si la partie entend l'invoquer ou si le document est susceptible d'être préjudiciable à sa cause ou d'appuyer la cause d'une autre partie»—Selon une interprétation étroite de cette définition de la pertinence inscrite à la règle 222(2), il est possible qu'une partie à l'instance puisse ne pas avoir à produire un document qui est pertinent au sens traditionnel du terme et qui appuie sa propre cause si tant est que cette même partie n'entende pas l'invoquer—C'est dans ce sens là que la nouvelle règle régissant la production de documents pourrait offrir moins de latitude que la Règle 448—En outre, l'ancienne Règle 448, telle qu'interprétée par la Cour fédérale, exigeait la production de tout document dont on peut raisonnablement supposer qu'il contient des renseignements pouvant permettre directement ou indirectement à la partie qui en demande la production de faire valoir ses propres arguments ou de réfuter ceux de son adversaire—D'ailleurs, selon les anciennes Règles, on aurait considéré qu'un défendeur qui exige la production des documents demandés en l'espèce procède à l'aveuglette s'il n'est pas en mesure de démontrer que les documents ont un minimum de pertinence, ni d'établir par des preuves convaincantes que les documents en question sont effectivement disponibles—En l'espèce, la demanderesse n'a produit aucune preuve convaincante de la disponibilité de documents supplémentaires ou du fait qu'on lui aurait caché des renseignements pertinents—Agir sur le simple soupçon qu'un document existe ou qu'il pourrait être pertinent, c'est procéder à l'aveuglette—Il n'y a pas lieu de se prononcer sur les contours de la règle 222(2)—Il suffit, pour trancher



**PRATIQUE—Suite**

la présente requête, de dire que la nouvelle définition de la pertinence n'est très certainement pas plus large, et très probablement plus restrictive, que la notion de pertinence retenue jusque-là par la jurisprudence—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 448 (mod. par DORS/90-846, art. 15)—Règles de la Cour fédérale (1998) DORS/98-106, règle 222(2).

GALEHEAD INC. C. TRINITY (LE) (T-1074-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 3-11-98, 10 p.)

**JUGEMENT SOMMAIRE**

Deux requêtes en jugement sommaire présentées en vertu de la règle 216—La première sollicite la radiation de la déclaration déposée par le demandeur—La seconde sollicite la radiation de la défense produite par la défenderesse—Le demandeur avait rempli une demande d'emploi à Transports Canada en vue d'un poste de contrôleur de la circulation aérienne et de spécialiste de l'information de vol—Il obtint 100 p. 100 à l'examen de contrôleur de la circulation aérienne mais échoua à l'entrevue de sélection—Invoquant la discrimination raciale, le demandeur porte plainte contre Transports Canada auprès de la Commission des droits de la personne—Le demandeur dépose une déclaration dans laquelle il fait état de «commentaires diffamatoires» faits par John S. Navaux de Transports Canada, le 11 novembre 1996, dans le cadre de l'enquête de la Commission de droits de la personne—La défenderesse affirme que le 11 novembre 1996, Navaux et Aubry avaient déjà quitté son service—Navaux, Aubry et d'autres employés de Nav Canada Ltée cessèrent d'être des employés de la défenderesse le 1<sup>er</sup> novembre 1996—Il s'agit de savoir si Navaux et Aubry étaient des préposés de l'État à l'époque où furent tenus les propos allégués ou s'ils n'étaient que de simples témoins appelés à témoigner devant la Commission canadienne des droits de la personne—Celle-ci avait demandé à les interviewer au sujet d'événements qui s'étaient produits lorsqu'ils étaient employés de Transports Canada—À l'époque de l'entrevue, ils n'étaient pas des employés de Transports Canada et n'agissaient aucunement en tant que préposés de leur ancien employeur dans le cadre d'un mandat qui les auraient liés—Le 11 novembre 1996, Navaux et Aubry n'étaient pas des préposés de l'État selon la définition qu'en donne l'art. 3a) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—Aucune action ne peut donc en l'occurrence être intentée contre l'État pour un délit civil que les intéressés auraient pu commettre alors qu'ils étaient interviewés en tant que témoins—Il n'y a en l'occurrence pas de véritable question litigieuse au regard de la règle 216—Jugement sommaire donnant gain de cause à la défenderesse—La requête en jugement sommaire présentée par le demandeur est rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-116, règle 216—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3a).

AYANGMA C. CANADA (T-34-98, juge Dubé, jugement en date du 29-12-98, 8 p.)

**PRATIQUE—Suite****OUTRAGE AU TRIBUNAL**

Ivor Hughes, avocat respecté qui œuvre depuis longtemps dans le domaine de la propriété intellectuelle, a été reconnu coupable d'outrage au tribunal pour avoir divulgué des renseignements confidentiels contrairement aux conditions d'une ordonnance préventive—L'outrage ne découle pas d'un mépris délibéré à l'égard de l'ordonnance de la Cour, mais plutôt d'une erreur de droit liée à l'interprétation de celle-ci—Il s'agissait précisément la même erreur de droit que le juge de première instance très expérimenté a commise lorsqu'il a acquitté M<sup>e</sup> Hughes de l'accusation d'outrage au tribunal—Les renseignements que M<sup>e</sup> Hughes a communiqués n'étaient confidentiels que pour sa propre cliente—Le manquement était purement technique et l'erreur a été commise de bonne foi—Cependant, en qualité de fonctionnaire de la Cour, M<sup>e</sup> Hughes doit veiller davantage à respecter les ordonnances de celle-ci—Il arrive fréquemment que la personne reconnue coupable d'outrage au tribunal soit condamnée à payer les frais procureur-client à la partie qui a signalé le cas à l'attention de la Cour—Une partie qui aide la Cour à appliquer les ordonnances qu'elle rend et à assurer le respect ne devrait pas être tenue de payer de sa poche les frais qu'elle engage à cette fin—Les frais procureur-client que les requérantes ont engagés dans la présente demande tant en première instance que devant la Cour d'appel et à l'audience tenue aujourd'hui s'élevaient à environ 160 000 \$, ce qui ne comprend pas une autre somme d'environ 20 000 \$ qui a été engagée dans le cadre d'une démarche non fructueuse en vue d'interjeter appel de l'ordonnance de la Cour d'appel devant la Cour suprême du Canada—Hughes est libéré de cette obligation et plutôt condamné à verser aux requérantes un montant de 15 000 \$.

PFIZER CANADA INC. C. APOTEX INC. (T-2389-94, juge Hugessen, ordonnance en date du 18-12-98, 4 p.)

**PLAIDOIRES**

Requête en vue d'obliger la défenderesse à produire un avis juridique au motif qu'elle avait renoncé au privilège de communication entre avocat et client—Dans cette affaire, les demandeurs recherchaient une injonction empêchant la défenderesse d'utiliser les mots «*Engineer*» (ingénieur) et «*Engineering*» (génie) relativement à un programme menant à un grade offert par le Département des sciences informatiques—L'élaboration volontaire de l'avocat des défendeurs sur l'avis juridique au moment de l'interrogatoire préalable constitue une renonciation volontaire au privilège—Requête accueillie.

CONSEIL CANADIEN DES INGÉNIEURS C. UNIVERSITÉ MEMORIAL DE TERRE-NEUVE (T-1164-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 9-11-98, 4 p.)

*Requête en radiation*

Les demandeurs sollicitent par requête la radiation de la demande de contrôle judiciaire au motif que l'avis introduc-

**PRATIQUE—Suite**

tif de requête a été déposé hors délai, ou, subsidiairement, la radiation de divers paragraphes des affidavits de Beth Parkinson, de Chrisanna Sampson et de Roy Lee—Requête des demandeurs sollicitant la radiation de deux affidavits de Richard Montminy, en date du 20 décembre 1995 et du 10 septembre 1997—La demande de contrôle judiciaire concerne le nouveau système téléphonique installé à l'intention des détenus dans des centres correctionnels fédéraux, le système téléphonique Millennium—Une demande de contrôle judiciaire peut être radiée lorsqu'elle est si manifestement défectueuse qu'elle n'a aucune chance d'aboutir—L'avocat des demandeurs soutient que l'installation du système téléphonique Millennium ne résulte pas d'une décision écrite prise une fois pour toute mais plutôt d'une décision qui a pris place dans le temps, d'une décision fluide correspondant au concept examiné par le juge Lutfy dans l'affaire *Hunter c. Canada (Commissaire du service correctionnel)*, [1997] 3 C.F. 936 (1<sup>re</sup> inst.)—La directive visée dans l'affaire *Hunter* avait, à diverses reprises, fait l'objet de modifications, la dernière modification étant intervenue après le dépôt de la demande de contrôle judiciaire—La prescription ne suffit pas à justifier la radiation d'une déclaration—Dans une action, il y a lieu de plaider la prescription et de soulever la question parmi les points de droit soumis à la Cour—Le même principe s'applique à la radiation d'un avis introductif de requête ou avis de demande—Solliciter par requête la radiation d'une demande de contrôle judiciaire, c'est-à-dire d'une procédure justement conçue pour être réglée sommairement, et donc de présenter une requête concernant une autre requête, constitue pour toutes les parties à l'instance une perte de temps et de ressources—Subsidiairement, les défendeurs sollicitent la radiation de diverses parties de certains affidavits, estimant que, sauf en matière interlocutoire, les affidavits doivent se limiter aux faits dont un témoin a une connaissance personnelle—Question de savoir si les parties devraient, par souci d'efficacité et en vertu du pouvoir discrétionnaire de la Cour, être autorisées à solliciter la radiation de leurs affidavits respectifs—On peut ordonner la radiation d'affidavits ou de certaines parties de ceux-ci dans des circonstances spéciales, lorsqu'un affidavit est abusif ou manifestement dénué de pertinence ou lorsqu'une des parties a obtenu l'autorisation de produire des preuves qui sont en fait manifestement inadmissibles ou encore lorsqu'un tribunal est persuadé qu'il faudra très tôt trancher la question de l'admissibilité afin de permettre à l'audience de se poursuivre dans de bonnes conditions—Les affidavits exprimant des conjectures ou avançant des opinions juridiques ne sauraient être admis mais la preuve par ouï-dire est désormais admise en fonction de sa crédibilité et de sa nécessité—Les paragraphes contestés contiennent, pour la plupart, des ouï-dire mais cela ne justifie pas en soi la radiation des passages en question—Les passages radiés des affidavits de Montminy ne concernent pas des éléments pertinents ou importants—L'autorisation de déposer d'autres affidavits ne ferait que

**PRATIQUE—Suite**

retarder inutilement l'instance—Il convient de faire preuve de prudence dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour d'ordonner la radiation de certains affidavits ou de certaines parties d'entre eux, ce pouvoir discrétionnaire ne devant être exercé que dans des cas très précis—Il est préférable de laisser au juge du procès le soin d'évaluer le poids et l'admissibilité du reste des affidavits en question.

ALCORN C. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (T-1945-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 11-9-98, 19 p.)

Appel du rejet par le protonotaire adjoint de la demande de radiation de la déclaration—Un avis de conformité a été délivré à la défenderesse SKB à l'égard d'un vaccin anticoquelucheux acellulaire, associant les anatoxines diphtérique et tétanique, le 17 décembre 1996—Aucune mesure de commercialisation au Canada n'a été prise—Le 23 juin 1998, un brevet a été délivré à la demanderesse pour une invention intitulée [TRADUCTION] «Purification d'une protéine de membrane externe de coqueluche»—La demanderesse allègue que si SKB commercialise le vaccin au Canada, elle se trouverait à contrefaire le brevet—Les Règles de la Cour fédérale (1998) permettent à la Cour d'ordonner la radiation d'un acte de procédure au motif qu'il ne révèle aucune cause d'action raisonnable ou constitue autrement un abus de procédure—SKB fait valoir que ces conditions sont remplies parce que l'action préventive est fondée sur des préoccupations hypothétiques étant donné que SKB a reçu l'avis de conformité pour le vaccin il y a deux ans et que la déclaration n'allègue aucune activité de commercialisation qui serait intervenue pendant cette période ni démarche en vue de la commercialisation du vaccin—Les conditions requises pour une action préventive valide sont-elles établies au vu de la déclaration modifiée?—La recension de la jurisprudence indique que les allégations suivantes sont nécessaire dans la déclaration afférente à une action préventive fondée sur la contrefaçon de brevet: une intention explicite et délibérée de s'engager dans une activité dont le résultat implique une forte possibilité de contravention; l'activité en question est imminente et le préjudice en résultant est très important, voire irréparable; les faits plaidés doivent être pertinents, précis et déterminants; des allégations vagues, ne portant que sur une intention ou relevant de la pure spéculation ne suffisent pas—Compte tenu de ces critères, la déclaration ne fait pas état d'une intention délibérée ou d'un préjudice imminent—Les allégations sont de l'ordre de la spéculation, fondée seulement sur le fait que SKB a obtenu un avis de conformité pour son vaccin il y a deux ans, qu'elle est reliée à un fabricant du vaccin établi en Belgique et que le vaccin est commercialisé dans divers pays autres que le Canada—Aucune action imminente constitutive de contrefaçon n'est alléguée—La demanderesse n'a pas allégué, dans sa déclaration modifiée, un fondement suffisant pour une

**PRATIQUE—Suite**

action préventive—L'appel est accueilli, la déclaration modifiée est radiée dans sa totalité, sans autorisation de la modifier, à la fois au motif que la déclaration modifiée ne révèle aucune cause d'action valable et que celle-ci constitue autrement un abus de procédure—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221.

CONNAUGHT LABORATORIES LTD. C. SMITHKLINE BEECHAM PHARMA INC. (T-1290-98, juge Gibson, jugement en date du 18-12-98, 13 p.)

**REJET DES PROCÉDURES***Défaut de poursuivre*

Examen de l'état de l'instance—L'action principale, fondée sur la Charte, attaque la validité de la Loi sur l'immigration et particulièrement l'art. 40.1 de celle-ci—Le demandeur a maintenant été expulsé du Canada et ne peut y retourner aux fins d'instruction ou de procédures préalables à l'instruction—En décidant de la façon d'exercer le large pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de la règle 382 à la fin de l'examen de l'état de l'instance, par suite de l'avis d'examen de l'état de l'instance, la Cour doit se préoccuper principalement de deux questions: quelles sont les raisons pour lesquelles l'affaire n'a pas avancé plus vite et justifient-elles le retard qui a eu lieu? quelles mesures le demandeur propose-t-il maintenant pour faire avancer l'affaire?—Les deux questions sont clairement en corrélation en ce sens que s'il existe une excuse valable justifiant que l'affaire n'ait pas progressé plus rapidement, il n'est pas probable que la Cour soit très exigeante en requérant un plan d'action du demandeur—D'autre part, si aucune raison valable n'est invoquée pour justifier le retard, le demandeur devrait être disposé à démontrer qu'il reconnaît avoir envers la Cour l'obligation de faire avancer son action—De simples déclarations de bonne intention et du désir d'agir ne suffisent clairement pas—Le fait que la défenderesse puisse avoir été négligente et ne s'être pas acquittée de ses obligations procédurales est, dans une grande mesure, sans rapport: la principale obligation de voir à ce que l'affaire se déroule normalement incombe au demandeur et, à un examen de l'état de l'instance, la Cour lui demandera des explications—Le demandeur n'a pas satisfait aux deux aspects du critère—Il y a lieu à ordonnance portant rejet pour cause de retard—L'aveu par l'avocat selon lequel les questions qui peuvent toujours demeurer ouvertes dans la présente action sont posées dans une autre action enlève ce qui reste de l'intérêt que le demandeur peut avoir dans l'obtention de jugements déclarant l'invalidité—Une ordonnance portant rejet de l'action pour cause de retard n'aurait pas, bien entendu, l'autorité de la chose jugée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 380, 381, 382—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1 (édicte

**PRATIQUE—Suite**

par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31).

BAROUD C. CANADA (IMM-4914-94, juge Hugessen, ordonnance en date du 24-11-98, 5p.)

**SUSPENSION D'INSTANCE**

Requête visant à faire suspendre l'instance dans une affaire de révocation de citoyenneté où il ne restait plus au juge de première instance qu'à rendre une décision—Le requérant Narvey était un défenseur de l'intérêt public qui prétendait non seulement se représenter lui-même, mais représenter aussi la Coalition of Concerned Congregations on the Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity including Those of the Holocaust, une association sans personnalité morale (au sens de la règle 2 des Règles)—Les congrégations n'avaient pas donné par écrit leur consentement comme l'exigent les règles 104(1)b), 109, 114, 119 et 120—M. Narvey s'était vu refuser le statut d'intervenant lorsqu'il avait voulu faire suspendre le prononcé du jugement du juge de première instance à cause d'une présumée crainte de partialité—M. Narvey a interjeté appel contre le refus de lui accorder la qualité pour agir et a présenté la requête en vue de faire suspendre toutes les procédures dans l'instance principale—La suspension de l'instance visait en fait à réduire le juge de première instance au silence—La Cour n'a pas le pouvoir d'empêcher un juge d'une cour supérieure ayant une compétence égale de rendre une décision—Seules les cours d'appel peuvent le faire—En outre, cette Cour refuse habituellement de suspendre les procédures, même s'il s'agit de procédures d'exécution, en attendant qu'il soit statué sur un appel—Requête visant à la suspension rejetée avec dépens—Règles de la Cour fédérale (1988), DORS/98-106, règles 2, 104(1)b), 109, 114, 119, 120.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. KATRIUK (T-2408-96, juge Muldoon, ordonnance en date du 3-12-98, 5 p.)

Requête en ordonnance accélérant l'audition de l'appel et sursoyant au renvoi sous-jacent en instance devant la Section de première instance tant qu'une décision n'aura pas été rendue au sujet de l'appel—L'appel est interjeté d'une ordonnance par laquelle le juge Nadon a rejeté la requête présentée par l'appelant en vue d'obtenir l'autorisation d'intervenir au débat dans le but de convaincre le juge Nadon qu'il devait se récuser pour cause de crainte raisonnable de partialité—L'appelant soutient que, si le juge Nadon devait rendre sa décision avant que son appel puisse être tranché, la réparation qu'il réclame deviendrait caduque—La requête constitue de fait une requête en injonction provisoire interdisant au juge Nadon de rendre sa déci-

**PRATIQUE—Fin**

sion—Le juge Nadon a statué qu'il n'était pas loisible à l'appelant de soulever une question que les parties avaient elles-mêmes choisi de ne pas soulever—La question soulevée dans l'appel sous-jacent n'est pas celle de savoir si l'appelant a la qualité pour intervenir au débat, mais celle de savoir si la question de la partialité ne peut être soulevée que par les parties et si la partialité que l'appelant reproche au juge en qualité d'intervenant peut effectivement être établie—L'appelant n'a pas réussi à faire la preuve d'un préjudice irréparable ou à démontrer que la prépondérance des inconvénients favorise le prononcé de l'injonction demandée—Le fondement du caractère «irréparable» du préjudice allégué par l'appelant repose entièrement sur l'art. 18(3) de la Loi sur la citoyenneté—La partialité, qu'elle soit réelle ou appréhendée, touche la compétence—La décision rendue au sujet d'un renvoi n'est pas une décision «visée» à l'art. 18 de la Loi sur la citoyenneté et n'est pas une décision à laquelle la restriction formulée à l'art. 8(3) s'applique—Le défaut de compétence, s'il peut être démontré, est toujours accompagné d'une réparation, étant donné qu'il appartient à l'autorité concernée de décider—Le droit d'un tiers d'interjeter appel lorsque la partie concernée omet de le faire est reconnu—Si l'appelant a raison d'affirmer que le juge Nadon a fait preuve de partialité, une réparation peut être obtenue, indépendamment du fait que le juge Nadon rende ou non sa décision—La prépondérance des inconvénients ne favorise pas l'appelant—L'intérêt public exige que les affaires de révocation de citoyenneté soient jugées dans les délais prescrits et sans retard excessif—L'appelant a déjà retardé considérablement le déroulement de l'instance en empêchant le juge Nadon de rendre sa décision et il demande à la Cour de prolonger encore plus ce retard—La prépondérance des inconvénients favorise l'intérêt que possèdent les parties et le public en général de voir le présent renvoi tranché dans un délai raisonnable—La requête est rejetée—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18(3).

NARVEY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-522-98, juge Noël, J.C.A., ordonnance en date du 7-1-99, 7 p.)

**PREUVE**

Le demandeur cherche à présenter par l'entremise de son témoin un rapport interne du NKVD, le prédécesseur du KGB soviétique, daté d'octobre 1943—Ce rapport porte sur l'ampleur des atrocités commises par les forces d'occupation allemandes à Selidovka en Ukraine pendant la période pertinente au renvoi—Le demandeur n'a pas déposé un affidavit comme le prévoit l'art. 30(3) de la Loi sur la preuve au Canada—Le demandeur n'a pas rempli deux conditions prévues à l'art. 30(3): 1) la pièce n'est pas accompagnée d'un document indiquant les raisons pour lesquelles il n'est pas possible ou raisonnablement commode

**PREUVE—Fin**

de produire l'original; 2) elle n'est pas non plus accompagnée d'un document, préparé par la personne qui a établi la copie, indiquant d'où celle-ci provient et attestant son authenticité—Il s'agit de deux conditions préalables à l'admission d'éléments de preuve en vertu de l'art. 30(3)—Comme on l'a indiqué dans *R. v. Andrew*, [1986] B.J.C. No. 2447 (C.S.) (Q.L.), les conditions prévues à l'art. 30(3) doivent être strictement respectées pour que la preuve présentée soit admise en vertu de ce texte législatif qui déroge à la common law, qui autrement exigerait une preuve stricte, ce qui causerait beaucoup d'inconvénients à toutes les personnes concernées—Le demandeur, n'ayant rempli aucune de ces conditions légales indépendantes, doit à présent invoquer l'une des exceptions à la règle du oui-dire reconnues en common law, dont aucune ne permet d'admettre ce document, à moins que le juge ne soit convaincu qu'il est fiable à première vue—L'exception relative aux «documents anciens», exposée dans *Delgamuuk v. British Columbia* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 165 (C.S.), ne s'applique pas au document du NKVD—Cette règle, qui rend admissible les documents privés de 30 ans et plus provenant des personnes autorisées à en avoir la garde, ne s'applique que si le document est dénué de soupçon—En l'espèce, le fait qu'il ait été admis que le NKVD aurait cherché à utiliser ce document pour poursuivre des Allemands et des collaborateurs locaux de même que dans la propagande de guerre éveille les soupçons—De même, le fait qu'il ait été admis que le NKVD était reconnu pour utiliser des méthodes d'enquête incorrectes pour obtenir des renseignements «dans certains cas» éveille aussi les soupçons—L'exception relative aux «documents publics», qui est soulevée quand un fonctionnaire produit un document public dans le cadre d'une fonction qui l'oblige à produire fidèlement le document, est également inapplicable parce que l'honnêteté propre au devoir public de produire une pièce n'existe pas en l'espèce—Contrairement à *R. v. Zundel* (1987), 35 D.L.R. (4th) 338 (C.A. Ont.) dans laquelle il a été jugé que l'exception «historique» s'appliquait, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un événement qui a fait l'objet d'un examen minutieux ou que des traités historiques attestent—Le document du NKVD est le seul qui prétend rapporter le nombre de victimes du nazisme à Selidovka (Ukraine)—Le témoin a reconnu que, du point de vue d'un historien, le document n'est qu'un «document secondaire»—Le document du NKVD est jugé inadmissible—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 30(3) (mod. par L.C. 1994, ch. 44, art. 91).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. DUECK (T-938-95, juge Noël, ordonnance en date du 19/10/98, 4 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande de contrôle judiciaire de la décision provisoire rendue par un arbitre en vertu de l'art. 240 du Code cana-

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

dien du travail, celle-ci ayant refusé d'accorder un non-lieu à l'encontre de la défenderesse à la suite du congédiement justifié du demandeur—Le demandeur travaillait pour la Banque Royale du Canada défenderesse depuis 28 ans lorsqu'il a été licencié le 25 novembre 1996—Le 22 septembre 1992, le demandeur a reçu un «avertissement écrit final» pour avoir omis de se conformer aux lignes directrices et aux procédures appropriées: il avait délivré une lettre de crédit qui a donné lieu à un excédent de crédit non autorisé—Il avait reçu un deuxième avertissement le 6 mars 1995 à l'égard d'un autre dossier dans lequel il avait avancé 90 000 \$ à un client sans obtenir la garantie appropriée—En 1996, la banque a constaté que le demandeur avait commis plusieurs erreurs ou que son travail était «insatisfaisant» en ce qui concerne l'administration d'un groupe de sociétés connues sous le nom de «California Fitness»—Le demandeur avait également eu des problèmes d'administration en ce qui concerne KTB Lifestyles Ltd., une autre société du Groupe California Fitness—Plusieurs rencontres avaient eu lieu avec le demandeur en vue d'examiner la situation et de donner à celui-ci la possibilité de donner des explications—Le 25 novembre 1996, le demandeur a reçu une brève lettre de congédiement, signée par le directeur de la banque, Doug Finnie—Le demandeur a déposé une plainte de congédiement injuste en vertu de l'art. 240 du Code—Un arbitre a été désigné en vertu de l'art. 242 pour entendre la plainte—L'art. 243 renferme une clause privative, protégeant la décision de l'arbitre contre le contrôle—L'arbitre a rejeté la prétention du demandeur selon laquelle le fait que la défenderesse n'avait pas appelé Anne Lockie, directrice générale adjointe, à témoigner au sujet des raisons pour lesquelles il avait été licencié doit avoir un effet fatal—L'arbitre a conclu que si la preuve présentée par la défenderesse était retenue au pied de la lettre, les faits nécessaires aux fins d'une preuve *prima facie* avaient été établis—La preuve démontrait que le demandeur avait été licencié parce qu'il ne s'était pas conformé aux lignes directrices établies à l'égard des prêts—La documentation de la Banque relative au licenciement était conforme aux dépositions que les

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

témoins avaient faites au sujet des motifs du congédiement—L'arbitre a retenu la preuve *prima facie* présentée par la Banque à l'appui du congédiement justifié du demandeur—La Cour ne passera outre aux dispositions protectrices de l'art. 243 que s'il peut être démontré que l'arbitre a outrepassé la compétence que le législateur lui avait conférée d'une façon si manifestement déraisonnable qu'il peut clairement être considéré qu'il a faussé, esquivé ou contredit la volonté du législateur—Le contrôle judiciaire vise à permettre de déterminer s'il était loisible au tribunal, ou à l'arbitre, de rendre la décision qui a été rendue compte tenu de la preuve mise à sa disposition—Le critère relatif au caractère manifestement déraisonnable exige que la Cour fasse preuve de retenue à l'égard de la décision de l'arbitre—Dans la décision *Conseil de l'éducation de Toronto c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, la C.S.C. a statué que dans le contexte des relations du travail, la norme relative au caractère manifestement déraisonnable est celle qu'il convient d'appliquer—L'arbitre a rejeté la requête du demandeur visant à l'obtention d'un non-lieu en se fondant sur le fait que la banque défenderesse avait présenté la preuve *prima facie*—Elle a fondé sa décision sur la preuve dont elle disposait—La procédure disciplinaire de la banque avait été suivie—M<sup>me</sup> Lockie n'était pas décideuse—MM. Lindberg et Finnie, qui connaissaient le demandeur personnellement et qui ont été témoins du fait qu'il avait manqué de jugement dans l'exercice de ses fonctions, étaient conjointement «les décideurs»—L'arbitre a eu raison de refuser de blâmer l'employeur pour avoir essayé de réhabiliter le demandeur entre l'année 1992 et le mois de novembre 1996—En exerçant ses fonctions ou en rendant sa décision ou l'ordonnance, l'arbitre a agi d'une façon équitable et raisonnable—Demande rejetée—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.

MIHALICZ C. BANQUE ROYALE DU CANADA (T-176-98, juge Muldoon, ordonnance en date du 21-12-98, 20 p.)





*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9