



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2001, Vol. 4, Part 1

2001, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2001] 4 F.C., 3-189

Renvoi [2001] 4 C.F., 3-189

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2001.

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

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

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

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

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Spécialiste adjointe des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2001.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont protégés 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 doivent être adressées à: L'arrêteste en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99 rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, au (613) 995-2706.

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4802 or 1-800-635-7943.

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

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

CONTENTS

Digests D-1
Appeals Noted I

British Columbia Ferry Corp. v. M.N.R. (C.A.) ... 3

Customs and Excise — Excise Tax Act — Ships Stores Regulations — Tax refund re ships' stores — Diesel fuel supplied to Ferry Corporation vessels operating in salt water not exempt from tax — However, Regulations invalid as inconsistent with purpose of statute — Delayed declaration of invalidity to enable Governor in Council to devise legally defensible scheme.

Construction of statutes — Ships Stores Regulations adopted pursuant to Excise Tax Act, defining "ships' stores" for purposes of tax refund — Regulations *ultra vires* Excise Tax Act — Regulations inconsistent with rationale ships' stores exemption intended to encourage vessels to fit out in Canadian ports — Although Court entitled to save Regulations by adopting principles developed by S.C.C. in *Schachter*, a Charter case, resorting to selective nullification or "reading in" simple exemptions, Court unable to do so herein as lacking sufficient knowledge of shipping industry to design scheme for accurately implementing intention of Parliament — Delayed declaration of invalidity allowing Governor in Council time to take corrective action.

Continued on next page

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

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9 au (613) 956-4802 ou 1-800-635-7943.

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-1
Appels notés I

British Columbia Ferry Corp. c. M.R.N. (C.A.) ... 3

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Règlement sur les provisions de bord — Remboursement de la taxe à l'égard des provisions de bord — Le combustible diesel fourni aux navires de la Ferry Corporation naviguant en eaux salées n'est pas exonéré de la taxe — Cependant, le Règlement est invalide parce qu'il est incompatible avec l'objet de la Loi — Suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité du Règlement afin de permettre au gouverneur en conseil de concevoir un régime qui est légalement défendable.

Interprétation des lois — Définition, dans le Règlement sur les provisions de bord pris en application de la Loi sur la taxe d'accise, des «provisions de bord» aux fins du remboursement de la taxe — Le Règlement pris en application de la Loi sur la taxe d'accise n'est pas autorisé par celle-ci — Le Règlement est incompatible avec le fondement de l'exemption au titre des provisions de bord, soit encourager les navires à s'approvisionner dans les ports canadiens — Même si la Cour avait le droit de sauvegarder le Règlement en adoptant les principes que la C.S.C. a élaborés dans l'arrêt *Schachter*, qui est une affaire concernant la Charte, c'est-à-dire en annulant certaines parties du Règlement ou en interprétant de façon large certaines exemptions simples, elle ne pouvait le faire en l'espèce, car elle n'avait pas une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Restitution — Unjust enrichment — Even if Ships Stores Regulations invalid during period appellants paid tax on diesel fuel, they cannot recover on basis of restitution for unjust enrichment as Excise Tax Act, s. 71 so comprehensive as to preclude equitable remedy.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zhang (T.D.) 173

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Stowaways detained for verification of identity — Judicial review of Adjudicator's decision to release respondent upon posting of security deposit by "anyone" — Respondent smuggled into Canada by criminal organization to which owes large sum of money — Theory of security deposit that provides incentive to compliance with terms of release — But where organized smuggling operation putting up money for security deposit, risk of financial loss not in forfeiture of deposit but in possibility of client's removal — Effect of security deposit must be considered as part of consideration of question whether detainee likely to appear for removal — In turn requires consideration of character of bondsman — Unreasonable for Adjudicator to order security deposit could be posted by "anyone" — If security required, Adjudicator should direct mind to circumstances of person putting up deposit, relationship to detainee — If Minister's representative puts legitimacy of surety in issue, Adjudicator required to deal with it — Onus on detainee to satisfy Minister proposed surety acceptable — If Minister's representative objects to proposed surety, detainee can lead evidence as to suitability at which time Minister's representative may lead evidence to contrary — As Adjudicator cannot reverse own decision, correct to refuse cross-examination of bondsperson after decision to release announced.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

connaissance suffisante de l'industrie du transport maritime pour concevoir un système permettant de mettre en œuvre de façon précise l'intention du Parlement — Suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité afin de donner au gouverneur en conseil le temps de prendre des mesures correctives.

Restitution — Enrichissement sans cause — Même si le Règlement sur les provisions de bord était invalide pendant la période au cours de laquelle les appelantes ont payé la taxe sur le combustible diesel, les appelantes ne peuvent réclamer le remboursement de ces montants en invoquant la restitution par suite de l'enrichissement sans cause, parce que l'art. 71 de la Loi sur la taxe d'accise est suffisamment exhaustif pour empêcher l'octroi d'une réparation reconnue en *equity*.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zhang (1^{re} inst.) 173

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Passagers clandestins retenus pour vérification de leur identité — Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre de mettre le défendeur en liberté sur fourniture d'un cautionnement par «n'importe quelle personne» — Le défendeur avait été introduit en fraude au Canada par une organisation criminelle à qui il devait une grosse somme d'argent — Thèse selon laquelle le cautionnement sert d'incitatif à l'observation des conditions de la mise en liberté — Cependant, lorsqu'une organisation de passeurs avance de l'argent aux fins du cautionnement, le risque de perte financière ne découle pas de la confiscation du cautionnement, mais de la possibilité que le client soit renvoyé — Il doit être tenu compte de l'effet du cautionnement dans le cadre de l'examen de la question de savoir si l'individu qui est sous garde obtempérera vraisemblablement à la mesure de renvoi — Il faut d'autre part tenir compte des qualités de la caution — Il était déraisonnable pour l'arbitre d'ordonner que le cautionnement soit fourni par «n'importe quelle personne» — Si la fourniture d'une garantie était nécessaire, l'arbitre était tenu d'examiner la situation de la caution et ses relations avec l'individu qui était sous garde — Si le représentant du ministre remet en question la légitimité de la caution, l'arbitre est tenu d'examiner la question — Il incombe à l'individu qui est sous garde de convaincre l'arbitre que la caution proposée est acceptable — Si le représentant du ministre s'oppose à ce que la personne proposée agisse comme caution, l'individu qui est sous garde peut soumettre une preuve en vue d'établir que la caution a les qualités requises, le représentant du ministre ayant alors la possibilité de présenter une preuve contraire — Étant donné qu'il ne peut pas annuler sa propre décision, l'arbitre a eu raison de rejeter la demande de contre-interrogatoire de la caution après avoir fait connaître sa décision de mettre en liberté le défendeur.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Stowaways detained for identity verification — Adjudicator erred in ordering release upon posting of security by “anyone” — Security deposit to provide incentive to compliance with release terms — Where smugglers posting deposit, risk not deposit forfeiture but possibility of client’s removal — Adjudicator must consider effect of deposit in deciding whether detainee will appear for removal.

Chiasson v. Canada (T.D.) 66

Crown — Prerogatives — Motion to strike action for *mandamus* to compel submission of application for Canadian bravery decoration in recognition of rescue of American sailors in 1943 — Nomination form indicating consideration given only to incidents less than two years prior to date of submission — Plaintiff protesting two-year limitation — Canadian Decorations Advisory Committee discussing protest, but upholding time limit, determining case inadmissible for consideration — Crown submitting Canadian Bravery Decorations Regulations, 1996 giving Committee unrestricted prerogative authority to determine eligibility requirements, including imposition of time bar — Recent cases indicating some erosion of immunity from judicial scrutiny of exercise of Crown prerogative — Issue whether decision to apply time limit exercise of Crown prerogative, beyond scope of review — To extent requiring determination of scope of Committee’s powers by reference to letters patent and Regulations, may be subject to review — Whether may be judicial review of particular decision made by virtue of delegated Crown prerogative, requiring determination on merits, on case-by-case basis, having regard to breadth of power, nature of impugned decision.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Motion to strike action for *mandamus* to compel submission of nomination for Canadian bravery decoration in recognition of 1943 rescue of American sailors — Consideration given only to incidents less than two years prior to date of submission — Plaintiff protesting two-year limitation — Canadian Decorations Advisory Committee discussing protest, but upholding time limit, determining case inadmissible for consideration — Crown submitting action moot as plaintiff already obtaining relief sought i.e. Committee already reviewing nomination — Action not moot — Issue precisely whether within Committee’s powers to decline to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d’enquête en matière d’immigration — Passagers clandestins retenus pour vérification de leur identité — L’arbitre a commis une erreur en ordonnant la mise en liberté sur fourniture d’un cautionnement par «n’importe quelle personne» — Le cautionnement vise à servir d’incitatif à l’observation des conditions de la mise en liberté — Lorsque les passeurs fournissent le cautionnement, le risque couru ne découle pas de la confiscation du cautionnement, mais de la possibilité que le client soit renvoyé — L’arbitre doit tenir compte de l’effet du cautionnement en déterminant si l’individu qui est sous garde obtiendra à la mesure de renvoi.

Chiasson c. Canada (1^{re} inst.) 66

Couronne — Prérogatives — Demande de radiation d’une action visant l’obtention d’un *mandamus* afin de forcer la présentation d’une demande de décoration canadienne pour acte de bravoure en reconnaissance d’un sauvetage de marins américains en 1943 — Le formulaire de candidature indiquait que seuls les incidents survenus moins de deux ans avant la date de présentation pouvaient être considérés — Le demandeur a contesté la prescription de deux ans — Le Conseil des décorations canadiennes a discuté de cette contestation, mais il a maintenu la prescription, et conclu que la demande était inadmissible — La Couronne a fait valoir que le Règlement sur les décorations canadiennes pour actes de bravoure (1996) confèrait au Conseil une prérogative absolue pour déterminer les conditions d’admissibilité, y compris l’imposition d’une prescription — Des décisions récentes indiquent une certaine érosion de cette immunité mettant l’exercice d’une prérogative royale à l’abri de tout examen judiciaire — La question est de savoir si la décision d’appliquer une prescription constitue l’exercice d’une prérogative royale qui échappe au contrôle judiciaire — Dans la mesure où il faut à cette fin qu’une décision soit rendue quant à l’ampleur des pouvoirs du Conseil découlant des lettres patentes et du Règlement, cette question est sans doute susceptible de contrôle — Pour déterminer si une décision donnée prise en application d’une prérogative royale déléguée est susceptible de contrôle, le tribunal doit rendre une décision au fond, au cas par cas, en tenant compte de l’ampleur du pouvoir en cause et de la nature de la décision contestée.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Requête en radiation d’une action visant l’obtention d’un *mandamus* pour forcer la présentation d’une demande de décoration canadienne pour acte de bravoure en reconnaissance du sauvetage en 1943 de marins américains — Ne sont examinés que les incidents survenus moins de deux ans avant la date de la présentation — Le demandeur a contesté la prescription de deux ans — Le Conseil des décorations canadiennes a discuté de cette contestation, mais il a maintenu la prescription, et conclu que la candidature ne pouvait être examinée — La Couronne prétendait que l’action était dénuée d’intérêt pratique parce que le deman-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

further consider application — Plaintiff's case not bereft of any possibility of success — Cases indicating erosion of immunity from judicial scrutiny of exercise of Crown prerogative — Determination of scope of Committee's powers by reference to letters patent, Regulations may be subject to judicial review.

Practice — Commencement of proceedings — Action for *mandamus* to compel submission of application for Canadian bravery decoration — Federal Court Act, s. 18.1(3) providing writ of *mandamus* may only be sought by way of application for judicial review — Although action for *mandamus* improper, defect as to form only — Federal Court Rules, 1998, r. 57 may be invoked to convert action to judicial review application.

Administrative law — Judicial review — *Mandamus* — Motion to strike action for *mandamus* to compel submission of application for Canadian bravery decoration for actions occurring more than two years previously for determination on merits — *Mandamus* may only be sought by application for judicial review under Federal Court Act, s. 18.1(3), but action could be converted to application for judicial review under Federal Court Rules, 1998, r. 57 — Motion dismissed — Plaintiff's case not bereft of possibility of success — Issue whether decision to apply time bar exercise of Crown prerogative, beyond scope of review — To extent calling for determination of Committee's powers by reference to letters patent, Regulations may be subject to judicial review.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Federal Court Act, s. 18.1(3) stipulating writ of *mandamus* may be sought only by application for judicial review — Argued that Court lacking jurisdiction — That plaintiff commenced proceeding for *mandamus* by action mere defect as to form — Federal Court Rules, 1998, r. 57 could be invoked to convert action to judicial review application.

Harris v. Canada (T.D.) 32

Practice — Pleadings — Motion to strike — Plaintiff seeking declaration advance tax ruling illegal — Crown moving to strike out statement of claim as failing to disclose

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

deur avait déjà obtenu la réparation sollicitée, c'est-à-dire que le Conseil avait déjà examiné la candidature — L'action n'est pas dénuée d'intérêt pratique — La question est précisément de savoir si le Conseil est compétent pour refuser d'examiner la demande — La plainte du demandeur n'est pas dénuée de toute possibilité de succès — Des décisions indiquent une certaine érosion de l'immunité mettant l'exercice d'une prérogative royale à l'abri de tout examen judiciaire — La décision quant à l'ampleur des pouvoirs du Conseil découlant des lettres patentes et du Règlement est susceptible de contrôle.

Pratique — Introduction des procédures — Action visant l'obtention d'un *mandamus* pour forcer la présentation d'une demande de décoration canadienne pour acte de bravoure — L'art. 18.1(3) de la Loi sur la Cour fédérale prescrit qu'un bref de *mandamus* peut uniquement être obtenu par présentation d'une demande de contrôle judiciaire — Bien qu'il soit irrégulier de déposer une action pour obtenir un *mandamus*, il s'agit d'un défaut de forme seulement — La règle 57 des Règles de la Cour fédérale (1998) peut être invoquée pour convertir une action en demande de contrôle judiciaire.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Mandamus* — Demande de radiation d'une action visant l'obtention d'un *mandamus* pour forcer la présentation d'une demande de décoration canadienne pour acte de bravoure pour des incidents survenus plus de deux ans avant la décision au fond — Un *mandamus* peut uniquement être obtenu par présentation d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18.1(3) de la Loi sur la Cour fédérale, mais l'action peut être convertie en demande de contrôle judiciaire en appliquant la règle 57 des Règles de la Cour fédérale (1998) — La requête est rejetée — La plainte du demandeur n'est pas dénuée de toute possibilité de succès — La question est de savoir si la décision d'appliquer une prescription constitue l'exercice d'une prérogative royale qui échappe à tout contrôle judiciaire — Dans la mesure où il faut qu'une décision soit rendue quant à l'ampleur des pouvoirs du Conseil découlant des lettres patentes et du Règlement, la question est susceptible de contrôle.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — L'art. 18.1(3) de la Cour fédérale prescrit qu'un bref de *mandamus* peut uniquement être obtenu par présentation d'une demande de contrôle judiciaire — La Couronne a fait valoir que la Cour n'avait pas compétence — Le fait que le demandeur ait cherché à obtenir un *mandamus* en déposant une action est un défaut de forme seulement — La règle 57 des Règles de la Cour fédérale (1998) peut être invoquée pour convertir l'action en demande de contrôle judiciaire.

Harris c. Canada (1^{re} inst.) 32

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Le demandeur sollicitait un jugement déclaratoire concluant à l'illégalité d'une décision anticipée en matière d'impôt —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

reasonable cause of action and for lack of standing — Arguments rejected by both Divisions of Federal Court, leave denied by S.C.C. — Crown bringing further motion to strike based on jurisdictional grounds, division of executive, judicial powers — Instant motion brought under r. 221(1)(a) — Plaintiff's statement of claim already challenged by defendants on basis of r. 221(1)(a) — No reasonable cause of action without effective relief — Inferred from previous Court decisions herein relief sought available — Application to strike should not be made in piecemeal fashion — Jurisdictional argument before Federal Court on initial motion to strike — Division of powers issue raised in leave application memorandum of argument — Pleading should not be struck when other party "pleaded over", lengthy delay between delivery of pleading, motion to strike — Motion denied.

Mohammadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 85

Constitutional Law — Charter of Rights — Criminal Process — Decision of Convention Refugee Determination Division impugned as to quality of interpretation at hearing — Charter, s. 14 guaranteeing right to interpreter to party, witness in any proceedings — In *R. v. Tran*, S.C.C. holding waiver of s. 14 right to interpreter in criminal proceeding should be clear, unequivocal, made personally by accused following inquiry by court through interpreter to ensure accused truly understands what doing — Leaving open question whether same applies to non-criminal proceedings — F.C.T.D. Judge choosing to rely on common law test, holding waiver results if claimant not raising objection to interpretation at first opportunity during CRDD hearing — Appeal dismissed — Linguistic understanding underlying s. 14 right to interpreter — Should not be elevated to give unfair advantages — No way for CRDD to know interpretation deficient if claimant not voicing concern — Appellant aware of right to assistance of qualified interpreter as first hearing rescheduled as result of interpretation problems — Failure to object, weighed with knowledge, clear indication quality of interpretation satisfactory — Answers to certified questions: analysis in *R. v. Tran* applies generally to Refugee Division proceedings; interpretation must be continuous, precise, competent, impartial, contemporaneous; actual prejudice as result of breach of standard of interpretation not required before Court can interfere with CRDD's decision; applicant must object to quality of interpretation

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

La Couronne a présenté une requête demandant la radiation de la déclaration au motif que celle-ci ne révélait aucune cause d'action valable et que le demandeur n'avait pas qualité pour intenter l'action — Ces arguments ont été rejetés par les deux sections de la Cour fédérale et une autorisation de pourvoi a été refusée par la C.S.C. — La Couronne a présenté une autre requête en radiation, fondée sur des motifs de compétence et sur le partage des pouvoirs entre l'organe exécutif et l'organe judiciaire — La présente requête est fondée sur la règle 221(1)a) — Les défendeurs ont déjà contesté la déclaration du demandeur en se fondant sur la règle 221(1)a) — Il ne peut y avoir une cause d'action valable en l'absence de réparation efficace — Le juge a déduit des décisions antérieures de la Cour en l'espèce que la réparation demandée pouvait être accordée — On ne peut pas présenter une demande de radiation de façon fragmentée — La Cour fédérale était saisie des motifs de compétence lors de la première requête en radiation — La question du partage des compétences a été soulevée dans le mémoire déposé au soutien de la demande d'autorisation de pourvoi — Un acte de procédure ne doit pas être radié lorsque l'autre partie «y a répondu» ou lorsqu'un long délai s'est écoulé entre le dépôt de cet acte et la requête en radiation — Requête rejetée.

Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 85

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Décision de la section du statut de réfugié contestée quant à la qualité de l'interprétation à l'audience — L'art. 14 de la Charte garantit le droit à l'assistance d'un interprète à la partie ou au témoin qui ne peuvent suivre les procédures — Dans *R. c. Tran*, la C.S.C. a statué que la renonciation au droit à l'assistance d'un interprète dans une procédure criminelle garanti par l'art. 14 devrait être claire et sans équivoque, l'accusé devant renoncer personnellement à la suite d'une vérification du tribunal, par l'entremise d'un interprète, que l'accusé comprend véritablement ce qu'il fait — La C.S.C. a remis à plus tard l'examen de la question de savoir si la même règle s'applique à des procédures non criminelles — Le juge de la C.F. 1^{re} inst. avait décidé de se fonder sur le critère de common law et avait statué qu'il y a renonciation si l'intéressé ne s'oppose pas à la qualité de l'interprétation dès qu'il peut le faire au cours de l'audience tenue par la SSR — Appel rejeté — La compréhension linguistique sous-tend le droit à l'assistance d'un interprète garanti par l'art. 14 — Ce principe ne devrait pas être élevé au point de conférer des avantages injustes — Lorsque l'intéressé décide de ne rien faire, la SSR n'est pas en mesure de savoir que l'interprétation comporte des lacunes — L'appelant était au courant de son droit à l'assistance d'un interprète compétent étant donné que la première audience avait été ajournée par suite des problèmes d'interprétation — L'omission de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

before CRDD as condition of being able to raise quality of interpretation as ground of judicial review.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Appeal from dismissal of application for judicial review of CRDD's denial of refugee claim — As result of interpretation problems, first hearing before CRDD adjourned — No problems of interpretation at second sitting — Appellant not objecting to quality of interpretation at third sitting until application record filed — Charter of Rights, s. 14 guaranteeing right to assistance of interpreter to party, witness in any proceedings — Although analysis in relation to application of s. 14 to criminal proceedings (waiver must be clear, unequivocal, made personally following court's inquiry into understanding of consequences) applying generally to proceedings before CRDD, refugee claimant must raise objection to interpretation at first opportunity during hearing of refugee claim — Failure to object to interpretation, coupled with awareness of right to qualified interpreter after first hearing rescheduled, indicating quality of interpretation satisfactory.

Mulholland v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 99

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Humanitarian and compassionate considerations — Applicant only supportive parent to three Canadian-born children — Immigration officer criticizing applicant for having children when facing possibility of removal — Mother's sins not to be visited upon children — Canadian-born children having statutory right to remain — In removing person with dependent children, fact not to be ignored practical consequence to deprive children of statutory right — On application of S.C.C. decision in *Baker*, immigration officer's assessment of best interests of children inconsistent with objective of Immigration Act, s. 3(c) and with Canada's humanitarian and compassionate tradition.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

soulever une objection, compte tenu de la connaissance, était une indication claire que la qualité de l'interprétation était satisfaisante — Réponse aux questions certifiées: l'analyse effectuée dans *R. c. Tran* s'applique d'une façon générale aux procédures engagées devant la section du statut de réfugié; l'interprétation doit être continue, fidèle, compétente, impartiale et concomitante; il n'est pas nécessaire qu'un préjudice réel soit subi suite à la violation de la norme d'interprétation pour que la Cour puisse intervenir face à la décision de la SSR; le demandeur doit s'opposer à la qualité de l'interprétation devant la SSR afin de pouvoir soulever la question de la qualité de l'interprétation comme motif de contrôle judiciaire.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel du rejet d'une demande en vue du contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR avait rejeté une revendication — Par suite de problèmes d'interprétation, la première audience devant la SSR avait été ajournée — Il n'y avait pas eu de problèmes d'interprétation lors de la deuxième audience — L'appelant ne s'était pas opposé à la qualité de l'interprétation lors de la troisième séance tant que le dossier de la demande n'avait pas été déposé — L'art. 14 de la Charte des droits garantit le droit à l'assistance d'un interprète à la partie ou au témoin qui ne peuvent suivre les procédures — L'analyse porte sur l'application de l'art. 14 aux procédures criminelles (la renonciation doit être claire et sans équivoque et elle doit être faite personnellement à la suite d'une vérification du tribunal au sujet de la compréhension des conséquences), mais elle s'applique d'une façon générale aux procédures engagées devant la SSR, et l'intéressé doit s'opposer à la qualité de l'interprétation dès qu'il peut le faire au cours de l'audition de la revendication — L'omission de s'opposer à la qualité de l'interprétation ainsi que le fait que l'intéressé avait connaissance de son droit à l'assistance d'un interprète compétent après que la première audience eut été ajournée indiquent que la qualité de l'interprétation était satisfaisante.

Mulholland c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 99

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Raisons d'ordre humanitaire — La demanderesse est le seul parent vivant en mesure de subvenir aux besoins de ses trois enfants nés au Canada — L'agente d'immigration a reproché à la demanderesse d'avoir eu des enfants alors qu'elle risquait d'être renvoyée du Canada — Les enfants n'ont pas à porter les conséquences de la faute de leur mère — La loi reconnaît aux enfants nés au Canada le droit de demeurer au Canada — En renvoyant du Canada une personne qui a des enfants à sa charge, le ministre ne peut ignorer le fait qu'une des conséquences pratiques de sa décision est de priver les enfants des avantages que leur reconnaît la Loi — L'appréciation que l'agente d'immigration a faite de l'intérêt

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

VIA Rail Canada Inc. v. Cairns (C.A.) 139

Labour Relations — Duty of fair representation — VIA Rail, having adopted cost-saving initiative of combining duties of engineers, conductors, seeking review of certification of two bargaining units, order merging them — CIRB allowing merger, certifying engineers' union as bargaining agent following representation vote — No agreement reached when existing collective agreements expired — VIA attempting to impose crewing initiative unilaterally — Parties reaching tentative agreement, including Crew Consist Adjustment Agreement — Board finding union failed to fulfil duty of fair representation — Interests of engineers preferred to those of conductors — Remedial order requiring VIA Rail, union reopen negotiations — Appropriate standard of review of Board's interpretation of Canada Labour Code, s. 37 patent unreasonableness — Unions having duty of fair representation after expiry of collective agreement.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Individual respondents, conductors at VIA Rail, alleging union violated Canada Labour Code, s. 37 by acting in bad faith — Canada Industrial Relations Board holding union failed to protect conductors' job security, seniority interests — Union, VIA Rail seeking judicial review of CIRB decision — CIRB, in reconsidering decision, found union failed to fulfil duty of fair representation — Whether ultimate decision one Parliament intended left to Board — CIRB decisions protected by full privative clause — Board's expertise in administering Labour Code provisions recognized by courts — Pragmatic and functional analysis of all relevant factors suggesting patent unreasonableness appropriate standard of review — Board's interpretation of Code, s. 37 not patently unreasonable — Board's remedial order equitable one, fashioned under Code, s. 99(2) — Rationally connected to union's breach, consequences.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

supérieur des enfants en appliquant l'arrêt *Baker* de la Cour suprême ne s'accorde pas avec l'objectif visé à l'art. 3c) de la Loi sur l'immigration et elle n'est pas compatible avec la tradition humanitaire du Canada.

VIA Rail Canada Inc. c. Cairns (C.A.) 139

Relations du travail — Devoir de représentation juste — VIA Rail, après avoir mis sur pied, pour des raisons d'économie, une initiative visant à fusionner les fonctions de mécaniciens de locomotive et celles de chefs de train, a demandé la révision de l'accréditation de deux unités de négociation et le fusionnement de celles-ci — Le CCRI a autorisé le fusionnement en accréditant le syndicat des ingénieurs de locomotive comme agent de négociation, après la tenue d'un scrutin de représentation — Aucune entente n'avait été conclue lorsque les conventions collectives existantes ont expiré — VIA a essayé d'imposer unilatéralement une initiative relative à la composition des équipes — Les parties ont conclu un accord provisoire comportant une Entente concernant la composition des équipes — Le Conseil a conclu que le syndicat avait manqué à son devoir de représentation juste — Les intérêts des ingénieurs de locomotive ont été préférés à ceux des chefs de train — Une ordonnance réparatrice est venue enjoindre à VIA Rail et au syndicat de rouvrir les négociations — Il a été jugé que la norme de contrôle applicable à l'interprétation de l'art. 37 du Code canadien du travail par le Conseil est celle de la décision manifestement déraisonnable — Les syndicats ont le devoir de représenter leurs membres de façon juste après l'expiration de la convention collective.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Les particuliers défendeurs, qui sont des chefs de train pour VIA Rail, ont allégué que leur syndicat avait contrevenu à l'art. 37 du Code canadien du travail en agissant de mauvaise foi — Le Conseil canadien des relations industrielles a conclu que le syndicat n'avait pas protégé la sécurité d'emploi et les droits d'ancienneté des chefs de train — Le syndicat et VIA Rail ont demandé le contrôle judiciaire de la décision du CCRI — Après avoir réexaminé sa décision, le CCRI a décidé que le syndicat ne s'était pas conformé à son devoir de représentation juste — Il s'agissait de savoir si la décision ultime était une décision que le législateur voulait laisser au Conseil — Les décisions du CCRI sont protégées par la clause privative intégrale — Les tribunaux ont reconnu la compétence spécialisée du Conseil pour l'application des dispositions du Code du travail — Il ressort d'une analyse pragmatique et fonctionnelle de tous les facteurs pertinents que la norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable — L'interprétation que le Conseil a donnée à l'art. 37 du Code n'était pas manifestement déraisonnable — L'ordonnance réparatrice du Conseil était équitable et fondée sur l'art. 99(2) du Code — Elle avait un lien rationnel avec le manquement du syndicat et avec les conséquences de ce manquement.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Railways — “Running trades” employees traditionally grouped, for collective bargaining, as engineers or conductors — VIA Rail adopting cost-saving “crewing initiative” to combine duties of engineers, conductors as “operating engineers” — Engineers’ union certified after representation vote — Conductors accusing union of bad faith in preferring interests of engineers in bargaining for new collective agreement — Canada Industrial Relations Board finding in favour of conductors, issuing remedial order — Board decision upheld as rationally connected with union’s breach of fair representation.

Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 42

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible persons — Judicial review of immigration officer’s decision applicant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(j), prohibiting admission of person who there are reasonable grounds to believe committed outside Canada war crime or crime against humanity within meaning of Criminal Code, s. 7(3.6) — Applicant guard at prison in Nicaragua — Immigration officer determining applicant not mere onlooker at torture, disappearance, execution of prisoners — To fall within s. 19(1)(j), crime, if committed in Canada, must at that time have constituted offence against laws of Canada — Individual may rely upon defences provided in Criminal Code to establish conduct would not have constituted offence in Canada — Defences of obedience to superior orders, compulsion available to members of military, police forces in prosecutions for war crimes, crimes against humanity — Although applicant relying upon such defences, immigration officer’s notes referring to neither defences nor factual underpinnings — Decision made without regard to relevant considerations notwithstanding somewhat probing examination, set aside as unreasonable.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Applicant not interviewed by immigration officer who decided inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(j) — Fair hearing requiring

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Chemins de fer — Traditionnellement, les employés faisant partie du «personnel itinérant» étaient classés, aux fins de la négociation collective, dans la catégorie des mécaniciens de locomotive ou celle des chefs de train — VIA Rail a mis sur pied, pour des raisons d’économie, une «initiative relative à la composition des équipes» qui visait à fusionner les fonctions de mécaniciens de locomotive et celles de chefs de train dans une nouvelle catégorie appelée «mécanicien d’exploitation» — Le syndicat des mécaniciens a été accrédité après la tenue d’un scrutin de représentation — Les chefs de train ont accusé le syndicat d’avoir agi de mauvaise foi en préférant les intérêts des ingénieurs de locomotive lors de la négociation d’une nouvelle convention collective — Le Conseil canadien des relations industrielles a rendu une décision en faveur des chefs de train en prononçant une ordonnance réparatrice — Il a été jugé que l’ordonnance du Conseil avait un lien rationnel avec le fait que le syndicat avait manqué à son devoir de représentation juste.

Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1^{re} inst.) 42

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire de la décision de l’agente d’immigration selon laquelle le demandeur n’était pas admissible en vertu de l’art. 19(1)(j) de la Loi sur l’immigration, interdisant l’admission d’une personne dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu’elle a commis, à l’étranger, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité au sens de l’art. 7(3.6) du Code criminel — Le demandeur était garde dans une prison au Nicaragua — L’agente d’immigration a conclu que le demandeur n’était pas simplement témoin de la torture, de la disparition ou de l’exécution de prisonniers — Pour que l’art. 19(1)(j) s’applique, le crime, s’il avait été commis au Canada, devait à ce moment-là constituer une infraction au droit canadien — Un individu peut se fonder sur les moyens de défense prévus dans le Code criminel pour établir que sa conduite n’aurait pas constitué une infraction au Canada — Les moyens de défense fondés sur la contrainte et sur l’obéissance aux ordres d’un supérieur peuvent être invoqués par les membres des forces armées et policières dans les poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l’humanité — Le demandeur a invoqué pareils moyens de défense, mais dans les notes de l’agente d’immigration, il n’était pas fait mention des moyens de défense et de leurs fondements factuels — La décision a été prise sans qu’il soit tenu compte des considérations pertinentes et, malgré un examen quelque peu approfondi, elle devait être annulée parce qu’elle était déraisonnable.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d’enquête en matière d’immigration — Le demandeur n’avait pas eu d’entrevue avec l’agente d’immigration, qui avait décidé qu’il n’était pas admissible en vertu

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

meaningful participation in decision-making process, not necessarily oral hearing — As written submissions indicating applicant knew issues to be addressed, allegation against him, had meaningful opportunity to participate in decision-making process — Also decision made in largest part on basis of admissions as to involvement in certain events — Applicant not denied fair hearing because not interviewed by decision-maker.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Persons with Temporary Status — Holders of Minister's permit Type 86 (case approved for processing within Canada) — Immigration Act, s. 38(1) permitting Governor in Council to authorize landing of any person who, at time of landing, resided continuously in Canada for at least five years under authority of Minister's permit — Applicants in Canada as holders of Ministerial permits, renewed annually since 1993 — In 1993 applied under s. 114(2) for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds — Five years later applied for *mandamus* in respect of outstanding s. 114(2) application, and for order requiring Minister to process application under s. 38 — (1) As in Canada continuously for at least five years on Minister's permits, right accrued to applicants to seek consideration under s. 38 — (2) Prior request for exercise of discretion either made or implied — Scheme of Act, Regulations establishing s. 38(1) application in substance application for landing; s. 114(2) application for admission capable of meaning application for landing — As granted visa exemption, s. 114(2) application becoming application for landing — As application outstanding for over five years, applicants having right to seek consideration under s. 38 — Minister having duty to consider whether to recommend exercise of discretion under s. 38 — As well, possible legitimate expectation immigration officer would consider case for landing arising from Inland Processing Manual directing review of cases at end of five-year period, so that duty of fairness required such consideration.

Administrative Law — Judicial Review — *Certiorari* — Application for judicial review of immigration officer's

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de l'art. 19(1*j*) de la Loi sur l'immigration — Ce qui est nécessaire, pour une audition équitable, c'est une participation valable au processus décisionnel, et pas nécessairement une audience — Étant donné que les observations écrites montraient qu'il était au courant des questions à examiner et de l'allégation qui était faite contre lui, le demandeur avait eu une possibilité valable de participer au processus décisionnel — En outre, la décision était en majeure partie fondée sur les aveux que le demandeur avait faits au sujet de sa participation à certains événements — Le demandeur a bénéficié d'une audience équitable même si le décideur ne l'avait pas interrogé.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personnes ayant un statut temporaire — Titulaires de permis du ministre du type 86 (cas approuvé aux fins du traitement à l'intérieur du Canada) — L'art. 38(1) de la Loi sur l'immigration permet au gouverneur en conseil d'accorder le droit d'établissement à toute personne ayant, au moment où ce droit est accordé, résidé sans interruption au Canada pendant au moins cinq ans au titre d'un permis du ministre — Les demandeurs étaient entrés au Canada à titre de titulaires de permis ministériels, ces permis ayant été renouvelés chaque année depuis 1993 — En 1993, ils avaient sollicité, en vertu de l'art. 114(2), le droit d'établissement de l'intérieur du Canada en invoquant des raisons d'ordre humanitaire — Cinq ans plus tard, ils avaient demandé un *mandamus* à l'égard de la demande fondée sur l'art. 114(2) qui était en suspens ainsi qu'une ordonnance enjoignant au ministre de traiter leur demande en vertu de l'art. 38 — 1) Étant donné qu'ils avaient résidé sans interruption au Canada pendant au moins cinq ans au titre de permis du ministre, les demandeurs avaient acquis le droit de solliciter un examen en vertu de l'art. 38 — 2) Une demande en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire avait été faite ou il pouvait être inféré que pareille demande avait été faite — L'économie de la Loi et du Règlement établit qu'une demande fondée sur l'art. 38(1) est essentiellement une demande de droit d'établissement; une demande d'admission fondée sur l'art. 114(2) peut être une demande d'établissement — Étant donné qu'une dispense de l'obligation d'obtenir un visa avait été accordée, la demande fondée sur l'art. 114(2) était devenue une demande de droit d'établissement — Étant donné que la demande était en suspens depuis plus de cinq ans, les demandeurs pouvaient solliciter un examen en vertu de l'art. 38 — Le ministre était tenu de déterminer s'il devait recommander que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 38 soit exercé — De plus, il existait peut-être bien une attente légitime voulant qu'un agent d'immigration examine le cas, en ce qui concerne le droit d'établissement, cette attente découlant du Guide sur le traitement des demandes au Canada, qui prévoit l'examen des cas à la fin de la période de cinq ans, de sorte que l'obligation d'équité exigeait cet examen.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

decision applicant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(j) — Applicant not interviewed by immigration officer — Fair hearing requiring meaningful participation in decision-making process, not necessarily oral hearing — As written submission indicating knew issue to be addressed, allegation against him, applicant had opportunity to have meaningful participation in decision-making process — As decision based on large part on admissions, applicant not denied fair hearing — Immigration officer referred to discrepancies between statements in Personal Information Form, those made to CSIS in screening interview — If credibility at issue, and if assessed, in part, on basis of answers given on prior occasions, meaningful participation requiring content of prior answers be provided to applicant.

Estoppel — After refugee claim, post-determination refugee claim in Canada class application refused, applicants removed to U.S.A. — Minister's permits issued permitting them to come into Canada — Renewed annually since 1993 — In 1993 applied under Immigration Act, s. 114(2) for landing from within Canada on humanitarian and compassionate (H & C) grounds — As no reasons given for issuance of permits, insufficient to ground plea Minister estopped from refusing to process H & C application — S. 114(2) application engaging two-step process: assessment of whether applicant should be exempted from requirement of obtaining immigrant visa outside Canada, and if so, assessment of whether applicant admissible — Positive decision made at first step — Nothing indicating applicant exempt from second step.

Viewpoint International, Inc. v. On Par Enterprises Inc. (T.D.) 113

Trade-marks — Infringement — Application for interlocutory injunction pending trial of trade-mark infringement, passing-off action to restrain defendant from using "Tommy Bahamas Grill" in association with restaurant in Victoria, B.C., and from infringing plaintiff's trade-mark "Tommy Bahama" — "Tommy Bahama" registered for use in U.S.A. in association with clothing, restaurants, and in Canada for use in association with clothing — Trade-mark application

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

une agente d'immigration avait conclu que le demandeur n'était pas admissible en vertu de l'art. 19(1)(j) de la Loi sur l'immigration — Le demandeur n'avait pas eu d'entrevue avec l'agente d'immigration — Ce qui est nécessaire pour une audition équitable, c'est une participation valable au processus décisionnel et pas nécessairement une audience — Étant donné que les observations écrites montraient qu'il était au courant des questions à examiner et de l'allégation qui était faite contre lui, le demandeur avait eu une possibilité valable de participer au processus décisionnel — Étant donné que la décision était en majeure partie fondée sur des aveux, le demandeur avait bénéficié d'une audience équitable — L'agente d'immigration a noté les incohérences entre les déclarations figurant dans le Formulaire de renseignements personnels et celles qui avaient été faites au SCRS lors de l'entrevue — Si la crédibilité était remise en question et si elle devait être en partie appréciée compte tenu des réponses antérieurement données, il fallait porter le contenu des réponses antérieures à la connaissance du demandeur pour qu'il y ait participation valable.

Fin de non-recevoir — Après qu'une revendication eut été présentée, une demande présentée à titre de membre de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada avait été rejetée et les demandeurs avaient été renvoyés aux É.-U. — Des permis du ministre avaient été délivrés, autorisant les demandeurs à venir au Canada — Les permis étaient renouvelés chaque année depuis 1993 — En 1993, le demandeur avait sollicité, en vertu de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration, le droit d'établissement de l'intérieur du Canada en invoquant des raisons d'ordre humanitaire — Étant donné qu'aucun motif n'avait été fourni à l'appui de la délivrance des permis, cela ne suffisait pas pour justifier un moyen de défense selon lequel le ministre ne pouvait pas refuser de traiter la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire — La demande fondée sur l'art. 114(2) donnait lieu à une procédure à deux étapes: il fallait déterminer si le demandeur devait être dispensé de l'exigence voulant qu'il obtienne un visa d'immigration en dehors du Canada et, dans l'affirmative, il fallait déterminer si le demandeur était admissible — Une décision favorable avait été prise à la première étape — Rien n'indiquait que le demandeur devait être dispensé de se soumettre à la deuxième étape.

Viewpoint International, Inc. c. On Par Enterprises Inc. (1^{re} inst.) 113

Marque de commerce — Contrefaçon — Demande d'injonction interlocutoire présentée en attendant l'instruction d'une action en contrefaçon et en imitation frauduleuse d'une marque de commerce en vue d'interdire à la défenderesse d'utiliser la marque de commerce «Tommy Bahamas Grill» en liaison avec son restaurant de Victoria, et de contrefaire la marque de commerce «Tommy Bahama» de la demanderesse — La marque «Tommy Bahama» a été enregistrée aux

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

for restaurants in Canada filed, not yet advertised — Tripartite test in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* applied — General rule judge should not engage in extensive review of merits to determine whether serious issue — Exception when result of interlocutory motion will result in final determination of action — Defendant not establishing cost of changing exterior signs, menus would put it out of business — Thus necessary to establish only arguable (neither frivolous nor vexatious), not *prima facie*, case — Plaintiff raised several serious issues to be tried in terms of protection to be accorded proprietary rights in “Tommy Bahama” trade-mark, including likelihood of confusion — Evidence of irreparable harm must be clear, not speculative — Although defendant’s restaurant operating for several months, no evidence of any lost sale of “Tommy Bahama” clothing, or of restaurant client — Evidence not establishing weakening of reputation of “Tommy Bahama” mark — No concrete evidence harm alleged not compensable in damages — Defendant able to pay if plaintiff awarded damages.

Injunctions — Application for interlocutory injunction pending trial of trade-mark infringement, passing-off action — Application of tripartite test set out in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* — As to serious issue, plaintiff required to show arguable (meaning neither frivolous nor vexatious), not *prima facie*, case — As defendant not establishing cost of changing exterior sign, menus would put him out of business (i.e. interlocutory motion amounting to final determination of action), exception to general rule judge should not engage in extensive review of merits, not arising — Plaintiff raising several serious issues, including likelihood of confusion — But not establishing irreparable harm, which must be clear, not speculative — No evidence of even one lost “Tommy Bahama” restaurant client, sale of “Tommy Bahama” clothing — No evidence of detrimental impact by loss of control of brand meaning — Only irreparable harm if damages recoverable at law not adequate remedy — No concrete evidence harm not compensable in damages because cannot be calculated — Defendant able to pay damages if awarded to plaintiff.

SOMMAIRE (Suite)

États-Unis en liaison avec des vêtements et des restaurants et au Canada, en liaison avec des vêtements — Une demande d’enregistrement de marque de commerce pour des restaurants au Canada a été déposée mais n’a pas encore été annoncée — Application du critère à trois volets énoncé dans l’arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* — Suivant la règle générale, le juge ne devrait pas procéder à un examen approfondi du fond pour décider s’il existe une question sérieuse à juger — Il existe une exception à cette règle lorsque le résultat de la demande interlocutoire équivaudra en fait au règlement final de l’action — La défenderesse n’a pas démontré que les frais que lui occasionnerait la modification de ses affiches extérieures ou de ses menus l’obligeraient à fermer ses portes — Il suffit à la demanderesse de convaincre le tribunal que la cause est défendable (c.-à-d. que la demande n’est ni futile ni vexatoire) et non d’établir une forte apparence de droit — La demanderesse a soulevé plusieurs questions sérieuses à juger en ce qui concerne la protection à accorder à ses droits de propriété sur sa marque de commerce «Tommy Bahama» au Canada, y compris les risques de confusion — La preuve de préjudice irréparable doit être claire et ne pas tenir de la conjecture — Bien que le restaurant de la défenderesse exerce ses activités depuis plusieurs mois, il n’a pas été démontré que la demanderesse a perdu une seule vente de vêtements «Tommy Bahama» ou un seul client dans ses restaurants — La preuve ne permet pas de conclure qu’on a porté atteinte à la réputation de la marque «Tommy Bahama» — Il n’y a aucun élément de preuve concret que le préjudice reproché ne peut être réparé au moyen de dommages-intérêts — La défenderesse est en mesure de payer les dommages-intérêts auxquels elle pourrait être condamnée.

Injonctions — Demande d’injonction interlocutoire en attendant l’instruction d’une action en contrefaçon et en imitation frauduleuse d’une marque de commerce — Application du critère à trois volets énoncé dans l’arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* — En ce qui concerne l’existence d’une question sérieuse à juger, il suffit à la demanderesse de convaincre le tribunal que la cause est défendable (c.-à-d. que la demande n’est ni futile ni vexatoire) et non d’établir une forte apparence de droit — Comme la défenderesse n’a pas démontré que les frais que lui occasionnerait la modification de ses affiches extérieures ou de ses menus l’obligeraient à fermer ses portes (c.-à-d. que l’issue de la demande interlocutoire équivaudrait en fait au règlement final de l’action), l’exception à la règle générale suivant laquelle le juge ne devrait pas procéder à un examen approfondi du fond pour décider s’il existe une question sérieuse à juger ne s’applique pas — La demanderesse a soulevé plusieurs questions sérieuses, y compris les risques de confusion — Mais elle n’a pas fait la preuve de l’existence d’un préjudice irréparable, laquelle preuve doit être claire et ne pas tenir de la conjecture — Elle n’a pas démontré qu’elle avait perdu une seule vente de vêtements

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

«Tommy Bahama» ou un seul client dans ses restaurants — La preuve ne permet pas de conclure que la perte de contrôle sur le concept de la marque a eu des répercussions négatives — Il n'y a aucun élément de preuve concret que le préjudice reproché ne peut être réparé au moyen de dommages-intérêts — La défenderesse est en mesure de payer les dommages-intérêts auxquels elle pourrait être condamnée.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Saini v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2000] 3 F.C. 253 (T.D.), has been reversed on appeal (A-121-00). The reasons for judgment, handed down 19/10/01, will be published in the *Federal Court Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Autobus Thomas Inc. v. Canada, A-606-98, Marceau J.A., judgment dated 19/1/00 (C.A.), was affirmed by a decision dated 11/10/01, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development), A-23-00, 2001 FCA 68, Rothstein J.A., judgment dated 19/3/01 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 4/10/01.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub, DES-01-00, Nadon J., judgment dated 23/1/01 (T.D.), leave to appeal to S.C.C. refused, 18/10/01.

Jessani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2001] 3 F.C. D-20 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 25/10/01.

Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans), A-669-99, Evans J.A., judgment dated 17/10/00 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 18/10/01.

RJR-MacDonald Inc. v. Canada, [2001] 2 F.C. 191 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 4/10/01.

Roseland Farms Ltd. v. Canada, A-685-99, 2001 FCA 167, Strayer J.A., judgment dated 23/5/01 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 18/10/01.

Viel v. Canada (Employment Insurance Commission), [2001] 2 F.C. D-41 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 4/10/01.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Saini c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 253 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-121-00). Les motifs du jugement, prononcés le 19-10-01, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Autobus Thomas Inc. c. Canada, A-606-98, le juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 19-1-00 (C.A.), a été confirmé par une décision en date du 11-10-01, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), A-23-00, 2001 CAF 68, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 19-3-01 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 4-10-01.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub, DES-01-00, le juge Nadon, jugement en date du 23-1-01 (1^{re} inst.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 18-10-01.

Jessani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2001] 3 C.F. F-28 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 25-10-01.

Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans), A-669-99, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 17-10-00 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 18-10-01.

RJR-MacDonald Inc. c. Canada, [2001] 2 C.F. 191 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 4-10-01.

Roseland Farms Ltd. c. Canada, A-685-99, 2001 CAF 167, le juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 23-5-01 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 18-10-01.

Viel c. Canada (Commission de l'assurance-emploi), [2001] 2 C.F. F-45 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 4-10-01.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2001, Vol. 4, Part 1

2001, Vol. 4, 1^{er} fascicule

2001 FCA 146
A-172-00

2001 CAF 146
A-172-00

British Columbia Ferry Corporation and Chevron Canada Limited (*Appellants*)

British Columbia Ferry Corporation et Chevron Canada Limited (*appelantes*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada represented by the Minister of National Revenue and the said Minister of Finance (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national et le ministre des Finances (*intimée*)

A-173-00

A-173-00

Shell Canada Products Limited (*Appellant*)

Produits Shell Canada Limitée (*appelante*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada represented by the Minister of National Revenue and the said Minister of Finance (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national et le ministre des Finances (*intimée*)

A-174-00

A-174-00

British Columbia Ferry Corporation, Chevron Canada Limited, Imperial Oil Limited and Shell Canada Products Limited (*Appellants*)

British Columbia Ferry Corporation, Chevron Canada Limited, Compagnie pétrolière impériale Ltée et Produits Shell Canada Limitée (*appelantes*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada represented by the Minister of National Revenue and the said Minister of Finance (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national et le ministre des Finances (*intimée*)

A-175-00

A-175-00

Imperial Oil Limited (*Appellant*)

Compagnie pétrolière impériale Ltée (*appelante*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada represented by the Minister of National Revenue and the said Minister of Finance (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national et le ministre des Finances (*intimée*)

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA FERRY CORP. v. M.N.R. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: BRITISH COLUMBIA FERRY CORP. c. M.R.N. (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Linden and Sexton, J.J.A.—Vancouver, March 15; Ottawa, May 10, 2001.

Cour d'appel, juges Strayer, Linden et Sexton, J.C.A.—Vancouver, 15 mars; Ottawa, 10 mai 2001.

Customs and Excise — Excise Tax Act — Ships Stores Regulations — Tax refund re ships' stores — Diesel fuel

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Règlement sur les provisions de bord — Remboursement de la

supplied to Ferry Corporation vessels operating in salt water not exempt from tax — However, Regulations invalid as inconsistent with purpose of statute — Delayed declaration of invalidity to enable Governor in Council to devise legally defensible scheme.

Construction of statutes — Ships Stores Regulations adopted pursuant to Excise Tax Act, defining “ships’ stores” for purposes of tax refund — Regulations ultra vires Excise Tax Act — Regulations inconsistent with rationale ships’ stores exemption intended to encourage vessels to fit out in Canadian ports — Although Court entitled to save Regulations by adopting principles developed by S.C.C. in Schachter, a Charter case, resorting to selective nullification or “reading in” simple exemptions, Court unable to do so herein as lacking sufficient knowledge of shipping industry to design scheme for accurately implementing intention of Parliament — Delayed declaration of invalidity allowing Governor in Council time to take corrective action.

Restitution — Unjust enrichment — Even if Ships Stores Regulations invalid during period appellants paid tax on diesel fuel, they cannot recover on basis of restitution for unjust enrichment as Excise Tax Act, s. 71 so comprehensive as to preclude equitable remedy.

The British Columbia Ferry Corporation bought diesel fuel from the appellant fuel companies. The latter paid taxes to the federal Government and passed them on to the Ferry Corporation. The law would have permitted them to claim a refund of such taxes as were paid on fuel sold by them for use as “ships’ stores” (exempt from tax), if they met the requirements of the regulations defining “ships’ stores”. The issue here was the applicability and validity of the regulations (*Ships Stores Regulations*) defining “ships’ stores”.

The vessels of the Ferry Corporation operate in salt water between ports on the British Columbia mainland and other ports within British Columbia, mainly on Vancouver Island or the Queen Charlotte Islands. They do not travel to any American port.

taxe à l’égard des provisions de bord — Le combustible diesel fourni aux navires de la Ferry Corporation naviguant en eaux salées n’est pas exonéré de la taxe — Cependant, le Règlement est invalide parce qu’il est incompatible avec l’objet de la Loi — Suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité du Règlement afin de permettre au gouverneur en conseil de concevoir un régime qui est légalement défendable.

Interprétation des lois — Définition, dans le Règlement sur les provisions de bord pris en application de la Loi sur la taxe d’accise, des «provisions de bord» aux fins du remboursement de la taxe — Le Règlement pris en application de la Loi sur la taxe d’accise n’est pas autorisé par celle-ci — Le Règlement est incompatible avec le fondement de l’exemption au titre des provisions de bord, soit encourager les navires à s’approvisionner dans les ports canadiens — Même si la Cour avait le droit de sauvegarder le Règlement en adoptant les principes que la C.S.C. a élaborés dans l’arrêt Schachter, qui est une affaire concernant la Charte, c’est-à-dire en annulant certaines parties du Règlement ou en interprétant de façon large certaines exemptions simples, elle ne pouvait le faire en l’espèce, car elle n’avait pas une connaissance suffisante de l’industrie du transport maritime pour concevoir un système permettant de mettre en œuvre de façon précise l’intention du Parlement — Suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité afin de donner au gouverneur en conseil le temps de prendre des mesures correctives.

Restitution — Enrichissement sans cause — Même si le Règlement sur les provisions de bord était invalide pendant la période au cours de laquelle les appelantes ont payé la taxe sur le combustible diesel, les appelantes ne peuvent réclamer le remboursement de ces montants en invoquant la restitution par suite de l’enrichissement sans cause, parce que l’art. 71 de la Loi sur la taxe d’accise est suffisamment exhaustif pour empêcher l’octroi d’une réparation reconnue en equity.

Les sociétés appelantes étaient les fournisseurs de combustible diesel de la British Columbia Ferry Corporation et ont refilé à celle-ci les taxes qu’elles ont payées au gouvernement fédéral. Elles auraient été autorisées en droit à réclamer un remboursement des taxes payées sur le combustible qu’elles ont vendu et qui était destiné à être utilisé à titre de «provisions de bord» (exonérées de la taxe), si elles respectaient les exigences énoncées au Règlement définissant l’expression «provisions de bord». Le présent litige porte sur l’applicabilité et sur la validité du règlement (*Règlement sur les provisions de bord*) définissant l’expression «provisions de bord».

Les navires de la Ferry Corporation voyagent entre les ports de la partie continentale de la Colombie-Britannique et d’autres ports de cette même province, principalement à l’île de Vancouver ou aux îles de la Reine-Charlotte. Aucun des navires ne voyage vers un port américain.

The Ferry Corporation asked its suppliers of diesel fuel to submit applications for refunds and drawbacks under the *Excise Tax Act* in respect of taxes paid during the period of September 1, 1990 to July 31, 1996. When the Crown refused to refund the taxes, the appellants brought four actions in the Trial Division of the Federal Court seeking various declarations as to the meaning and validity of the Regulations and a declaration and a judgment for repayment of the taxes based on unjust enrichment. The Trial Division dismissed the actions on the ground that the regulations excluded the diesel fuel in question from the definition of “ships’ stores” and they were thus not exempted from taxation. It was also held that the regulations were valid and there were no basis for setting aside the Minister’s determination. The claim to recovery for unjust enrichment was dismissed as precluded by the *Excise Tax Act* and as, in any event, it would not apply herein since the taxes were lawfully collected. These were appeals from that decision.

Held, the appeals should be allowed in part.

By the terms of the successive *Ships Stores Regulations*, made jointly under the authority of the *Excise Tax Act* and the *Customs Act*, the fuel used on the Ferry Corporation’s vessels, given the routes they plied, was not exempt from taxation under the *Excise Tax Act* (the exemption applied to fuel used by a ship engaged in trade between ports on the “inland waters” of Canada or fuel used by an “inland waters ship”; fuel used by vessels travelling in salt water within Canada was clearly excluded).

Since the appellants questioned the validity of the Regulations, it had to be determined whether they conformed with the purposes of the enabling statute and the scope of the authority given by Parliament for the making of the delegated legislation: *Alaska Trainship Corporation et al. v. Pacific Pilotage Authority*, [1981] 1 S.C.R. 261. To do this the Court should try to ascertain a purpose in this regulation-making power which could be determinative of the validity of the Regulations. There was no purpose clause in the *Excise Tax Act* to assist the Court in determining Parliament’s intention. The only rationale for the Regulations was a comment made by the Minister of Customs and Excise in Parliament in 1926, who explained that the exemption for ships’ stores was intended “to encourage vessels to fit out in Canadian ports” (rather than in a foreign port). However, the Regulations did not seem to conform to that rationale. Rather, they appeared designed to give a fiscal preference to certain areas of the country compared to

La Ferry Corporation a demandé à ses fournisseurs de combustible diesel de présenter des demandes de remboursements et de *drawbacks* en application de la *Loi sur la taxe d’accise* à l’égard des taxes payées au cours de la période allant du 1^{er} septembre 1990 au 31 juillet 1996. Sa Majesté ayant refusé de rembourser les taxes en question, les appelantes ont intenté devant la Section de première instance de la Cour fédérale quatre actions visant à obtenir différentes déclarations au sujet du sens et de la validité du Règlement ainsi qu’une déclaration et un jugement portant remboursement des taxes en raison de l’enrichissement sans cause. La Section de première instance a rejeté les actions en question au motif qu’en vertu du Règlement, le combustible diesel était exclu de la définition de l’expression «provisions de bord» et n’était donc pas exonéré de la taxe. Elle a également statué que le Règlement était valable et qu’il n’existait aucun fondement justifiant l’annulation de la décision du ministre. La demande de remboursement fondée sur la notion de l’enrichissement sans cause a été rejetée parce que cette demande était impossible en vertu de la *Loi sur la taxe d’accise* et que, même si un droit de cette nature existait, il ne s’appliquerait pas en l’espèce, puisque les taxes ont été perçues légalement. Les appelantes interjetent appel de cette décision.

Arrêt: les appels doivent être accueillis en partie.

En raison des dispositions des différentes versions successives du Règlement sur les provisions de bord, qui a été pris en application à la fois de la *Loi sur la taxe d’accise* et de la *Loi sur les douanes*, le combustible ayant servi à bord des navires de la Ferry Corporation n’était pas exonéré de la taxe découlant de la *Loi sur la taxe d’accise*, eu égard aux itinéraires que ceux-ci suivaient (l’exemption s’appliquait au combustible utilisé à bord d’un navire voyageant entre les ports en eaux internes du Canada ou au combustible d’un «navire d’eaux internes»; le combustible utilisé par les navires voyageant en eaux salées à l’intérieur du Canada n’était manifestement pas exonéré).

Étant donné que les appelantes ont contesté la validité du Règlement, il importait de savoir si celui-ci était conforme à l’objet de la loi habilitante et à la portée du pouvoir que le Parlement a accordé pour l’adoption de la législation déléguée: *Alaska Trainship Corporation et autre c. Administration de pilotage du Pacifique*, [1981] 1 R.C.S. 261. À cette fin, la Cour devrait tenter de déterminer l’objet de ce pouvoir de réglementation, car cet objet pourrait être déterminant pour la validité du Règlement. La *Loi sur la taxe d’accise* ne renfermait aucune disposition de déclaration d’objet qui pourrait aider la Cour à déterminer l’intention du Parlement. Le seul fondement du Règlement était un commentaire que le ministre des Douanes et de l’Accise a formulé en 1926, lorsqu’il a expliqué que l’exemption au titre des provisions de bord avait pour but «d’encourager les navires à s’approvisionner dans les ports canadiens» (plutôt que dans un port étranger). Cependant, le texte du Règlement ne semble pas traduire cette justification, mais avoir

certain other areas. In excluding the plaintiffs from an exemption, the Regulations were invalid throughout the period in question.

The problem was what should be the consequence of this invalidity? The test of severability developed in pre-Charter cases involving the constitutional invalidity of portions of statutes could apply to regulations containing provisions not authorized by the enabling statute. Upon an application of the *Alaska Trainship* approach, the impugned portion should be found invalid and severable. The Court could not rewrite the regulations so as to grant retroactively a tax exemption. The legislative scheme herein was “under-inclusive” in conferring benefits. The criteria adopted in *Schachter* should be applied in this non-Charter area of *ultra vires* delegated legislation. In this case, there was no particular principle of equality mandated by the governing law, the *Excise Tax Act*, nor did the evidence establish that there was before the Court a class of needy appellants, isolated from the mainstream and historically disadvantaged. Lacking an extensive knowledge of the shipping industry, there was no practical way in which the Court could, through selective nullification of the Regulations and their adopted definitions, or by reading in some simple exemptions, design a scheme for accurately implementing the intention of the *Excise Tax Act*. In the circumstances, for the same rationale as prevailed in *Schachter*, the solution adopted was a delayed declaration of the invalidity of the *Ships Stores Regulations*. This would enable the Governor in Council to devise a legally defensible scheme.

Nor could the taxpayer succeed in claiming restitution for the tax collector’s unjust enrichment. Section 71 of the Act was so comprehensive as to preclude such equitable remedy: *Consumers Glass Co. Ltd. v. Canada*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 2 “inland voyage”, “inland waters of Canada”, “minor waters of Canada”.

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, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Sched-

pour objet d’accorder une préférence fiscale à certaines régions du pays plutôt qu’à d’autres. En excluant les demanderesse de la portée d’une exemption, le Règlement était nul tout au long de la période en question.

Le problème était le suivant: quelle serait la conséquence de cette invalidité? Les critères de divisibilité qui ont été élaborés dans les décisions rendues avant l’adoption de la Charte et qui mettaient en cause la validité constitutionnelle de certaines parties de lois pourraient s’appliquer aux règlements qui renferment des dispositions non autorisées par la loi habilitante. Selon une application de l’interprétation retenue dans l’arrêt *Alaska Trainship*, la partie attaquée d’un règlement devrait être jugée invalide et dissociable. La Cour ne pouvait rédiger à nouveau le Règlement de façon à accorder rétroactivement une exonération de la taxe. Il s’agit en l’espèce d’un régime législatif qui accorde des avantages «limitatifs». Les critères formulés dans l’arrêt *Schachter* devraient également s’appliquer dans ce domaine non constitutionnel de la législation déléguée *ultra vires*. Dans la présente affaire, aucun principe d’égalité n’était prescrit de façon explicite dans la loi habilitante, soit la *Loi sur la taxe d’accise*, et la preuve n’indiquait pas non plus que la Cour était en présence d’une catégorie de personnes indigentes qui sont isolées de l’ensemble de la société et historiquement défavorisées. En l’absence d’une connaissance approfondie de l’industrie du transport maritime, il n’y avait aucune façon pratique dont la Cour pouvait, en annulant certaines parties du Règlement et des définitions qui y sont adoptées ou en interprétant de façon large certaines exemptions simples, concevoir un régime dont il serait possible de dire qu’il met en œuvre avec précision l’esprit de la *Loi sur la taxe d’accise*. Dans les circonstances, pour les motifs adoptés dans l’arrêt *Schachter*, la meilleure solution semblerait résider dans une suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité du *Règlement sur les provisions de bord*. Cette solution permettrait au gouverneur en conseil de concevoir un régime qui est légalement défendable.

Les contribuables ne pouvaient non plus réclamer le remboursement de la taxe en invoquant la restitution par suite de l’enrichissement sans cause. L’article 71 de la *Loi sur la taxe d’accise* était suffisamment exhaustif pour empêcher l’octroi d’une réparation de cette nature: *Consumers Glass Co. Ltd. c. Canada*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

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

ule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].
Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 2 “inland waters”, 17, 164(1)(c).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 23(1) (as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 55), 59(3.2) (as am. *idem*, s. 58), 68.17(1) (as am. *idem*, s. 61), 70(1) (as am. *idem*, s. 62), 71 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 34).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 15(2), 16.
Pilotage Act, S.C. 1970-71-72, c. 52.
Ships Stores Regulations, SOR/86-878, s. 2 “inland waters ship” (as am. by SOR/88-425, s. 1; 93-153, s. 1).

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 15(2), 16.
Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 2 «voyage en eaux intérieures», «eaux internes du Canada», «eaux secondaires du Canada».
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 23(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 55), 59(3.2) (mod., *idem*, art. 58), 68.17(1) (mod., *idem*, art. 61), 70(1) (mod., *idem*, art. 62), 71 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 34).
Loi sur le pilotage, L.C. 1970-71-72, ch. 52.
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 2 «eaux internes», 17, 164(1)c).
Règlement sur les provisions de bord, DORS/86-878, art. 2 «navire d'eaux internes» (mod. par DORS/88-425, art. 1; 93-153, art. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Alaska Trainship Corporation et al. v. Pacific Pilotage Authority, [1981] 1 S.C.R. 261; (1981), 120 D.L.R. (3d) 577; 35 N.R. 271; *Canada v. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 F.C. 899; (1997), 148 D.L.R. (4th) 480; 215 N.R. 278 (C.A.); *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Pacific Pilotage Authority v. Alaska Trainship Corp.*, [1980] 2 F.C. 54; (1979), 104 D.L.R. (3d) 364; 28 N.R. 451 (C.A.); *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; [1949] 1 D.L.R. 433; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Consumers Glass Co. Ltd. v. Canada* (1980), 107 N.R. 156 (F.C.A.); *Michelin Tires (Canada) Ltd. v. Canada* (1998), 158 F.T.R. 101 (F.C.T.D.); confd [2001] F.C.J. No. 707 (C.A.) (QL); *Federated Co-Operatives Ltd. v. Canada*, [2001] F.C.J. No. 315 (C.A.) (QL).

DISTINGUISHED:

Alberta, Attorney-General for v. Attorney-General for Canada, [1947] A.C. 503 (P.C.).

REFERRED TO:

Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas, [1984] 1 S.C.R. 388; (1984), 8 D.L.R. (4th) 161; [1984] 4 W.W.R. 289; 52 N.R. 335; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; (1998), 212 A.R. 237; 156 D.L.R. (4th) 385; [1999] 5 W.W.R. 451; 67 Alta. L.R. (3d) 1; 224 N.R. 1; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; (1999), 171 D.L.R. (4th) 577; 238 N.R. 179; 121 O.A.C. 1; 46 R.F.L. (4th) 32.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Alaska Trainship Corporation et autre c. Administration de pilotage du Pacifique, [1981] 1 R.C.S. 261; (1981), 120 D.L.R. (3d) 577; 35 N.R. 271; *Canada c. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 C.F. 899; (1997), 148 D.L.R. (4th) 480; 215 N.R. 278 (C.A.); *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Administration de pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship Corp.*, [1980] 2 C.F. 54; (1979), 104 D.L.R. (3d) 364; 28 N.R. 451 (C.A.); *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; [1949] 1 D.L.R. 433; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Consumers Glass Co. Ltd. c. Canada* (1980), 107 N.R. 156 (C.A.F.); *Michelin Tires (Canada) Ltd. c. Canada* (1998), 158 F.T.R. 101 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [2001] A.C.F. n° 707 (C.A.) (QL); *Federated Co-Operatives Ltd. c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 315 (C.A.) (QL).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Alberta, Attorney-General for v. Attorney-General for Canada, [1947] A.C. 503 (P.C.).

DÉCISIONS CITÉES:

Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes, [1984] 1 R.C.S. 388; (1984), 8 D.L.R. (4th) 161; [1984] 4 W.W.R. 289; 52 N.R. 335; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; (1998), 212 A.R. 237; 156 D.L.R. (4th) 385; [1999] 5 W.W.R. 451; 67 Alta. L.R. (3d) 1; 224 N.R. 1; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; (1999), 171 D.L.R. (4th) 577; 238 N.R. 179; 121 O.A.C. 1; 46 R.F.L. (4th) 32.

APPEALS from four judgments of the Trial Division (*British Columbia Ferry Corp. v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)* (2000), 183 F.T.R. 117 (F.C.T.D.)) dismissing claims brought by the plaintiffs for the recovery of excise taxes paid on diesel fuel used in the operation of the ships of British Columbia Ferry Corporation. Appeals allowed in part.

APPEARANCES:

Edward C. Chiasson, Q.C., for appellants.
Christopher M. Rupa for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Borden Ladner Gervais, Vancouver, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.A.:

Introduction

[1] These are appeals from four judgments of the Trial Division [(2000), 183 F.T.R. 117 (F.C.T.D.)] dismissing claims brought by the plaintiffs for the recovery of excise taxes paid on diesel fuel used in the operation of the ships of British Columbia Ferry Corporation (the Ferry Corporation). They raise issues as to whether such fuel was exempted from those taxes and if so whether the appellants are entitled to recover such amounts as were paid.

Facts

[2] The appellant fuel companies were the suppliers of diesel fuel to the Ferry Corporation. They paid the taxes to the federal Government and passed them on to the Ferry Corporation. The law would have permitted them to claim a refund of such taxes as were paid on fuel sold by them for use as “ships’ stores”

APPELS de quatre jugements de la Section de première instance (*British Columbia Ferry Corp. c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)* (2000), 183 F.T.R. 117 (C.F. 1^{re} inst.)) rejetant les demandes des demandereses en vue d’obtenir le remboursement des taxes d’accise versées sur le combustible diesel servant à l’exploitation des navires de la British Columbia Ferry Corporation. Appels accueillis en partie.

ONT COMPARU:

Edward C. Chiasson, c.r., pour les appelantes.
Christopher M. Rupa pour l’intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Borden Ladner Gervais, Vancouver, pour les appelantes.
Le sous-procureur général du Canada pour l’intimée.

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

Introduction

[1] Il s’agit d’appels interjetés à l’égard de quatre jugements dans lesquels la Section de première instance de la Cour fédérale [(2000), 183 F.T.R. 117 (C.F. 1^{re} inst.)] a rejeté les demandes des demandereses en vue d’obtenir le remboursement des taxes d’accise versées sur le combustible diesel servant à l’exploitation des navires de la British Columbia Ferry Corporation (la Ferry Corporation). Les appelantes soulèvent la question de savoir si ce combustible était exempté de ces taxes et, dans l’affirmative, si elles ont le droit de recouvrer les montants ainsi payés.

Les faits

[2] Les sociétés appelantes étaient les fournisseurs de combustible diesel de la Ferry Corporation et ont refilé à celle-ci les taxes qu’elles ont payées au gouvernement fédéral. Elles auraient été autorisées en droit à réclamer un remboursement des taxes payées sur le combustible qu’elles ont vendu et qui était

(exempt from tax) and any refunds obtained would then be passed on to the Ferry Corporation. In these cases the suppliers apparently have no other interest in the matter, as the ultimate taxpayer was the Ferry Corporation.

[3] The taxes themselves were made payable under subsection 23(1) [as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 55] of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 although similar taxes would have been payable under section 17 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, were the fuel imported. It is agreed that the taxes in question here were paid under the *Excise Tax Act*. It appears to me, from the agreed statement of facts and the various statements of claim, that the taxes in dispute were paid no earlier than September 1, 1990 nor after July 31, 1996 and it is to the law applicable during that period of time that we must have regard.

[4] Subsections 68.17(1) [as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 61] and 70(1) [as am. *idem*, s. 62] of the *Excise Tax Act* provide for the tax to be paid back by way of refund or “drawback” to the supplier or ultimate purchaser of goods supplied as “ships’ stores”. Subsection 59(3.2) [as am. *idem*, s. 58] of that Act is critical in defining the authority of the Governor in Council to make regulations defining “ships’ stores”. That subsection provides as follows:

59. . . .

(3.2) The Governor in Council may make regulations designating, for the purposes of sections 23, 68.17 and 70, certain classes of goods as ships’ stores for use on board a conveyance within such class of conveyances as may be prescribed in the regulations and limiting the quantity of such goods that may be so used. . . .

The *Customs Act* has similar provisions, and a regulation-making power to designate certain classes of goods as “ships’ stores” is provided in virtually identical terms in paragraph 164(1)(c) of that Act.

destiné à être utilisé à titre de «provisions de bord» (exonérées de la taxe), et tout remboursement obtenu serait ensuite remis à la Ferry Corporation. Les fournisseurs n’ont apparemment aucun autre intérêt dans l’affaire, parce que le contribuable final était la Ferry Corporation.

[3] Les taxes elles-mêmes étaient exigibles en vertu du paragraphe 23(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 55] de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, mais des taxes similaires auraient été exigibles en application de l’article 17 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, si le combustible avait été importé. Il est convenu que les taxes en question dans les présents motifs ont été payées en application de la *Loi sur la taxe d’accise*. Il ressort également de l’exposé conjoint des faits et des différentes déclarations que les taxes en litige n’ont pas été payées avant le 1^{er} septembre 1990 ni après le 31 juillet 1996, et ce sont donc les règles de droit qui s’appliquaient au cours de cette période que nous devons examiner.

[4] Les paragraphes 68.17(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 61] et 70(1) [mod., *idem*, art. 62] de la *Loi sur la taxe d’accise* prévoient que le montant de la taxe doit être remboursé au moyen d’un remboursement ou «drawback» au fournisseur ou à l’acheteur final de marchandises fournies à titre d’«approvisionnements de navire» ou de «provisions de bord». Le paragraphe 59(3.2) [mod., *idem*, art. 58] de cette Loi a une importance primordiale, puisqu’il permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements définissant les «approvisionnements de navires». Voici le libellé de cette disposition:

59. [. . .]

(3.2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, désigner, pour l’application des articles 68.17 et 70, certaines catégories de marchandises comme des approvisionnements de navires devant servir à bord d’un moyen de transport d’une catégorie désignée par règlement et limiter la quantité des marchandises. [. . .]

La *Loi sur les douanes* comporte des dispositions similaires; plus précisément, l’alinéa 164(1)c) de cette Loi prévoit un pouvoir de réglementation presque identique en ce qui a trait à la désignation de certaines

[5] It is the applicability and validity of the regulations defining “ships’ stores” purportedly adopted under these statutory provisions, as such designations apply to the operations of the plaintiff Ferry Corporation, which are in issue here.

[6] It is common ground that the vessels of the Ferry Corporation operate between ports on the British Columbia mainland and other ports within British Columbia, mainly on Vancouver Island or the Queen Charlotte Islands. None of the vessels operate to the west of Vancouver Island or of the Queen Charlotte Islands, nor do they travel to any U.S. port. Their operations are conducted only in salt water. The Ferry Corporation is owned by the Government of British Columbia and its fares are set by order of that Government. It is agreed by the parties that the Ferry Corporation was operating in a deficit position during the period in question. (Agreed statement of facts, paragraph 9; Appeal Book, at page 89.)

[7] In October 1994, the Ferry Corporation learned of a 1993 Order in Council dealing with ships’ stores, which apparently led it to question the validity of past regulations. It asked its suppliers of diesel fuel to submit applications for refunds and drawbacks under the *Excise Tax Act* in respect of taxes paid during the period September 1, 1990 to July 31, 1996. (For particulars see Appeal Book, at pages 92-93). Such applications were made on the basis that the diesel fuel in question was within the definition of “ships’ stores” in the regulations made under the *Excise Tax Act* and therefore was exempted from tax.

[8] Upon the refusal of the respondents to refund these taxes, the appellants brought four actions in the Trial Division of the Federal Court. Three of these actions (T-2051-96, T-1359-97, T-1361-97) sought various declarations as to the meaning and validity of

catégories de marchandises à titre d’approvisionnements de navires ou de provisions de bord.

[5] Le présent litige porte sur l’applicabilité et sur la validité du règlement définissant l’expression «provisions de bord» qui aurait été pris en application de ces dispositions, étant donné que ces désignations s’appliquent aux activités de la demanderesse Ferry Corporation.

[6] Il est admis de part et d’autre que les navires de la Ferry Corporation voyagent entre les ports de la partie continentale de la Colombie-Britannique et d’autres ports de cette même province, principalement à l’île de Vancouver ou aux îles de la Reine-Charlotte. Aucun des navires n’opère à l’ouest de l’île de Vancouver ou des îles de la Reine-Charlotte ni ne voyage vers un port américain. Tous les itinéraires de ces navires se trouvent en eaux salées. La Ferry Corporation appartient au gouvernement de la Colombie-Britannique et ses tarifs sont fixés par décret de ce gouvernement. Les parties reconnaissent que la Ferry Corporation était en situation déficitaire au cours de la période en question (paragraphe 9 de l’exposé conjoint des faits, dossier d’appel, à la page 89).

[7] En octobre 1994, la Ferry Corporation a été informée d’un décret qui a été pris en 1993 au sujet des provisions de bord et qui l’a apparemment incitée à douter de la validité des règlements antérieurs. Elle a demandé à ses fournisseurs de combustible diesel de présenter des demandes de remboursements et de *drawbacks* en application de la *Loi sur la taxe d’accise* à l’égard des taxes payées au cours de la période allant du 1^{er} septembre 1990 au 31 juillet 1996. (Pour plus de précisions, voir le dossier d’appel, aux pages 92 et 93.) Ces demandes étaient fondées sur le fait que le combustible diesel en question était visé par la définition de l’expression «provisions de bord» énoncée au Règlement pris en application de la *Loi sur la taxe d’accise* et était donc exonéré de la taxe.

[8] L’intimée ayant refusé de rembourser les taxes en question, les appelantes ont intenté quatre actions devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Dans trois de ces actions (T-2051-96, T-1359-97 et T-1361-97), elles ont demandé différen-

the regulations and brought appeals from the determination by the Minister of National Revenue refusing to decide in favour of the appellants in response to their notices of objection to the original refusal of a drawback. (There is a right of appeal in such circumstances to the Federal Court Trial Division). The fourth action, T-452-97 asked for similar declarations but also sought a declaration and a judgment for repayment of the taxes based on unjust enrichment.

[9] These actions were dismissed by the Trial Division on the basis that the regulations excluded the diesel fuel in question from the definition of “ships’ stores” and they were thus not exempted from taxation. Further it was held that the regulations were valid and that there was no basis for setting aside the Minister’s determination. Further it was held that any claim to recovery for unjust enrichment was precluded by the *Excise Tax Act* which provides a “complete statutory code” for the recovery of money paid as excise taxes. The Trial Judge held that even if there were a right of recovery for unjust enrichment, it would not apply in this case since the taxes were lawfully collected. He made no findings as to the application of limitation periods in the *Excise Tax Act* to the facts of these cases. Nor was that argued before us on appeal, and I make no findings in that respect.

[10] The appellants appeal from those decisions.

Issues

[11] It appears that the following issues require determination:

1. Is the diesel fuel in question *prima facie* within the definition of “ships’ stores” in the regulations?

tes déclarations au sujet du sens et de la validité du Règlement et ont interjeté appel de la décision par laquelle le ministre du Revenu national a refusé de rendre une décision en leur faveur en réponse aux avis d’opposition qu’elles avaient déposés par suite du refus initial de leur demande de *drawback*. (Un droit d’appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale existe en pareil cas.) Dans la quatrième action, soit le dossier T-452-97, les appelantes ont demandé des déclarations similaires ainsi qu’un jugement portant remboursement des taxes en raison de l’enrichissement sans cause.

[9] La Section de première instance a rejeté les actions en question au motif qu’en vertu du Règlement, le combustible diesel était exclu de la définition de l’expression «provisions de bord» et n’était donc pas exonéré de la taxe. La Section de première instance de la Cour fédérale a également statué que le Règlement était valable et qu’il n’existait aucun fondement justifiant l’annulation de la décision du ministre. Elle a ajouté qu’aucune demande de remboursement fondée sur la notion de l’enrichissement sans cause n’était possible en vertu de la *Loi sur la taxe d’accise*, qui constitue un «code législatif complet» au sujet du recouvrement des sommes d’argent payées à titre de taxes d’accise. Le juge de première instance a décidé que, même si un droit de recouvrement fondé sur l’enrichissement sans cause existait, il ne s’appliquerait pas en l’espèce, puisque les taxes ont été perçues légalement. Il n’a tiré aucune conclusion au sujet de l’application des délais de prescription prévus à la *Loi sur la taxe d’accise* aux faits des présents litiges. Cet argument n’a pas été débattu non plus devant nous en appel et je ne formule aucune conclusion à ce sujet.

[10] Les appelantes interjettent appel de ces décisions.

Les questions en litige

[11] Les questions à trancher semblent être les suivantes:

1. Le combustible diesel en question est-il visé à première vue par la définition de l’expression «provisions de bord» du Règlement?

2. If not, is it invalidly excluded from the definition?

3. If invalidly excluded, what remedy can the Court give in respect of these regulations?

4. If the appellants were wrongly excluded from the exemption, can they recover the tax collected by a claim for unjust enrichment?

Analysis

1. Was the fuel prima facie exempted by the regulations?

[12] I have come to the conclusion that by the terms of the successive regulations, the fuel used on the Ferry Corporation's vessels, given the routes they plied, was not exempt from taxation under the *Excise Tax Act*.

[13] Considering the period of taxation in question, one can start with the *Ships Stores Regulations* (SOR/86-878) which were made jointly under the authority of the *Excise Tax Act* and the *Customs Act*. (It is necessary to start with the 1986 Regulations because it is argued by the appellants that those Regulations, whatever they meant, were not lawfully amended until 1993 and therefore might have applied during part of the taxation period in question.) The 1986 Regulations included as "ships' stores" (that is, goods exempted from tax under those Acts), fuel used on "an inland waters ship". The same Regulations defined an "inland waters ship" as:

2. . . .

. . . a ship engaged in trade between ports on the inland waters of Canada

These Regulations themselves did not contain any special definition of "inland waters" or "inland waters of Canada". The appellants argue that as the ferry routes were within Canada's inland waters, as defined by common law or international law, their ships' stores were entitled to the exemption. However I

2. Dans la négative, l'exclusion est-elle valable?

3. Si l'exclusion n'est pas valable, quelle est la réparation que la Cour peut accorder à l'égard de ce Règlement?

4. Si les appelantes ont été exclues à tort de la portée de l'exemption, peuvent-elles recouvrer la taxe perçue en invoquant l'enrichissement sans cause?

Analyse

1. Le combustible était-il exonéré de la taxe à première vue?

[12] J'en suis arrivé à la conclusion qu'en raison des dispositions des règlements successifs, le combustible ayant servi à bord des navires de la Ferry Corporation n'était pas exonéré de la taxe découlant de la *Loi sur la taxe d'accise*, eu égard aux itinéraires que ceux-ci suivaient.

[13] Compte tenu de la période visée par les litiges, il y aurait lieu de débiter par le *Règlement sur les provisions de bord*, DORS/86-878, qui a été pris en application à la fois de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur les douanes*. (Il est nécessaire de débiter par le Règlement de 1986, parce que les appelantes soutiennent que peu importe son sens, ce Règlement n'a pas été modifié valablement avant 1993 et s'appliquait peut-être au cours d'une partie de la période fiscale en question.) Selon le Règlement de 1986, les «provisions de bord» (c'est-à-dire les marchandises exonérées de la taxe en vertu des lois susmentionnées) comprenaient le combustible d'un «navire d'eaux internes». Dans le même Règlement, l'expression «navire d'eaux internes» est définie comme suit:

2. [. . .]

[. . .] un navire faisant le commerce entre les ports en eaux internes du Canada [. . .]

Le Règlement en question ne renfermait aucune définition spéciale de l'expression «eaux internes» ou «eaux internes du Canada». De l'avis des appelantes, étant donné que les itinéraires des traversiers se trouvaient à l'intérieur des eaux internes du Canada, selon la définition donnée à cette expression par la

accept the respondent's contention that there was an operative definition which excluded these ferries. As noted, the Regulations were made under authority conferred by the *Customs Act* and the *Excise Tax Act*. Section 16 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 provides:

16. Where an enactment confers power to make regulations, expressions used in the regulations have the same respective meanings as in the enactment conferring the power.

Thus the words used in the 1986 Regulations would be deemed to have the same meaning as in the *Customs Act*, one of the Acts under which they were made. In section 2 of that Act the words "inland waters" were defined as follows:

2. (1) . . .

"inland waters" means all the rivers, lakes and other fresh waters in Canada and includes the St. Lawrence River as far seaward as the straight lines drawn

(a) from Cap-des-Rosiers to the westernmost point of Anticosti Island, and

(b) from Anticosti Island to the north shore of the St. Lawrence River along the meridian of longitude sixty-three degrees west;

I believe that for *Customs Act* purposes then, the Regulations, when they refer to "inland waters" of Canada, must be referring to the "inland waters" as defined in the *Customs Act*, which are obviously the "inland waters of Canada". Even though the Regulations were also made under the *Excise Tax Act* which contained no such definition of "inland waters", subsection 15(2) of the *Interpretation Act* provides as follows:

15. . . .

(2) Where an enactment contains an interpretation section or provision, it shall be read and construed

. . .

(b) as being applicable to all other enactments relating to the same subject-matter unless a contrary intention appears.

common law ou le droit international, l'exemption s'appliquait à leurs provisions de bord. Toutefois, l'intimée a invoqué l'existence d'une définition valable par laquelle ces traversiers étaient exclus et je souscris à cet argument. Tel qu'il est mentionné plus haut, le Règlement a été pris en application de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur la taxe d'accise*. Voici le libellé de l'article 16 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21:

16. Les termes figurant dans les règlements d'application d'un texte ont le même sens que dans celui-ci.

Ainsi, les mots figurant dans le Règlement de 1986 seraient réputés avoir le sens qui leur est donné dans la *Loi sur les douanes*, l'une des deux lois habilitantes. À l'article 2 de cette Loi, les mots «eaux internes» ont été définis comme suit:

2. (1) [. . .]

«eaux internes» L'ensemble des fleuves, rivières, lacs et autres plans d'eau douce du Canada, y compris la partie du Saint-Laurent délimitée, vers la mer, par les lignes droites joignant:

a) Cap-des-Rosiers à la pointe extrême ouest de l'île d'Anticosti;

b) l'île d'Anticosti à la rive nord du Saint-Laurent suivant le méridien de soixante-trois degrés de longitude ouest.

Par conséquent, pour l'application de la *Loi sur les douanes*, j'estime que les «eaux internes» dont il est fait mention dans le Règlement correspondent aux «eaux internes» selon la définition énoncée dans la *Loi sur les douanes*, soit, bien entendu, les «eaux internes du Canada». Même si le Règlement était également pris en application de la *Loi sur la taxe d'accise*, qui ne renfermait aucune définition similaire de l'expression «eaux internes», le paragraphe 15(2) de la *Loi d'interprétation* prévoit ce qui suit:

15. [. . .]

(2) Les dispositions définitives ou interprétatives d'un texte:

[. . .]

b) s'appliquent, sauf indication contraire, aux autres textes portant sur un domaine identique.

Obviously the common subject-matter here was ships' stores dealt with in both the *Excise Tax Act* and the *Customs Act* and the definition of "inland waters" in the *Customs Act*, which would be determinative of the meaning of those words in the *Ships Stores Regulations* made under that Act, would equally be determinative of the same words used in the same regulations for *Excise Tax Act* purposes.

[14] It is apparent from that definition of "inland waters" that, while those Regulations were in place, vessels travelling in salt water within Canada (with the possible exception of the lower St. Lawrence River for some distance above Anticosti Island) or not on a river or lake, would not be exempted from diesel fuel tax under the *Excise Tax Act*.

[15] These Regulations were, however, purportedly amended in 1988 (SOR/88-425). While fuel used on a "inland waters ship" continued to be considered as ships' stores, the definition of "inland waters ship" was changed, being defined as:

2. . . .

. . . a ship engaged in trade on an inland voyage, as defined in section 2 of the *Canada Shipping Act*;

The concept of "inland voyage" added a new and convoluted complexity to the definition of "ships stores" as the *Canada Shipping Act* [R.S.C., 1985, c. S-9] defines an "inland voyage" as

2. . . .

. . . a voyage, not being a minor waters voyage, on the inland waters of Canada together with such part of any lake or river forming part of the inland waters of Canada as lies within the United States or on Lake Michigan; [Emphasis added.]

The first impression is that of a broad exemption for ships engaged on voyages within Canada, with a small

De toute évidence, le domaine identique en l'espèce était les provisions de bord, au sujet desquelles la *Loi sur la taxe d'accise* et la *Loi sur les douanes* comportent des dispositions, ainsi que la définition de l'expression «eaux internes» de la *Loi sur les douanes*, laquelle déterminerait le sens de ces mots dans le *Règlement sur les provisions de bord* tant aux fins de cette Loi qu'aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*.

[14] Cette définition de l'expression «eaux internes» indique que, lorsque ce Règlement était en vigueur, les navires voyageant en eaux salées à l'intérieur du Canada (sauf peut-être dans les eaux du St-Laurent sur une certaine distance à partir de l'île d'Anticosti), ou sur un cours d'eau autre qu'une rivière, un fleuve ou un lac, n'étaient pas exonérés de la taxe sur le combustible diesel découlant de la *Loi sur la taxe d'accise*.

[15] Toutefois, ce Règlement a été modifié en 1988 (DORS/88-425). Même si le combustible utilisé à bord d'un «navire d'eaux internes» a continué à être considéré comme une provision de bord, la définition de «navire d'eaux internes» a été modifiée comme suit:

2. [. . .]

[. . .] Navire faisant le commerce pendant un voyage en eaux intérieures au sens de l'article 2 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

Le concept du «voyage en eaux intérieures» a ajouté une dimension nouvelle et alambiquée à la définition des «provisions de bord», étant donné que le «voyage en eaux internes» est défini comme suit dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* [L.R.C. (1985), ch. S-9]:

2. [. . .]

[. . .] À l'exclusion d'un voyage en eaux secondaires, voyage effectué dans les eaux internes du Canada et dans toute partie d'un lac, d'un fleuve ou d'une rivière faisant corps avec les eaux internes du Canada située dans les États-Unis, ou effectué sur le lac Michigan. [C'est moi qui souligne].

À première vue, cette définition donne à penser qu'il existe une exemption générale à l'égard des navires

exception for a “minor waters voyage”. Thus “inland waters of Canada” are defined as:

2. . . .

“inland waters of Canada” means all the rivers, lakes and other navigable fresh waters within Canada, and includes the St. Lawrence River as far seaward as a straight line drawn

(a) from Cap des Rosiers to West Point Anticosti Island, and

(b) from Anticosti Island to the north shore of the St. Lawrence River along the meridian of longitude sixty-three degrees west;

However from this generality there is subtracted voyages on the “minor waters of Canada” which is, surprisingly, a large concept indeed, being defined as:

2. . . .

“minor waters of Canada” means all inland waters of Canada other than Lakes Ontario, Erie, Huron, including Georgian Bay, and Superior and the St. Lawrence River east of a line drawn from Father Point to Point Orient, and includes all bays, inlets and harbours of or on those lakes and Georgian Bay and such sheltered waters on the sea-coasts of Canada as the Minister may specify; [Emphasis added.]

In other words, most of Canada’s internal waters are deemed to be “minor” and voyages thereon are not exempt. The only major waters, it seems, are those portions of the four Great Lakes which lie partly within Ontario, together with the lower St. Lawrence River in the area of Matane, Cap-des-Rosiers, Sept-Îles and Baie Comeau, in the Province of Quebec, where voyages were made exempt from taxation.

[16] Again I think it is clear that the Regulations, with their incorporated statutory definitions, clearly excluded from tax exemption as “ships stores” the fuel consumed by the Ferry Corporation on the routes it

effectuant des voyages à l’intérieur du Canada, à l’exclusion uniquement des «voyages en eaux secondaires». Ainsi, l’expression «eaux internes du Canada» est définie comme suit:

2. [. . .]

«eaux internes du Canada» La totalité des fleuves, rivières, lacs et autres eaux douces navigables, à l’intérieur du Canada, y compris le fleuve Saint-Laurent aussi loin vers la mer qu’une ligne droite tirée:

a) de Cap-des-Rosiers à la Pointe occidentale de l’île d’Anticosti;

b) de l’île d’Anticosti à la rive nord du fleuve Saint-Laurent le long du méridien de longitude soixante-trois degrés ouest.

Cependant, à cette définition générale sont retranchés les voyages effectués dans les «eaux secondaires du Canada», laquelle expression correspond, curieusement, à un concept large:

2. [. . .]

«eaux secondaires du Canada» Toutes les eaux internes du Canada, autres que celles des lacs Ontario, Érié, Huron—y compris la baie Georgienne—et Supérieur, et celles du fleuve Saint-Laurent à l’est d’une ligne tirée de Pointe-au-Père à Pointe-Orient. Sont inclus dans la présente définition toutes les baies et anses et tous les havres desdits lacs et de la baie Géorgienne, de même que les eaux abritées du littoral du Canada que peut spécifier le ministre. [C’est moi qui souligne.]

En d’autres termes, la plupart des eaux internes du Canada sont considérées comme des eaux «secondaires» et les voyages qui y sont effectués ne sont pas exonérés de la taxe. Apparemment, les seuls cours d’eau principaux du Canada sont les parties des quatre Grands Lacs qui se trouvent partiellement en Ontario ainsi que la partie du fleuve St-Laurent située dans la région de Matane, Cap-des-Rosiers, Sept-Îles et Baie Comeau (Québec); les voyages effectués à ces endroits étaient exonérés de la taxe.

[16] Encore une fois, il m’apparaît évident qu’en raison des définitions législatives qui y étaient intégrées, le Règlement excluait de l’exemption fiscale au titre des «provisions de bord» le combustible que la

travelled. Just as with the 1986 Regulations, those routes are not on fresh water nor on any lake or river, hence they are not on “inland waters of Canada” as defined by the *Canada Shipping Act*.

[17] The appellants argue that the 1988 Regulations were invalid because they were not published for comment prior to them being adopted, as the *Customs Act* required with respect to regulations made under it. However, the *Excise Tax Act* had no such requirement and, whatever the effect of a failure to prepublish may be, I cannot see how it would affect the validity of the Regulations for the purposes of the *Excise Tax Act* which, the parties agree, is the Act relevant to the taxation in question here. Further, I do not think that it makes much difference to the case of the appellants in this respect, because if the 1988 Regulations did not validly amend the 1986 Regulations, they were already equally excluded from the exemption under the 1986 Regulations for the reasons I have given.

[18] It remains only to note that in 1993 amendments identical to the 1988 amendments were adopted, (SOR/93-153) apparently in response to doubts expressed as to the validity of the 1988 Regulations. In this case there was prior publication and, assuming they are not intrinsically flawed because of their content, it is not disputed that they are valid as to form. While counsel for the appellants drew our attention to various statements by officials as to the reasons for the adoption of the 1993 Regulations, and asked us to interpret them in the light of these extrinsic aids, their meaning is quite clear from the language of the Regulations. It would be inappropriate to substitute for that clear language the stated intentions of officials which are not, in any event, very clear.

Ferry Corporation utilisait lors des itinéraires qu'elle parcourait. Comme c'était le cas des itinéraires visés par le Règlement de 1986, les itinéraires en question ne se trouvent pas en eaux douces ou encore sur un lac, une rivière ou un fleuve et les voyages ne sont donc pas effectués dans les «eaux internes du Canada» au sens de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

[17] Les appelantes soutiennent que le Règlement de 1988 était nul, parce qu'il n'a pas fait l'objet d'une publication par anticipation comme l'exigeait la *Loi sur les douanes* dans le cas des règlements pris en application de celle-ci. Toutefois, aucune exigence de cette nature n'était énoncée dans la *Loi sur la taxe d'accise* et, indépendamment des conséquences pouvant découler de l'omission de publier un règlement par anticipation, je ne puis voir en quoi cette omission toucherait la validité du Règlement aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise* qui, les parties l'ont reconnu, est la loi applicable à la taxe en question en l'espèce. De plus, je ne crois pas que cette omission ait une importance majeure pour la cause des appelantes à cet égard car, si le Règlement de 1988 n'a pas eu pour effet de modifier valablement celui de 1986, celles-ci étaient déjà également exclues de la portée de l'exemption prévue au Règlement de 1986 pour les motifs que j'ai exposés ci-dessus.

[18] Il convient uniquement de souligner qu'en 1993, des modifications identiques à celles de 1988 ont été adoptées (DORS/93-153), apparemment en réponse aux doutes exprimés au sujet de la validité du Règlement de 1988. Ce Règlement a été publié par anticipation et, dans la mesure où il n'est pas foncièrement invalide en raison de son contenu, sa validité au plan de la forme n'est pas contestée. Même si l'avocat des appelantes a attiré notre attention sur différentes déclarations que les fonctionnaires ont formulées au sujet des raisons qui expliquaient l'adoption du Règlement de 1993 et nous a demandé d'interpréter celui-ci à la lumière de ces éléments extrinsèques, le libellé du Règlement en indique clairement le sens. Il ne conviendrait pas de substituer à ce langage clair les intentions déclarées de fonctionnaires qui, en tout état de cause, ne sont pas très claires.

2. If this fuel is not exempted by the Regulations, are they invalid as *ultra vires* the Governor in Council?

[19] Counsel for the appellants attacked the intrinsic validity of the Regulations because they discriminate between operators of vessels on peripheral waters of Canada in favour of vessels engaged on the waters of central Canada. In support of this contention he said that prior to the adoption of the 1993 Regulations, ship operators such as the Ferry Corporation were not consulted. It was suggested that only central Canadian shippers were consulted. While this may be the case, it does not of itself affect the legal validity of the Regulations.

[20] While he put his case in part on the basis that the Regulations are “discriminatory” on a geographical basis and are therefore invalid, the authorities he relied on to attack delegated legislation as “discriminatory” were mainly drawn from municipal law. It appears to me that his argument is essentially that the Regulations were not authorized by the relevant legislation and thus were *ultra vires* the Governor in Council. While accepting that it would be open to Parliament to impose such taxation in a discriminatory way on one part of the country as opposed to the other (barring any constitutional limitations such as in section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]) and that Parliament could authorize the Governor in Council similarly to discriminate, the appellants argue that Parliament has not done so in this case.

[21] There is certainly precedent for the courts examining an Order in Council or other delegated legislation made under the authority of a statute, to see whether it conforms with the purposes of the statute and the scope of the authority given by Parliament for the making of the delegated legislation. (See e.g. *Alaska Trainship Corporation et al. v. Pacific Pilotage Authority*, [1981] 1 S.C.R. 261; *Canada v. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 F.C. 899 (C.A.); and *Thorne’s Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106.)

2. Si le Règlement n’a pas pour effet d’exonérer le combustible de la taxe, est-il nul au motif qu’il outrepassa la compétence du gouverneur en conseil?

[19] L’avocat des appelantes a contesté la validité intrinsèque du Règlement au motif qu’il établit une discrimination entre les navires voyageant dans les eaux périphériques du Canada au profit de ceux qui voyagent dans les eaux du centre du pays. Au soutien de cet argument, il a dit qu’avant l’adoption du Règlement de 1993, les exploitants de navires comme la Ferry Corporation n’ont pas été consultés. Seuls les expéditeurs canadiens du centre l’auraient été. Même si c’était peut-être le cas, ce fait en soi ne touche pas la validité juridique du Règlement.

[20] Bien que l’avocat ait fondé une partie de ses arguments sur le caractère discriminatoire du Règlement au plan géographique, les décisions qu’il a invoquées pour contester la législation déléguée «discriminatoire» étaient tirées principalement du droit municipal. À mon avis, ce que l’avocat cherche à faire valoir essentiellement, c’est que le Règlement n’a pas été autorisé par le texte de loi pertinent et outrepassait donc la compétence du gouverneur en conseil. Tout en reconnaissant qu’il serait loisible au Parlement d’imposer cette taxe de manière discriminatoire dans une partie du pays plutôt que dans une autre (sous réserve des restrictions constitutionnelles comme l’article 15 de la *Charte canadienne des lois 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]) et d’autoriser le gouverneur en conseil à en faire autant, les appelantes soutiennent que le Parlement ne l’a pas fait en l’espèce.

[21] Il existe indéniablement des précédents permettant aux tribunaux d’examiner un décret ou une autre législation déléguée pris en application d’une loi pour savoir s’il est conforme à l’objet de celle-ci et à la portée du pouvoir que le Parlement a accordé pour l’adoption du texte en question. (Voir, p. ex., *Alaska Trainship Corporation et autre c. Administration de pilotage du Pacifique*, [1981] 1 R.C.S. 261; *Canada c. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 C.F. 899 (C.A.); et *Thorne’s Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106.)

[22] One must therefore examine the authority granted by Parliament to the Governor in Council for the making of the *Ships Stores Regulations*. That authority, as quoted above, is, for excise tax purposes, found in subsection 59(3.2) of that Act which, for convenience I will quote again.

59. . . .

(3.2) The Governor in Council may make regulations designating, for the purposes of sections 23, 68.17 and 70, certain classes of goods as ships' stores for use on board a conveyance within such class of conveyances as may be prescribed in the regulations and limiting the quantity of such goods that may be so used. . . .

I accept that we should try to ascertain a purpose in this regulation-making power which could be determinative of the validity of the Regulations. For example in *Alaska Trainship Corporation, supra*, at page 268, the governing Act stated that the purpose of a Pilotage Authority was to "administer in the interests of safety". The Supreme Court held that Parliament intended, in granting the Pilotage Authority power to make regulations, to thereby advance the safety of shipping. The Authority adopted a regulation which required the use of pilots on all larger vessels except for ships registered in Canada. The Court concluded that this was not referable to safety but had probably been adopted for protectionist economic reasons and was therefore invalid.

[23] We do not have a similar purpose clause in the *Excise Tax Act* to assist us and we must instead try to determine what Parliament meant by giving the Governor in Council power to designate classes of goods as ships' stores "for use on board a conveyance within such class of conveyances as may be prescribed in the regulations" [underlining added]. The appellants argue that while conveyances using "ships stores" may be classified by physical features which distinguish them, or perhaps by other inherent characteristics, they cannot be classified for purposes of the Act in terms of the geographic area which they traverse. To do this is to discriminate fiscally between one part of the country and another.

[22] Il est donc nécessaire d'examiner le pouvoir que le Parlement a accordé au gouverneur en conseil aux fins de l'adoption du *Règlement sur les provisions de bord*. Tel que je l'indique précédemment, ce pouvoir est énoncé, dans le cas de la taxe d'accise, au paragraphe 59(3.2) de cette Loi, que je cite à nouveau par souci de commodité:

59. [. . .]

(3.2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, désigner, pour l'application des articles 68.17 et 70, certaines catégories de marchandises comme des approvisionnements de navires devant servir à bord d'un moyen de transport d'une catégorie désignée par règlement et limiter la quantité des marchandises [. . .]

Je reconnais que nous devrions tenter de déterminer l'objet de ce pouvoir de réglementation, car cet objet pourrait être déterminant pour la validité du Règlement. Ainsi, dans l'affaire *Alaska Trainship Corporation*, précitée, à la page 268, la loi habilitante énonçait qu'une administration de pilotage avait pour objet de «gérer, pour la sécurité de la navigation». La Cour suprême a statué qu'en accordant à l'Administration de pilotage le pouvoir de prendre des règlements, le Parlement voulait de ce fait promouvoir la sécurité de la navigation. L'Administration a adopté un règlement qui exigeait l'emploi de pilotes à bord des grands navires, sauf dans le cas des navires immatriculés au Canada. La Cour a conclu que cette exigence ne concernait pas la sécurité, mais qu'elle était probablement liée à un protectionnisme économique, et n'était donc pas valable.

[23] La *Loi sur la taxe d'accise* ne renferme aucune disposition de déclaration d'objet similaire qui pourrait nous aider, et nous devons plutôt chercher à savoir ce que le Parlement a voulu faire en accordant au gouverneur en conseil le pouvoir de désigner des catégories de marchandises à titre d'approvisionnements de navires «devant servir à bord d'un moyen de transport d'une catégorie désignée par règlement» [soulignement ajouté]. Les appelantes soutiennent que, même s'il est possible de classer les moyens de transport utilisant des «provisions de bord» d'après les caractéristiques matérielles qui les distinguent ou peut-être d'après d'autres caractéristiques intrinsèques, ils ne peuvent être classés pour l'application de la Loi en fonction de

[24] There is nothing in the language of the section authorizing the designation of ships' stores to suggest that Parliament intended the Governor in Council to be able to distinguish between ships which happen to travel in one part of the country compared to those which travel in another. Nor am I persuaded that there is any such underlying rationale implicit in the section. The only rationale for the Regulations offered by counsel for the respondent was based on a comment made by the Minister of Customs and Excise in Parliament in 1926, who explained that the exemption for ships' stores was intended "to encourage vessels to fit out in Canadian ports". Counsel suggested that this meant that where ships had an alternative to fitting out in Canadian ports (e.g. taking on supplies of fuel in another country) then the intention was to create a tax exemption on fuel they purchased in Canada to induce them to buy their fuel here rather than in a foreign port. Nowhere is this indicated in the Act itself, whose main purpose appears to be the raising of revenue. Assuming, however, as the respondents have invited us to do, that the rationale is based on economic protectionism through taxation, a concept not unfamiliar in taxation statutes, the regulations still do not appear to conform to that rationale.

[25] The 1986 Regulations, as has been seen, exempted all ships travelling on fresh water bodies, as well as on the St. Lawrence River down to a line drawn from Cap-des-Rosiers to Anticosti Island thence to the north shore (obviously embracing some salt water). It did not exempt ships travelling in any other of the internal waters of Canada being salt water. I am unable to understand how this distinction furthers the purpose of encouraging vessels "to fit out in Canadian ports". Why should vessels plying the waters of Georgian Bay, for example, have an exemption when they have no obvious opportunity to "fit out" in any

la région géographique qu'ils parcourent. Ce genre de distinction constitue une discrimination fiscale entre une partie du pays et une autre.

[24] Aucun élément de la disposition autorisant la désignation des provisions de bord n'indique que le Parlement voulait permettre au gouverneur en conseil de faire une distinction entre les navires qui voyagent dans une partie du pays et ceux qui voyagent dans une autre. Je ne suis pas convaincu non plus que la disposition repose implicitement sur ce genre de justification. Le seul fondement du Règlement que l'avocat de l'intimée a proposé est un commentaire que le ministre des Douanes et de l'Accise a formulé en 1926, lorsqu'il a expliqué que l'exemption au titre des provisions de bord avait pour but [TRADUCTION] «d'encourager les navires à s'approvisionner dans les ports canadiens». Selon l'avocat, cela signifie que, dans les cas où les exploitants de navires avaient la possibilité de s'approvisionner ailleurs que dans les ports canadiens (p. ex., s'ils avaient la possibilité de s'approvisionner en combustible dans un autre pays), l'intention était de créer une exemption fiscale à l'égard du combustible qu'ils achetaient au Canada afin de les inciter à faire cet achat ici plutôt que dans un port étranger. Cette intention n'est nullement indiquée dans la Loi elle-même, dont le principal objet semble être la collecte de revenus. Toutefois, même si nous acceptons la proposition de l'intimée selon laquelle le Règlement repose sur une forme de protectionnisme économique appliqué au moment de la taxation, concept qui n'est pas nouveau dans les lois fiscales, le texte du Règlement ne semble pas traduire cette justification.

[25] Comme on l'a vu, le Règlement de 1986 avait pour effet d'exempter tous les navires voyageant en eaux douces ainsi que ceux voyageant dans la partie du fleuve St-Laurent délimitée par une ligne joignant Cap-des-Rosiers à l'île d'Anticosti et l'île d'Anticosti à la rive nord du fleuve (ce qui couvre évidemment des eaux salées). Le Règlement n'exonérait pas les navires voyageant dans les autres eaux internes du Canada qui sont des eaux salées. Je ne puis comprendre en quoi cette distinction vise à encourager les navires à «s'approvisionner dans les ports canadiens». Pourquoi les exploitants de navires qui voyagent dans

foreign port? Or why should ferries travelling in the Strait of Georgia, being part of British Columbia (see *Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas*, [1984] 1 S.C.R. 388) not be exempted, when in fact it would be possible for them to load fuel at a U.S. source adjacent to British Columbia? A ship plying the waters of Lake Ontario which might make a diversion to fuel in the United States would be exempted, but a B.C. ferry based at Tsawwassen, within three kilometres of U.S. territory, would not get an exemption designed to encourage it to buy its fuel in Canada. A voyage from Sarnia to Toronto would involve a ship engaged in trade on the “inland waters” of Canada as defined in the *Customs Act* for the purposes of the 1986 Regulations (and its fuel would be exempt), but a vessel travelling from Tsawwassen to Sidney on Vancouver Island would not be on a voyage on “inland waters” as so defined and its fuel would not be exempt. Or compare the situation under the 1986 Regulations of the B.C. ferry to that of a vessel travelling from Montréal to Québec. Unlike the B.C. ferry, the Quebec vessel travelling between Montréal and Québec would have had no possibility of fuelling in the United States but it would have been exempt from tax.

[26] I therefore conclude that the 1986 Regulations cannot be seen as serving the only rationale offered for them, namely the encouragement of purchasing ships’ supplies in Canada.

[27] The 1988 Regulations demonstrate even less relationship to the alleged rationale of protecting Canadian suppliers over foreign suppliers. It will be recalled that by the 1988 Regulations, re-enacted in 1993, no ships travelling on internal waters of Canada,

les eaux de la baie Georgienne, par exemple, bénéficieraient-ils d’une exemption alors qu’ils n’ont aucune possibilité évidente de s’approvisionner dans un port étranger? Pourquoi les traversiers qui voyagent dans le détroit de Géorgie, qui se trouve en Colombie-Britannique (voir *Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes*, [1984] 1 R.C.S. 388), ne seraient-ils pas exonérés alors qu’il serait possible pour eux de s’approvisionner en combustible auprès d’une source américaine située à proximité de cette province? L’exploitant d’un navire qui opère dans les eaux du Lac Ontario et qui pourrait faire un détour aux États-Unis pour s’approvisionner en combustible serait exonéré, mais celui d’un traversier de la Colombie-Britannique basé à Tsawwassen, à moins de trois kilomètres du territoire américain, ne bénéficierait d’aucune exemption visant à l’encourager à acheter son combustible au Canada. L’exploitant d’un navire voyageant de Sarnia à Toronto opérerait dans les «eaux internes» du Canada au sens de la *Loi sur les douanes* pour l’application du Règlement de 1986 (et son combustible serait exonéré de la taxe), mais celui d’un navire allant de Tsawwassen à Sidney, située à l’île de Vancouver, n’effectuerait pas un voyage dans des «eaux internes» ainsi définies et ne pourrait invoquer l’exemption à l’égard de son combustible. Comparons également la situation du traversier de la Colombie-Britannique à celle d’un navire voyageant de Montréal à Québec, en ce qui a trait à l’application du Règlement de 1986. Contrairement au traversier de la Colombie-Britannique, le navire de Québec voyageant entre Montréal et Québec n’aurait aucune possibilité de s’approvisionner en combustible aux États-Unis, mais il bénéficierait d’une exemption de la taxe.

[26] J’en arrive donc à la conclusion qu’on ne peut pas interpréter le Règlement de 1986 comme ayant pour seul objet celui que les appelantes ont proposé, soit encourager les navires à s’approvisionner au Canada.

[27] Le Règlement de 1988 indique un lien encore plus ténu avec la justification invoquée, c’est-à-dire la nécessité de protéger les fournisseurs canadiens des fournisseurs étrangers. Il convient de rappeler que, selon le Règlement de 1988, réédité en 1993, aucun

whether fresh or salt, are exempted from the tax except those travelling on Lakes Ontario, Erie, Huron (including Georgian Bay) and Superior, together with the lower St. Lawrence River between a line drawn from Father Point to Point Orient and a line drawn from Cap-des-Rosiers to West Point Anticosti Island and onward to the north shore, as well as on any "sheltered waters on the sea-coast of Canada" as the Minister may specify. (The Court was not advised as to what waters, if any, had been so specified, but it was common ground that none relevant to the appellants had been specified.) Again there are many anomalies which belie the rationale advanced for these Regulations. One must wonder, for example, why voyages on Georgian Bay are exempt but those on Lake Winnipeg or Great Slave Lake are not? If possible access to U.S. fuelling is the criterion for granting an exemption, why are Great Lakes vessels exempted while those travelling on the St. Lawrence River where one bank is U.S. territory are not? Why should a voyage from Hamilton to Niagara on the Lake be exempt, but a voyage from Québec to Tadoussac would not? Why are vessels traversing coastal inland waters of Canada near to the United States, where there might be an opportunity for refuelling in the U.S., not exempted while those travelling on Lake Ontario are exempted? Why should a ferry trip from Toronto to Toronto Island be exempt, but one from Vancouver to Vancouver Island should not? Why is the area of the lower St. Lawrence between Father Point and Cap-des-Rosiers, in the area of Matane, Sept-Îles and Baie Comeau, exempted where there are no alternatives to refuelling in Canada? What logic informed these choices made in 1988?

[28] If we accept that the rationale for Parliament authorizing the making of such regulations was to support some form of protectionism for Canadian

navire voyageant dans les eaux internes du Canada, qu'il s'agisse d'eaux douces ou salées, n'est exonéré de la taxe, sauf ceux qui voyagent dans les eaux des lacs Ontario, Érié, Huron (y compris baie Géorgienne) et Supérieur, dans la partie du St-Laurent délimitée par une ligne joignant Pointe-au-Père à Pointe Orient et par une ligne joignant Cap-des-Rosiers à la Pointe occidentale de l'île d'Anticosti, puis l'île d'Anticosti à la rive nord, de même que dans les «eaux abritées du littoral du Canada» que désigne le ministre. (La Cour n'a pas été informée des eaux, le cas échéant, qui auraient été ainsi désignées, mais il a été admis de part et d'autre qu'aucun cours d'eau pertinent quant à la cause des appelantes n'avait été désigné.) Encore là, de nombreuses anomalies vont à l'encontre de la justification invoquée au sujet de ce Règlement. Ainsi, il faut se demander pourquoi une exonération s'applique aux voyages à la baie Géorgienne, mais non aux itinéraires couvrant les eaux du lac Winnipeg ou du Grand lac des Esclaves. Si l'accès possible à un fournisseur de combustible américain est le critère de l'octroi d'une exemption, pourquoi les navires voyageant dans les eaux des Grands Lacs sont-ils exonérés alors que ceux qui voyagent sur le fleuve St-Laurent, dont une rive se trouve en territoire américain, ne le sont pas? Pourquoi une exemption pourrait-elle être invoquée dans le cas d'un voyage de Hamilton à Niagara-on-the-Lake, mais non dans le cas d'un voyage de Québec à Tadoussac? Pourquoi les navires qui voyagent dans les eaux internes côtières du Canada près des États-Unis, où ils pourraient s'approvisionner en combustible, ne sont-ils pas exonérés, alors que ceux qui voyagent sur le Lac Ontario le sont? Pourquoi un traversier naviguant de Toronto à l'île de Toronto serait-il exonéré, mais non un traversier naviguant de Vancouver à l'île de Vancouver? Pourquoi la partie du St-Laurent située entre Pointe-au-Père et Cap-des-Rosiers, dans la région de Matane, de Sept-Îles et de Baie Comeau, est-elle exonérée, alors qu'il n'y a aucune possibilité de s'approvisionner en combustible auprès d'une source autre qu'une source canadienne? Quelle est la logique qui sous-tend les choix ainsi faits en 1988?

[28] Si nous reconnaissons comme justification de l'autorisation de prendre un tel règlement l'intention du Parlement d'appuyer une forme de protectionnisme

suppliers as opposed to foreign suppliers, then these Regulations are not designed to serve that purpose. At best they appear designed to give a fiscal preference to certain areas of the country compared to certain other areas. I am unable to see how this can be justified under subsection 59(3.2) as making distinctions between “classes of conveyances”. The conveyances in question, ships, are not classified by these Regulations as such. Indeed the same ship, such as vessels using the St. Lawrence seaway, could at various stages in the same voyage be exempted or not exempted from the tax. Thus even if the respondents are wrong in asserting the rationale for the Regulations to be that suggested in a 1926 debate in Parliament, the distinctions made by the Regulations based on the area of voyages taken cannot be supported by the bare language of the section which only allows the Governor in Council to designate certain “classes of goods . . . for use on board a conveyance within such class of conveyances as may be prescribed”.

[29] For these reasons I must conclude that the Regulations in excluding the plaintiffs from an exemption were invalid throughout the period in question.

3. If the Regulations are invalid in whole or in part, what remedy can the Court give in respect of these Regulations?

[30] The problem the Court is faced with is: if the scheme of the designation of “ships’ stores” was unauthorized in that it distinguished between those which are entitled to the exemption and those which are not on a basis unrelated to the purpose of the grant of regulation-making power, what should be the consequence? Should the *Ships’ Stores Regulations* from 1986 onward be considered entirely invalid in respect of their designation of exempted ships so as to deny their benefits to all ship operators? Should the Court revise the Regulations to give the appellants relief, by striking out the invalid parts or by reading in

au profit des fournisseurs canadiens par opposition aux fournisseurs étrangers, le Règlement que nous venons d’examiner ne vise pas à atteindre cet objectif. Au mieux, il semble avoir pour objet d’accorder une préférence fiscale à certaines régions du pays plutôt qu’à d’autres. Je ne puis voir en quoi cette façon de procéder peut être justifiée en vertu du paragraphe 59(3.2), qui permet de faire des distinctions entre des catégories de moyens de transport. Les moyens de transport en question, soit les navires, ne sont pas classés comme tels par ce Règlement. Effectivement, le même navire pourrait, à l’instar des navires qui empruntent la voie maritime du St-Laurent, être exempté de la taxe ou ne pas l’être à différentes étapes du même itinéraire. Par conséquent, même si l’intimée a tort de soutenir que le Règlement est fondé sur la justification proposée au cours d’un débat qui a eu lieu en 1926 devant le Parlement, le texte même de la disposition ne saurait appuyer les distinctions établies par le Règlement en fonction de la région des itinéraires, puisque cette disposition permet simplement au gouverneur en conseil de désigner certaines «catégories de marchandises [. . .] devant servir à bord d’un moyen de transport d’une catégorie désignée par règlement».

[29] Pour les motifs exposés ci-dessus, je dois en arriver à la conclusion qu’en excluant les demanderesse de la portée d’une exemption, le Règlement était nul tout au long de la période en question.

3. Si le Règlement est nul, en tout ou en partie, quelle est la réparation que la Cour peut accorder à l’égard de ce Règlement?

[30] Le problème que la Cour doit tenter de résoudre est le suivant: si le mode de désignation des «provisions de bord» n’était pas autorisé parce qu’il établissait une distinction entre les provisions pouvant bénéficier d’une exemption et les autres en fonction d’un motif qui n’avait rien à voir avec l’objet de l’octroi du pouvoir de réglementation, quelle devrait être la conséquence? Y a-t-il lieu de juger entièrement nul le *Règlement sur les provisions de bord* qui a été appliqué depuis 1986 en ce qui concerne la désignation des navires exonérés de manière à refuser à tous les exploitants de navire les avantages que ce règle-

language that would extend the exemption to them? Should the Regulations be severed so as to preserve their benefits for those previously entitled? Or should the Court simply declare that this is not a valid exercise of the regulation-making power?

[31] Unfortunately counsel have provided the Court with only limited assistance on the matter of remedies. The appellants ask that we strike out all other limitations on the meaning of “inland waters” from association with the definition in section 2 of the *Ships Stores Regulations* that an:

2. . . .

“inland waters ship” means a ship engaged in trade between ports on the inland waters of Canada;

I take it that, on this approach, “inland waters” would remain undefined except under common law or international law, both of which would treat the Strait of Georgia as inland waters and thus give the appellants an exemption. Counsel for the respondents, on the other hand, argues that this would lead to an absurd result where every ship travelling in Canada would be exempted from fuel tax. He contends instead that if the Court finds the present distribution between the exempt and the non-exempt ships to be unauthorized, then the whole of the Regulations should be struck down. As will be seen, neither of these solutions is very satisfactory.

[32] In determining first whether the whole of the Regulations should be struck down because of their invalid effect on the appellants, the Court can, I believe, derive some guidance from the jurisprudence developed by the Supreme Court of Canada in respect of legislative provisions rendered invalid by the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985,

ment prévoyait? La Cour devrait-elle réviser le Règlement en radiant les parties nulles afin d’accorder une réparation aux appelantes ou en adoptant une interprétation large de façon à étendre la portée de l’exemption au profit de celles-ci? Y a-t-il lieu de diviser le Règlement de façon à en préserver les avantages pour ceux qui y avaient précédemment droit? La Cour ne devrait-elle pas simplement déclarer qu’il ne s’agit pas d’un exercice valable du pouvoir de réglementation?

[31] Malheureusement, les avocats ont proposé très peu de solutions à la Cour au sujet des réparations. Les appelantes nous demandent de radier toutes les autres restrictions touchant le sens des mots «eaux internes» et découlant de la définition de l’expression «navire d’eaux internes» à l’article 2 du *Règlement sur les provisions de bord*:

2. [. . .]

«navire d’eaux internes». Navire faisant le commerce pendant un voyage en eaux intérieures au sens de l’article 2 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

Si cette solution était retenue, l’expression «eaux internes» demeurerait non définie, sauf en vertu de la common law ou du droit international, selon lesquels le détroit de Géorgie serait considéré comme une eau interne, de sorte que les appelantes bénéficieraient d’une exemption. Pour sa part, l’avocat de l’intimée fait valoir que cette interprétation donnerait lieu à un résultat absurde, puisque chaque navire voyageant au Canada serait exonéré de la taxe sur le combustible. Il soutient plutôt que, si la Cour estime que la répartition actuelle entre les navires exonérés et les autres n’est pas autorisée, l’ensemble du Règlement devrait être radié. Comme je l’explique plus loin, aucune de ces solutions n’est très satisfaisante.

[32] Pour décider, d’abord, si l’ensemble du Règlement devrait être radié parce qu’il est inopérant à l’endroit des appelantes, la Cour peut, à mon sens, s’inspirer des arrêts que la Cour suprême du Canada a rendus au sujet des dispositions législatives rendues invalides par la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appen-

Appendix II, No. 5]] and by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It has already been recognized by this Court in *Pacific Pilotage Authority v. Alaska Trainship Corp.*, [1980] 2 F.C. 54 (C.A.), at pages 79-82, and by the Supreme Court of Canada on appeal [1981] 1 S.C.R. 261, at pages 277-278 that tests of severability developed in pre-Charter cases involving the constitutional invalidity of portions of statutes could apply to regulations containing provisions not authorized by the enabling statute. There appear to be two main options. Either the Court can sever and annul the impugned portion where it can be determined that that portion was intended by the legislator to be cumulative, not dependent on other provisions, and was “enacted distributively and not with the intention that either all or none should come into force” (statement by Rand J. in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at page 54). Or the Court can refuse to sever where it considers that after finding a certain portion to be invalid:

. . . what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive . . . (Viscount Simon in *Alberta, Attorney General v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518).

In the *Alaska Trainship* case involving regulations made by the Pacific Pilotage Authority under the *Pilotage Act* [S.C. 1970-71-72, c. 52] this Court applied the latter characterization holding the whole of an exempting regulation to be invalid. However Laskin C.J., writing for the Supreme Court on appeal, applied the former characterization, found the impugned portion to be invalid and severable, and allowed the remainder of the regulation to apply. In that case the net effect was for the ship in question to gain an immunity from compulsory pilotage requirements because, by the Court striking out a few words which had excluded the ship from the exemption, the remainder of the section became applicable to it and it would thus enjoy the exemption. It is important to note that the Court’s goal in both sets of reasons was to determine what the intent of the law-maker (there

dice II, n° 5]] et par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l’arrêt *Administration du pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship Corp.*, [1980] 2 C.F. 54 (C.A.), aux pages 79 à 82, la Cour d’appel fédérale et la Cour suprême du Canada en appel [1981] 1 R.C.S. 261, aux pages 277 et 278 ont reconnu que les critères de divisibilité élaborés dans les décisions rendues avant l’adoption de la Charte au sujet de la validité constitutionnelle de certaines parties de lois pourraient s’appliquer aux règlements qui renferment des dispositions non autorisées par la loi habilitante. Deux grandes options semblent exister. D’une part, la Cour peut diviser le Règlement et annuler la partie attaquée lorsqu’il est possible de conclure que le législateur voulait que ces dispositions soient cumulatives, plutôt que de dépendre les unes des autres et qu’elles ont [TRADUCTION] «été édictées de façon distributive et non dans l’intention qu’elles doivent toutes entrer en vigueur sinon aucune ne le sera» (remarques du juge Rand dans l’arrêt *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, à la page 54). D’autre part, la Cour peut refuser de procéder à la division lorsqu’elle estime qu’après avoir jugé une certaine partie invalide:

[TRADUCTION] [. . .] la partie qui reste est si inextricablement liée à celle qui a été déclarée nulle que la première ne peut subsister indépendamment [. . .] (Le vicomte Simon dans *Alberta Attorney General v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), p. 518).

Dans l’affaire *Alaska Trainship*, qui concernait le Règlement que l’Administration du pilotage du Pacifique avait pris en application de la *Loi sur le pilotage* [S.C. 1970-71-72, ch. 52] la Cour d’appel fédérale a appliqué la dernière option et statué que l’ensemble d’un règlement prévoyant une exemption était nul. Cependant, le juge en chef Laskin, qui s’exprimait au nom de la Cour suprême du Canada en appel, a retenu la première option, jugé nulle et dissociable la partie attaquée et autorisé l’application du reste du Règlement. Dans cette affaire, le navire en question a finalement obtenu une immunité à l’égard des exigences liées au pilotage obligatoire car, par suite de la radiation par la Cour de quelques mots qui avaient eu pour effet d’exclure le navire de la portée de l’exemption, le reste de l’article est devenu applicable, de sorte que le navire a été exonéré. Il importe de souli-

the Pilotage Authority) would have been if it had contemplated the possibility that some of the regulations might be invalid.

[33] In the present case I believe that I should apply the “cumulative” approach adopted by Chief Justice Laskin in the *Alaska Trainship* case. While it is always difficult to gauge the intention of the legislator—here the Governor in Council—and to decide whether its members would have adopted the taxation exemptions in respect of ships’ stores of other operators if they had known they could not distinguish in this way between the beneficiaries of their largesse and those denied that largesse, I believe it is reasonable to assume that they would have done so. That is, it appears to me that in both 1986 and 1988 the Governor in Council intended to give the benefits to those they did choose and that such largesse was not dependent on denying those benefits to others. It does not appear to me that the denial of benefits to some and the grant of it to others were “inextricably bound” together. It might be otherwise if for example the vessels were operating in the same area and benefits were given to a selected few to give them a competitive advantage in the same market. That is not the scheme here, where, by definition, ships enjoying the tax exemption and those not enjoying it operate in geographically distinct areas and there seems to be no schematic connection between the fiscal advantages conferred on some and the disadvantages applied to others.

[34] In fact I do not understand any of the statements of claim filed in these cases to seek a declaration of invalidity of all the exemptions as ships’ stores of diesel fuel used on “inland waters ships” except in the context of declaring invalid all purported amendments to the 1986 Regulations. (But those Regulations if never amended would still exempt many of the same ships.) What the statements of claim do appear to call for, *inter alia*, is severance and invalidation of the definitions which exclude the appellants’ ships from treatment as “inland waters ships”.

gner que, tant pour la Cour d’appel fédérale que pour la Cour suprême du Canada, l’objectif était de décider quelle aurait été l’intention du législateur (en l’occurrence, l’Administration du pilotage) s’il avait envisagé la possibilité qu’une partie du Règlement soit nulle.

[33] Dans la présente affaire, j’estime que je devrais appliquer l’interprétation «cumulative» que le juge en chef Laskin a retenue dans l’arrêt *Alaska Trainship*. Même s’il est toujours difficile de jauger l’intention du législateur en l’espèce (le gouverneur en conseil) et de décider si ses membres auraient adopté les exemptions fiscales à l’égard des provisions de bord des autres exploitants s’ils avaient su qu’ils ne pouvaient établir de distinction de cette manière entre les bénéficiaires de cette largesse et les autres, il m’apparaît raisonnable de présumer qu’ils l’auraient fait. En effet, il me semble que, tant en 1986 qu’en 1988, le gouverneur en conseil a voulu accorder les avantages à ceux qu’il avait choisis et que cette largesse ne dépendait pas du refus des avantages en question à d’autres. À mon avis, le refus des avantages à certains et l’octroi desdits avantages à d’autres n’étaient pas inextricablement liés. Il pourrait en être autrement si, par exemple, les navires opéraient dans la même région et qu’on avait accordé les avantages à quelques-uns afin de leur donner un avantage concurrentiel sur le même marché. Ce n’est pas ce qui s’est produit dans la présente affaire où, par définition, les navires qui bénéficient de l’exonération fiscale et ceux qui n’en bénéficient pas voyagent dans des régions géographiques différentes et où il ne semble y avoir aucun lien schématique entre les avantages fiscaux accordés à certains et les inconvénients subis par d’autres.

[34] En fait, je ne comprends aucune des déclarations déposées en l’espèce en vue de faire déclarer nulles l’ensemble des exemptions relatives au combustible diesel des «navires d’eaux internes» à titre de provisions de bord, si ce n’est dans le contexte de faire déclarer nulles toutes les modifications apportées au Règlement de 1986. (Cependant, si ce Règlement n’avait jamais été modifié, il aurait encore pour effet d’exonérer bon nombre de ces mêmes navires.) Ce qui semble être demandé dans les déclarations, c’est la dissociation et l’invalidation des définitions qui excluent les navires des appelantes à titre de «navires d’eaux internes».

[35] While I am for these reasons prepared to declare invalid their exclusion of the appellants on the basis adopted by the *Ships Stores Regulations*, from the potential benefits of those Regulations, the question remains as to whether the Court can rewrite the Regulations so as to grant retroactively a tax exemption to them.

[36] The problem is that basically the appellants are obliged to pay excise tax on their diesel fuel used as “ships stores” by virtue of subsection 23(1) of the *Excise Tax Act*. That obligation remains. To be able to claim an exemption or right of refund or drawback for taxes paid in the past, they must be able to point to some exempting provision in the *Ships Stores Regulations* made under subsection 59(3.2) of that Act applicable to them. If this Court were to do as the appellants request, namely to treat the whole incorporation in the *Ships Stores Regulations* of the *Canada Shipping Act* definitions of “inland voyage” as invalid, this would, if it achieved the appellants’ purpose, equally exempt all vessels engaged on what the common law or international law would regard as an “inland voyage”, that is a voyage on Canada’s inland waters.

[37] We are thus faced with a situation now familiar in Charter litigation in the area of social benefits; namely, that we have a legislative scheme which is “under-inclusive” in conferring its benefits. The criteria for judicial remedies in respect of under-inclusive legislation were analysed at length in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, and these criteria have been applied since. (See e.g. *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.) In my view, with at least one exception, the criteria articulated there should also be applied in this non-constitutional area of *ultra vires* delegated legislation. In both cases the lawmaker has ignored either Charter or statutory limits on its authority in the distinctions it makes between those who are entitled to benefits and those who are not. In both cases if a court finds the denial of benefits to some to be

[35] Même si je suis disposé, pour ces motifs, à déclarer nulle l’exclusion des appelantes en ce qui concerne l’application des avantages pouvant découler du *Règlement sur les provisions de bord*, il reste à savoir si la Cour peut rédiger à nouveau le Règlement de façon à leur accorder rétroactivement une exonération de la taxe.

[36] Le problème réside dans le fait que, fondamentalement, les appelantes sont tenues de payer une taxe d’accise sur le combustible diesel qu’elles utilisent à titre de «provisions de bord» en vertu du paragraphe 23(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*. Cette obligation demeure en vigueur. Pour réclamer une exemption ou encore un remboursement ou un *drawback* à l’égard des taxes payées dans le passé, les appelantes doivent être en mesure de citer une exemption qui serait énoncée dans le *Règlement sur les provisions de bord* pris en application du paragraphe 59(3.2) de la Loi et qui s’applique à elles. Si la Cour obtempérait à la demande des appelantes et qu’elle jugeait nulle l’intégration totale, dans le *Règlement sur les provisions de bord*, des définitions de l’expression «voyage en eaux internes» énoncées à la *Loi sur la marine marchande du Canada*, elle exempterait du coup tous les navires faisant ce qui serait considéré en common law ou en droit international comme un «voyage en eaux internes», c’est-à-dire un voyage dans les eaux intérieures du Canada.

[37] Nous sommes donc aux prises avec une situation désormais familière dans les litiges portant sur la Charte en ce qui concerne les avantages sociaux; en effet, nous avons devant nous un régime législatif qui accorde des avantages «limitatifs». Les critères que les tribunaux doivent appliquer pour accorder des réparations à l’égard des dispositions législatives trop limitatives ont été analysés en profondeur dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, et ces critères sont appliqués depuis (voir p. ex., *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3). À mon avis, sauf dans au moins un cas, les critères formulés dans ces arrêts devraient également s’appliquer dans ce domaine non constitutionnel de la législation déléguée *ultra vires*. Dans les deux affaires, le législateur n’a pas tenu compte des restrictions imposées par la Charte ou par le texte législatif

unauthorized, to give that disadvantaged group an equivalent benefit it must either “read out” (i.e. sever) offending barriers or “read in” certain provisions which will remedy that provision. In *Schachter*, the Supreme Court laid down criteria for reading out or reading in and those criteria were mainly designed to give effect to the presumed will of the lawmaker. It seems to me that similar principles should apply to reading in, in the case of offending regulations. There is however at least one distinction between criteria applied to correct any violation of the Charter and criteria applied to correct unauthorized delegated legislation. In the Charter context, as stated in *Schachter*, there is an extra factor militating in favour of reading in, in order to “protect the purposes of the Charter”. For example, as the Charter dictates equal benefits under the law a court should, in balancing various factors in favour and against reading in, give some weight to the importance of directly bringing about, through judicial remedy, the immediate extension of equal benefits to those wrongfully deprived. In a case of delegated legislation such as the present regulations, however, there is no particular principle of equality mandated by the governing law, the *Excise Tax Act*, nor does the evidence establish that we have a class of needy appellants, isolated from the mainstream and historically disadvantaged.

[38] The criteria which the Supreme Court laid down in *Schachter* for deciding when it is appropriate for a court to revise laws through striking out, or reading in, include: fidelity, as much as possible, to the scheme enacted by the law maker; if reading in or reading out is to be attempted by excising words which exclude the aggrieved group, would this so change the nature of the scheme to be inappropriate; is the group to

applicable en ce qui a trait à son pouvoir d'établir des distinctions entre ceux qui ont droit aux avantages et ceux qui n'y ont pas droit. Il a été conclu dans les deux affaires que si une cour de justice estime que le refus des avantages à certains n'est pas autorisé, pour accorder à ce groupe défavorisé un avantage équivalent, elle doit soit «supprimer» (c.-à-d. dissocier) les dispositions irrégulières, soit interpréter le texte de façon large afin de corriger cette lacune. Dans l'arrêt *Schachter*, la Cour suprême a énoncé les critères à appliquer pour supprimer ou pour interpréter de façon large certains éléments et ces critères visaient principalement à donner effet à l'intention présumée du législateur. Il me semble que des principes similaires devraient s'appliquer à l'interprétation large dans le cas d'un règlement non conforme. Toutefois, il y a au moins une différence entre les critères appliqués pour corriger un manquement à la Charte et ceux qui servent à corriger une législation déléguée non autorisée. Dans le contexte de la Charte, comme la Cour l'a dit dans l'affaire *Schachter*, il y a un autre facteur qui milite en faveur de l'interprétation large, soit la nécessité «d'assurer le respect des objets de la Charte». Ainsi, étant donné que la Charte énonce que chacun a droit aux mêmes bénéfices de la loi, une cour de justice devrait, au moment de pondérer différents facteurs militant en faveur et à l'encontre de l'interprétation large, tenir compte de l'importance d'accorder directement et immédiatement une réparation conférant des avantages égaux à ceux qui en ont été injustement privés. Cependant, dans le cas d'une législation déléguée, comme le présent Règlement, aucun principe d'égalité n'est prescrit de façon explicite dans la loi habilitante, soit la *Loi sur la taxe d'accise*, et la preuve n'indique pas non plus que nous sommes en présence d'une catégorie de personnes indigentes qui sont isolées de l'ensemble de la société et historiquement défavorisées.

[38] Les critères que la Cour suprême a énoncés dans l'arrêt *Schachter* pour décider s'il convient qu'un tribunal révise des lois par la radiation ou par l'interprétation large comprennent: la nécessité d'être aussi fidèle que possible au régime adopté par le législateur; la question de savoir si l'interprétation large ou la dissociation par le retranchement de mots qui excluent le groupe lésé constituerait une modification impor-

which benefits are to be extended larger than the group originally granted those benefits (this is relevant to whether it can be assumed that the legislature could ever have contemplated a scheme including those now sought to be included); and if the exclusion from benefits of a certain class has been of long standing it may more readily be assumed that the lawmaker has deliberately adopted and continued such a policy which should not be lightly overturned by the Court. These factors all assist the Court in determining whether it can, by excision or deemed additions, eliminate the discrimination in a reasonably precise manner while credibly implementing what would have been the intention of the lawmaker had it been aware that the exclusion it adopted would be found invalid.

[39] In the present case I have concluded above that the distinctions which the Governor in Council did make in the *Ships Stores Regulations* could not be justified on the basis of the apparent purpose of the legislation authorizing those Regulations. But I believe it is beyond the role of this Court in effect to devise a valid scheme for exempting “ships stores” through selective excisions or additions to the *Ships Stores Regulations*, or to the statutory definitions of “inland waters” or “inland voyage” or “minor waters of Canada” incorporated by reference in the Regulations. I believe that a meaningful pursuit of the stated purpose of the tax exemption would require an extensive knowledge of the shipping industry. For example, we have no evidence before us as to the relative costs to the treasury of the scheme as it now exists and the scheme which the appellants would have us endorse, namely one of exemption of all vessels travelling in the inland waters of Canada (the definition of “inland waters” apparently being a matter left to common law and international law).

[40] In short, there is no practical way in which the Court can, through selective nullification of the Regulations and their adopted definitions, or by

tante qui changerait la nature de ce régime; la question de savoir si le groupe à ajouter est numériquement plus important que le groupe initial de bénéficiaires (cette question est pertinente quant à celle de savoir s’il est permis de présumer que le législateur a envisagé un régime couvrant les personnes dont l’inclusion est maintenant recherchée); enfin, la nécessité pour la Cour de ne pas annuler à la légère la politique contestée dans les cas où l’exclusion d’une certaine catégorie existe depuis longtemps, ce qui renforce la supposition que le législateur a délibérément adopté et continué à appliquer cette politique. Tous ces facteurs aident la Cour à décider si elle peut, par suppression ou par ajout présumé, éliminer la discrimination d’une manière raisonnablement précise tout en mettant en œuvre d’une façon crédible ce qui aurait été l’intention du législateur si celui-ci avait su que l’exclusion qu’il a adoptée serait déclarée nulle.

[39] Dans la présente affaire, j’ai déjà conclu plus haut que les distinctions que le gouverneur en conseil a établies dans le *Règlement sur les provisions de bord* ne pouvaient être justifiées en raison de l’objet apparent du texte législatif autorisant ce Règlement. Cependant, il n’appartient pas à la Cour d’élaborer à toutes fins utiles un régime valable ayant pour effet d’exonérer de la taxe les provisions de bord par des retraites ou des ajouts sélectifs au *Règlement sur les provisions de bord* ou aux définitions des expressions «eaux internes», «voyage en eaux internes» ou «eaux secondaires du Canada» intégrées par renvoi dans le Règlement. À mon avis, une connaissance approfondie de l’industrie du transport maritime est nécessaire pour réaliser de façon significative l’objet énoncé de l’exemption fiscale. Ainsi, nous n’avons été saisis d’aucune preuve concernant les coûts relatifs du régime actuellement en vigueur pour le trésor et les coûts de celui que les appelantes veulent nous faire adopter, c’est-à-dire un régime exonérant de la taxe tous les navires voyageant dans les eaux intérieures du Canada (la définition de cette expression relevant apparemment de la common law et du droit international).

[40] Bref, il n’y a aucune façon pratique dont la Cour peut, en annulant certaines parties du Règlement et des définitions qui y sont adoptées ou en interpré-

reading in some simple exemptions, design a scheme which we could confidently pronounce as accurately implementing the intention of the *Excise Tax Act* in its conferral of the regulation-making power in subsection 59(3.2), nor which we could hold out as implementing an intention which the Governor in Council would have had, had it known the discrimination against the appellants to be invalid. We therefore cannot give the appellants a retroactive entitlement to claim refunds or drawbacks under the existing *Ships Stores Regulations*. Nor, for reasons which have been given, is it appropriate to strike down the Regulations as of 1986 or 1988, because we are unable to say that the Governor in Council would not have intended to benefit the ship operators who were and are benefited under the Regulations, had it known that it could not validly exclude everybody else from benefits.

[41] In the circumstances, for the same rationale as prevailed in *Schachter*, the best solution would appear to be a delayed declaration of the invalidity of the *Ships Stores Regulations*. This will enable the Governor in Council to devise a scheme which is legally defensible given the terms of its regulation-making authority under the *Excise Tax Act*. It will prevent the indefinite continuation of a discriminatory scheme for which the respondent has provided no rationale explanation supported by the facts of the Canadian shipping industry. As the Governor in Council should be able to take corrective action much more quickly than Parliament I would set the effective date of a declaration of invalidity of the *Ships Stores Regulations* at October 1, 2001.

4. If the Regulations should have been retroactively invalidated could the appellants recover for unjust enrichment?

[42] In case this matter should go farther I would also hold that, even if the *Ships Stores Regulations* were found to be invalid during part or all of the

tant de façon large certaines exemptions simples, concevoir un régime dont il serait possible de dire qu'il met en œuvre avec précision l'esprit de la *Loi sur la taxe d'accise* en ce qui a trait au pouvoir de réglementation accordé au paragraphe 59(3.2) ou qu'il met en œuvre l'intention que le gouverneur en conseil aurait eue s'il avait su que la discrimination visant les appelantes serait invalide. Par conséquent, nous ne pouvons accorder aux appelantes un droit rétroactif qui leur permettrait de réclamer des remboursements ou des *drawbacks* en vertu du *Règlement sur les provisions de bord* existant. Pour les raisons déjà exposées, il ne convient pas non plus de radier le Règlement de 1986 ou celui de 1988, parce qu'il nous est impossible de dire que le gouverneur en conseil n'aurait pas voulu accorder un avantage aux exploitants de navire qui bénéficient ou ont bénéficié des exemptions prévues au Règlement s'il avait su qu'il ne pourrait valablement exclure les autres de la portée des avantages.

[41] Dans les circonstances, pour les motifs adoptés dans l'arrêt *Schachter*, la meilleure solution semblerait résider dans une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité du *Règlement sur les provisions de bord*. Cette solution permettra au gouverneur en conseil de concevoir un régime qui est légalement défendable, compte tenu des modalités du pouvoir de réglementation dont il est investi en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*. Elle empêchera le maintien pour une période indéfinie d'un régime discriminatoire au soutien duquel l'intimée n'a fourni aucune explication rationnelle appuyée sur la situation de l'industrie canadienne du transport maritime. Étant donné que le gouverneur en conseil devrait pouvoir prendre des mesures correctives beaucoup plus rapidement que le Parlement, je fixerais au 1^{er} octobre 2001 la date d'entrée en vigueur de la déclaration d'invalidité du *Règlement sur les provisions de bord*.

4. Si le Règlement devait être invalidé de façon rétroactive, les appelantes pourraient-elles obtenir un remboursement au titre de l'enrichissement sans cause?

[42] Si la présente affaire devait aller plus loin, je statuerais également que, même si le *Règlement sur les provisions de bord* était jugé invalide, que ce soit

period during which the appellants paid the tax on diesel fuel and later sought refunds or drawbacks, they cannot claim recovery of these funds on the basis of restitution through the unjust enrichment of the respondents. Section 71 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 34] of the *Excise Tax Act* provides as follows:

71. Except as provided in this or any other Act of Parliament, no person has a right of action against Her Majesty for the recovery of any moneys paid to Her Majesty that are taken into account by Her Majesty as taxes, penalties, interest or other sums under this Act.

In my view this section is sufficiently comprehensive to preclude any such common law or equitable remedy. It is apparent that the sums involved here were “taken into account by Her Majesty as taxes”. What is at issue is a possible refund of taxes. This is not a case where the taxation would have been constitutionally invalid and where a bar to recovery might be attacked as unconstitutional. It is common ground that Parliament could constitutionally have authorized a geographically-based exclusion from exemption from a tax which is of itself unquestionably valid.

[43] I believe the jurisprudence of this Court supports that position. In *Consumers Glass Co. Ltd. v. Canada* (1989), 107 N.R. 156 (F.C.A.), it was held that where taxes are lawfully collected even if by mistake of law the taxpayer was limited to the remedies, including the limitation periods, provided by the *Customs Act*. There could be no recovery for unjust enrichment because initially there was a legal obligation to pay. By implication the Court held that the statutory scheme for recovery had replaced any common law (or, presumably, equitable) remedies. This case was followed by the Trial Division in *Michelin Tires (Canada) Ltd. v. Canada* (1998), 158 F.T.R. 101 (F.C.T.D.); confirmed on other grounds [2001] F.C.J. No. 707 (C.A.) (QL). Very recently this Court in *Federated Co-operatives Ltd. v. Canada*, [2001] F.C.J. No. 315 (C.A.) (QL), held that a claim for recovery of taxes paid under a mistake is not a

pour l'ensemble ou une partie de la période au cours de laquelle les appelantes ont payé la taxe sur le combustible diesel et cherché plus tard à obtenir des remboursements ou des *drawbacks*, elles ne peuvent réclamer le remboursement de ces montants en invoquant la restitution par suite de l'enrichissement sans cause de l'intimée. L'article 71 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 34] de la *Loi sur la taxe d'accise* est ainsi libellé:

71. Sauf cas prévu à la présente loi ou dans toute autre loi fédérale, nul n'a le droit d'intenter une action contre Sa Majesté pour le recouvrement de sommes payées à Sa Majesté, dont elle a tenu compte à titre de taxes, de pénalités, d'intérêts ou d'autres sommes en vertu de la présente loi.

À mon avis, cette disposition est suffisamment exhaustive pour empêcher l'octroi de toute réparation de cette nature qui est reconnue en common law ou en *equity*. Il est évident que les montants en jeu en l'espèce sont des sommes dont Sa Majesté «a tenu compte à titre de taxes». Ce qui est en litige, c'est un remboursement possible de taxes. Il ne s'agit pas d'un cas où la taxe serait nulle sur le plan constitutionnel et où une interdiction de recouvrement pourrait être contestée au motif qu'elle serait inconstitutionnelle. Il est admis que le Parlement aurait pu, au plan constitutionnel, autoriser une exclusion géographique à l'égard de l'exonération d'une taxe qui, en soi, est indéniablement valable.

[43] Cette position me semble être appuyée par les décisions de la Cour d'appel. Ainsi, dans l'affaire *Consumers Glass Co. Ltd. c. Canada* (1989), 107 N.R. 156 (C.A.F.), il a été décidé que, lorsque des taxes sont légalement perçues, même par suite d'une erreur de droit, les recours du contribuable étaient assujettis aux restrictions énoncées à la *Loi sur les douanes*, notamment en ce qui concerne les délais de prescription. Il ne pourrait y avoir de recouvrement fondé sur l'enrichissement sans cause, parce qu'une obligation légale de payer existait à l'origine. La Cour a statué implicitement que les dispositions législatives concernant le recouvrement avaient remplacé tout recours reconnu en common law (ou, probablement, en *equity*). La Section de première instance a suivi cette décision dans l'affaire *Michelin Tires (Canada) Ltd. c. Canada* (1998), 158 F.T.R. 101 (C.F. 1^{re} inst.); décision confirmée pour d'autres motifs dans [2001]

claim for an equitable remedy such as for restitution for unjust enrichment. The Court expressly declined to decide whether, prior to the amendment of the *Excise Tax Act* in 1985 and in 1986, the provisions restricting the refund of overpaid tax constituted a complete code so as to preclude non-statutory claims for the repayment of taxes paid in error. Nevertheless it applied normal limitation restrictions to such actions. For present purposes, it is significant that the Court in *Federated Co-Operatives Ltd.* did not find in that action, as pleaded, the necessary allegations for equitable relief based on a constructive trust. There is no such pleading in the present case either.

[44] I am reinforced in my conclusion by what Reed J. said in the *Michelin* case where she pointed out that finality in tax matters, after the lapse of a reasonable period for reassessments initiated by either taxpayer or government, is for the benefit of both (at paragraph 12 of that judgment.)

Disposition

[45] The appeals should therefore be allowed in part, with a declaration effective October 1, 2001 that the *Ships Stores Regulations* are invalid because for the reasons herein they are not within the authority granted to the Governor in Council by subsection 59(3.2) of the *Excise Tax Act* to designate “certain classes of goods as ships’ stores for use on board a conveyance within such class of conveyances as may be prescribed in the regulations”. The appellants should be entitled to one set of costs in the four appeals.

LINDEN J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

A.C.F. n° 707 (C.A.) (QL). Très récemment, dans l’arrêt *Federated Co-Operatives Ltd. c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 315 (C.A.) (QL), la Cour a statué qu’une demande de remboursement de taxes payées par erreur n’est pas une demande visant à obtenir une réparation reconnue en *equity* comme la restitution fondée sur l’enrichissement sans cause. La Cour a expressément refusé de décider si, avant la modification de la *Loi sur la taxe d’accise* en 1985 et 1986, les dispositions restreignant le remboursement de la taxe payée en trop constituaient un code complet empêchant la réclamation du remboursement des taxes payées par erreur. Néanmoins, elle a appliqué les restrictions normales à l’égard de ces actions. Pour les besoins du présent litige, il convient de souligner que, dans l’affaire *Federated Co-Operatives Ltd.*, la Cour n’a pas trouvé dans l’action plaidée les allégations nécessaires au soutien d’un recours en *equity* fondé sur une fiducie par interprétation. Il n’y a aucune allégation de cette nature dans la présente affaire non plus.

[44] Je me fonde également sur les commentaires que M^{me} le juge Reed a formulés dans l’affaire *Michelin*, où elle a souligné qu’en matière fiscale, après l’expiration d’un délai raisonnable permettant l’établissement de nouvelles cotisations sur les instances du contribuable ou du gouvernement, il importe de limiter l’incertitude pour les deux parties (paragraphe 12 de cette décision).

Dispositif

[45] En conséquence, les appels doivent être accueillis en partie et le *Règlement sur les provisions de bord* doit être déclaré nul à compter du 1^{er} octobre 2001, au motif qu’il outrepassé le pouvoir dont le gouverneur en conseil est investi en vertu de l’article 59(3.2) de la *Loi sur la taxe d’accise* en ce qui concerne la désignation de «certaines catégories de marchandises comme des approvisionnements de navires devant servir à bord d’un moyen de transport d’une catégorie désignée par règlement». Les appelantes ont donc droit à un mémoire de frais pour les quatre appels.

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

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

T-2407-96
2001 FCT 758

T-2407-96
2001 CFPI 758

George William Harris, on his own behalf, and on behalf of a class of plaintiffs comprised of all individuals and others required to file returns pursuant to section 150 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 as amended, excepting those filers as described in paragraph 2 of this claim (*Plaintiff*)

v.

Her Majesty the Queen and the Minister of National Revenue (*Defendants*)

INDEXED AS: HARRIS v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Heneghan J.—Winnipeg, June 28; Ottawa, July 4, 2001.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Plaintiff seeking declaration advance tax ruling illegal — Crown moving to strike out statement of claim as failing to disclose reasonable cause of action and for lack of standing — Arguments rejected by both Divisions of Federal Court, leave denied by S.C.C. — Crown bringing further motion to strike based on jurisdictional grounds, division of executive, judicial powers — Instant motion brought under r. 221(1)(a) — Plaintiff's statement of claim already challenged by defendants on basis of r. 221(1)(a) — No reasonable cause of action without effective relief — Inferred from previous Court decisions herein relief sought available — Application to strike should not be made in piecemeal fashion — Jurisdictional argument before Federal Court on initial motion to strike — Division of powers issue raised in leave application memorandum of argument — Pleading should not be struck when other party "pleaded over", lengthy delay between delivery of pleading, motion to strike — Motion denied.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

George William Harris, pour son propre compte et pour le compte d'un groupe de demandeurs composé de particuliers et d'autres personnes qui sont tenus de produire des déclarations conformément à l'article 150 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5^e suppl.), ch. 1, dans sa forme modifiée, à l'exception des personnes visées au paragraphe 2 de la demande (*demandeur*)

c.

Sa Majesté la Reine et le ministre du Revenu national (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: HARRIS c. CANADA (I^{re} INST.)

Section de première instance, juge Heneghan—Winnipeg, 28 juin; Ottawa, 4 juillet 2001.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Le demandeur sollicitait un jugement déclaratoire concluant à l'illégalité d'une décision anticipée en matière d'impôt — La Couronne a présenté une requête demandant la radiation de la déclaration au motif que celle-ci ne révélait aucune cause d'action valable et que le demandeur n'avait pas qualité pour intenter l'action — Ces arguments ont été rejetés par les deux sections de la Cour fédérale et une autorisation de pourvoi a été refusée par la C.S.C. — La Couronne a présenté une autre requête en radiation, fondée sur des motifs de compétence et sur le partage des pouvoirs entre l'organe exécutif et l'organe judiciaire — La présente requête est fondée sur la règle 221(1)a — Les défendeurs ont déjà contesté la déclaration du demandeur en se fondant sur la règle 221(1)a — Il ne peut y avoir une cause d'action valable en l'absence de réparation efficace — Le juge a déduit des décisions antérieures de la Cour en l'espèce que la réparation demandée pouvait être accordée — On ne peut pas présenter une demande de radiation de façon fragmentée — La Cour fédérale était saisie des motifs de compétence lors de la première requête en radiation — La question du partage des compétences a été soulevée dans le mémoire déposé au soutien de la demande d'autorisation de pourvoi — Un acte de procédure ne doit pas être radié lorsque l'autre partie «y a répondu» ou lorsqu'un long délai s'est écoulé entre le dépôt de cet acte et la requête en radiation — Requête rejetée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985 (5^e suppl.), ch. 1.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Horii v. Canada, [2000] F.C.J. No. 1712 (T.D.) (QL).

CONSIDERED:

Harris v. Canada, [2000] 4 F.C. 37; (2000), 187 D.L.R. (4th) 419; 2000 DTC 6373; 256 N.R. 221 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied (2001), 264 N.R. 391 (S.C.C.).

REFERRED TO:

Harris v. Canada (1997), 98 DTC 6072; 141 F.T.R. 199 (F.C.T.D.); *Harris v. Canada*, [1999] 2 F.C. 392; (1998), 99 DTC 5018; 161 F.T.R. 288 (T.D.); *LeBar v. Canada*, [1989] 1 F.C. 603; (1988), 33 Admin. L.R. 107; 46 C.C.C. (3d) 103; 90 N.R. 5 (C.A.); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Weiten (J.H.) v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2 (F.C.T.D.); *Speedo Knitting Mills Pty. Ltd. v. Christina Canada Inc.* (1985), 5 C.I.P.R. 145; 3 C.P.R. (3d) 360 (F.C.T.D.); *Windsurfing International Inc. v. Novaction Sports Inc.* (1987), 15 C.I.P.R. 164; 18 C.P.R. (3d) 230; 15 F.T.R. 302 (F.C.T.D.); *Control Data Canada Ltd. v. Senstar Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 59; 23 C.P.R. (3d) 421; 25 F.T.R. 81 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Sgayias, David, *et al. Federal Court Practice 2001*. Toronto: Carswell, 2000.

MOTION for an order striking out all or part of the claim for relief set out in a statement of claim. Motion dismissed.

APPEARANCES:

Norm A. Cuddy and Beverly Froese for plaintiff.

Peter M. Kremer, Q.C. and Perry M. Derksen for defendants.

SOLICITORS OF RECORD:

Scurfield, Tapper, Cuddy, Winnipeg, and *Public Interest Law Centre, Legal Aid Manitoba*, Winnipeg, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendants.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Horii c. Canada, [2000] A.C.F. n° 1712 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISION EXAMINÉE:

Harris c. Canada, [2000] 4 C.F. 37; (2000), 187 D.L.R. (4th) 419; 2000 DTC 6373; 256 N.R. 221 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée (2001), 264 N.R. 391 (C.S.C.).

DÉCISIONS CITÉES:

Harris c. Canada (1997), 98 DTC 6072; 141 F.T.R. 199 (C.F. 1^{re} inst.); *Harris c. Canada*, [1999] 2 C.F. 392; (1998), 99 DTC 5018; 161 F.T.R. 288 (1^{re} inst.); *LeBar c. Canada*, [1989] 1 C.F. 603; (1988), 33 Admin. L.R. 107; 46 C.C.C. (3d) 103; 90 N.R. 5 (C.A.); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Weiten (J.H.) c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2 (C.F. 1^{re} inst.); *Speedo Knitting Mills Pty. Ltd. c. Christina Canada Inc.* (1985), 5 C.I.P.R. 145; 3 C.P.R. (3d) 360 (C.F. 1^{re} inst.); *Windsurfing International Inc. c. Novaction Sports Inc.* (1987), 15 C.I.P.R. 164; 18 C.P.R. (3d) 230; 15 F.T.R. 302 (C.F. 1^{re} inst.); *Control Data Canada Ltd. c. Senstar Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 59; 23 C.P.R. (3d) 421; 25 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Sgayias, David, *et al. Federal Court Practice 2001*. Toronto: Carswell, 2000.

REQUÊTE sollicitant une ordonnance radiant en tout ou en partie la demande de réparation exposée dans une déclaration. Requête rejetée.

ONT COMPARU:

Norm A. Cuddy et Beverly Froese pour le demandeur.

Peter M. Kremer, c.r., et *Perry M. Derksen* pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Scurfield, Tapper, Cuddy, Winnipeg, et *Public Interest Law Centre, Société d'aide juridique du Manitoba*, Winnipeg, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

HENEGHAN J.:

INTRODUCTION

[1] Her Majesty the Queen and the Minister of National Revenue (the defendants) bring a motion pursuant to the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], for an order striking out all or part of the claim for relief set out in paragraphs 36 and 43 of the statement of claim in this proceeding.

BACKGROUND

[2] George William Harris, on his own behalf and on behalf of a group of taxpayers, is the plaintiff. He brings this action seeking a declaration about the legality of the actions taken by the defendants in December 1991 when a certain advance tax ruling was issued to a taxpayer. The defendants attempted to have the plaintiff's action stricken out, on the grounds that the statement of claim failed to disclose a reasonable cause of action and that the plaintiff lacked standing to bring this action.

[3] The defendants' motion in that regard was initially granted by Prothonotary Giles by an order issued on December 31, 1997.¹ The plaintiff successfully appealed from this order to the Federal Court Trial Division and in a judgment dated December 30, 1998 the appeal was allowed and the action was maintained.²

[4] The defendants then appealed to the Federal Court of Canada, Court of Appeal, but without success. In its judgment dated June 2, 2000,³ the Court of Appeal upheld the decision of Justice Muldoon. The defendants sought leave to appeal to the Supreme Court of Canada; their application was denied on October 26, 2000.⁴

DEFENDANTS' SUBMISSIONS

[5] The defendants bring the present motion on the basis of what essentially amounts to jurisdictional

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

LE JUGE HENEGHAN:

INTRODUCTION

[1] Sa Majesté la Reine et le ministre du Revenu national (les défendeurs) présentent une requête fondée sur les *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant en tout ou en partie la demande de réparation énoncée aux paragraphes 36 et 43 de la déclaration en l'instance.

LES FAITS

[2] George William Harris, pour son propre compte et pour le compte d'un groupe de contribuables, est le demandeur. Il intente la présente action pour obtenir un jugement déclaratoire relatif à la légalité des actes que les défendeurs ont accomplis en décembre 1991 lorsqu'ils ont pris une décision anticipée en matière d'impôt concernant un contribuable. Les défendeurs ont demandé la radiation de l'action du demandeur au motif que la déclaration ne révélait aucune cause d'action valable et que le demandeur n'avait pas qualité pour intenter la présente action.

[3] Par ordonnance rendue le 31 décembre 1997, le protonotaire Giles a accueilli la requête des défendeurs à cet égard¹. Le demandeur a interjeté appel contre cette ordonnance auprès de la Section de première instance de la Cour fédérale qui, dans un jugement en date du 30 décembre 1998, a accueilli l'appel et maintenu l'action².

[4] Les défendeurs ont alors interjeté appel en vain auprès de la Section d'appel de la Cour fédérale du Canada. Dans son arrêt en date du 2 juin 2000³, la Cour d'appel a confirmé la décision du juge Muldoon. Les défendeurs ont fait une demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada, mais leur demande a été rejetée le 26 octobre 2000⁴.

LES ARGUMENTS DES DÉFENDEURS

[5] Les défendeurs présentent leur requête en s'appuyant sur ce qui équivaut essentiellement à une

grounds, involving both the adjudicative capacities of the Court and the division of executive and judicial powers at play. The defendants submit that these are new issues distinct from those addressed in earlier proceedings, namely with respect to reasonable cause of action and standing.

[6] In the first place, the defendants submit that the plaintiff's claims for relief are inconsistent with the narrow ground upon which the plaintiff was granted standing. The defendants point out that public interest standing is a privilege conferred in the discretion of the Court and in this case the Federal Court of Appeal granted that standing in relation to a narrow issue.

[7] The defendants here rely on the statement made by Sexton J.A. in *Harris, supra*, at paragraph 60 as follows:

In my view, Mr. Harris' statement of claim raises a justiciable issue. His claim that the Minister of National Revenue acted illegally or improperly or for ulterior motives, namely favouritism and preferential treatment by way of a covert deal when he interpreted the provisions of the Act in favour of a specific trust, raises a question of a potential violation of the Act that a court may assess by reference to the Minister's duty to follow the Act "absolutely," as this Court held in *Ludmer*.

[8] The defendants argue that the Court of Appeal "approved" of a narrow cause of action for the plaintiff and broadly hinted that the plaintiff should amend his statement of claim to ensure consistency between the prayer for relief and the cause of action recognized by the Court of Appeal. Here the defendants rely on the following words from Sexton J.A., at paragraph 66:

I wish to emphasize the narrow cause of action for which public interest standing has been granted. Mr. Harris does not merely seek to obtain the interpretation of a particular provision of the Act, akin to requesting a court to provide a legal opinion. A mere *bona fide* change of position on interpretation of a statute, without more, would be insufficient to constitute a cause of action and would have been insufficient to persuade this Court to exercise its discretion

argumentation sur la compétence, laquelle porte à la fois sur les capacités juridictionnelles de la Cour et sur le partage des pouvoirs en jeu entre l'organe exécutif et l'organe judiciaire. Ils soutiennent qu'il s'agit de questions distinctes de celles qui ont été soulevées dans les procédures antérieures et qui avaient trait à la cause d'action valable et à la qualité pour agir.

[6] Tout d'abord, les défendeurs prétendent que les demandes de réparation du demandeur sont incompatibles avec la cause d'action précise pour laquelle la qualité pour agir lui a été reconnue. Ils soulignent que la qualité pour agir dans l'intérêt public est un privilège que la Cour confère dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et que la Cour d'appel fédérale a accordé cette qualité pour agir relativement à une question précise.

[7] Les défendeurs en l'espèce invoquent à cet égard les affirmations suivantes que le juge Sexton J.C.A. a faites dans l'arrêt *Harris*, précité, au paragraphe 60:

Je suis d'avis que la déclaration déposée par M. Harris soulève une question contentieuse. Ce dernier affirme en effet que Revenu Canada a agi illégalement, irrégulièrement ou pour un motif inavoué, savoir le favoritisme et le traitement préférentiel par entente secrète, en interprétant la *Loi de l'impôt sur le revenu* en faveur d'une fiducie particulière. Cette affirmation soulève la question d'une contravention possible à la Loi qu'un tribunal peut examiner à la lumière de l'obligation du ministre d'obéir «de façon absolue» à la Loi, reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Ludmer*.

[8] Selon les défendeurs, la Cour d'appel a «approuvé» une cause d'action précise pour le demandeur et a laissé entendre de façon générale que celui-ci devrait modifier sa déclaration pour faire en sorte qu'il y ait cohérence entre la demande de réparation et la cause d'action qu'elle a reconnue. En l'espèce, les défendeurs s'appuient sur ce que le juge Sexton a dit au paragraphe 66:

Je tiens à signaler que la cause d'action pour laquelle la qualité pour agir a été reconnue est étroite. M. Harris ne cherche pas seulement à faire interpréter une disposition particulière de la Loi, ce qui équivaldrait à demander à la Cour de formuler un avis juridique. Un simple changement de position de bonne foi quant à l'interprétation n'aurait pas constitué en soi une cause d'action suffisante et n'aurait pas convaincu notre Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire

to recognize public interest standing. Nevertheless, in considering Mr. Harris' cause of action for which public interest standing has been granted, the Trial Judge may incidentally find it necessary to consider whether, on a proper construction of the Act, "taxable Canadian property" may be held by a resident of Canada.

[9] The defendants argue that the plaintiff has failed to act on the instructions given by the Court of Appeal. As the plaintiff has not amended the statement of claim, the original prayer for relief remains in place. The defendants suggest that the prayer for relief is too broad in relation to the narrow ground upon which the plaintiff was granted standing, specifically in light of the Court of Appeal's characterization of his action as being one alleging impropriety on the part of the defendant Minister in issuing the advance tax ruling in December 1991.

[10] The second argument advanced by the defendants on this motion is that the plaintiff is effectively inviting the Court, that is the judicial branch of government, to become involved with matters vested in the executive branch, that is a decision concerning the assessment or collection of taxes under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 as amended. The defendants argue that such an invitation creates a constitutional discord.

[11] The defendants argue that the relief sought in paragraphs 36(d), 36(e) and 43(c) of the statement of claim is superfluous, on the basis that if a declaration of illegality is issued by the Court, the government will be obliged to take action without the issuance of an order against it. Here the defendants rely on the decision of the Federal Court of Canada in *LeBar v. Canada*, [1989] 1 F.C. 603 (C.A.).

[12] The defendants acknowledge that this Court can intervene if it is established that the defendants acted illegally, that is beyond their statutory authority, but submit that the pleadings do not recognize that allegation. The defendants say that the plaintiff is inviting the Court to make a decision which is properly within the authority of the defendant Minister and to allow the prayer for relief to stand in its present form is to

en matière de reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Néanmoins, il se peut que l'examen de la cause d'action à l'égard de laquelle M. Harris a obtenu qualité pour agir dans l'intérêt public oblige le juge de première instance à examiner la question de savoir si, en vertu d'une interprétation correcte de la Loi, un résident canadien peut détenir un «bien canadien imposable».

[9] Les défendeurs prétendent que le demandeur n'a pas suivi les directives de la Cour d'appel. Étant donné que le demandeur n'a pas modifié sa déclaration, la demande initiale de réparation demeure. Les défendeurs affirment que la demande de réparation est trop générale eu égard à la cause d'action précise pour laquelle la qualité pour agir a été reconnue au demandeur, particulièrement à la lumière du fait que la Cour d'appel a indiqué que l'action de ce dernier alléguait que le ministre avait commis une irrégularité en rendant la décision anticipée en matière d'impôt en décembre 1991.

[10] Suivant le deuxième argument avancé par les défendeurs dans le cadre de la présente requête, le demandeur invite en réalité la Cour, soit le pouvoir judiciaire du gouvernement, à intervenir dans des domaines relevant du pouvoir exécutif en rendant une décision relative à la cotisation ou à la perception des impôts en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, dans sa forme modifiée. Les défendeurs prétendent que si la Cour accédait à cette demande, il y aurait conflit constitutionnel.

[11] De l'avis des défendeurs, la réparation sollicitée aux paragraphes 36(d), 36(e) et 43(c) de la déclaration est superflue puisque si la Cour prononce un jugement déclaratoire d'illégalité, le gouvernement sera obligé d'agir sans qu'elle doive rendre une ordonnance contre lui. Les défendeurs invoquent à ce sujet l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans *LeBar c. Canada*, [1989] 1 C.F. 603 (C.A.).

[12] Les défendeurs reconnaissent que la Cour peut intervenir s'il est établi qu'ils ont agi illégalement, c'est-à-dire s'ils ont outrepassé leur pouvoir légal, mais ils soutiennent que les actes de procédure ne contiennent pas cette allégation. Ils affirment que le demandeur incite la Cour à rendre une décision qu'il appartient au ministre défendeur de prendre et que, laissée sous sa forme actuelle, la demande de répara-

ask the Court to involve itself in the executive branch of government.

PLAINTIFF'S SUBMISSIONS

[13] The plaintiff's principal argument in reply to this motion is that the defendants are recontesting the arguments advanced in their initial motion to strike the statement of claim. Those arguments were advanced before the Prothonotary at first instance, on appeal to the Trial Division, on further appeal to the Federal Court of Appeal, and ultimately, in an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada. The plaintiff submits that, notwithstanding the defendants' submissions to the contrary, this motion is yet another attempt to advance arguments which have been weighed and rejected, all in an effort to delay the trial.

[14] The plaintiff argues that he seeks declaratory relief which is clearly within the discretion of this Court to grant. If the prayer for relief is too broadly framed, then it is within the power of the Trial Judge to limit any declaratory relief to conform with the findings of fact. In support of this argument, the plaintiff relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

[15] In his written submissions, the plaintiff argues that the defendants' motion at this time is inappropriate and offensive since it is an attack on the original statement of claim and that prior decisions of this Court have determined that such motions should not be brought on a piecemeal basis. The defendants filed their defence on October 20, 2000, pursuant to an order of this Court made on October 17, 2000. The defendants, having pleaded to the allegations in the statement of claim, should not now be allowed to bring a further motion to strike.

ANALYSIS

[16] The defendants bring their motion pursuant to the *Federal Court Rules, 1998*, rule 221. This rule provides as follows:

tion équivaut à demander à la Cour de s'ingérer dans l'exercice du pouvoir de l'organe exécutif du gouvernement.

LES ARGUMENTS DU DEMANDEUR

[13] Le demandeur avance, comme argument principal en réponse à la présente requête, que les défendeurs débattent de nouveau des arguments qu'ils ont présentés dans leur requête initiale en radiation de la déclaration. Ils ont d'abord fait valoir ces arguments devant le protonotaire, en appel à la Section de première instance, dans un autre appel auprès de la Cour d'appel fédérale et, finalement, dans le cadre d'une demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada. Le demandeur prétend que, malgré les observations contraires des défendeurs, la présente requête constitue une autre tentative de leur part de présenter ces arguments déjà soupesés et rejetés pour retarder la tenue du procès.

[14] Le demandeur soutient qu'il sollicite un jugement déclaratoire que la Cour a manifestement le pouvoir discrétionnaire d'accorder. Si la demande de réparation est formulée en termes trop généraux, le juge de première instance n'a qu'à rendre un jugement déclaratoire qui se limite à ses conclusions de fait. À l'appui de cet argument, le demandeur invoque l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

[15] Dans ses observations écrites, le demandeur soutient qu'à ce stade-ci, la requête des défendeurs est inappropriée et offensante puisqu'elle constitue une contestation de la déclaration originale et que la Cour a conclu dans des décisions antérieures que de telles requêtes ne devaient pas être présentées de façon fragmentée. Les défendeurs ont déposé leur défense le 20 octobre 2000 conformément à l'ordonnance que la Cour a rendue le 17 octobre 2000. Ayant répondu aux allégations de la déclaration, les défendeurs ne doivent pas être autorisés à présenter une autre requête en radiation.

ANALYSE

[16] Les défendeurs fondent leur requête sur la règle 221 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Cette règle prévoit que:

221. (1) On motion, the Court may, at any time, order that a pleading, or anything contained therein, be struck out, with or without leave to amend, on the ground that it

- (a) discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,
- (b) is immaterial or redundant,
- (c) is scandalous, frivolous or vexatious,
- (d) may prejudice or delay the fair trial of the action,
- (e) constitutes a departure from a previous pleading, or
- (f) is otherwise an abuse of the process of the Court,

and may order the action be dismissed or judgment entered accordingly.

(2) No evidence shall be heard on a motion for an order under paragraph (1)(a).

[17] The defendants have not identified any particular part of rule 221 as being the foundation for this motion but to the extent that they now argue a lack of jurisdiction in the Court to grant the relief sought, it appears that they are relying on paragraph 221(1)(a). In reaching this conclusion, I am guided by *Federal Court Practice 2001*, David Sgayias *et al.* (Toronto: Carswell, 2000) where cases dealing with lack of jurisdiction are compiled in the discussion of the application of paragraph 221(1)(a).

[18] The record clearly shows that the defendants have already challenged the plaintiff's statement of claim on the basis of paragraph 221(1)(a) of the Rules. The decisions of the Associate Senior Prothonotary, the Trial Division and of the Court of Appeal have all been reported. All three decisions show that the prayer for relief received consideration from all adjudicators in their analyses.

[19] It is well established that there can be no reasonable cause of action in the absence of effective relief; see *Weiten (J.H.) v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2 (F.C.T.D.). I infer from the decisions of the Trial Division and the Federal Court of Appeal that those courts were satisfied that the relief sought by the plaintiff is available to him since they found that he

221. (1) À tout moment, la Cour peut, sur requête, ordonner la radiation de tout ou partie d'un acte de procédure, avec ou sans autorisation de le modifier, au motif, selon le cas:

- a) qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense valable;
- b) qu'il n'est pas pertinent ou qu'il est redondant;
- c) qu'il est scandaleux, frivole ou vexatoire;
- d) qu'il risque de nuire à l'instruction équitable de l'action ou de la retarder;
- e) qu'il diverge d'un acte de procédure antérieur;
- f) qu'il constitue autrement un abus de procédure.

Elle peut aussi ordonner que l'action soit rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

(2) Aucune preuve n'est admissible dans le cadre d'une requête invoquant le motif visé à l'alinéa (1)a).

[17] Les défendeurs n'ont invoqué aucune disposition particulière de la règle 221 en tant que fondement de la présente requête, mais étant donné qu'ils prétendent maintenant que la Cour n'a pas compétence pour accorder la réparation demandée, ils s'appuient apparemment sur l'alinéa 221(1)a). Pour tirer cette conclusion, je m'inspire de l'ouvrage intitulé *Federal Court Practice 2001* par David Sgayias *et al.* (Toronto: Carswell, 2000), dans lequel les décisions portant sur l'absence de compétence ont été intégrées à l'analyse relative à l'application de l'alinéa 221(1)a).

[18] Le dossier indique clairement que les défendeurs ont déjà contesté la déclaration du demandeur en se fondant sur l'alinéa 221(1)a) des Règles. Les décisions du protonotaire adjoint, de la Section de première instance et de la Cour d'appel ont toutes été publiées. Les trois décisions démontrent que les décideurs ont tous examiné la demande de réparation dans leur analyse.

[19] Il est bien établi qu'il ne peut y avoir une cause d'action valable en l'absence de réparation efficace; voir *Weiten (J.H.) c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2 (C.F. 1^{re} inst.). Je déduis de la décision de la Section de première instance et de celle de la Cour d'appel fédérale que les deux cours étaient convaincues que le demandeur était susceptible d'obtenir la réparation

had a reasonable cause of action.

[20] The relief granted to the plaintiff will be determined in relation to the findings of fact which must be ascertained by the Trial Judge. The Trial Judge will be in a more advantageous position to mould the appropriate remedy. An order to strike part or all of the prayer for relief at this late stage, some two and a half months before the scheduled trial date, would work to the greater prejudice of the plaintiff than to the defendants since there is little practical opportunity to appeal from any such order.

[21] I accept the plaintiff's submissions that the defendants are now recycling arguments which have previously been made and rejected. The arguments concerning lack of jurisdiction were clearly before the Court in the initial application to strike. The submissions concerning the serious issue of intrusion by the judicial branch upon matters entrusted to the executive branch was raised by the defendants in their memorandum of argument filed in support of their application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada.⁵

[22] Furthermore, the jurisprudence of this Court has established that an application to strike a pleading should not be made in a piecemeal fashion; see *Speedo Knitting Mills Pty. Ltd. v. Christina Canada Inc.* (1985), 5 C.I.P.R. 145 (F.C.T.D.) and *Windsurfing International Inc. v. Novaction Sports Inc.* (1987), 15 C.I.P.R. 164 (F.C.T.D.). In the present case, the defendants are attacking the original, unamended statement of claim which has been thoroughly reviewed by several courts, including the Supreme Court of Canada.

[23] In *Horii v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 1712 (T.D.) (QL), Prothonotary Hargrave reviewed the purpose of rule 221 and said at paragraph 10:

I now turn to relevant case law supporting the general rule that a party should be allowed only one chance to attack an opponent's pleadings, unless there are special circumstances. This rule is at least in part based on the principle that a litigant ought not to be faced with a continuing series of motions on similar subjects. Moreover, there is a judicial

demandée étant donné qu'elles ont conclu qu'il avait une cause d'action valable.

[20] La réparation que le demandeur obtiendra sera déterminée en fonction des conclusions de fait, qu'il incombe au juge de première instance de tirer. Celui-ci sera mieux en mesure de façonner la réparation appropriée. Une ordonnance de radiation d'une partie ou de l'ensemble de la demande de réparation à cette étape tardive, soit environ deux mois et demi avant la date de procès prévue, causerait un plus grand préjudice au demandeur qu'aux défendeurs étant donné qu'en pratique, il serait difficile d'interjeter appel d'une telle ordonnance.

[21] J'accepte l'argument du demandeur selon lequel les défendeurs reprennent maintenant sous une autre forme les arguments déjà présentés et rejetés. La Cour était manifestement saisie des arguments relatifs à l'absence de compétence lors de la première demande de radiation. Les défendeurs ont présenté des observations concernant la grave question de l'ingérence du pouvoir judiciaire dans des domaines relevant du pouvoir exécutif dans le mémoire qu'ils ont déposé à l'appui de leur demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada⁵.

[22] En outre, la jurisprudence de la Cour a établi qu'on ne pouvait pas présenter des demandes de radiation d'un acte de procédure de façon fragmentée; voir *Speedo Knitting Mills Pty. Ltd. c. Christina Canada Inc.* (1985), 5 C.I.P.R. 145 (C.F. 1^{re} inst.); et *Windsurfing International Inc. c. Novaction Sports Inc.* (1987), 15 C.I.P.R. 164 (C.F. 1^{re} inst.). En l'espèce, les défendeurs contestent la déclaration originale non modifiée que plusieurs cours ont examinée de façon exhaustive, dont la Cour suprême du Canada.

[23] Dans *Horii c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 1712 (1^{re} inst.) (QL), le protonotaire Hargrave a examiné l'objet de la règle 221 et a dit au paragraphe 10:

J'examinerai maintenant la jurisprudence pertinente qui étaye la règle générale selon laquelle une partie ne devrait avoir qu'une occasion de contester les actes de procédure d'une partie adverse, sauf circonstances exceptionnelles. Cette règle se fonde au moins en partie sur le principe selon lequel un plaideur ne doit pas être contraint de répondre à

economy aspect: motions should be a means to getting expeditiously to the hearing of a case on its merits and not on any other agenda. Thus time spent on interlocutory motions should be kept to a minimum: this may be accomplished in part by combining motions, for example a motion seeking particulars as an alternative to striking out and by not traversing old ground, as in the present instance.

[24] In rendering his decision in *Horii, supra*, Prothonotary Hargrave said as follows, at paragraphs 15 and 16:

That the Trial Division and the Court of Appeal have refused to strike out the statement of claim as futile or leading to no useful result does not mean that the plaintiff's action will succeed, but rather that the plaintiff ought not to be denied a day in Court.

Since the inception of the action, nearly 10 years ago, there appears to have been no appreciable change in the situation. Indeed, that is implicit from both the way in which the Trial Division and the Court of Appeal have dealt with intervening interlocutory proceedings. Moreover, I have been referred to no relevant change of circumstances by which yet a further attack on the pleadings might be justified. Rather, and here I turn to the aspect of costs, the plaintiff has been put to the expense of dealing with an attack which is similar to or identical with that which has already been brought and that must sound in costs.

[25] There is a further reason for denying this motion. A pleading should not be struck when the other party has "pleaded over" or when there is a lengthy delay between delivery of the pleading and the motion to strike; see *Control Data Canada Ltd. v. Senstar Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 59 (F.C.T.D.).

[26] The defendants filed their defence in October 2000, several years after the service of the statement of claim and following an earlier challenge to the statement of claim. They should have canvassed all of their arguments when the first motion was brought. Since no material changes have occurred since that initial challenge, I find that there is no justification for

une série continue de requêtes sur des questions semblables. De plus, elle comporte un aspect lié à l'économie des ressources judiciaires: les requêtes doivent servir de moyen de parvenir promptement à l'audition sur le fond d'une affaire et non à quelque autre fin. Ainsi, le temps consacré aux requêtes interlocutoires doit être réduit au minimum: on peut y arriver en partie en combinant des requêtes, par exemple une requête sollicitant des précisions comme solution de rechange à une requête en radiation, et non en revenant sur des questions déjà débattues comme en l'espèce.

[24] En rendant sa décision dans *Horii*, précité, le protonotaire Hargrave s'est exprimé ainsi aux paragraphes 15 et 16:

Le fait que la Section de première instance et la Cour d'appel aient refusé de radier la déclaration au motif qu'elle était futile ou ne menait à aucun résultat utile ne signifie pas que l'action de la demanderesse sera accueillie, mais plutôt que la demanderesse ne doit pas être privée de l'occasion de se faire entendre par la Cour.

Depuis le début de l'action, il y a près de 10 ans, la situation ne semble pas avoir changé de façon appréciable. En fait, cette absence de changement ressort implicitement de la façon dont la Section de première instance et la Cour d'appel ont tranché les procédures interlocutoires. En outre, on n'a porté à mon attention aucun changement pertinent des circonstances qui pourrait justifier une autre attaque contre les actes de procédure. Au contraire, et je m'intéresserai maintenant aux dépens, la demanderesse a dû engager des dépenses pour répondre à une attaque semblable ou identique à celle qu'elle avait déjà subie et cela doit se refléter dans les dépens.

[25] Il y a un autre motif justifiant le rejet de la présente requête. Un acte de procédure ne doit pas être radié lorsque l'autre partie «y a répondu» ou lorsqu'un long délai s'est écoulé entre le dépôt de cet acte et la requête en radiation; voir *Control Data Canada Ltd. c. Senstar Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 59 (C.F. 1^{re} inst.).

[26] Les défendeurs ont déposé leur défense en octobre 2000, plusieurs années après la signification de la déclaration et une première contestation de celle-ci. Ils auraient dû faire valoir l'ensemble de leurs arguments lors de la présentation de leur première requête. Étant donné qu'aucun changement important ne s'est produit depuis cette contestation initiale, je

bringing this motion at this time.

[27] For these reasons, I decline to exercise my discretion to grant the defendants' motion. There will be no order as to costs since the issue was not raised.

ORDER

The defendants' motion is dismissed with no order as to costs.

¹ (1997), 98 DTC 6072 (F.C.T.D.).

² *Harris v. Canada*, [1999] 2 F.C. 392 (T.D.).

³ *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37 (C.A.).

⁴ (2001), 264 N.R. 391 (S.C.C.).

⁵ Defendants' motion record filed October 12, 2000, at pp. 18-21.

conclus que rien ne justifie le dépôt de la présente requête à ce stade-ci.

[27] Pour ces motifs, je m'abstiens d'exercer mon pouvoir discrétionnaire d'accorder la requête des défendeurs. Il n'y a aucune adjudication des dépens puisque les parties n'ont pas soulevé la question.

ORDONNANCE

La requête des défendeurs est rejetée sans adjudication des dépens.

¹ (1997), 98 DTC 6072 (C.F. 1^{re} inst.).

² *Harris c. Canada*, [1999] 2 C.F. 392 (1^{re} inst.).

³ *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.).

⁴ (2001), 264 N.R. 391 (C.S.C.).

⁵ Dossier de requête des défendeurs déposé le 12 octobre 2000, aux p. 18 à 21.

IMM-5303-99
2001 FCT 483

IMM-5303-99
2001 CFPI 483

Jaime Carrasco Varela, Jamilet del Carmen Gonzalez-Cruz, Javier de Jesus Carrasco-Gonzalez
(Applicants)

Jaime Carrasco Varela, Jamilet del Carmen Gonzalez-Cruz, Javier de Jesus Carrasco-Gonzalez
(demandeurs)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(Respondent)

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

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

RÉPERTORIÉ: VARELA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, Dawson J.—Toronto, November 16, 2000; Ottawa, May 15, 2001.

Section de première instance, juge Dawson—Toronto, 16 novembre 2000; Ottawa, 15 mai 2001.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible persons — Judicial review of immigration officer's decision applicant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(j), prohibiting admission of person who there are reasonable grounds to believe committed outside Canada war crime or crime against humanity within meaning of Criminal Code, s. 7(3.6) — Applicant guard at prison in Nicaragua — Immigration officer determining applicant not mere onlooker at torture, disappearance, execution of prisoners — To fall within s. 19(1)(j), crime, if committed in Canada, must at that time have constituted offence against laws of Canada — Individual may rely upon defences provided in Criminal Code to establish conduct would not have constituted offence in Canada — Defences of obedience to superior orders, compulsion available to members of military, police forces in prosecutions for war crimes, crimes against humanity — Although applicant relying upon such defences, immigration officer's notes referring to neither defences nor factual underpinnings — Decision made without regard to relevant considerations notwithstanding somewhat probing examination, set aside as unreasonable.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire de la décision de l'agente d'immigration selon laquelle le demandeur n'était pas admissible en vertu de l'art. 19(1j) de la Loi sur l'immigration, interdisant l'admission d'une personne dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elle a commis, à l'étranger, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens de l'art. 7(3.6) du Code criminel — Le demandeur était garde dans une prison au Nicaragua — L'agente d'immigration a conclu que le demandeur n'était pas simplement témoin de la torture, de la disparition ou de l'exécution de prisonniers — Pour que l'art. 19(1j) s'applique, le crime, s'il avait été commis au Canada, devait à ce moment-là constituer une infraction au droit canadien — Un individu peut se fonder sur les moyens de défense prévus dans le Code criminel pour établir que sa conduite n'aurait pas constitué une infraction au Canada — Les moyens de défense fondés sur la contrainte et sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur peuvent être invoqués par les membres des forces armées et policières dans les poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité — Le demandeur a invoqué pareils moyens de défense, mais dans les notes de l'agente d'immigration, il n'était pas fait mention des moyens de défense et de leurs fondements factuels — La décision a été prise sans qu'il soit tenu compte des considérations pertinentes et, malgré un examen quelque peu approfondi, elle devait être annulée parce qu'elle était déraisonnable.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Applicant not interviewed by immigration officer who decided inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(j) — Fair hearing requiring meaningful participation in decision-making process, not necessarily oral hearing — As written submissions indicating applicant knew issues to be addressed, allegation against him, had meaningful opportunity to participate in decision-making

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Le demandeur n'avait pas eu d'entrevue avec l'agente d'immigration, qui avait décidé qu'il n'était pas admissible en vertu de l'art. 19(1j) de la Loi sur l'immigration — Ce qui est nécessaire, pour une audition équitable, c'est une participation valable au processus décisionnel, et pas nécessairement une audience — Étant donné que les

process — Also decision made in largest part on basis of admissions as to involvement in certain events — Applicant not denied fair hearing because not interviewed by decision-maker.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Persons with Temporary Status — Holders of Minister's permit Type 86 (case approved for processing within Canada) — Immigration Act, s. 38(1) permitting Governor in Council to authorize landing of any person who, at time of landing, resided continuously in Canada for at least five years under authority of Minister's permit — Applicants in Canada as holders of Ministerial permits, renewed annually since 1993 — In 1993 applied under s. 114(2) for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds — Five years later applied for mandamus in respect of outstanding s. 114(2) application, and for order requiring Minister to process application under s. 38 — (1) As in Canada continuously for at least five years on Minister's permits, right accrued to applicants to seek consideration under s. 38 — (2) Prior request for exercise of discretion either made or implied — Scheme of Act, Regulations establishing s. 38(1) application in substance application for landing; s. 114(2) application for admission capable of meaning application for landing — As granted visa exemption, s. 114(2) application becoming application for landing — As application outstanding for over five years, applicants having right to seek consideration under s. 38 — Minister having duty to consider whether to recommend exercise of discretion under s. 38 — As well, possible legitimate expectation immigration officer would consider case for landing arising from Inland Processing Manual directing review of cases at end of five-year period, so that duty of fairness required such consideration.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Application for judicial review of immigration officer's decision applicant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(j) — Applicant not interviewed by immigration officer — Fair hearing requiring meaningful participation in decision-making process, not necessarily oral hearing — As written submission indicating knew issue to be addressed,

observations écrites montraient qu'il était au courant des questions à examiner et de l'allégation qui était faite contre lui, le demandeur avait eu une possibilité valable de participer au processus décisionnel — En outre, la décision était en majeure partie fondée sur les aveux que le demandeur avait faits au sujet de sa participation à certains événements — Le demandeur a bénéficié d'une audience équitable même si le décideur ne l'avait pas interrogé.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personnes ayant un statut temporaire — Titulaires de permis du ministre du type 86 (cas approuvé aux fins du traitement à l'intérieur du Canada) — L'art. 38(1) de la Loi sur l'immigration permet au gouverneur en conseil d'accorder le droit d'établissement à toute personne ayant, au moment où ce droit est accordé, résidé sans interruption au Canada pendant au moins cinq ans au titre d'un permis du ministre — Les demandeurs étaient entrés au Canada à titre de titulaires de permis ministériels, ces permis ayant été renouvelés chaque année depuis 1993 — En 1993, ils avaient sollicité, en vertu de l'art. 114(2), le droit d'établissement de l'intérieur du Canada en invoquant des raisons d'ordre humanitaire — Cinq ans plus tard, ils avaient demandé un mandamus à l'égard de la demande fondée sur l'art. 114(2) qui était en suspens ainsi qu'une ordonnance enjoignant au ministre de traiter leur demande en vertu de l'art. 38 — 1) Étant donné qu'ils avaient résidé sans interruption au Canada pendant au moins cinq ans au titre de permis du ministre, les demandeurs avaient acquis le droit de solliciter un examen en vertu de l'art. 38 — 2) Une demande en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire avait été faite ou il pouvait être inféré que pareille demande avait été faite — L'économie de la Loi et du Règlement établit qu'une demande fondée sur l'art. 38(1) est essentiellement une demande de droit d'établissement; une demande d'admission fondée sur l'art. 114(2) peut être une demande d'établissement — Étant donné qu'une dispense de l'obligation d'obtenir un visa avait été accordée, la demande fondée sur l'art. 114(2) était devenue une demande de droit d'établissement — Étant donné que la demande était en suspens depuis plus de cinq ans, les demandeurs pouvaient solliciter un examen en vertu de l'art. 38 — Le ministre était tenu de déterminer s'il devait recommander que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 38 soit exercé — De plus, il existait peut-être bien une attente légitime voulant qu'un agent d'immigration examine le cas, en ce qui concerne le droit d'établissement, cette attente découlant du Guide sur le traitement des demandes au Canada, qui prévoit l'examen des cas à la fin de la période de cinq ans, de sorte que l'obligation d'équité exigeait cet examen.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration avait conclu que le demandeur n'était pas admissible en vertu de l'art. 19(1)(j) de la Loi sur l'immigration — Le demandeur n'avait pas eu d'entrevue avec l'agente d'immigration — Ce qui est nécessaire pour une audition équitable, c'est une participation valable au

allegation against him, applicant had opportunity to have meaningful participation in decision-making process — As decision based on large part on admissions, applicant not denied fair hearing — Immigration officer referred to discrepancies between statements in Personal Information Form, those made to CSIS in screening interview — If credibility at issue, and if assessed, in part, on basis of answers given on prior occasions, meaningful participation requiring content of prior answers be provided to applicant.

Estoppel — After refugee claim, post-determination refugee claim in Canada class application refused, applicants removed to U.S.A. — Minister's permits issued permitting them to come into Canada — Renewed annually since 1993 — In 1993 applied under Immigration Act, s. 114(2) for landing from within Canada on humanitarian and compassionate (H & C) grounds — As no reasons given for issuance of permits, insufficient to ground plea Minister estopped from refusing to process H & C application — S. 114(2) application engaging two-step process: assessment of whether applicant should be exempted from requirement of obtaining immigrant visa outside Canada, and if so, assessment of whether applicant admissible — Positive decision made at first step — Nothing indicating applicant exempt from second step.

This was an application for judicial review of an immigration officer's decision that the applicant, Jaime Carrasco Varela, was inadmissible under *Immigration Act*, paragraph 19(1)(j), which prohibits the admission of a person who there are reasonable grounds to believe has committed outside Canada a war crime or crime against humanity within the meaning of *Criminal Code*, subsection 7(3.76). Mr. Carrasco is a citizen of Nicaragua, who served in the military of that country from 1983 until 1989, and was a guard at the "El Chipote" prison. He arrived in Canada in 1991 with his wife and son. Their refugee claims were rejected on the ground that Mr. Carrasco was a person described in Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* which states that the Convention does not apply to a person with respect to whom there are serious reasons for considering that he has committed a crime against humanity. A post-determination refugee claimants in Canada class application was refused,

processus décisionnel et pas nécessairement une audience — Étant donné que les observations écrites montraient qu'il était au courant des questions à examiner et de l'allégation qui était faite contre lui, le demandeur avait eu une possibilité valable de participer au processus décisionnel — Étant donné que la décision était en majeure partie fondée sur des aveux, le demandeur avait bénéficié d'une audience équitable — L'agente d'immigration a noté les incohérences entre les déclarations figurant dans le Formulaire de renseignements personnels et celles qui avaient été faites au SCRS lors de l'entrevue — Si la crédibilité était remise en question et si elle devait être en partie appréciée compte tenu des réponses antérieurement données, il fallait porter le contenu des réponses antérieures à la connaissance du demandeur pour qu'il y ait participation valable.

Fin de non-recevoir — Après qu'une revendication eut été présentée, une demande présentée à titre de membre de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada avait été rejetée et les demandeurs avaient été renvoyés aux É.-U. — Des permis du ministre avaient été délivrés, autorisant les demandeurs à venir au Canada — Les permis étaient renouvelés chaque année depuis 1993 — En 1993, le demandeur avait sollicité, en vertu de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration, le droit d'établissement de l'intérieur du Canada en invoquant des raisons d'ordre humanitaire — Étant donné qu'aucun motif n'avait été fourni à l'appui de la délivrance des permis, cela ne suffisait pas pour justifier un moyen de défense selon lequel le ministre ne pouvait pas refuser de traiter la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire — La demande fondée sur l'art. 114(2) donnait lieu à une procédure à deux étapes: il fallait déterminer si le demandeur devait être dispensé de l'exigence voulant qu'il obtienne un visa d'immigration en dehors du Canada et, dans l'affirmative, il fallait déterminer si le demandeur était admissible — Une décision favorable avait été prise à la première étape — Rien n'indiquait que le demandeur devait être dispensé de se soumettre à la deuxième étape.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration avait conclu que le demandeur Jaime Carrasco Varela était une personne non admissible en vertu de l'alinéa 19(1)j) de la *Loi sur l'immigration*, qui interdit l'admission d'une personne dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elle a commis, à l'étranger, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*. M. Carrasco est un citoyen du Nicaragua, qui a servi dans l'armée de ce pays entre 1983 et 1989 et était garde à la prison «El Chipote». Il est arrivé au Canada avec sa femme et son fils en 1991. Leurs revendications ont été rejetées pour le motif que M. Carrasco était une personne visée à l'alinéa 1Fa) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, qui dit que la Convention n'est pas applicable aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un crime contre l'humanité. Une demande présentée par le demandeur à titre de membre

as was an application in 1992 made on humanitarian and compassionate grounds. Mr. Carrasco and his family were removed to the United States, but were then permitted to return to Canada as holders of Minister's permits, which have been renewed annually since 1993. In November 1993, the applicants applied under subsection 114(2) for landing from within Canada on humanitarian and compassionate (H & C) grounds. In July 1994, Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officials conducted a screening interview of Mr. Carrasco. In February 1998 Mr. Carrasco was interviewed by an immigration officer. Five years after making their subsection 114(2) application, the applicants applied for *mandamus* in respect thereof, and for an order that the Minister process their application under section 38. Subsection 38(1) permits the Governor in Council to authorize the landing of any person who, at the time of landing, has resided continuously in Canada for at least five years under the authority of a written permit issued by the Minister. Before the Court rendered its decision, a senior immigration officer (SIO) decided, without interviewing Mr. Carrasco, that he was a member of an inadmissible class because he could not be looked upon as having been a mere onlooker at the events at the prison, including torture, disappearance and execution of, and the withholding of the necessities of life from, prisoners. The immigration officer noted serious discrepancies between statements made by Mr. Carrasco in his personal information form (PIF) and those made to CSIS.

The issues were: (1) whether Mr. Carrasco was entitled to an oral interview with the SIO if his credibility was to be an issue; (2) whether the Minister was estopped from refusing to process Mr. Carrasco's application on H & C grounds because issuance of the Minister's permit meant that the Minister accepted the H & C considerations; (3) whether the SIO erred in rejecting Mr. Carrasco's credibility and then using that rejection to prove conduct on the part of Mr. Carrasco; (4) whether the SIO erred in failing to consider the defences raised by Mr. Carrasco to the allegation that he was inadmissible; (5) whether the SIO relied on extrinsic evidence by referring to discrepancies between statements in the PIF and those made to CSIS in reaching a finding as to credibility; and (6) whether the applicants have the right to be processed under section 38.

Held, the application should be allowed.

(1) What is required for a fair hearing requires is meaningful participation in the decision-making process, not necessarily an oral hearing. Mr. Carrasco's written sub-

de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada a été rejetée, comme l'a été une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire qui a été soumise en 1992. M. Carrasco et sa famille ont été renvoyés aux États-Unis, mais ont ensuite été autorisés à entrer au Canada à titre de titulaires de permis ministériels, ces permis ayant été renouvelés chaque année depuis 1993. Au mois de novembre 1993, les demandeurs ont sollicité, en vertu du paragraphe 114(2), le droit d'établissement de l'intérieur du Canada en invoquant des raisons d'ordre humanitaire. Au mois de juillet 1994, des représentants du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) ont procédé à une entrevue de M. Carrasco. Au mois de février 1998, M. Carrasco a eu une entrevue avec un agent d'immigration. Cinq ans après avoir soumis leur demande fondée sur le paragraphe 114(2), les demandeurs ont demandé un *mandamus* à l'égard de la demande ainsi qu'une ordonnance enjoignant au ministre de traiter leur demande en vertu de l'article 38. Le paragraphe 38(1) autorise le gouverneur en conseil à accorder le droit d'établissement à toute personne ayant, au moment où ce droit est accordé, résidé sans interruption au Canada pendant au moins cinq ans au titre d'un permis écrit délivré par le ministre. Avant que la Cour rende sa décision, une agente principale (l'AP) a conclu, sans avoir d'entrevue avec M. Carrasco, que celui-ci appartenait à une catégorie non admissible parce qu'on ne pouvait le considérer comme ayant simplement été témoin des événements qui se produisaient à la prison, notamment la torture, la disparition et l'exécution de prisonniers et le fait de priver les prisonniers des nécessités de la vie. L'agente d'immigration a noté des incohérences sérieuses entre les déclarations que M. Carrasco avait faites dans le Formulaire de renseignements personnels (le FRP) et celles qu'il avait faites au SCRS.

Les points litigieux étaient de savoir: 1) si M. Carrasco avait droit à une entrevue auprès de l'AP si sa crédibilité devait être en cause; 2) s'il était interdit au ministre de refuser de traiter la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire de M. Carrasco parce que la délivrance du permis du ministre voulait dire que le ministre reconnaissait les considérations d'ordre humanitaire; 3) si l'AP avait commis une erreur en remettant en question la crédibilité de M. Carrasco et en se fondant ensuite sur sa conclusion pour établir la conduite de celui-ci; 4) si l'AP avait commis une erreur en omettant de tenir compte des moyens de défense invoqués par M. Carrasco à l'encontre de l'allégation selon laquelle il n'était pas admissible; 5) si l'AP s'était fondée sur une preuve extrinsèque en mentionnant les incohérences entre les déclarations figurant dans le FRP et celles qui avaient été faites au SCRS pour tirer la conclusion relative à la crédibilité; 6) si les demandeurs avaient le droit de faire traiter leur demande en vertu de l'article 38.

Jugement: la demande est accueillie.

1) Ce qui est nécessaire pour une audition équitable, c'est une participation valable au processus décisionnel, et pas nécessairement une audience. Les observations écrites que

mission to the immigration officer indicated that he knew the issue to be addressed and the allegation against him. In that sense he had the opportunity of having meaningful participation in the decision-making process. Furthermore, the immigration officer's decision was based in largest part on the admissions made by Mr. Carrasco as to his involvement in certain events, and inferences drawn therefrom. In those circumstances, Mr. Carrasco was not denied a fair hearing because he was not interviewed by the decision-maker.

(2) No reasons were given for the issuance of the Minister's permits. The Court would not speculate as to why the permits had been issued for the purpose of finding a representation sufficient to ground a plea of estoppel. Further, an application under subsection 114(2) engages a two-step process: an assessment of whether an applicant should be exempted from the requirement of obtaining an immigrant visa outside Canada and if so, an assessment of whether an applicant is admissible. Here a positive decision was made at the first step of the analysis. There was nothing to indicate that Mr. Carrasco was to be exempted from the second step. In fact, the terms of the permit require the applicants to comply with all other statutory requirements before they are granted landing.

(3) The immigration officer merely noted that Mr. Carrasco had not satisfied her that he was an innocent bystander at the execution of prisoners. She did not find that because Mr. Carrasco's denial was not true, the opposite was thereby established, that is, that Carrasco had fired his weapon.

(4) To fall within *Immigration Act*, paragraph 19(1)(f) the crime, if it had been committed in Canada, must have at that time constituted an offence against the laws of Canada. It follows that an individual may rely upon defences provided in the *Criminal Code* to establish that conduct would not have constituted an offence in Canada. Defences of obedience to superior orders and compulsion are, as a matter of law, available to members of the military or police forces in prosecutions for war crimes and crimes against humanity. The applicant stated that he refused to participate in the execution of prisoners, and that he was hit, threatened with a gun, arrested, interrogated and detained as a result of that refusal. He relied upon the defences of obedience to superior orders not manifestly unlawful, and of compulsion. The SIO's notes neither referred to those defences nor to their factual underpinning. Thus the decision was made without regard to relevant considerations, did not withstand a somewhat probing examination and should be set aside as unreasonable.

M. Carrasco a soumise à l'agente d'immigration montrait qu'il était au courant de la question à examiner et de l'allégation qui avait été faite contre lui. En ce sens, il avait la possibilité de participer d'une façon valable au processus décisionnel. En outre, la décision de l'agente d'immigration était en majeure partie fondée sur les aveux que M. Carrasco avait faits au sujet de sa participation à certains événements et sur les inférences que l'agente avait faites à partir de ces aveux. Dans ces conditions, M. Carrasco a bénéficié d'une audience équitable même si le décideur ne l'avait pas interrogé.

2) Aucun motif n'a été fourni à l'appui de la délivrance des permis du ministre. La Cour n'était pas prête à faire des conjectures au sujet des raisons de leur délivrance, conjectures qui permettraient de conclure à l'existence de représentations suffisantes justifiant un moyen de défense fondé sur l'irrecevabilité. En outre, une demande présentée en vertu du paragraphe 114(2) donne lieu à une procédure à deux étapes: il faut déterminer si le demandeur doit être dispensé de l'exigence voulant qu'il obtienne un visa d'immigration en dehors du Canada et, dans l'affirmative, il faut déterminer si le demandeur est admissible. En l'espèce, une décision favorable a été prise à la première étape de l'analyse. Il n'y avait rien qui indique que M. Carrasco devait être dispensé de se soumettre à la seconde étape. De fait, les conditions du permis exigent que les demandeurs satisfassent à toutes les autres exigences légales avant d'obtenir le droit d'établissement.

3) L'agente d'immigration a simplement fait remarquer que M. Carrasco n'avait pas réussi à la convaincre qu'il avait simplement été témoin de l'exécution de prisonniers. Elle n'a pas conclu que puisque M. Carrasco avait fait une fausse déclaration, le contraire était établi, c'est-à-dire qu'il avait utilisé son arme.

4) Pour que l'alinéa 19(1)f) de la *Loi sur l'immigration* s'applique, le crime, s'il avait été commis au Canada, devait à ce moment-là constituer une infraction au droit canadien. Par conséquent, un individu peut se fonder sur les moyens de défense prévus dans le *Code criminel* pour établir que la conduite reprochée n'aurait pas constitué une infraction au Canada. Les moyens de défense fondés sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et sur la contrainte peuvent en droit être invoqués par les membres des forces armées ou policières dans les poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Le demandeur a dit qu'il avait refusé de participer à l'exécution de prisonniers et qu'on l'avait battu, menacé à la pointe d'un fusil, arrêté, interrogé et détenu par suite de ce refus. Il a invoqué comme moyen de défense la contrainte et le fait qu'il avait obéi à des ordres qui n'étaient pas manifestement illégaux, donnés par des supérieurs. Il n'était pas fait mention, dans les notes de l'AP, de ces moyens de défense et de leurs fondements factuels. La décision a été prise sans qu'il soit tenu compte des considérations pertinentes; elle ne résistait pas à un examen quelque peu approfondi et elle devrait être annulée parce qu'elle est déraisonnable.

(5) If Mr. Carrasco's credibility was at issue, and if it were to be assessed, at least in part, upon the basis of answers given on prior occasions, meaningful participation required that the content of those prior answers be provided to him. As Mr. Carrasco was the source of those prior statements, no issue of confidentiality could arise. There was no good reason why Mr. Carrasco should not have been advised as to the contents of his prior statements so as to allow him to participate meaningfully in the decision-making process.

(6) The question as to whether the applicants were entitled to be processed under section 38, involves a determination of whether the right to apply for consideration under that section had accrued to the applicants; and whether they sought to exercise that right so that a duty arose at law for the respondent to consider the applicants for landing under section 38. Applicants had, since 1993, possessed Minister's permits bearing code "Case Type: 86" indicating their case had been approved for processing within Canada. As the applicants have been in Canada continuously for at least five years on Minister's permits, a right accrued to them to apply for consideration under section 38. In order to consider whether the applicants made a proper prior request for the exercise of discretion under section 38, the scheme of the Act and the Regulations had to be reviewed. Subsections 38(1), 114(2) and section 115 of the Act, *Immigration Regulations, 1978*, section 2.1, *Immigration Act Fees Regulations*, section 2 and Schedule to the Fees Regulations, item 18 established that a subsection 38(1) application is in substance an application for landing; a subsection 114(2) application is an application for admission which is capable of meaning an application for landing; and it is an immigration officer who decides whether to process a recommendation under subsection 38(1). The applicants filed an application on humanitarian and compassionate grounds in November of 1993. As they were granted the visa exemption, their application became an application for landing, which remained outstanding for over five years, giving the applicants the right to seek consideration under section 38. In January 1999, they applied for *mandamus* to require that their application be considered under section 38. A prior request for an exercise of discretion was either made, or can be implied. In either case, the Minister had a duty to consider whether to recommend the exercise of discretion under section 38. As well, a legitimate expectation that an immigration officer would consider the applicants' case for landing may have existed so that a duty of fairness required such consideration. This expectation would arise from the fact that the Inland Processing Manual directs immigration officers to review cases at the end of the five-year period, and from the reference in the Schedule to the Fees Regulations to the effect that there is to be notification to a person that an immigration officer has decided to process the section 38 recommendation.

5) Si la crédibilité de M. Carrasco était remise en question et si elle devait être appréciée, du moins en partie, compte tenu des réponses antérieurement données, il fallait porter le contenu de ces réponses antérieures à la connaissance de celui-ci pour qu'il y ait participation valable. Étant donné que M. Carrasco était l'auteur des déclarations antérieures, aucune question de confidentialité ne pouvait se poser. Il n'y avait aucune bonne raison de ne pas informer M. Carrasco du contenu de ses déclarations antérieures de façon à lui permettre de participer d'une façon valable au processus décisionnel.

6) Pour déterminer si les demandeurs pouvaient faire traiter leur demande en vertu de l'article 38, il faut examiner s'ils avaient acquis le droit de solliciter un examen en vertu de cette disposition et s'ils avaient cherché à exercer ce droit de sorte que le défendeur avait juridiquement l'obligation d'examiner la demande de droit d'établissement en vertu de l'article 38. Depuis 1993, les demandeurs étaient en possession de permis du ministre délivrés sous le code «Type de cas: 86», indiquant que leur cas avait été approuvé aux fins du traitement à l'intérieur du Canada. Étant donné qu'ils résidaient sans interruption au Canada depuis au moins cinq ans au titre de permis délivrés par le ministre, les demandeurs avaient acquis le droit de solliciter un examen en vertu de l'article 38. Pour déterminer si les demandeurs ont demandé d'une façon appropriée que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 soit exercé, il fallait examiner l'économie de la Loi et du Règlement. Les paragraphes 38(1) et 114(2) ainsi que l'article 115 de la Loi, l'article 2.1 du *Règlement sur l'immigration de 1978*, l'article 2 du *Règlement sur les prix à payer — Loi sur l'immigration*, et l'article 18 de l'annexe du Règlement sur les prix établissaient qu'une demande fondée sur le paragraphe 38(1) est essentiellement une demande de droit d'établissement; qu'une demande fondée sur le paragraphe 114(2) est une demande d'admission qui peut également être une demande d'établissement; que c'est un agent d'immigration qui détermine si une recommandation doit être faite en vertu du paragraphe 38(1). Les demandeurs ont présenté une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire au mois de novembre 1993. Étant donné qu'ils ont été dispensés de l'obligation d'obtenir un visa, leur demande est devenue une demande de droit d'établissement, qui est restée en suspens pendant plus de cinq ans, de sorte que les demandeurs pouvaient solliciter un examen en vertu de l'article 38. Au mois de janvier 1999, ils ont sollicité un *mandamus* et ont demandé que leur demande soit examinée compte tenu de l'article 38. Une demande en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en question avait été faite ou il peut être inféré que pareille demande avait été faite. Quoi qu'il en soit, le ministre était tenu de déterminer s'il devait recommander que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 soit exercé. De plus, il existait peut-être bien une attente légitime voulant qu'un agent d'immigration examine le cas des demandeurs en ce qui concerne le droit d'établissement, de sorte que l'obligation d'équité exigeait cet examen. Cette

attente découlerait du fait que, dans le Guide sur le traitement des demandes au Canada, on demande aux agents d'immigration d'examiner les cas à la fin de la période de cinq ans ainsi que de la mention figurant dans l'annexe du Règlement sur les prix, à savoir que la personne concernée doit être avisée que l'agent d'immigration a décidé d'examiner la recommandation prévue à l'article 38.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "admission", "landing" (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1), 9(1) (as am. *idem*, s. 4), 19(1)(j) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3), 27(2)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16), 38 (as am. *idem*, s. 27), 114(2) (as am. *idem*, s. 102), 115 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 30).
Immigration Act Fees Regulations, SOR/97-22, s. 2, Sch., item 18.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2.1 (as enacted by SOR/93-44, s. 2).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; (1994), 112 D.L.R. (4th) 513; 88 C.C.C. (3d) 417; 28 C.R. (4th) 265; 20 C.R.R. (2d) 1; 165 N.R. 1; 70 O.A.C. 241.

CONSIDERED:

Tehrankari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2000] F.C.J. No. 1420 (T.D.) (QL); *Kaberuka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 252; (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 38 (T.D.).

REFERRED TO:

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.); *Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 316 (F.C.T.D.); *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 232; (1993), 16 Admin. L.R. (2d) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 231; 156 N.R.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «admission», «droit d'établissement» (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1), 9(1) (mod., *idem*, art. 4), 19(1)f) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3), 27(2)a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16), 38 (mod., *idem*, art. 27), 114(2) (mod., *idem*, art. 102), 115 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 30).
Règlement sur les prix à payer — Loi sur l'immigration, DORS/97-22, art. 2, ann., n° 18.
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2.1 (édicte par DORS/93-44, art. 2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; (1994), 112 D.L.R. (4th) 513; 88 C.C.C. (3d) 417; 28 C.R. (4th) 265; 20 C.R.R. (2d) 1; 165 N.R. 1; 70 O.A.C. 241.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Tehrankari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2000] A.C.F. n° 1420 (1^{re} inst.) (QL); *Kaberuka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 C.F. 252; (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 38 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

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.); *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 316 (C.F. 1^{re} inst.); *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 232; (1993), 16 Admin. L.R. (2d) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 231;

212 (C.A.); *N. (Q.D.) (Re)*, [1992] C.R.D.D. No. 420 (QL).

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's decision that the applicant, Jaime Carrasco Varela, was inadmissible under *Immigration Act*, paragraph 19(1)(j), as a person who there are reasonable grounds to believe has committed outside Canada a war crime or crime against humanity within the meaning of *Criminal Code*, subsection 7(3.76). Application allowed.

APPEARANCES:

Micheal T. Crane for applicants.
Toby J. Hoffmann for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Micheal T. Crane, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] DAWSON J.: On October 20, 1999, an immigration officer in the course of processing an application for admission to Canada on humanitarian and compassionate grounds determined that Jaime Carrasco Varela was a person described in paragraph 19(1)(j) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (Act). In consequence, Mr. Carrasco was determined to be inadmissible to Canada.

[2] At issue in this application for judicial review is whether that decision was tainted by a reviewable error. The applicants, Mr. Carrasco, his wife and son, also request in their written and oral submissions that the Court declare that the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) ought to process their application for landing under section 38 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 27] of the Act.

THE FACTS

[3] Mr. Carrasco is a citizen of Nicaragua who served in its military from August of 1983 to October

156 N.R. 212 (C.A.); *N. (Q.D.) (Re)*, [1992] D.S.S.R. n° 420 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration avait conclu que le demandeur Jaime Carrasco Varela n'était pas admissible en vertu de l'alinéa 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration* à titre de personne dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elle a commis, à l'étranger, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Micheal T. Crane pour les demandeurs.
Toby J. Hoffmann pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Micheal T. Crane, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE DAWSON: Le 20 octobre 1999, une agente d'immigration qui traitait une demande d'admission au Canada fondée sur des raisons d'ordre humanitaire a conclu que Jaime Carrasco Varela était une personne visée à l'alinéa 19(1)(j) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la Loi). Il a donc été conclu que M. Carrasco ne pouvait être admis au Canada.

[2] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, il s'agit de savoir si la décision contestée est viciée par une erreur susceptible de révision. Les demandeurs, M. Carrasco, sa femme et son fils, demandent également, dans leurs observations écrites et orales, que la Cour déclare que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) devrait traiter leur demande du droit d'établissement en vertu de l'article 38 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 27] de la Loi.

LES FAITS

[3] M. Carrasco est un citoyen du Nicaragua. Il a été militaire du mois d'août 1983 au mois d'octobre 1989.

of 1989. Within two years of joining the army, Mr. Carrasco became a member of the Sandinista Front of National Liberation. While in the army he served as a guard at the “El Chipote” prison.

[4] Mr. Carrasco arrived in Canada with his wife and son on August 1, 1991. They made refugee claims on the grounds of their political opinions and membership in a particular social group. In March of 1992, their claims were rejected by the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board [[1992] C.R.D.D. No. 420 (QL)]. The Refugee Division determined that Mr. Carrasco was a person described in Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (Convention) which states that the Convention does not apply “to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that . . . he has committed . . . a crime against humanity”.

[5] In June of 1992, the Federal Court of Appeal denied leave to appeal from the decision of the Refugee Division.

[6] Mr. Carrasco has sworn in an affidavit that neither he nor his counsel were made aware that Article 1F(a) of the Convention would be an issue before the Refugee Division. Mr. Carrasco’s evidence has not been contradicted and, indeed, is supported by a transcript of the hearing before the Refugee Division now available and filed in this proceeding.

[7] A post-determination refugee claimants in Canada class application was refused, as was an application made in 1992 on humanitarian and compassionate grounds. With the consent of the American authorities Mr. Carrasco and his family were removed to the United States.

[8] The then Minister of Immigration authorized the issuance of a Minister’s permit and Mr. Carrasco, with his wife and child, were then permitted to come into Canada as holders of a Minister’s permit. They have held Minister’s permits renewed annually since

Moins de deux ans après être devenu membre de l’armée, il a adhéré au Front national de libération sandiniste. Pendant qu’il était dans l’armée, il a été garde à la prison «Le Chipote».

[4] M. Carrasco est arrivé au Canada avec sa femme et son fils le 1^{er} août 1991. Ils ont revendiqué le statut de réfugié en invoquant leurs opinions politiques et leur appartenance à un groupe social. Au mois de mars 1992, leurs revendications ont été rejetées par la section du statut de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié [[1992] D.S.S.R. n° 420 (QL)]. La section du statut a conclu que M. Carrasco était une personne visée à l’alinéa 1Fa) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention), qui dit que la Convention n’est pas applicable «aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser [. . .] [q]u’elles ont commis [. . .] un crime contre l’humanité».

[5] Au mois de juin 1992, la Cour d’appel fédérale a refusé l’autorisation d’interjeter appel contre la décision de la section du statut.

[6] Dans un affidavit, M. Carrasco a déclaré que ni son avocat ni lui n’avaient été informés que l’alinéa 1Fa) de la Convention serait invoqué devant la section du statut. La preuve présentée par M. Carrasco n’a pas été contredite et, de fait, elle est étayée par une transcription de l’audience tenue par la section du statut, laquelle est maintenant disponible et a été déposée dans la présente instance.

[7] Une demande présentée par le demandeur à titre de membre de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada a été rejetée, comme l’a été une demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire qui a été soumise en 1992. Sur consentement des autorités américaines, M. Carrasco et sa famille ont été renvoyés aux États-Unis.

[8] Le ministre de l’Immigration de l’époque a autorisé la délivrance d’un permis, et M. Carrasco ainsi que sa femme et son enfant ont alors été autorisés à entrer au Canada à titre de titulaires d’un permis ministériel. Le permis est renouvelé chaque année

November 1993. The Minister's permits were all "Case Type: 86", as outlined in the relevant immigration manual.

[9] In November of 1993, the applicants applied under subsection 114(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102] of the Act for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds.

[10] In July of 1994, Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officials conducted a screening interview of Mr. Carrasco. A CSIS report was submitted dated March 27, 1996 which, according to documents Mr. Carrasco's counsel has obtained under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, "added nothing of substance to the material". In February of 1998, Mr. Carrasco was interviewed by an immigration officer at the Kitchener office of Citizenship and Immigration Canada (CIC).

[11] Five years after making their application under subsection 114(2) of the Act, the applicants brought an application in this Court for *mandamus* in respect of the outstanding humanitarian and compassionate application and for an order that the Minister process their application under section 38 of the Act. Before the Court rendered its decision, on October 20, 1999 a decision was made with respect to the humanitarian and compassionate application and a senior immigration officer determined that Mr. Carrasco was reportable as a person found to be a member of the inadmissible class described in paragraph 19(1)(f) of the Act. A report under paragraph 27(2)(a) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16] of the Act was also written. On that same day, a letter was sent to Mr. Carrasco advising that while the Minister had, in 1993, determined to exempt Mr. Carrasco from the requirement of subsection 9(1) [as am. *idem*, s. 4] of the Act, he had not been exempted from meeting other statutory requirements of the Act, and that it had been determined that he was not in compliance with the Act because of his membership in a class of persons described in paragraph 19(1)(f) of the Act.

depuis le mois de novembre 1993. Les permis du ministre étaient tous délivrés pour le «Type de cas: 86», tel qu'il est prévu dans le guide de l'immigration pertinent.

[9] Au mois de novembre 1993, les demandeurs ont sollicité, en vertu du paragraphe 114(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102] de la Loi, le droit d'établissement de l'intérieur du Canada en invoquant des raisons d'ordre humanitaire.

[10] Au mois de juillet 1994, des représentants du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) ont procédé à une entrevue de M. Carrasco. Le rapport du SCRS a été soumis le 27 mars 1996; selon les documents que l'avocat de M. Carrasco a obtenus en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, le rapport [TRADUCTION] «n'ajoutait rien d'essentiel aux éléments existants». Au mois de février 1998, un agent d'immigration a eu une entrevue avec M. Carrasco au bureau de Kitchener de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC).

[11] Cinq ans après avoir soumis leur demande fondée sur le paragraphe 114(2) de la Loi, les demandeurs ont soumis à la Cour une demande en vue d'obtenir un *mandamus* à l'égard de la demande invoquant des raisons d'ordre humanitaire qui était en instance ainsi qu'une ordonnance enjoignant au ministre de traiter leur demande en vertu de l'article 38 de la Loi. Avant que la Cour rende sa décision, le 20 octobre 1999, une décision a été prise au sujet de la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire et une agente principale a conclu que M. Carrasco pouvait faire l'objet d'un rapport comme individu appartenant à la catégorie non admissible visée à l'alinéa 19(1)f) de la Loi. Un rapport a également été établi en vertu de l'alinéa 27(2)a) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16] de la Loi. Le même jour, on a envoyé à M. Carrasco une lettre l'informant que, même si, en 1993, le ministre avait décidé de le dispenser de l'application du paragraphe 9(1) [mod., *idem*, art. 4] de la Loi, il ne l'avait pas dispensé des autres exigences prévues par la Loi, et qu'il avait été conclu qu'il ne satisfaisait pas aux exigences de la Loi parce qu'il appartenait à la catégorie visée à l'alinéa 19(1)f) de la Loi.

[12] In reaching this conclusion, the immigration officer noted what were described as serious discrepancies between statements made by Mr. Carrasco in his personal information form (PIF) filed before the Refugee Division and those made to CSIS. The officer's reasons for finding Mr. Carrasco to be a member of the inadmissible class of persons were as follows:

The evidence in this case shows that Mr. Carrasco Varela joined the army and then the Sandinista Front of National Liberation (FSLN) of his own free will and remained a member from 1983-1989. It appears that subject was an effective guard at the prison as he was selected by his superiors for assignments as he also proved to be a trustworthy soldier. By his own testimony he was aware of the very large number of interrogations that were being conducted at the prison and of the torture, disappearance and the withholding of the necessities of life to the prisoners. Subject could not be classed simply as an onlooker of the events at the prison as the objectives of the prison guards was to extract information from the prisoners.

Mr. Carrasco Varela has admitted to being present when the capture of four persons who had kidnapped a soviet [*sic*] military attaché took place, and that although he carried weapons, he did not participate in the actual capture. Again subject was chosen along with four others to execute these prisoners as they were told to run while shots were fired at them. They were all killed. Subject denies that he every [*sic*] fired his weapon. It is difficult to believe that Mr. Carrasco Varela was present at these events and then accept his statement that he is innocent of taking part in the execution of these prisoners.

The human rights record from 1986-1989 on Nicaragua provided by Amnesty International details the events and the mistreatment of prisoners in prisons in Nicaragua, and provides testimony from people who were held prisoners at "El Chipote". This report has assisted in the research of this case.

THE ISSUES

[13] On this application, Mr. Carrasco raises the following issues:

1. Was Mr. Carrasco entitled to an oral interview with the senior immigration officer because he had requested one if his credibility was to be an issue?

[12] En tirant cette conclusion, l'agente d'immigration a noté ce qu'elle a appelé des incohérences sérieuses entre les déclarations que M. Carrasco avait faites dans le Formulaire de renseignements personnels (le FRP) qui avait été déposé devant la section du statut et celles qu'il avait faites au SCRS. Les motifs pour lesquels l'agente a conclu que M. Carrasco appartenait à une catégorie non admissible étaient libellés comme suit:

[TRADUCTION] La preuve, en l'espèce, montre que M. Carrasco Varela est entré dans l'armée, puis a adhéré au Front national de libération sandiniste (le FNLS) de son plein gré; il en a été membre de 1983 à 1989. Il semble que l'intéressé ait été un gardien de prison vigilant puisque ses supérieurs l'ont choisi pour certaines affectations étant donné qu'il avait fait la preuve qu'il était également un soldat fiable. M. Carrasco a lui-même témoigné avoir eu connaissance d'un nombre fort élevé d'interrogatoires, à la prison, ainsi que d'actes de torture, de la disparition de prisonniers et du fait que l'on privait les prisonniers des nécessités de la vie. On ne pouvait considérer l'intéressé comme ayant simplement été témoin des événements qui se produisaient à la prison puisque les gardes devaient arracher des renseignements aux prisonniers.

M. Carrasco Varela a admis avoir été présent lors de la capture de quatre personnes qui avaient enlevé un attaché militaire soviétique et que, même s'il portait des armes, il n'avait pas participé à la capture elle-même. Encore une fois, on a choisi l'intéressé ainsi que quatre autres individus en vue de mettre ces prisonniers à mort; on a demandé aux prisonniers de courir et de servir ainsi de cible. Les prisonniers ont tous été tués. L'intéressé nie avoir utilisé son arme. Il est difficile de croire que M. Carrasco Varela ait assisté à ces événements et d'accepter ensuite la déclaration qu'il a faite, à savoir qu'il n'avait pas participé à l'exécution de ces prisonniers.

Le dossier sur les droits de la personne au Nicaragua pour les années 1986 à 1989 qu'Amnistie internationale a préparé donne des détails sur les événements et sur les mauvais traitements infligés aux prisonniers dans les prisons au Nicaragua, et relate le témoignage de gens qui ont été emprisonnés à la prison «Le Chipote». Ce rapport a été utile aux fins des recherches qui ont été effectuées dans la présente affaire.

LES POINTS LITIGIEUX

[13] Dans le cadre de la présente demande, M. Carrasco soulève les points litigieux ci-après énoncés:

1. M. Carrasco avait-il droit à une entrevue auprès de l'agente principale du fait qu'il en avait demandé une, si sa crédibilité devait être en cause?

- | | |
|---|---|
| <p>2. Was the Minister estopped from relying upon the finding of the Refugee Division?</p> <p>3. Did the senior immigration officer err in rejecting Mr. Carrasco's credibility and then using that rejection to prove conduct on the part of Mr. Carrasco?</p> <p>4. Did the senior immigration officer err in failing to consider the defences raised by Mr. Carrasco to the allegation that he was inadmissible?</p> <p>5. Did the senior immigration officer rely on extrinsic evidence to reach her finding of credibility?, and</p> <p>6. Do the applicants have the right to be landed or processed under section 38 of the Act, or does the respondent have to at least consider a recommendation to the Governor in Council under section 38 of the Act?</p> | <p>2. Était-il interdit au ministre, pour des raisons d'irrecevabilité, de se fonder sur la conclusion tirée par la section du statut?</p> <p>3. L'agente principale a-t-elle commis une erreur en remettant en question la crédibilité de M. Carrasco et en se fondant ensuite sur sa conclusion pour établir la conduite de celui-ci?</p> <p>4. L'agente principale a-t-elle commis une erreur en omettant de tenir compte des moyens de défense invoqués par M. Carrasco à l'encontre de l'allégation selon laquelle il n'était pas admissible?</p> <p>5. L'agente principale s'est-elle fondée sur une preuve extrinsèque pour tirer la conclusion relative à la crédibilité?</p> <p>6. Les demandeurs peuvent-ils obtenir le droit d'établissement ou peuvent-ils faire traiter leur demande en vertu de l'article 38 de la Loi, ou le défendeur doit-il du moins tenir compte d'une recommandation au gouverneur en conseil en vertu de l'article 38 de la Loi?</p> |
|---|---|

ANALYSIS

(1) Was Mr. Carrasco entitled to an oral interview?

[14] Mr. Carrasco was interviewed by CSIS officials in July of 1994 and by an immigration officer in February of 1998. Notwithstanding his request, Mr. Carrasco was not interviewed by the senior immigration officer who rendered the decision at issue in this proceeding. Mr. Carrasco submitted that if there was a credibility concern, fairness required that he be given an interview so that his credibility could be properly assessed. Reliance was placed upon remarks of McKeown J. in *Tehrankari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 1420, (T.D.) (QL) where, in setting aside a Minister's danger opinion Justice McKeown observed that [at paragraph 6] "[i]f the Minister and his officials doubt any part of the applicant's evidence, they must provide the applicant with an oral hearing", and upon *dicta* of Heald J. in *Kaberuka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 252 (T.D.) who, when considering a conclusion of a senior immigration officer, noted that where credibility is assessed,

ANALYSE

1) M. Carrasco avait-il droit à une entrevue?

[14] M. Carrasco a été interrogé par des représentants du SCRS au mois de juillet 1994 et par un agent d'immigration au mois de février 1998. Même s'il l'avait demandé, M. Carrasco n'a pas eu d'entrevue avec l'agente principale qui a pris la décision ici en cause. M. Carrasco a soutenu que si la question de la crédibilité se posait, l'équité exigeait qu'on lui accorde une entrevue de façon que sa crédibilité puisse être appréciée d'une façon adéquate. Il s'est fondé sur les observations que le juge McKeown avait faites dans la décision *Tehrankari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1420 (1^{re} inst.) (QL), où, en annulant l'avis de danger du ministre, le juge McKeown avait fait remarquer qu'[au paragraphe 6] «[s]i le ministre et ses fonctionnaires entretiennent des doutes sur un élément de la preuve du demandeur, ils doivent tenir une audience pour l'entendre de vive voix», ainsi que sur les remarques incidentes que le juge Heald avait faites dans la décision *Kaberuka c. Canada (Ministre de*

normally an oral hearing and a fuller opportunity to know the case to be met is required.

[15] In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, the Supreme Court of Canada observed, at paragraph 33, that an oral hearing is not always required “to ensure a fair hearing and consideration of the issues involved”. What is required is meaningful participation in the decision-making process.

[16] I am satisfied from Mr. Carrasco’s counsel’s written submission to the immigration officer that Mr. Carrasco and his counsel knew the issue to be addressed and the allegation against Mr. Carrasco. In that sense Mr. Carrasco had the opportunity to have meaningful participation in the decision-making process. Further, the immigration officer’s decision appears to have been made in largest part on the basis of admissions made by Mr. Carrasco as to his involvement in certain events and inferences drawn from those admissions.

[17] In those circumstances, I am unable to conclude that Mr. Carrasco was denied a fair hearing because he was not interviewed by the decision-maker.

(2) Was the Minister estopped from relying upon the finding of the Refugee Division?

[18] Mr. Carrasco argued that the Minister’s permit was originally issued to him on the basis of the Minister’s acceptance of the humanitarian and compassionate considerations surrounding his case. Having accepted those submissions, the Minister was said to be estopped from now refusing to process Mr. Carrasco’s application on humanitarian and compassionate grounds.

[19] I do not find this submission to be persuasive. No reasons were given for the issuance of the

l’Emploi et de l’Immigration), [1995] 3 C.F. 252 (1^{re} inst.), lequel en examinant une conclusion tirée par un agent principal, avait dit que lorsque la crédibilité est appréciée, une audience et une occasion plus complète de prendre connaissance des allégations à réfuter sont normalement requises.

[15] Dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, la Cour suprême du Canada a fait observer, au paragraphe 33, qu’une audience n’est pas toujours nécessaire «pour garantir l’audition et l’examen équitables des questions en jeu». Ce qui est nécessaire, c’est une participation valable au processus décisionnel.

[16] Compte tenu des observations écrites que l’avocat de M. Carrasco a soumises à l’agente d’immigration, je suis convaincue que M. Carrasco et son avocat étaient au courant de la question à examiner et de l’allégation qui avait été faite contre M. Carrasco. En ce sens, M. Carrasco avait la possibilité de participer d’une façon valable au processus décisionnel. En outre, la décision de l’agente d’immigration semble être en majeure partie fondée sur les aveux que M. Carrasco a faits au sujet de sa participation à certains événements et sur les inférences que l’agente a faites à partir de ces aveux.

[17] Dans ces conditions, je ne puis conclure que M. Carrasco n’a pas bénéficié d’une audience équitable du fait que le décideur ne l’a pas interrogé.

2) Était-il interdit au ministre, pour des raisons d’irrecevabilité, de se fonder sur la conclusion tirée par la section du statut?

[18] M. Carrasco a soutenu que le permis du ministre lui avait initialement été délivré parce que le ministre reconnaissait les considérations d’ordre humanitaire applicables à son cas. Ayant reconnu ces considérations, le ministre ne pourrait plus maintenant refuser de traiter la demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire présentée par M. Carrasco.

[19] À mon avis, cet argument n’est pas convaincant. Aucun motif n’a été fourni à l’appui de la

Minister's permits. It would seem that the permits could have been issued for any of a number of reasons. I am not prepared to speculate on the reasons for their issuance for the purpose of finding a representation sufficient to ground a plea of estoppel.

[20] Further, an application under subsection 114(2) of the Act for processing on humanitarian and compassionate grounds engages a two-step process. First, there is an assessment of whether an applicant should be exempted from the requirement of obtaining an immigrant visa outside of Canada. If a positive decision is made, there is then an assessment conducted of whether an applicant is admissible or otherwise meets the requirements for admission.

[21] Here a positive humanitarian and compassionate decision was made at the first step of the analysis. I find nothing to indicate that Mr. Carrasco was to be exempted from the second step. His assertion to that effect is in fact contradicted by the terms on which the first Minister's permit was issued. Those terms were as follows:

To this end, once the removal order has been effected via the USA, the Minister has authorized the issuance of Minister's Permits for their re-entry into Canada. Once in the country, subjects are to be landed after they have complied successfully with all statutory requirements.

(3) Did the immigration officer err in rejecting Mr. Carrasco's credibility and then relying upon that rejection to prove conduct on Mr. Carrasco's part?

[22] Mr. Carrasco took issue with the following statements by the senior immigration officer: "Subject denies that he every [*sic*] fired his weapon. It is difficult to believe that Mr. Carrasco Varela was present at these events and then accept his statement that he is innocent of taking part in the execution of these prisoners."

[23] Mr. Carrasco submitted that the officer found that because Mr. Carrasco's denial was not true the

délivrance des permis du ministre. Il semble que les permis auraient pu être délivrés pour l'une ou l'autre de nombreuses raisons. Je ne suis pas prête à faire des conjectures au sujet des raisons de leur délivrance, conjectures qui permettraient de conclure à l'existence de représentations suffisantes justifiant un moyen de défense fondé sur l'irrecevabilité.

[20] En outre, une demande de traitement fondée sur des raisons d'ordre humanitaire présentée en vertu du paragraphe 114(2) de la Loi donne lieu à une procédure à deux étapes. Il faut tout d'abord déterminer si le demandeur doit être dispensé de l'exigence voulant qu'il obtienne un visa d'immigrant en dehors du Canada. Dans l'affirmative, il faut déterminer si le demandeur est admissible ou s'il satisfait par ailleurs aux conditions d'admission.

[21] En l'espèce, une décision favorable fondée sur des raisons d'ordre humanitaire a été prise à la première étape de l'analyse. Je ne puis rien trouver qui indique que M. Carrasco devait être dispensé de se soumettre à la seconde étape. Les conditions de délivrance du premier permis du ministre contredisent en fait l'assertion que M. Carrasco a faite en ce sens. Il s'agit des conditions suivantes:

[TRADUCTION] À cette fin, une fois que la mesure de renvoi aux États-Unis a été prise, le ministre a autorisé la délivrance des permis en vue de leur nouvelle admission au Canada. Une fois qu'ils sont au pays, les intéressés doivent obtenir le droit d'établissement après avoir satisfait à toutes les exigences légales.

3) L'agente d'immigration a-t-elle commis une erreur en remettant en question la crédibilité de M. Carrasco et en se fondant ensuite sur sa conclusion pour établir la conduite de celui-ci?

[22] M. Carrasco a contesté les déclarations suivantes de l'agente principale: [TRADUCTION] «L'intéressé nie avoir utilisé son arme. Il est difficile de croire que M. Carrasco Varela ait assisté à ces événements et d'accepter ensuite la déclaration qu'il a faite, à savoir qu'il n'avait pas participé à l'exécution de ces prisonniers.»

[23] M. Carrasco a soutenu que l'agente avait conclu que puisqu'il avait fait une fausse déclaration, le

opposite was thereby established, that is, that Mr. Carrasco fired his weapon.

[24] I find no merit in this submission. In my view, the immigration officer merely noted that Mr. Carrasco had not satisfied her that he was an innocent bystander at the execution of four prisoners.

(4) Did the immigration officer err in failing to consider the defences raised by Mr. Carrasco to the allegation that he was inadmissible?

[25] At the material time, paragraph 19(1)(j) of the Act provided:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the *Criminal Code* and that, if it had been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission. [Underlining added.]

[26] The statute expressly recognizes that to fall within paragraph 19(1)(j) of the Act, the crime, if it had been committed in Canada, must have at that time constituted an offence against the laws of Canada. It follows that an individual may rely upon defences provided in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 to establish that conduct would not have constituted an offence in Canada.

[27] In *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, the Supreme Court of Canada recognized that the defences of obedience to superior orders and compulsion were, as a matter of law, available to members of the military or police forces in prosecutions for war crimes and crimes against humanity.

[28] In the present case, in addition to stating that he refused to participate in the execution of prisoners (and that he was hit, threatened with a gun, arrested,

contraire de ce qu'il avait dit était établi, c'est-à-dire qu'il avait utilisé son arme.

[24] À mon avis, cet argument n'est pas fondé. J'estime que l'agente d'immigration a simplement fait remarquer que M. Carrasco n'avait pas réussi à la convaincre qu'il avait simplement été témoin de l'exécution de quatre prisonniers.

4) L'agente d'immigration a-t-elle commis une erreur en omettant de tenir compte des moyens de défense invoqués par M. Carrasco à l'encontre de l'allégation selon laquelle il n'était pas admissible?

[25] Pendant la période en cause, l'alinéa 19(1)(j) de la Loi prévoyait ce qui suit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel* et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration. [Non souligné dans l'original.]

[26] La loi reconnaît expressément que, pour que l'alinéa 19(1)(j) de la Loi s'applique, le crime, s'il avait été commis au Canada, devait à ce moment-là constituer une infraction au droit canadien. Par conséquent, un individu peut se fonder sur les moyens de défense prévus dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, pour établir que la conduite reprochée n'aurait pas constitué une infraction au Canada.

[27] Dans l'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, la Cour suprême du Canada a reconnu que les moyens de défense fondés sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et sur la contrainte pouvaient en droit être invoqués par les membres des forces armées ou policières dans les poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

[28] En l'espèce, en plus de dire qu'il avait refusé de participer à l'exécution de prisonniers (et qu'on l'avait battu, menacé à la pointe d'un fusil, arrêté, interrogé

interrogated and detained as a result of that refusal), Mr. Carrasco relied upon the defences of obedience to superior orders not manifestly unlawful, and of compulsion.

[29] There is no indication that those defences were given any consideration by the immigration officer. It was submitted on the respondent's behalf that the immigration officer was not obliged to summarize all of the arguments placed before her by Mr. Carrasco, that it is reasonable to conclude that the submissions were considered and that what is important is that the officer recorded the evidence which she relied upon.

[30] In *Baker, supra*, the Supreme Court of Canada found that due to the profound importance to an individual of a decision made pursuant to subsection 114(2) of the Act, reasons are required. In the present case, the requirement to give reasons was met by the provision of the senior immigration officer's notes.

[31] One of the purposes of the requirement that reasons be provided by decision-makers is to allow the parties to satisfy themselves that applicable issues have been properly considered. This has great importance in an application for judicial review of a discretionary decision because while those decisions are generally given significant deference, discretion is to be exercised in accordance with the principles of administrative law, including the requirement that the decision-maker have regard to relevant factors.

[32] In the present case, not only do the notes of the senior immigration officer not make any reference to the defences raised by Mr. Carrasco, but they do not refer to the facts asserted by Mr. Carrasco which were relevant to those defences.

[33] In the absence of any reference to either the legal or factual basis of Mr. Carrasco's defences, I conclude that the senior immigration officer's reasons do not stand up to a somewhat probing examination. The absence of reference either to the defences or to their factual underpinning leads me to conclude that

et détenu par suite de ce refus), M. Carrasco a invoqué comme moyen de défense la contrainte et le fait qu'il avait obéi à des ordres qui n'étaient pas manifestement illégaux donnés par des supérieurs.

[29] Rien ne montre que l'agente d'immigration ait tenu compte de ces moyens de défense. Il a été soutenu pour le compte du défendeur que l'agente d'immigration n'était pas obligée de résumer tous les arguments que M. Carrasco avait invoqués devant elle, qu'il est raisonnable de conclure qu'il a été tenu compte des arguments en question et que ce qui importe, c'est que l'agente ait indiqué dans le dossier sur quelle preuve elle s'était appuyée.

[30] Dans l'arrêt *Baker*, précité, la Cour suprême du Canada a conclu qu'étant donné l'énorme importance qu'a pour un individu une décision fondée sur le paragraphe 114(2) de la Loi, il faut fournir des motifs. En l'espèce, cette obligation a été respectée puisque l'agente principale a fourni des notes.

[31] L'obligation pour le décideur de fournir des motifs vise notamment à permettre aux parties de s'assurer que les questions pertinentes ont été examinées d'une façon appropriée. Cela a énormément d'importance dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire se rapportant à une décision discrétionnaire parce que, même si en général l'on fait preuve de beaucoup de retenue à l'égard de ces décisions, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux principes applicables en droit administratif, et notamment à l'exigence voulant que le décideur tienne compte des facteurs pertinents.

[32] En l'espèce, non seulement il n'est pas fait mention, dans les notes de l'agente principale, des moyens de défense invoqués par M. Carrasco, mais il n'est pas fait mention non plus des faits énoncés par M. Carrasco à l'égard de ces moyens de défense.

[33] En l'absence de toute mention du fondement juridique ou factuel des moyens de défense invoqués par M. Carrasco, je conclus que les motifs énoncés par l'agente principale ne résistent pas à un examen quelque peu approfondi. Le fait qu'il n'est fait mention ni des moyens de défense ni de leurs fondements

the decision was made without regard to relevant considerations. Hence the decision was unreasonable and it should be set aside.

[34] Because the matter will be remitted to a different immigration officer, I think it prudent to comment on the two remaining procedural issues raised by Mr. Carrasco without commenting on the merits of his position.

(5) Was there reliance upon extrinsic evidence?

[35] The senior immigration officer referred to discrepancies between statements made by Mr. Carrasco in his PIF and those made to CSIS, as contained in a CSIS report. Mr. Carrasco had unsuccessfully sought production of the CSIS material. It was submitted that it was a reviewable error to assess Mr. Carrasco's credibility against material never disclosed to him.

[36] In response, it was argued on the Minister's behalf that the notes from the Kitchener interview showed that discrepancies were put to Mr. Carrasco and that he was given the opportunity to reply to the concerns. This was said to comply with the requirements of fairness.

[37] The duty of fairness is contextual, but as noted in *Baker, supra*, it requires the ability to meaningfully participate in the decision-making process. This is particularly true where the decision has a profound effect upon an individual. If Mr. Carrasco's credibility is to be at issue, and if it is to be assessed at least in part upon the basis of answers given on prior occasions (answers which are said to be discrepant), it seems to me that meaningful participation requires that the content of those prior answers be provided to Mr. Carrasco. Otherwise, how is he to argue in any meaningful way whether the answers are discrepant or whether an explanation exists for any discrepancies? Provision of the totality of his earlier remarks might well also enable affirmative arguments to be advanced,

factuels m'amène à conclure que la décision a été prise sans qu'il soit tenu compte des considérations pertinentes. La décision était donc déraisonnable et elle doit être annulée.

[34] Étant donné que l'affaire sera renvoyée à un autre agent d'immigration, je crois qu'il est prudent de faire des remarques au sujet des deux autres questions de procédure soulevées par M. Carrasco sans toutefois faire de commentaires au sujet du bien-fondé de la position que celui-ci a prise.

5) L'agente s'est-elle fondée sur une preuve extrinsèque?

[35] L'agente principale a mentionné les incohérences qui existaient entre les déclarations que M. Carrasco avait faites dans son FRP et celles qu'il avait faites au SCRS et qui sont consignées dans le rapport du SCRS. M. Carrasco a demandé en vain qu'on produise les documents du SCRS. M. Carrasco a soutenu que le fait d'apprécier sa crédibilité à l'aide de documents qui ne lui ont jamais été communiqués constitue une erreur susceptible de révision.

[36] En réponse, le ministre a soutenu que les notes prises lors de l'entrevue, à Kitchener, montraient que les incohérences avaient été portées à l'attention de M. Carrasco et que celui-ci avait eu la possibilité de répondre aux questions qui se posaient. On a affirmé que cela satisfaisait à l'obligation d'équité.

[37] L'obligation d'équité dépend du contexte, mais comme il a été noté dans l'arrêt *Baker*, précité, il faut que la personne concernée puisse participer d'une façon valable au processus décisionnel. Cela est particulièrement vrai lorsque la décision a des conséquences sérieuses pour l'individu. Si la crédibilité de M. Carrasco doit être remise en question et si elle doit être appréciée du moins en partie compte tenu des réponses antérieurement données (réponses qui, dit-on, sont incohérentes), il me semble que, pour qu'il y ait participation valable, il faut porter le contenu de ces réponses antérieures à la connaissance de M. Carrasco. Autrement, comment M. Carrasco peut-il vraiment répondre à la question de savoir si les réponses sont incohérentes ou donner des explications à cet égard?

for example an argument as to how consistent his remarks have been over time if that is in question. Mr. Carrasco was the source of the prior statements, therefore it seems that no issue of confidentiality could arise. There would seem to be no good reason why Mr. Carrasco should not be advised at least as to the contents of his prior statements so as to provide him with the ability to participate meaningfully in the decision-making process.

(6) Do the applicants have the right to be landed or processed under section 38 of the Act, or does the Minister have a duty to at least consider a recommendation under section 38 of the Act?

[38] In this proceeding the parties disputed the applicants' entitlement to a decision under section 38 of the Act. The Minister noted that in this application the relief sought was for an order that the decision of the senior immigration officer with respect to landing be set aside. The Minister therefore submitted that the applicants have not requested an exercise of discretion under section 38 of the Act.

[39] The respondent correctly described the relief sought in this proceeding and, as set out above, an order will issue setting aside the decision of the senior immigration officer. However, as this issue was fully argued before me, the parties are, I believe, entitled to my view of the applicants' entitlement to processing under section 38 of the Act. This determination requires a review of the history of the parties' dealings.

[40] The applicants have been in possession, since 1993, of Minister's permits bearing the code "Case Type: 86". It is common ground, with reference to the relevant immigration manual, that this code indicates that the applicants' case has been approved for processing within Canada.

En informant M. Carrasco de toutes les remarques qu'il a faites antérieurement, on pourrait bien également créer la possibilité que des arguments favorables soient avancés par exemple, le cas échéant, l'argument portant sur la question de savoir jusqu'à quel point les remarques qu'il a faites à divers moments sont compatibles les unes avec les autres. M. Carrasco était l'auteur des déclarations antérieures, de sorte qu'aucune question de confidentialité ne semble pouvoir se poser. Il ne semble y avoir aucune bonne raison de ne pas informer M. Carrasco au moins du contenu de ses déclarations antérieures de façon à lui permettre de participer d'une façon valable au processus décisionnel.

6) Les demandeurs peuvent-ils obtenir le droit d'établissement ou faire traiter leur demande en vertu de l'article 38 de la Loi, ou le ministre doit-il du moins tenir compte d'une recommandation en vertu de l'article 38 de la Loi?

[38] Dans la présente instance, les parties se sont affrontées sur le droit des demandeurs d'obtenir une décision en vertu de l'article 38 de la Loi. Le ministre a fait remarquer qu'en l'espèce, les demandeurs sollicitent une ordonnance annulant la décision que l'agente principale a prise au sujet du droit d'établissement. Le ministre a donc soutenu que les demandeurs n'ont pas demandé que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 de la Loi soit exercé.

[39] Le défendeur a correctement décrit la réparation sollicitée dans la présente instance et, comme il en a ci-dessus été fait mention, une ordonnance annulant la décision de l'agente principale sera rendue. Toutefois, étant donné que cette question a été pleinement débattue devant moi, les parties ont selon moi le droit de connaître mon avis en ce qui concerne le droit que les demandeurs ont de faire traiter leur demande en vertu de l'article 38 de la Loi. Cette prise de position nécessite un examen historique de l'affaire.

[40] Depuis 1993, les demandeurs sont en possession de permis du ministre délivrés sous le code «Type de cas: 86». En considération du Guide de l'immigration pertinent, il est reconnu que ce code indique que le cas des demandeurs a été approuvé aux fins du traitement à l'intérieur du Canada.

[41] In 1993, the applicants applied for landing under subsection 114(2) of the Act, paying, Mr. Carrasco said, the required fee. Over five years elapsed without any determination being made on the section 114 application and so the applicants brought an application before this Court for *mandamus*. In that proceeding, a declaration apparently was sought as to the applicants' rights under section 38 of the Act. The issue was certainly raised in the applicants' record.

[42] The decision at issue in the present proceeding was made before the application for *mandamus* was heard by the Court, and so the application for *mandamus* was dismissed on consent, the request for *mandamus* being moot. The respondent now says that no request for an exercise of discretion under section 38 of the Act has been made, and that in any event, section 38 of the Act does not provide an absolute right to landing.

[43] Subsection 38(1) of the Act provides as follows:

38. (1) Notwithstanding any other provision of this Act or the regulations, but subject to subsection (2), the Governor in Council may authorize the landing of any person who at the time of landing has resided continuously in Canada for at least five years under the authority of a written permit issued by the Minister under this Act.

[44] Subsection 38(2) of the Act is not relevant to this proceeding.

[45] It can be seen that a Minister's permit allows persons inadmissible under section 19 of the Act, or who may be reported under subsection 27(2) of the Act, to come into or remain in Canada. CIC's Inland Processing Manual states that immigration policy allows for Minister's permits to be issued where:

(a) there are compelling grounds to allow the person to enter and, or, remain in Canada, keeping in mind the objectives of the Act;

[41] En 1993, les demandeurs ont sollicité le droit d'établissement en vertu du paragraphe 114(2) de la Loi et ont payé, selon les dires de M. Carrasco, le prix exigé. Plus de cinq années se sont écoulées sans qu'une décision ait été prise au sujet de la demande fondée sur l'article 114 de sorte que les demandeurs ont présenté devant la Cour fédérale une demande visant à l'obtention d'un *mandamus*. Dans cette instance-là, les demandeurs ont apparemment demandé qu'un jugement déclaratoire soit rendu au sujet des droits qu'ils ont en vertu de l'article 38 de la Loi. La question a certes été soulevée dans le dossier des demandeurs.

[42] La décision ici en cause a été rendue avant l'audition de la demande de *mandamus*, de sorte que cette dernière demande a été rejetée sur consentement puisqu'elle n'avait plus aucun intérêt pratique. Le défendeur affirme maintenant qu'aucune demande n'a été faite en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 de la Loi et que, de toute façon, l'article 38 de la Loi ne confère pas un droit absolu en ce qui concerne l'établissement.

[43] Le paragraphe 38(1) de la Loi prévoit ce qui suit:

38. (1) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi et à ses règlements mais sous réserve du paragraphe (2), le gouverneur en conseil peut accorder le droit d'établissement à toute personne ayant, au moment où ce droit est accordé, résidé sans interruption au Canada pendant au moins cinq ans au titre d'un permis délivré par le ministre sous le régime de la présente loi.

[44] Le paragraphe 38(2) de la Loi n'est pas pertinent quant aux fins qui nous occupent.

[45] Comme on peut le voir, le permis du ministre autorise les personnes qui sont non admissibles en vertu de l'article 19 de la Loi ou qui peuvent faire l'objet d'un rapport en vertu du paragraphe 27(2) de la Loi à entrer ou à rester au Canada. Le Guide sur le traitement des demandes au Canada du CIC dit que la politique d'immigration autorise la délivrance de permis du ministre dans les cas suivants:

(a) lorsqu'existent, eu égard aux objectifs de la Loi, des raisons très importantes qui justifient d'autoriser la personne à entrer ou rester au Canada;

(b) the need for the person to come into or remain in Canada outweighs the risk of their presence in Canada; and

(c) discretionary entry or reinstatement of visitor status are not appropriate alternatives.

[46] To determine whether the applicants are entitled to be processed under section 38 of the Act, there are two issues to consider: first, has a right to apply for consideration under section 38 of the Act accrued to the applicants?; and second, have the applicants sought to exercise that right so that a duty arose at law for the respondent to consider the applicants for landing under section 38 of the Act?

[47] The applicants have been in Canada continuously for at least five years on Minister's permits. I find, therefore, that a right accrued to them to apply for consideration under section 38 of the Act.

[48] As to whether the applicants have sought to exercise that right, I agree with the respondent that the general rule is that there must be a prior request for the exercise of a discretion (see: *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.); and *Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 316 (F.C.T.D.)).

[49] In order to consider whether the applicants have made a proper prior request for the exercise of discretion under section 38 of the Act, the scheme of the Act and the Regulations must be reviewed.

[50] In addition to subsection 38(1) of the Act, other relevant provisions, in my view, are found in subsection 114(2) and section 115 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 30] of the Act, section 2.1 of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 [as enacted by SOR/93-44, s. 12] (Regulations), section 2 of the *Immigration Act Fees Regulations, SOR/97-22* (Fees Regulations) and item 18 of the Schedule to the

(b) la nécessité pour la personne concernée de venir ou de rester au Canada est plus importante que le risque associé à la présence de cette personne au Canada;

(c) l'admission en application du pouvoir discrétionnaire ou la réintégration dans le statut de visiteur ne constituent pas des options qui conviendraient mieux.

[46] Pour déterminer si les demandeurs peuvent faire traiter leur demande en vertu de l'article 38 de la Loi, il faut examiner deux questions, à savoir si les demandeurs ont acquis le droit de solliciter un examen en vertu de l'article 38 de la Loi et si les demandeurs ont cherché à exercer ce droit de sorte que le défendeur avait juridiquement l'obligation d'examiner la demande de droit d'établissement en vertu de l'article 38 de la Loi.

[47] Les demandeurs résident sans interruption au Canada depuis au moins cinq ans au titre de permis délivrés par le ministre. Je conclus donc qu'ils ont acquis le droit de solliciter un examen en vertu de l'article 38 de la Loi.

[48] Quant à la question de savoir si les demandeurs ont cherché à exercer ce droit, je suis d'accord avec le défendeur pour dire qu'en règle générale, une demande concernant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit être faite (voir *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); et *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 316 (C.F. 1^{re} inst.)).

[49] Pour déterminer si les demandeurs ont demandé d'une façon appropriée que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 de la Loi soit exercé, il faut examiner l'économie de la Loi et du Règlement.

[50] En plus du paragraphe 38(1) de la Loi, d'autres dispositions qui sont à mon avis pertinentes figurent au paragraphe 114(2) et à l'article 115 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 30] de la Loi, à l'article 2.1 du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 [édicte par DORS/93-44, art. 12] (le Règlement), à l'article 2 du *Règlement sur les prix à payer—Loi sur l'immigration*, DORS/97-22 (le Règle-

Fees Regulations.

[51] Subsection 38(1) of the Act confers on the Governor in Council broad discretion, notwithstanding any other provision of the Act or the Regulations, to authorize the landing of a person. "Landing" is defined in subsection 2(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1] of the Act to mean "lawful permission to establish permanent residence in Canada".

[52] Subsection 114(2) of the Act authorizes the Governor in Council, by regulation, to authorize the Minister to exempt any person from any regulation made under the Act, or otherwise facilitate the admission of a person, where satisfied that admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations. This is a more restricted discretion than that granted by section 38 of the Act. It is more restricted because the decision-maker is bound by the Act and must be satisfied as to the existence of compassionate or humanitarian grounds. "Admission" as used in subsection 114(2) of the Act is defined in subsection 2(1) of the Act to mean "entry or landing".

[53] By section 2.1 of the Regulations, the Minister is authorized to exercise the discretion granted under subsection 114(2) of the Act to the Governor in Council.

[54] Section 115 of the Act in paragraph (a) empowers the Minister to, by order, establish forms as the Minister deems necessary for the purposes of the administration of the Act. No forms have been provided for the purpose of requesting the exercise of discretion under section 38 of the Act.

[55] Section 2 of the Fees Regulations states that in addition to any other requirement of the Act or the Regulations, an application is not a duly completed application until the prescribed fees in relation to it are paid. Item 18 to the Schedule to the Fees Regulations deals with the processing fee for a request to the Governor in Council pursuant to subsection 38(1) of the Act. It expressly provides that the fee is payable

ment sur les prix), et à l'article 18 de l'annexe du Règlement sur les prix.

[51] Le paragraphe 38(1) de la Loi confère au gouverneur en conseil un large pouvoir discrétionnaire, par dérogation aux autres dispositions de la Loi et à ses règlements, lorsqu'il s'agit d'accorder le droit d'établissement à une personne. L'expression «droit d'établissement» est définie au paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1] de la Loi: «Autorisation d'établir sa résidence permanente au Canada.»

[52] Le paragraphe 114(2) de la Loi permet au gouverneur en conseil, par règlement, d'autoriser le ministre à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes de la Loi ou à faciliter l'admission de toute autre manière. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire plus restreint que celui qui est prévu à l'article 38 de la Loi. Ce pouvoir est plus restreint parce que le décideur est lié par la Loi et doit être convaincu de l'existence de raisons d'ordre humanitaire. Le mot «admission», employé au paragraphe 114(2) de la Loi, est défini au paragraphe 2(1) de la Loi: «Autorisation de séjour ou droit d'établissement.»

[53] L'article 2.1 du Règlement autorise le ministre à exercer le pouvoir discrétionnaire conféré au gouverneur en conseil aux termes du paragraphe 114(2) de la Loi.

[54] L'alinéa 115a) de la Loi permet au ministre d'établir, par arrêté, les formulaires qu'il juge nécessaires pour l'application de la Loi. Or, aucun formulaire n'a été prévu en ce qui concerne la demande d'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à l'article 38.

[55] L'article 2 du Règlement sur les prix prévoit qu'outre toute autre exigence de la Loi ou de ses règlements, une demande n'est pas dûment complétée tant que le prix applicable n'est pas acquitté. L'article 18 de l'annexe du Règlement sur les prix traite du prix qui s'applique au traitement d'une recommandation faite au gouverneur en conseil en vertu du paragraphe 38(1) de la Loi. Il prévoit expressément que le

“[a]t the time the person is notified that an immigration officer has decided to process the recommendation”.

[56] From these provisions I take that:

(i) An application under subsection 38(1) of the Act is in substance an application for landing;

(ii) An application under subsection 114(2) of the Act is an application for admission which is capable of meaning an application for landing; and

(iii) It is an immigration officer who decides whether to process a recommendation under subsection 38(1) of the Act.

[57] This latter conclusion is consistent with the guidance provided by Chapter 12 of the Inland Processing Manual, where it is stated at paragraph 8.2.1:

A38(1) landing

. . .

Landing by operation of A38(1) is not automatic. Immigration officers review cases at the end of the five-year period. Their review focuses on need and risk factors (see Section 4, Section 5, Section 6 and Section 7). Any unfavourable change in the balance of these factors (i.e. need has decreased and risk has grown) may be reasons to not process the case for landing.

Note: Immigration officers should discover most such cases before the end of the five year period (see Section 3.9).

If the review is favourable, the immigration officer writes a memorandum recommending landing. The memorandum must clearly identify the client(s) and guarantor(s) by name and FOSS client identification numbers. [Underlining added.]

[58] Within that statutory framework, did the applicants request the exercise of discretion under section 38 of the Act so that a duty arose upon the Minister to consider whether to exercise that discretion?

prix doit être acquitté à la «[d]ate à laquelle la personne est avisée que l’agent d’immigration a décidé d’examiner la recommandation».

[56] Compte tenu de ces dispositions, je tire les conclusions suivantes:

(i) une demande fondée sur le paragraphe 38(1) de la Loi est essentiellement une demande de droit d’établissement;

(ii) une demande fondée sur le paragraphe 114(2) de la Loi est une demande d’admission qui peut également être une demande d’établissement;

(iii) c’est un agent d’immigration qui détermine si une recommandation doit être faite en vertu du paragraphe 38(1) de la Loi.

[57] Cette dernière conclusion est conforme aux directives figurant au chapitre 12 du Guide sur le traitement des demandes au Canada, où il est dit ce qui suit au paragraphe 8.2.1:

L’octroi du droit d’établissement aux termes de L38(1)

[. . .]

L’octroi du droit d’établissement aux termes de L38(1) n’est pas automatique. Les agents d’immigration examinent les cas après une période de cinq ans et s’attardent surtout à l’analyse des besoins et des facteurs de risque (voir les parties 4., 5., 6. et 7.). Tout changement défavorable à l’équilibre entre ces facteurs (c.-à-d. que les besoins ont diminué tandis que les risques ont augmenté) peut être un motif pour ne pas traiter la demande d’octroi du droit d’établissement.

Nota: Les agents d’immigration devraient déceler la plupart de ces cas avant l’expiration de la période de cinq ans (voir la partie 3.9).

Si les résultats de l’examen sont positifs, l’agent d’immigration rédige une note de service recommandant l’octroi du droit d’établissement, dans laquelle il doit clairement identifier le(s) intéressé(s) et le(s) garant(s) par leur nom et le numéro d’identité du client du SSOBL. [Non souligné dans l’original.]

[58] Compte tenu de ce contexte légal, les demandeurs ont-ils demandé que le pouvoir discrétionnaire prévu à l’article 38 de la Loi soit exercé, de sorte que le ministre était tenu de déterminer s’il devait exercer ce pouvoir?

[59] The applicants filed an application on humanitarian and compassionate grounds in November of 1993. As they were granted the visa exemption (as shown by the designation "Case Type: 86" on their Minister's permits), their application became an application for landing. Their application then remained outstanding for over five years, giving the applicants the right to seek consideration under section 38 of the Act. In January of 1999, they sought *mandamus* requesting consideration of their application on the basis of section 38 of the Act. While that proceeding was not adjudicated upon, I conclude from it that the applicants either complied with the requirement that a prior request for an exercise of discretion be made, or that a request for the exercise of such discretion can be implied in the circumstances (see, for example, *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 232 (C.A.)). In either event, it follows that a duty arose on the Minister to consider whether to recommend the exercise of discretion under section 38 of the Act in respect of the applicants.

[60] Notwithstanding that I have concluded that a prior request for the exercise of discretion was made, or can be implied in the circumstances, I note as well that a legitimate expectation that an immigration officer would consider the applicants' case for landing may well have existed so that the duty of fairness required such consideration (see: *Baker, supra*). This expectation would arise from the fact that the Inland Processing Manual directs immigration officers to review cases at the end of the five-year period, and from the reference in the Schedule to the Fees Regulations to the effect that there is to be notification to a person that an immigration officer has decided to process the section 38 recommendation.

CONCLUSION

[61] For the reasons set out herein, the application for judicial review will be allowed.

[59] Les demandeurs ont présenté une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire au mois de novembre 1993. Étant donné qu'ils ont été dispensés de l'obligation d'obtenir un visa (comme le montre la désignation: «Type de cas: 86» figurant sur les permis du ministre), leur demande est devenue une demande de droit d'établissement. Leur demande est alors restée en suspens pendant plus de cinq ans et les demandeurs pouvaient donc solliciter un examen en vertu de l'article 38 de la Loi. Au mois de janvier 1999, ils ont sollicité un *mandamus* et ont demandé que leur demande soit examinée compte tenu de l'article 38 de la Loi. Bien que cette procédure n'ait pas été menée à terme, je conclus que soit que les demandeurs ont satisfait à l'exigence voulant qu'une demande soit faite en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en question soit que, eu égard aux circonstances, il est possible d'inférer que pareille demande a été faite (voir, par exemple, *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 232 (C.A.)). Quoi qu'il en soit, il s'ensuit que le ministre était tenu de déterminer s'il devait recommander que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 38 de la Loi soit exercé à l'égard des demandeurs.

[60] Même si j'ai conclu qu'une demande en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en question a été faite, ou qu'eu égard aux circonstances, il peut être inféré que pareille demande a été faite, je tiens également à faire remarquer qu'il existait peut-être bien une attente légitime voulant qu'un agent d'immigration examine le cas des demandeurs en ce qui concerne le droit d'établissement, de sorte que l'obligation d'équité exigeait cet examen (voir *Baker*, précité). Cette attente découlerait du fait que, dans le Guide sur le traitement des demandes au Canada, on demande aux agents d'immigration d'examiner les cas à la fin de la période de cinq ans ainsi que de la mention figurant dans l'annexe du Règlement sur les prix, à savoir que la personne concernée doit être avisée que l'agent d'immigration a décidé d'examiner la recommandation prévue à l'article 38.

CONCLUSION

[61] Pour les motifs susmentionnés, la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

[62] Counsel are requested to serve and file any submissions with respect to certification of a question of general importance within seven days of receipt of these reasons. Each party will have a further period of three days to serve and file any reply to the submission of the opposite party. Following that, an order will issue allowing the application for judicial review and remitting the matter for redetermination by a different immigration officer.

[62] Les avocats voudront bien signifier et déposer des observations au sujet de la certification d'une question de portée générale dans les sept jours de la réception des présents motifs. Chaque partie disposera d'un délai additionnel de trois jours pour signifier et déposer une réponse aux observations présentées par la partie adverse. Par la suite, une ordonnance accueillant la demande de contrôle judiciaire et renvoyant l'affaire pour réexamen par un autre agent d'immigration sera rendue.

T-1326-00
2001 FCT 511

T-1326-00
2001 CFPI 511

Richard George Chiasson (*Plaintiff*)

Richard George Chiasson (*demandeur*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)

INDEXED AS: CHIASSON v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CHIASSON c. CANADA (1^{re} INST.)

Trial Division, Aronovitch P.—Vancouver, January 19; Ottawa, May 22, 2001.

Section de première instance, protonotaire Aronovitch —Vancouver, 19 janvier; Ottawa, 22 mai 2001.

Crown — Prerogatives — Motion to strike action for mandamus to compel submission of application for Canadian bravery decoration in recognition of rescue of American sailors in 1943 — Nomination form indicating consideration given only to incidents less than two years prior to date of submission — Plaintiff protesting two-year limitation — Canadian Decorations Advisory Committee discussing protest, but upholding time limit, determining case inadmissible for consideration — Crown submitting Canadian Bravery Decorations Regulations, 1996 giving Committee unrestricted prerogative authority to determine eligibility requirements, including imposition of time bar — Recent cases indicating some erosion of immunity from judicial scrutiny of exercise of Crown prerogative — Issue whether decision to apply time limit exercise of Crown prerogative, beyond scope of review — To extent requiring determination of scope of Committee's powers by reference to letters patent and Regulations, may be subject to review — Whether may be judicial review of particular decision made by virtue of delegated Crown prerogative, requiring determination on merits, on case-by-case basis, having regard to breadth of power, nature of impugned decision.

Couronne — Prérogatives — Demande de radiation d'une action visant l'obtention d'un mandamus afin de forcer la présentation d'une demande de décoration canadienne pour acte de bravoure en reconnaissance d'un sauvetage de marins américains en 1943 — Le formulaire de candidature indiquait que seuls les incidents survenus moins de deux ans avant la date de présentation pouvaient être considérés — Le demandeur a contesté la prescription de deux ans — Le Conseil des décorations canadiennes a discuté de cette contestation, mais il a maintenu la prescription, et conclu que la demande était inadmissible — La Couronne a fait valoir que le Règlement sur les décorations canadiennes pour actes de bravoure (1996) conférait au Conseil une prérogative absolue pour déterminer les conditions d'admissibilité, y compris l'imposition d'une prescription — Des décisions récentes indiquent une certaine érosion de cette immunité mettant l'exercice d'une prérogative royale à l'abri de tout examen judiciaire — La question est de savoir si la décision d'appliquer une prescription constitue l'exercice d'une prérogative royale qui échappe au contrôle judiciaire — Dans la mesure où il faut à cette fin qu'une décision soit rendue quant à l'ampleur des pouvoirs du Conseil découlant des lettres patentes et du Règlement, cette question est sans doute susceptible de contrôle — Pour déterminer si une décision donnée prise en application d'une prérogative royale déléguée est susceptible de contrôle, le tribunal doit rendre une décision au fond, au cas par cas, en tenant compte de l'ampleur du pouvoir en cause et de la nature de la décision contestée.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Motion to strike action for mandamus to compel submission of nomination for Canadian bravery decoration in recognition of 1943 rescue of American sailors — Consideration given only to incidents less than two years prior to date of submission — Plaintiff protesting two-year limitation — Canadian Decorations Advisory Committee discussing protest, but upholding time limit, determining case inadmissible for consideration — Crown submitting action moot as plaintiff already obtaining relief sought i.e. Committee already reviewing nomination — Action not moot — Issue precisely whether

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Requête en radiation d'une action visant l'obtention d'un mandamus pour forcer la présentation d'une demande de décoration canadienne pour acte de bravoure en reconnaissance du sauvetage en 1943 de marins américains — Ne sont examinés que les incidents survenus moins de deux ans avant la date de la présentation — Le demandeur a contesté la prescription de deux ans — Le Conseil des décorations canadiennes a discuté de cette contestation, mais il a maintenu la prescription, et conclu que la candidature ne pouvait être examinée — La Couronne prétendait que

within Committee's powers to decline to further consider application — Plaintiff's case not bereft of any possibility of success — Cases indicating erosion of immunity from judicial scrutiny of exercise of Crown prerogative — Determination of scope of Committee's powers by reference to letters patent, Regulations may be subject to judicial review.

Practice — Commencement of proceedings — Action for mandamus to compel submission of application for Canadian bravery decoration — Federal Court Act, s. 18.1(3) providing writ of mandamus may only be sought by way of application for judicial review — Although action for mandamus improper, defect as to form only — Federal Court Rules, 1998, r. 57 may be invoked to convert action to judicial review application.

Administrative law — Judicial review — Mandamus — Motion to strike action for mandamus to compel submission of application for Canadian bravery decoration for actions occurring more than two years previously for determination on merits — Mandamus may only be sought by application for judicial review under Federal Court Act, s. 18.1(3), but action could be converted to application for judicial review under Federal Court Rules, 1998, r. 57 — Motion dismissed — Plaintiff's case not bereft of possibility of success — Issue whether decision to apply time bar exercise of Crown prerogative, beyond scope of review — To extent calling for determination of Committee's powers by reference to letters patent, Regulations may be subject to judicial review.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Federal Court Act, s. 18.1(3) stipulating writ of mandamus may be sought only by application for judicial review — Argued that Court lacking jurisdiction — That plaintiff commenced proceeding for mandamus by action mere defect as to form — Federal Court Rules, 1998, r. 57 could be invoked to convert action to judicial review application.

This was an application to strike the action for a writ of *mandamus* to compel the submission of the plaintiff's application to the Canadian Decorations Advisory Commit-

l'action était dénuée d'intérêt pratique parce que le demandeur avait déjà obtenu la réparation sollicitée, c'est-à-dire que le Conseil avait déjà examiné la candidature — L'action n'est pas dénuée d'intérêt pratique — La question est précisément de savoir si le Conseil est compétent pour refuser d'examiner la demande — La plainte du demandeur n'est pas dénuée de toute possibilité de succès — Des décisions indiquent une certaine érosion de l'immunité mettant l'exercice d'une prérogative royale à l'abri de tout examen judiciaire — La décision quant à l'ampleur des pouvoirs du Conseil découlant des lettres patentes et du Règlement est susceptible de contrôle.

Pratique — Introduction des procédures — Action visant l'obtention d'un mandamus pour forcer la présentation d'une demande de décoration canadienne pour acte de bravoure — L'art. 18.1(3) de la Loi sur la Cour fédérale prescrit qu'un bref de mandamus peut uniquement être obtenu par présentation d'une demande de contrôle judiciaire — Bien qu'il soit irrégulier de déposer une action pour obtenir un mandamus, il s'agit d'un défaut de forme seulement — La règle 57 des Règles de la Cour fédérale (1998) peut être invoquée pour convertir une action en demande de contrôle judiciaire.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Mandamus — Demande de radiation d'une action visant l'obtention d'un mandamus pour forcer la présentation d'une demande de décoration canadienne pour acte de bravoure pour des incidents survenus plus de deux ans avant la décision au fond — Un mandamus peut uniquement être obtenu par présentation d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18.1(3) de la Loi sur la Cour fédérale, mais l'action peut être convertie en demande de contrôle judiciaire en appliquant la règle 57 des Règles de la Cour fédérale (1998) — La requête est rejetée — La plainte du demandeur n'est pas dénuée de toute possibilité de succès — La question est de savoir si la décision d'appliquer une prescription constitue l'exercice d'une prérogative royale qui échappe à tout contrôle judiciaire — Dans la mesure où il faut qu'une décision soit rendue quant à l'ampleur des pouvoirs du Conseil découlant des lettres patentes et du Règlement, la question est susceptible de contrôle.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — L'art. 18.1(3) de la Cour fédérale prescrit qu'un bref de mandamus peut uniquement être obtenu par présentation d'une demande de contrôle judiciaire — La Couronne a fait valoir que la Cour n'avait pas compétence — Le fait que le demandeur ait cherché à obtenir un mandamus en déposant une action est un défaut de forme seulement — La règle 57 des Règles de la Cour fédérale (1998) peut être invoquée pour convertir l'action en demande de contrôle judiciaire.

Il s'agissait d'une demande de radiation d'une action visant l'obtention d'un bref de *mandamus* pour forcer la présentation de la demande du demandeur au Conseil des

tee for determination on its merits. In March 2000 the plaintiff nominated his father for a Canadian bravery decoration in recognition of his 1943 rescue of American sailors from a vessel grounded outside Louisbourg Harbour. The form indicated that consideration is given only to deeds which have taken place less than two years prior to the date of submission. The plaintiff protested such a time limit in writing. At a meeting in June 2000, the Committee discussed the plaintiff's protest against the two-year rule. In September, the plaintiff was informed that the Committee had decided to uphold the two-year limit and had determined that his father's case was not admissible for consideration. In the meantime the plaintiff had issued his statement of claim.

The issues were: (1) whether the action was moot; (2) whether the matter was subject to judicial review; and (3) whether the Court had jurisdiction to entertain an action for *mandamus*.

Held, the application should be dismissed, and leave granted to the plaintiff to bring a motion to convert the action to an application for judicial review and for any necessary extensions of time.

(1) The Crown's argument, that the action was moot because the plaintiff had already obtained the remedy that he sought, failed. The Crown argued that the Committee had already reviewed the nomination and determined the plaintiff's father to be ineligible. Whether it was within the Committee's powers to decline to further consider the application, was precisely the issue herein.

(2) The Crown argued that the bestowal of honours was an exercise of unfettered prerogative not supplanted by legislation. It submitted that *Canadian Bravery Decorations Regulations, 1996*, sections 7 (setting out the composition of the Committee) and 8 (providing that the Committee shall determine whether nominees are eligible to be awarded a Canadian bravery decoration) give the Committee unrestricted prerogative authority to determine eligibility requirements, including the imposition of a time bar, and preclude any limitations on the exercise of the delegated prerogative so that decisions of the Committee were beyond the Court's jurisdiction.

While the exercise of Crown prerogative has traditionally been immune from scrutiny by the courts, recent decisions indicated some erosion of that immunity. The Supreme Court of Canada has held that the Crown prerogative may be subject to judicial scrutiny to determine whether an impugned decision is constitutional. Further, if a prerogative

décorations canadiennes pour que celui-ci rende une décision sur le fond de celle-ci. En mars 2000, le demandeur a soumis la candidature de son père pour qu'une décoration canadienne lui soit décernée pour acte de bravoure en reconnaissance du fait qu'il avait sauvé des marins américains à bord d'un navire qui s'était échoué à l'extérieur du port de Louisbourg. Le formulaire indiquait que seuls les incidents survenus moins de deux ans avant la date de présentation pouvaient être considérés. Le demandeur a contesté cette prescription de deux ans par écrit. Au cours d'une réunion tenue en juin 2000, le Conseil a discuté de la contestation élevée par M. Chiasson à l'égard de la règle de deux ans. En septembre, le demandeur a été informé que le Comité avait décidé de maintenir la prescription de deux ans et a donc conclu que l'acte de son père ne pourrait être examiné. Entre-temps, le demandeur avait déposé sa déclaration.

Les questions étaient les suivantes: 1) l'action est-elle dénuée d'intérêt pratique? 2) La question peut-elle faire l'objet d'un contrôle judiciaire? 3) La Cour a-t-elle compétence pour connaître d'une action visant l'obtention d'un *mandamus*?

Jugement: la demande est rejetée, le demandeur est autorisé à présenter une requête visant l'obtention de la conversion de l'action en demande de contrôle judiciaire et l'obtention des prorogations de délai nécessaires.

1) L'argument de la Couronne selon lequel l'action était dépourvue d'intérêt pratique parce que le demandeur avait déjà obtenu la réparation qu'il sollicitait a été rejeté. La Couronne faisait valoir que le Conseil avait déjà examiné la candidature du père du demandeur et conclu qu'elle n'était pas admissible. La question de savoir si le Conseil était compétent pour refuser d'examiner davantage la demande était précisément l'objet du litige.

2) La Couronne prétendait que l'attribution de décorations honorifiques constituait l'exercice d'une prerogative absolue qui n'avait pas été remplacée par une loi. Selon elle, les articles 7 (composition du Conseil) et 8 (pouvoir du Conseil de décider de l'admissibilité des candidats à l'attribution d'une décoration canadienne pour acte de bravoure) du *Règlement sur les décorations canadiennes pour actes de bravoure (1996)* confèrent au Conseil une prerogative absolue pour déterminer les conditions d'admissibilité, y compris l'imposition d'une prescription, et excluent toute restriction à l'exercice par le gouverneur général et le Conseil de la prerogative déléguée, de sorte que la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur les décisions du Conseil.

Bien que l'exercice d'une prerogative royale ait traditionnellement été à l'abri de tout examen judiciaire, des décisions récentes indiquent une certaine érosion de cette immunité. La Cour suprême du Canada a conclu qu'un tribunal pouvait examiner la prerogative royale pour décider de la constitutionnalité de la décision contestée. En outre, si

power has been supplanted by a statutory one, the exercise of the statutory power is subject to review. Brown and Evans state in *Judicial Review of Administrative Action in Canada* that even when judicial review of an exercise of the prerogative power is unavailable, a court can still be called upon to decide whether the prerogative power exists in law, and if it does, how broad the power is and whether the action taken fell within its scope.

The plaintiff submitted that the institution of a two-year limitation was beyond the delegated authority of the Committee. The question then was whether the Committee's decision to apply a time bar, to preclude further examination of the nomination of plaintiff's father, was an exercise of Crown prerogative which was beyond the scope of review by the Court. To the extent that this called for a determination of the scope of the Committee's powers by reference to the letters patent and the Regulations, it may arguably be subject to review.

Whether there may be judicial control of a particular decision made by virtue of a delegated Crown prerogative requires determination on its merits, on a case-by-case basis, having regard to the breadth of the power and nature of the impugned decision.

(3) Finally, the Crown argued that the Court had no jurisdiction to entertain an action for *mandamus* which was only available on judicial review. *Federal Court Act*, subsection 18.1(3) stipulates that a writ of *mandamus* may only be sought by way of an application for judicial review. While acknowledging that a proceeding that is improperly launched may be converted to the appropriate form, the Crown urged that the Court should not convert the action to an application because it was without foundation and out of time. An action for *mandamus* is improper and without foundation. This, however, was essentially a defect as to form, presumably due to the fact that the litigant was self-represented. In such instances, rule 57 has been interpreted and applied by this Court to permit the conversion of a proceeding improperly commenced as an action to an application for judicial review.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bravery Decorations Regulations, 1996*, P.C. 1997-123, C. Gaz. 1997.I.2091, ss. 7, 8, 10, 17.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 57, 221.
Public Hospitals Act, R.S.O. 1970, c. 378, s. 4(5).

un pouvoir de prérogative a été remplacé par un pouvoir d'origine législative, l'exercice de ce dernier pouvoir est susceptible de contrôle. Brown et Evans affirment dans *Judicial Review of Administrative Action in Canada* que, même si le contrôle judiciaire d'un exercice du pouvoir de prérogative est impossible, un tribunal peut toujours être invité à déterminer si ce pouvoir existe en droit et, dans l'affirmative, il peut être appelé à établir la portée de ce pouvoir et si l'acte en cause relevait de celui-ci.

Le demandeur prétendait que le Conseil n'avait pas le pouvoir délégué d'établir une prescription de deux ans. Il s'agissait donc de déterminer si la décision du Conseil d'appliquer une prescription et d'écarter tout autre examen de la candidature soumise par le demandeur constitue l'exercice d'une prérogative royale qui échappe à la compétence de la Cour. Dans la mesure où il faut à cette fin qu'une décision soit rendue quant à l'ampleur des pouvoirs du Conseil découlant des lettres patentes et du Règlement, la question en l'espèce est sans doute susceptible de contrôle.

Pour déterminer si une décision donnée prise en application d'une prérogative royale déléguée est susceptible de contrôle judiciaire, le tribunal doit rendre une décision au fond, au cas par cas, en tenant compte de l'ampleur du pouvoir en cause et de la nature de la décision contestée.

3) Finalement, la Couronne alléguait que la Cour n'avait pas compétence pour connaître d'une action visant l'obtention d'un *mandamus*, lequel peut uniquement être obtenu dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* stipule qu'un bref de *mandamus* peut uniquement être obtenu par présentation d'une demande de contrôle judiciaire. Bien qu'elle reconnaisse le principe selon lequel une instance incorrectement engagée peut être convertie en la forme appropriée, la Couronne a fait valoir que la Cour ne devrait pas convertir l'action en demande parce que le recours n'avait aucun fondement et qu'il était hors délai. Une action visant l'obtention d'un *mandamus* est irrégulière et dénuée de fondement. Il s'agit toutefois essentiellement d'un défaut de forme qui, comme la Cour l'a supposé, est attribuable au fait que le demandeur n'était pas représenté par un avocat. Dans de tel cas, la Cour a interprété et appliqué la règle 57 de manière à permettre la conversion d'une instance irrégulièrement introduite en demande de contrôle judiciaire.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Public Hospitals Act, R.S.O. 1970, ch. 378, art. 4(5).
Règlement sur les décorations canadiennes pour actes de bravoure (1996), C.P. 1997-123, Gazette du Canada, 1997.I.2091, art. 7, 8, 10, 17.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 57, 221.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al., [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

CONSIDERED:

Black v. Canada (Prime Minister) (2000), 47 O.R. (3d) 532; 184 D.L.R. (4th) 755; 43 C.P.C. (4th) 53 (Sup. Ct.); *Council of Civil Service Unions v. Minister of Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102; (1993), 19 Admin. L.R. (2d) 91; 11 C.E.L.R. (N.S.) 1; 64 F.T.R. 127 (T.D.); *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1976), 12 O.R. (2d) 164; 68 D.L.R. (3d) 220; 1 C.P.C. 232 (Div. Ct.); *Lustig-Pream v. Admiralty Board of the Defence Council*, [1995] E.W.J. No. 4735 (H.C.) (QL).

REFERRED TO:

Scrimbitt v. Canada (1997), 129 F.T.R. 17 (F.C.T.D.); *Brar (Litigation Guardian of) v. Canada* (1997), 126 F.T.R. 77 (F.C.T.D.); *Prospect Investments Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)* (1991), 113 N.B.R. (2d) 225; 48 Admin. L.R. 105 (Q.B.); *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Perera v. Canada*, [1999] F.C.J. No. 199 (T.D.) (QL); *McLean v. Canada* (1999), 164 F.T.R. 208 (F.C.T.D.); *Khaper v. Canada* (1999), 178 F.T.R. 78 (F.C.T.D.); *Khaper v. Canada* (1999), 182 F.T.R. 78 (F.C.T.D.); *Niederauer v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [2000] F.C.J. No. 928 (T.D.) (QL); *Métis National Council of Women v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 1961 (T.D.) (QL).

AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Canvasback Publishing, 2000.

APPLICATION to strike an action for a writ of *mandamus* to compel the submission of an application to the Canadian Decorations Advisory Committee for determination on its merits, on the grounds that the bestowal of honours is a matter of Crown prerogative and not subject to review, the action was moot, and because *mandamus* is available only on judicial review. Application dismissed.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Black v. Canada (Prime Minister) (2000), 47 O.R. (3d) 532; 184 D.L.R. (4th) 755; 43 C.P.C. (4th) 53 (C.S.); *Council of Civil Service Unions v. Minister of Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102; (1993), 19 Admin. L.R. (2d) 91; 11 C.E.L.R. (N.S.) 1; 64 F.T.R. 127 (1^{re} inst.); *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1976), 12 O.R. (2d) 164; 68 D.L.R. (3d) 220; 1 C.P.C. 232 (C. div.); *Lustig-Pream v. Admiralty Board of the Defence Council*, [1995] E.W.J. No. 4735 (H.C.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Scrimbitt c. Canada (1997), 129 F.T.R. 17 (C.F. 1^{re} inst.); *Brar (Tuteur à l'instance) c. Canada* (1997), 126 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.); *Prospect Investments Ltd. c. Nouveau Brunswick (Commission des Licences et Permis d'alcool)* (1991), 113 R.N.-B. (2^e) 225; 48 Admin. L.R. 105 (B.R.); *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Perera c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 199 (1^{re} inst.) (QL); *McLean c. Canada* (1999), 164 F.T.R. 208 (C.F. 1^{re} inst.); *Khaper c. Canada* (1999), 178 F.T.R. 78 (C.F. 1^{re} inst.); *Khaper c. Canada* (1999), 182 F.T.R. 78 (C.F. 1^{re} inst.); *Niederauer c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [2000] A.C.F. n° 928 (1^{re} inst.) (QL); *Métis National Council of Women c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 1961 (1^{re} inst.) (QL).

DOCTRINE

Brown, Donald J. M. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, édition à feuilles mobiles, Toronto: Canvasback Publishing, 2000.

DEMANDE de radiation d'une action visant l'obtention d'un *mandamus* pour forcer la présentation d'une demande au Conseil des décorations canadiennes pour que celui-ci rende une décision sur le fond, au motif que l'attribution de décorations est une question de prérogative royale non susceptible de contrôle judiciaire, que l'action est dénuée d'intérêt pratique, et qu'un *mandamus* peut uniquement être obtenu dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Demande rejetée.

APPEARING ON HIS OWN BEHALF:

Richard George Chiasson.

APPEARANCES:

Edward Burnet and George C. Carruthers for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

ARONOVITCH P.:

Background

[1] The plaintiff's father, Yvon Joseph Chiasson, served in the Canadian Merchant Navy in the Second World War. We are told that on about January 23, 1943, Joseph Chiasson, along with three fellow merchant seamen, rescued eight American sailors from a vessel grounded outside the harbour of Louisbourg, Nova Scotia. Seeking recognition for his father's courageous deeds, the plaintiff nominated his father for a Canadian bravery decoration.

[2] The Canadian Bravery decorations are established and awarded pursuant to regulations made further to Letters Patent issued by Her Majesty Queen Elizabeth II. They provide for the establishment of the Canadian Decorations Advisory Committee (the Committee) whose mandate essentially is to determine whether nominees are eligible for the award of a decoration and to submit lists of meritorious nominees to the Governor General of Canada (the Governor General).

[3] On March 31, 2000, the plaintiff forwarded a nomination form concerning his father to the attention of the Honours Directorate of the Chancellery of Honours, an administrative office of the Governor General. The form contained the following notice,

COMPARAISANT EN SON PROPRE NOM:

Richard George Chiasson.

ONT COMPARU:

Edward Burnet et George C. Carruthers pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRIT AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE PROTONOTAIRE ARONOVITCH:

Le contexte

[1] Le père du demandeur, Yvon Joseph Chiasson, a servi dans la Marine marchande canadienne pendant la Seconde Guerre mondiale. On nous dit que vers le 23 janvier 1943, Joseph Chiasson ainsi que trois autres marins de la marine marchande ont sauvé huit marins américains à bord d'un navire qui s'était échoué à l'extérieur du port de Louisbourg (Nouvelle-Écosse). Cherchant à ce que l'acte de bravoure de son père soit reconnu, le demandeur a soumis la candidature de ce dernier à une décoration canadienne pour acte de bravoure.

[2] Ces décorations sont établies et attribuées conformément au règlement pris en application de lettres patentes qu'a délivrées Sa Majesté la reine Elizabeth II. Le règlement en question prévoit l'établissement du Conseil des décorations canadiennes (le Conseil) dont le mandat est essentiellement de décider de l'admissibilité des candidats à l'attribution d'une décoration et de soumettre au gouverneur général du Canada (le gouverneur général) la liste des candidats méritants.

[3] Le 31 mars 2000, le demandeur a envoyé un formulaire de mise en candidature de son père à l'attention de la Direction des distinctions honorifiques de la Chancellerie, un bureau administratif relevant du gouverneur général. Le formulaire contenait l'avis

“Consideration is only given to incidents less than two years prior to the date of submission”.

[4] Mr. Chiasson also wrote to Marie de Bellefeuille-Percy, Director of the Honours Directorate at Rideau Hall and later, to the Governor General, Her Excellency the Right Honourable Adrienne Clarkson, protesting the two-year limitation rule and requesting that it be eliminated.

[5] On April 12, 2000, Mr. Chiasson received a reply from Lieutenant General James Gervais in his capacity as Deputy Secretary of the Chancellery. Lieutenant General Gervais informed Mr. Chiasson that Canada’s Honours Policy does not permit awards to be granted for events which occurred before the creation of the current honours’ system. He explained that the two-year rule was essentially adopted due to difficulties involved in investigating and verifying events that were long past.

[6] Further correspondence was exchanged, and on May 2, 2000, Mr. Chiasson received a letter from Lieutenant General Gervais stating that his comments on the two-year limitation issue would be brought to the attention of the Committee for discussion at its meeting in June of that year.

[7] The minutes of the Committee’s meeting of June 14, 2000, indicate that there was in fact a discussion of Mr. Chiasson’s challenge to the two-year rule. The minutes also state the Committee’s view, which was that the two-year rule should not be included in the regulations. Instead, the Committee favoured a common sense approach in applying the rule when dealing with worthy cases very close to the borderline.

[8] Due to an administrative oversight the plaintiff was not informed of the discussion until September 2000. By letter dated September 7, 2000, Lieutenant General Gervais, in his capacity as Chairman of the Committee, wrote to the plaintiff, as follows:

suisant: «Seuls les incidents survenus moins de deux ans avant la date de présentation peuvent être considérés.»

[4] M. Chiasson a également écrit à Marie de Bellefeuille-Percy, directrice de la Direction des distinctions honorifiques à Rideau Hall et, ultérieurement, à la gouverneure générale, Son Excellence la très honorable Adrienne Clarkson, contestant la prescription de deux ans et sollicitant son élimination.

[5] Le 12 avril 2000, M. Chiasson a reçu une réponse du lieutenant-général James Gervais en sa qualité de sous-secrétaire de la Chancellerie. Le lieutenant-général Gervais a informé M. Chiasson que la politique canadienne en matière de distinctions honorifiques ne permet pas d’accorder des décorations pour des événements qui ont eu lieu avant la création du système actuel de distinctions honorifiques. Il a expliqué que la règle des deux ans a été adoptée essentiellement en raison des difficultés liées aux enquêtes sur des événements lointains et à la vérification de ceux-ci.

[6] D’autres lettres ont été échangées et, le 2 mai 2000, M. Chiasson a reçu une lettre dans laquelle le lieutenant-général Gervais l’informait que ses commentaires sur la question de la prescription de deux ans seraient portés à l’ordre du jour des délibérations du Conseil du mois de juin suivant.

[7] Selon le procès-verbal de la réunion du Conseil du 14 juin 2000, il a en fait été question de la contestation qu’a élevée M. Chiasson à l’égard de la règle des deux ans. Le procès-verbal indique également le point de vue du Conseil, soit que la règle des deux ans ne devrait pas être incluse dans le règlement. Plutôt, le Conseil a préconisé une position fondée sur le bon sens lorsqu’il s’agit d’appliquer la règle à des cas méritoires qui s’approchent de la limite.

[8] En raison d’un oubli administratif, le demandeur n’a été informé de ces délibérations qu’en septembre 2000. Dans une lettre datée du 7 septembre 2000, le lieutenant-général Gervais, en sa qualité de président du Conseil, a écrit ce qui suit au demandeur:

Dear Mr. Chiasson:

This letter is further to my letter of May 2nd, 2000 in which I stated that your request for a Bravery Medal for your Father would be brought to the attention of the Canadian Decorations Advisory Committee.

The Committee met on Wednesday, June 14th and your request was placed on the agenda.

I would like to assure you that the matter received careful consideration by all members of the Committee. However, based on the Regulations which were adopted pursuant to the Letters Patent issued by the Queen in 1972, the Canadian Decorations Advisory Committee has decided that it will uphold the eligibility policy and the two-year limit. The Committee has determined, therefore, that your father's case, which took place in 1943, is not admissible for consideration given that the petition for an award exceeds the two-year limit.

[9] In the interim Mr. Chiasson, who was unaware of the Committee's decision, had commenced the within action to challenge the two-year rule. The plaintiff issued his statement of claim on July 20, 2000. The sole relief claimed is for a writ of *mandamus* to compel the submission of his application to the Committee for determination on its merits.

The Defendant's Submissions

[10] The Crown has advanced three grounds for its application to strike. The essential ground is that the action must fail as the bestowal of honours is a matter of Crown prerogative and therefore is not justiciable. The second is that the action is moot in that the plaintiff has already obtained the remedy he seeks. The third ground is that the Court has no jurisdiction to entertain an action for *mandamus*, which is only available on judicial review.

[11] On the first ground, the defendant outlined the history of the delegation of the prerogative relating to the granting of honours as follows. King George VI gave the Governor General the authority to exercise his royal prerogative by granting the Letters Patent of 1947. Thereafter, in 1967, Queen Elizabeth II, by

[TRADUCTION]

Monsieur,

La présente fait suite à ma lettre du 2 mai 2000 dans laquelle j'ai affirmé que votre demande sollicitant l'attribution d'une décoration pour acte de bravoure à votre père serait portée à l'attention du Conseil des décorations canadiennes.

Le Conseil s'est réuni le mercredi 14 juin et votre demande a été inscrite à l'ordre du jour.

Je tiens à vous assurer que tous les membres du Conseil ont examiné consciencieusement la question. Toutefois, compte tenu du règlement pris en application des lettres patentes qu'a délivrées Sa Majesté en 1972, le Conseil des décorations canadiennes a décidé qu'il maintiendrait la politique d'admissibilité et la prescription de deux ans. Le Conseil a donc conclu que l'acte de votre père, qui remonte à 1943, ne peut être examiné parce que la demande visant l'attribution d'une décoration a été présentée après l'expiration du délai de prescription de deux ans.

[9] Dans l'intervalle, M. Chiasson, n'étant pas au courant de la décision du Conseil, avait introduit l'action en cause contestant la règle des deux ans. Le demandeur a déposé sa déclaration le 20 juillet 2000. Il sollicite uniquement un bref de *mandamus* pour forcer la présentation de sa demande au Conseil pour que celui-ci rende une décision sur le fond de celle-ci.

Les observations de la défenderesse

[10] La Couronne a invoqué trois moyens à l'appui de sa demande de radiation. Elle prétend essentiellement que l'action doit être rejetée parce que l'attribution de distinctions honorifiques relève d'une prérogative royale et n'est donc pas justiciable. Deuxièmement, elle soutient que l'action est dénuée d'intérêt pratique parce que le demandeur a déjà obtenu la réparation qu'il sollicite. Troisièmement, elle allègue que la Cour n'a pas compétence pour connaître d'une action visant l'obtention d'un *mandamus*, lequel peut être accordé uniquement dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

[11] Pour ce qui est du premier moyen invoqué, la défenderesse a résumé comme suit l'historique de la délégation de la prérogative relative à l'attribution de distinctions honorifiques. Par la délivrance des lettres patentes de 1947, le roi George VI a accordé au gouverneur général le pouvoir d'exercer sa prérogative

Letters Patent, created the Order of Canada whereby the Governor General exercised the prerogative to determine who should receive the award.

[12] In 1972, Queen Elizabeth II signed Letters Patent that established the *Canadian Bravery Decorations Regulations* thereby expanding the awards to include awards for bravery, such as the Cross of Valour, the Star of Courage and the Medal of Bravery. In 1996, the 1972 *Canadian Bravery Decorations Regulations* were repealed and replaced with the *Canadian Bravery Decorations Regulations, 1996* (the Regulations), which remain in effect today (P.C. 1997-123, *Canada Gazette*, Part I, Vol. 131, p. 2091).

[13] The defendant relied on *Black v. Canada (Prime Minister)* (2000), 47 O.R. (3d) 532 (Sup. Ct.) (hereinafter referred to as *Black*), for the principle that the assertion of prerogative power is not subject to review by courts. In *Black*, the Court quoted a decision by Lord Roskill, *Council of Civil Service Unions v. Minister of Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.), at page 418, (hereinafter referred to as *CCSU*), in which the granting of honours is specifically mentioned as a prerogative power beyond the scope of judicial intervention [at paragraph 22]:

In this case the issue is the justiciability of the PM's actions. The outcome of this case depends entirely on the legal character of the actions of the PM alleged in the amended statement of claim. If they reflected an exercise of Crown prerogative in relation to the granting or withholding of honours, or in relation to advice given to another country, those actions are political matters beyond the reach of the court. In *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 at p. 418, [1984] 3 All E.R. 935 (H.L.), Lord Roskill said:

Many examples were given during the argument of prerogative powers which as at present advised I do not think could properly be made the subject of judicial review. Prerogative powers such as those relating to the making of treaties, the defence of the realm, the preroga-

royale. Par la suite, en 1967, la reine Élisabeth II a créé l'Ordre du Canada par lettres patentes en vertu desquelles le gouverneur général exerçait la prérogative de déterminer qui devait recevoir cette décoration.

[12] En 1972, la reine Élisabeth II a signé des lettres patentes établissant le *Règlement concernant les décorations canadiennes pour actes de bravoure*, qui ajoutait aux décorations existantes les décorations pour actes de bravoure suivantes: la Croix de la vaillance, l'Étoile du courage et la Médaille de la bravoure. En 1996, le *Règlement concernant les décorations canadiennes pour actes de bravoure* de 1972 a été abrogé et remplacé par le *Règlement sur les décorations canadiennes pour actes de bravoure (1996)* (le Règlement), qui est encore en vigueur à ce jour (C.P. 1997-123, *Gazette du Canada*, partie I, vol. 131, à la p. 2091).

[13] La défenderesse invoque la décision *Black v. Canada (Prime Minister)* (2000), 47 O.R. (3d) 532 (C.S.) (ci-après la décision *Black*), à l'appui du principe selon lequel l'exercice d'un pouvoir de prérogative n'est pas susceptible de contrôle judiciaire. Dans *Black*, la Cour a cité la décision *Council of Civil Service Unions v. Minister of Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.), à la page 418 (ci-après la décision *CCSU*), où lord Roskill a mentionné expressément que l'attribution d'une distinction honorifique relève d'un pouvoir de prérogative qui ne peut être contrôlé judiciairement [au paragraphe 22]:

[TRADUCTION] La question litigieuse en l'espèce porte sur la justiciabilité des actes du premier ministre. L'issue de la présente affaire repose entièrement sur le caractère juridique des actes du premier ministre allégués dans la déclaration modifiée. S'ils reflètent l'exercice d'une prérogative royale relative à l'attribution de distinctions honorifiques ou au refus de les accorder ou à l'avis donné à un autre pays, ces actes sont des questions politiques à l'égard desquelles la Cour ne peut intervenir. Dans *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374, à la page 418, [1984] 3 All E.R. 935 (H.L.), lord Roskill a affirmé:

De nombreux exemples ont été donnés au cours de l'argumentation relativement à des pouvoirs de prérogative qu'il ne convient pas, à mon avis, de contrôler judiciairement. Les pouvoirs de prérogative comme ceux se rapportant notamment à la conclusion de traités, à la

tive of mercy, the grant of honours, the dissolution of Parliament and the appointment of ministers as well as others are not, I think, susceptible to judicial review because their nature and subject matter are such as not to be amenable to the judicial process. The courts are not the place wherein to determine whether a treaty should be concluded or the armed forces disposed in a particular manner or Parliament dissolved on one date rather than another.

[14] The defendant also relies on the decision of Justice MacKay in *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102 (T.D.), at page 131 (hereinafter referred to as *Vancouver Island*). The case involved two Orders in Council approving the visits of nuclear-carrying vessels and nuclear-propelled vessels to Canadian ports. The applicants in that case argued that the Orders in Council were not made pursuant to prerogative power since a number of statutes had supplanted that power. MacKay J. began his analysis by examining legislative decisions which are beyond review at page 131:

What constitutes a legislative decision that is beyond consideration by the Court, except in relation to issues of jurisdiction of the decision-maker, here the Governor in Council? At the very least it seems to me the decision must be discretionary, usually, but not always, general in application, based on the exercise of judgment after assessing factors of general policy, of public interest and public convenience, morality, politics, economics, international obligations, national defence and security, or social, scientific or technical concerns, that is, issues of policy which lie outside the ambit of typical concerns or methods of the courts.

[15] MacKay J. then dismissed the application, holding that none of the statutes and regulations referred to by the applicants affected the Crown's prerogative power to provide for visits of naval ships. The Orders in Council were held to be within the prerogative power to deal with international relations and defence. As the Orders in Council were legislative decisions, unaffected by statute and within the prerogative power, the Court held that the impugned decisions were beyond review by the Court.

défense du royaume, à la prérogative de clémence, à l'attribution de distinctions honorifiques, à la dissolution du Parlement et à la nomination de ministres ne sont pas, à mon avis, susceptibles de contrôle judiciaire parce que leur nature et leur objet ne le permettent pas. Ce n'est pas aux tribunaux de déterminer si un traité devrait être conclu, si les forces armées devraient être disposées d'une façon particulière ou si le Parlement devrait être dissous à une date plutôt qu'à une autre.

[14] La défenderesse invoque également la décision du juge MacKay dans *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102 (1^{re} inst.), à la page 131 (ci-après la décision *Vancouver Island*). Cette affaire portait sur deux décrets approuvant les visites aux ports canadiens de navires à propulsion nucléaire et de navires à charge nucléaire. Les demandeurs dans cette affaire ont prétendu que les décrets n'avaient pas été pris en application du pouvoir de prérogative parce qu'un certain nombre de lois avaient remplacé celui-ci. À la page 131, le juge MacKay a commencé son analyse par l'examen de décisions législatives dont la Cour ne peut connaître:

Qu'est-ce qui constitue une décision législative dont la Cour ne peut connaître, sous réserve des questions relatives à la compétence de l'auteur de la décision, savoir, en l'espèce, le gouverneur en conseil? À tout le moins, il me semble que la décision doit répondre aux conditions suivantes: elle doit être discrétionnaire, elle doit habituellement—mais pas toujours—être d'application générale et elle doit être fondée sur l'exercice du jugement, après avoir évalué les facteurs relatifs à la politique générale, l'intérêt public, la commodité publique, la moralité, la politique, l'économie, les obligations internationales, la défense et la sécurité nationales, ou à des préoccupations d'ordre social, scientifique ou technique, c'est-à-dire des questions de principe qui ne relèvent pas des préoccupations ou des méthodes classiques des tribunaux.

[15] Le juge MacKay a par la suite rejeté la demande, concluant qu'aucune des lois ni aucun des règlements cités par les demandeurs n'influaient sur le pouvoir de prérogative de la Couronne d'autoriser les escales de navires de guerre. Les décrets ont été jugés relever du pouvoir de prérogative en matière de relations internationales et de défense. Comme les décrets en cause étaient des décisions législatives sur lesquelles aucune loi n'influaient et qui relevaient du pouvoir de prérogative, la Cour a conclu qu'elle ne pouvait contrôler les décisions contestées.

[16] The defendant's position is that the case at bar is a similar instance of an exercise of unfettered prerogative not otherwise supplanted by legislation. According to the defendant, sections 7 and 8 of the Regulations give the Committee unrestricted prerogative authority to determine eligibility requirements, including the imposition of a time bar. The Governor General, in turn, has full authority to award the decorations pursuant to section 17 of the Regulations. The Crown argues that the provisions taken together preclude any limitations on the exercise of the delegated prerogative by the Governor General and the Committee, with the result that decisions of the Committee are beyond the jurisdiction of the Court.

[17] For ease of reference, I have attached the text of sections 7, 8, 10 and 17 of the Regulations as an appendix to these reasons.

[18] The defendant's second argument is that this action should be struck because the relief sought has become moot. The plaintiff is seeking a writ of *mandamus* to compel the Committee to consider his nomination, when, according to the defendant, the Committee has already reviewed the nomination and determined Mr. Chiasson's father to be ineligible.

[19] Finally, the defendant maintains that the plaintiff can only proceed by judicial review in accordance with subsection 18.1(3) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] (the Act). The Act stipulates that a writ of *mandamus* may only be sought by way of an application for judicial review against a "federal board, commission or other tribunal". According to the defendant, the Committee may be said to be a body exercising powers conferred by a prerogative of the Crown and therefore come within the definition of a federal board, commission or other tribunal. However, the Crown argues, the Federal Court does not have jurisdiction to entertain an action for *mandamus*, and accordingly the action must be struck under rule 221 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] (the Rules) as beyond the jurisdiction of the Court and disclosing no cause of action.

[16] La défenderesse prétend que la présente espèce est une affaire semblable relative à l'exercice d'une prerogative absolue qui n'a pas été par ailleurs remplacée par une loi. Selon elle, les articles 7 et 8 du Règlement confèrent au Conseil une prerogative absolue pour déterminer les conditions d'admissibilité, y compris l'imposition d'une prescription. Le gouverneur général, pour sa part, est pleinement compétent pour accorder les décorations conformément à l'article 17 du Règlement. La Couronne soutient que les dispositions, prises ensemble, excluent toute restriction à l'exercice par le gouverneur général et le Conseil de la prerogative déléguée et que la Cour n'est donc pas compétente pour se prononcer sur les décisions du Conseil.

[17] Par souci de commodité, j'ai annexé le libellé des articles 7, 8, 10 et 17 du Règlement aux présents motifs.

[18] Le deuxième argument de la défenderesse est que la présente action devrait être radiée parce que la réparation demandée est maintenant dépourvue d'intérêt pratique. Le demandeur sollicite un bref de *mandamus* pour forcer le Conseil à examiner sa mise en candidature, alors que, selon la défenderesse, le Conseil a déjà examiné la candidature du père de M. Chiasson et conclu qu'il n'était pas admissible.

[19] Enfin, la défenderesse soutient que la seule voie de recours du demandeur est de présenter une demande de contrôle judiciaire conformément au paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)] (la Loi). En vertu de la Loi, un bref de *mandamus* peut uniquement être obtenu par présentation d'une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision ou de l'ordonnance d'un «office fédéral». Selon la défenderesse, on peut dire en fait que le Conseil est un organisme exerçant des pouvoirs que lui confère une prerogative royale et qu'il est donc visé par la définition d'office fédéral. Toutefois, selon ce que prétend la Couronne, la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître d'une action visant l'obtention d'un *mandamus* et, en conséquence, l'action doit être radiée en application de la règle 221 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] (les Règles) parce

[20] In written submissions, the defendant relied on *Scrimbitt v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 17 (F.C.T.D.); and *Brar (Litigation Guardian of) v. Canada* (1997), 126 F.T.R. 77 (F.C.T.D.) for the principle that this Court lacks the jurisdiction to convert an action into an application for judicial review.

[21] At the hearing of the motion, however, the defendant cited the cases decided by this Court holding that a proceeding that is improperly launched may be converted to the appropriate form pursuant to rule 57 of the Rules. While acknowledging the principle, the defendant urges that the Court nevertheless ought not to convert the action to an application because it was without foundation and in any case out of time. The defendant points out that the plaintiff did not bring his application 30 days from either May 2, 2000, at which time he was told the two-year rule would be brought to the attention of the Committee, or September 7, 2000, when he was advised of his father's ineligibility.

The Plaintiff's Submissions

[22] The plaintiff argues that the language of the Regulations, and in particular section 8, is mandatory. The Committee "shall" consider all nominations submitted to determine who is eligible for an award. The plaintiff points out that the Regulations themselves do not impose a two-year limitation when asserting the royal prerogative. Indeed at page 2092 of the greeting in the 1996 Letters Patent, Her Majesty has stipulated that any substantive change to the Regulations must be enacted through Letters Patent, as follows:

AND WE DO direct that the award of the Canadian bravery decorations shall be governed by the annexed *Canadian Bravery Decorations Regulations, 1996*, as those Regulations may from time to time be amended, repealed or revised by Letters Patent issued by Us, Our heirs, and successors or Our Governor General of Canada on Our behalf.

qu'elle excède la compétence de la Cour et ne révèle aucune cause d'action.

[20] Dans ses observations écrites, la défenderesse s'est fondée sur les décisions *Scrimbitt c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 17 (C.F. 1^{re} inst.); et *Brar (Tuteur à l'instance) c. Canada* (1997), 126 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.), selon lesquelles la Cour n'a pas compétence pour convertir une action en demande de contrôle judiciaire.

[21] À l'audition de la requête, toutefois, la défenderesse a cité les décisions de la Cour selon lesquelles une instance incorrectement engagée peut être convertie en la forme appropriée en application de la règle 57 des Règles. Bien qu'elle reconnaisse ce principe, la défenderesse fait valoir que la Cour ne devrait toutefois pas convertir l'action en demande parce que le recours n'a aucun fondement et que, de toute manière, il est hors délai. La défenderesse souligne que le demandeur n'a pas présenté sa demande dans les 30 jours suivant la date à laquelle il a été informé que la règle des deux ans serait portée à l'attention du Conseil (le 2 mai 2000) ou la date à laquelle il a été avisé que son père n'était pas admissible (le 7 septembre 2000).

Les observations du demandeur

[22] Le demandeur soutient que le Règlement, et en particulier l'article 8, est formulé de manière impérative. Le Conseil «étudie» toutes les candidatures présentées pour déterminer qui est admissible à l'attribution d'une décoration. Le demandeur souligne que le Règlement comme tel ne prévoit pas une prescription de deux ans pour l'exercice de la prérogative royale. En fait, à la page 2092 du Salut figurant dans les lettres patentes de 1996, Sa Majesté a indiqué comme suit que toute modification importante au Règlement doit être édictée par lettres patentes:

Nous décrétons que les décorations canadiennes pour actes de bravoure sont régies par le *Règlement sur les décorations canadiennes pour actes de bravoure (1996)*, ci-après, éventuellement modifié, abrogé ou révisé par lettres patentes délivrées par Nous, Nos héritiers et successeurs ou Notre Gouverneur général du Canada en Notre nom.

[23] The plaintiff argues that the two-year rule is a *de facto* regulation that has been disguised as an administrative policy decision. The Committee has therefore usurped and violated the royal prerogative by creating a substantive amendment to the Regulations without authority.

[24] In this regard, the plaintiff cited *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1976), 12 O.R. (2d) 164 (Div. Ct.), at page 174, and *Prospect Investments Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)* (1991), 113 N.B.R. (2d) 225 (Q.B.) for the proposition that regulatory decisions which depart from the object and purpose of the enabling statute, in this case the Letters Patent, are justiciable.

[25] As to mootness, the plaintiff argues that his challenge has been mischaracterized, and that the prerogative to award or withhold honours was in fact never exercised in this case. He distinguishes both *Black* and *Vancouver Island* in that, unlike the case at bar, the proper body had exercised royal prerogative in both of those cases.

Analysis

[26] A party applying to strike out an action bears a heavy burden and must persuade the Court that the action has no chance whatsoever of success and must inexorably fail. The application to strike fails if the claim discloses even a “germ” or “scintilla” of a cause of action: *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Perera v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 199 (T.D.) (QL).

[27] I begin with the defendant’s contention that the action is moot. In my view this argument fails, as it is arguable that the plaintiff has achieved the remedy he is seeking. Indeed, whether his father’s eligibility may be said to have been considered by the Committee on

[23] Le demandeur soutient que la règle des deux ans est de fait un règlement qui a été déguisé en une décision de politique administrative. Le Conseil a donc usurpé et violé la prérogative royale en apportant une modification de fond au Règlement.

[24] À cet égard, le demandeur a cité les décisions *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1976), 12 O.R. (2d) 164 (C. div.), à la page 174; et *Prospect Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des Licences et Permis d’alcool)* (1991), 113 R.N.-B. (2^e) 225 (B.R.) à l’appui de la proposition selon laquelle les décisions réglementantes qui s’écarterent de l’objet de leur loi habilitante, en l’espèce les lettres patentes, sont justiciables.

[25] En ce qui a trait à l’absence d’intérêt pratique de l’action, le demandeur prétend que sa contestation a été mal qualifiée et que la prérogative d’accorder ou de refuser d’accorder une distinction honorifique n’a de fait jamais été exercée en l’espèce. Il établit une distinction d’avec les décisions *Black* et *Vancouver Island* en ce sens que, contrairement à la présente espèce, la prérogative royale avait été exercée par l’organisme compétent dans ces deux affaires.

Analyse

[26] Une partie qui sollicite la radiation d’une action doit s’acquitter d’un lourd fardeau de preuve et convaincre la Cour que l’action n’a aucune chance d’être accueillie et échouera inexorablement. La demande de radiation est rejetée si la déclaration révèle ne serait-ce que le «germe» d’une cause d’action ou qu’elle est «le moins susceptible de constituer un fondement» de cause d’action: *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Perera c. Canada*, [1997] A.C.F. n° 199 (1^{re} inst.) (QL).

[27] Je me propose d’examiner dans un premier temps l’argument de la défenderesse selon laquelle l’action est dénuée d’intérêt pratique. À mon avis, cet argument ne tient pas parce qu’il est contestable que le demandeur ait obtenu la réparation qu’il sollicite.

its merits or, otherwise stated, whether it is within the Committee's powers to decline to further consider the application, is precisely what is at issue in this proceeding.

[28] Turning now to the Crown's principal objection; it is that the action cannot succeed as it relates to an exercise of Crown prerogative, which is beyond the jurisdiction of the Court. For the following reasons, I am not satisfied that the plaintiff's claim in this regard is bereft of all possibility of success.

[29] Undoubtedly, the exercise of Crown prerogative has traditionally been immune from scrutiny by the courts. This is substantiated by the paucity of jurisprudence in the area. However, recent decisions indicate some erosion of that immunity. In *Operation Dismantle, supra*, for example, the Supreme Court of Canada held that Crown prerogative can be subject to judicial scrutiny to determine whether an impugned decision is constitutional.

[30] Further, if a prerogative power has been supplanted by a statutory one, the exercise of the statutory power is subject to review. In *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al., supra*, for example, the Ontario High Court of Justice held that a decision of the Lieutenant Governor in Council was not made pursuant to royal prerogative but rather was made pursuant to the statutory authority contained within subsection 4(5) of the *Public Hospitals Act* [R.S.O. 1970, c. 378] and as such was reviewable to ensure that it was made pursuant to the objects and policy of the statute.

[31] There are also other grounds on which the exercise of prerogative power may be reviewed. Brown and Evans state, in *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Toronto: Canvasback Publishing, 2000, at paragraph 13:1110):

Furthermore, even when judicial review of an exercise of the prerogative power is unavailable, a court still can be

En fait, la question de savoir si l'on peut dire que le Conseil a examiné au fond l'admissibilité de son père ou, formulée autrement, la question de savoir si le Conseil est compétent pour refuser d'examiner davantage la demande, est précisément l'objet du litige en l'espèce.

[28] J'aborde maintenant l'objection principale de la Couronne, à savoir que l'action ne saurait être accueillie parce qu'elle se rapporte à l'exercice d'une prérogative royale, ce qui excède la compétence de la Cour. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas convaincue que la demande du demandeur à cet égard n'a aucune chance d'être accueillie.

[29] Incontestablement, l'exercice d'une prérogative royale a traditionnellement été à l'abri de tout examen judiciaire. La rareté de la jurisprudence dans ce domaine le confirme. Cependant, des décisions récentes indiquent une certaine érosion de cette immunité. Par exemple, dans l'arrêt *Operation Dismantle*, précité, la Cour suprême du Canada a conclu qu'un tribunal pouvait examiner la prérogative royale pour décider de la constitutionnalité de la décision contestée.

[30] En outre, si un pouvoir de prérogative a été remplacé par un pouvoir d'origine législative, l'exercice de ce dernier pouvoir est susceptible de contrôle. À titre d'exemple, dans *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.*, précité, la Haute Cour de justice de l'Ontario a conclu que la décision du lieutenant gouverneur en conseil avait été prise en application non pas d'une prérogative royale, mais du pouvoir que lui conférait le paragraphe 4(5) de la *Public Hospitals Act* [R.S.O. 1970, ch. 378], et qu'à ce titre, elle était susceptible de révision quant à sa conformité avec la politique et les objets de cette loi.

[31] Il existe également d'autres motifs pour lesquels l'exercice d'un pouvoir de prérogative peut faire l'objet d'un contrôle. Brown et Evans affirment dans *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Toronto: Canvasback Publishing, 2000, au paragraphe 13:1110):

[TRADUCTION] En outre, même si le contrôle judiciaire d'un exercice du pouvoir de prérogative est impossible, un

called upon to decide whether the prerogative power exists in law, and if it does, how broad the power is and whether the action taken fell within its scope.

[32] The authors cite *Vancouver Island, supra*, as support for the proposition. We recall that in that case, the Court found that the decision in question was not subject to review. MacKay J. concluded, however, at pages 131-132:

In the case of claimed prerogative powers the question will be whether the power exercised is within prerogative powers.

[33] In the same vein, two British cases point out that the exercise of Crown prerogative may be scrutinized by the Court having regard both to the breadth of the power exercised and the nature of the decision which it is sought to exempt from review.

[34] The *CCSU* case cited with approval in *Black*, like *Vancouver Island*, deals with delegated prerogative power exercised by Order in Council. In that case, the Order in Council was made pursuant to a prerogative power to regulate the terms and conditions of the civil service. The House of Lords heard argument that a decision made pursuant to power delegated by the sovereign pursuant to the prerogative, is immune from review in the same manner as a direct exercise of prerogative power. The House of Lords concluded that whatever the instrument of delegation, the Court retains the authority to review the impugned decision to ensure that powers are not exceeded (at page 399):

I am unable to see why the words conferring the same powers should be construed differently merely because their source was an Order in Council made under the prerogative . . . the Order in Council, being made under the prerogative, derives its authority from the sovereign alone and not, as is more commonly the case with legislation, from the sovereign in Parliament. Legislation frequently delegates power from the legislating authority—the sovereign alone in one case, the sovereign in Parliament in the other—to some other person or body and, when that is done, the delegated powers are defined more or less closely by the legislation, in this case by article 4. But whatever their source, powers which are defined, either by reference to their object or by

tribunal peut toujours être invité à déterminer si ce pouvoir existe en droit et, dans l'affirmative, il peut être appelé à établir la portée de ce pouvoir et si l'acte en cause relevait de celui-ci.

[32] Les auteurs citent la décision *Vancouver Island*, précitée, à l'appui de cette assertion. Nous rappelons que dans cette affaire, la Cour a estimé que la décision en question n'était pas susceptible de contrôle. Le juge MacKay a conclu, toutefois, à la page 132:

Lorsque l'on allègue une prérogative, il s'agira de se demander si le pouvoir a été exercé dans le cadre de cette prérogative.

[33] Dans la même veine, deux décisions britanniques soulignent que le tribunal peut examiner minutieusement l'exercice d'une prérogative royale en tenant compte de l'ampleur du pouvoir exercé et de la nature de la décision qu'on veut mettre à l'abri de l'examen judiciaire.

[34] La décision *CCSU*, citée et approuvée dans *Black*, à l'instar de la décision *Vancouver Island*, porte sur un pouvoir de prérogative délégué exercé par décret. Dans cette affaire, le décret avait été pris en application d'un pouvoir de prérogative relatif à la réglementation des conditions d'emploi dans la fonction publique. La Chambre des lords a entendu l'argument selon lequel une décision prise en vertu d'un pouvoir délégué par le souverain à partir de sa prérogative est à l'abri de tout contrôle au même titre qu'un exercice direct d'un pouvoir de prérogative. Elle a conclu que quel que soit l'instrument de délégation, la Cour a toujours le pouvoir de contrôler la décision contestée pour s'assurer que ces pouvoirs n'ont pas été outrepassés (à la page 399):

[TRADUCTION] Je ne vois pas pourquoi les termes conférant les mêmes pouvoirs devraient être interprétés différemment simplement parce qu'ils émanent d'un décret pris en application de la prérogative [. . .] le décret, pris en application de la prérogative, tient son autorité du souverain seul et non pas, comme c'est généralement le cas avec la loi, du souverain en son Parlement. La loi délègue fréquemment à d'autres personnes ou organismes des pouvoirs émanant du pouvoir législatif—du souverain seul dans un cas et du souverain en son Parlement dans l'autre—et lorsqu'elle le fait (en l'espèce, l'article 4), ces pouvoirs délégués sont définis plus ou moins exactement. Mais, à mon avis, les tribunaux peuvent habituellement contrôler ces pouvoirs,

reference to procedure for their exercise, or in some other way, and whether the definition is expressed or implied, are in my opinion normally subject to judicial control to ensure that they are not exceeded

[35] Lord Scarman distills the essence of these remarks at page 407 of that judgment:

. . . the controlling factor in determining whether the exercise of prerogative power is subject to judicial review is not its source but its subject matter.

[36] The High Court of Justice later applied *CCSU* in *Lustig-Pream v. Admiralty Board of the Defence Council*, [1995] E.W.J. No. 4735 (H.C.) (QL), and concluded at paragraph 69:

I have no hesitation in holding this challenge justiciable. To my mind only the rarest cases will today be ruled strictly beyond the Court's purview—only cases involving national security properly so-called and where in addition the Courts really do lack the expertise or material to form a judgment on the point at issue. This case does not fall into that category. True, it touches on defence of the realm but it does not involve determining “whether . . . the armed forces (should be) Disposed of in a particular manner” (which Lord Roskill in *CCSU* thought plainly unreviewable. . .). No operational considerations are involved in this policy. Now, indeed, that the “security implications” have disappeared, there appears little about it which the courts are not perfectly well qualified to judge for themselves.

[37] Essentially, the plaintiff's case is that the subject-matter of his claim is not the bestowal of honours or awards, but the institution of a two-year limitation which is alleged to be beyond the delegated authority of the Committee. The question at issue then is whether the Committee's decision to apply a time bar, to preclude further examination of the plaintiff's nomination, is an exercise of Crown prerogative which is beyond the scope of review by this Court. To the extent that this calls for a determination of the scope of the Committee's powers by reference to the Letters Patent and the Regulations, it may arguably be subject to review.

qu'ils aient été définis en fonction de leur objet, de la procédure applicable à leur exercice ou d'une autre façon, afin de s'assurer qu'on ne les a pas outrepassés, et ce, quelle que soit l'origine de ces pouvoirs et indépendamment de la question de savoir s'ils sont définis de façon expresse ou implicite [. . .]

[35] Lord Scarman dégage l'essentiel de ces remarques à la page 407 de ce jugement:

[TRADUCTION] [. . .] le facteur déterminant pour établir si l'exercice d'un pouvoir de prérogative est susceptible de contrôle judiciaire n'est pas l'origine de ce pouvoir, mais bien son objet.

[36] La Haute Cour de Justice a ultérieurement appliqué la décision *CCSU* dans l'affaire *Lustig-Pream v. Admiralty Board of the Defence Council*, [1995] E.W.J. n° 4735 (H.C.) (QL), et conclu au paragraphe 69:

[TRADUCTION] Je n'ai aucune hésitation à conclure à la justiciabilité du présent litige. À mon sens, seuls des cas rarissimes seront maintenant jugés excéder entièrement la compétence du tribunal, i.e. seuls les cas relatifs à la sécurité nationale proprement dite et, en outre, lorsque le tribunal ne dispose vraiment pas de l'expertise ou des documents nécessaires pour statuer sur la question en litige. La présente affaire n'entre pas dans cette catégorie. Il est vrai qu'elle se rapporte à la défense du royaume, mais elle n'exige pas que nous nous prononcions sur «la question de savoir si [. . .] les forces armées [devraient être] disposées d'une façon particulière» (ce qui, selon lord Roskill dans *CCSU*, n'est clairement pas susceptible de contrôle judiciaire [. . .]). Cette politique ne comporte aucune considération opérationnelle. En réalité, maintenant qu'il n'y a plus de «répercussions sur le plan de la sécurité», il semble n'y avoir rien à cet égard sur quoi les tribunaux ne sont pas tout à fait bien placés pour juger par eux-mêmes.

[37] Essentiellement, le demandeur prétend que l'objet de sa revendication n'est pas l'attribution de distinctions honorifiques ou de décorations, mais bien l'établissement par le Conseil d'une prescription de deux ans, que, selon lui, le Conseil n'avait pas le pouvoir délégué d'établir. Il s'agit donc de déterminer si la décision du Conseil d'appliquer une prescription et d'écarter tout autre examen de la candidature qu'a soumise le demandeur constitue l'exercice d'une prérogative royale qui échappe à la compétence de la Cour. Dans la mesure où il faut à cette fin qu'une décision soit rendue quant à l'ampleur des pouvoirs du Conseil découlant des lettres patentes et du Règlement,

[38] Indeed I conclude from a review of the jurisprudence that questions relating to the exercise of prerogative powers ought not to be dealt with summarily. Whether there may be judicial control of a particular decision made by virtue of a delegated Crown prerogative requires determination on its merits, on a case-by-case basis, having regard to the breadth of the power and nature of the impugned decision.

[39] As to the final element of the Crown's argument, I agree that an action for *mandamus* is improper and without foundation. This, however, is essentially a defect as to form which I assume is due to the fact that the litigant is self represented. In such instances rule 57 may be invoked to convert an action to a judicial review and has been interpreted and applied by this Court to permit the conversion of a proceeding improperly commenced as an action to an application for judicial review. See *McLean v. Canada* (1999), 164 F.T.R. 208 (F.C.T.D.); *Khaper v. Canada* (1999), 178 F.T.R. 68 (F.C.T.D.); *Khaper v. Canada* (1999), 182 F.T.R. 78 (F.C.T.D.), *Niederauer v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [2000] F.C.J. No. 928 (T.D.) (QL); and *Métis National Council of Women v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 1961 (T.D.) (QL).

Conclusion

[40] Accordingly, a separate order shall issue granting leave to the plaintiff to bring a motion to convert the action to an application for judicial review and for any necessary extensions of time, failing which the action shall stand dismissed.

[41] In the circumstances, I find appropriate that each party bear its own costs of the motion.

la question en l'espèce est sans doute susceptible de contrôle.

[38] Après avoir passé en revue la jurisprudence, je conclus certes que les questions relatives à l'exercice de pouvoirs de prérogative ne devraient pas être traitées sommairement. Pour déterminer si une décision donnée prise en application d'une prérogative royale déléguée est susceptible de contrôle judiciaire, le tribunal doit rendre une décision au fond, au cas par cas, en tenant compte de l'ampleur du pouvoir en cause et de la nature de la décision contestée.

[39] Quant au dernier élément de l'argumentation de la Couronne, je suis d'accord qu'une action visant l'obtention d'un *mandamus* est irrégulière et dénuée de fondement. Il s'agit toutefois essentiellement d'un défaut de forme qui, je suppose, est attribuable au fait que le demandeur n'est pas représenté par avocat. Dans de telles instances, on peut invoquer la règle 57 pour que l'action soit convertie en demande de contrôle judiciaire; la Cour a interprété et appliqué cette disposition de manière à permettre la conversion d'une instance irrégulièrement introduite en demande de contrôle judiciaire. Voir *McLean c. Canada* (1999), 164 F.T.R. 208 (C.F. 1^{re} inst.); *Khaper c. Canada* (1999), 178 F.T.R. 68 (C.F. 1^{re} inst.); *Khaper c. Canada* (1999), 182 F.T.R. 78 (C.F. 1^{re} inst.); *Niederauer c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [2000] A.C.F. n° 928 (1^{re} inst.) (QL); et *Métis National Council of Women c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 1961 (1^{re} inst.) (QL).

Conclusion

[40] Par conséquent, la Cour délivrera une ordonnance distincte dans laquelle elle autorisera le demandeur à présenter une requête visant l'obtention de la conversion de l'action en demande de contrôle judiciaire et l'obtention des prorogations de délai nécessaires, à défaut de quoi l'action sera rejetée.

[41] Dans les circonstances, il convient à mon avis que chaque partie assume ses propres dépens découlant de la requête.

APPENDIX

Section 7 of the Regulations states the following:

CANADIAN DECORATIONS ADVISORY
COMMITTEE

7. (1) There shall be maintained a Canadian Decorations Advisory Committee comprising

- (a) the Clerk of the Privy Council;
- (b) the Secretary to the Governor General;
- (c) the Deputy Minister of Canadian Heritage;
- (d) the Deputy Minister of National Defence;
- (e) the Deputy Minister of Transport;
- (f) the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police; and
- (g) not more than four other members who shall be appointed by the Governor General.

(2) A member of the Committee referred to in any of paragraphs (1)(a) to (f) may designate an alternate to act as a member of the Committee in the event that the member is absent or unable to act in that capacity.

Section 8 of the Regulations states the following:

8. The Committee shall

- (a) consider nominations under section 10 of the award of
 - (i) the Cross of Valour,
 - (ii) the Star of Courage, and
 - (iii) the Medal of Bravery;
- (b) determine whether nominees are eligible to be awarded a Canadian bravery decoration;
- (c) compile and submit to the Governor General lists of those nominees who, in the opinion of the Committee, have the greatest merit for each of the decorations mentioned in paragraph (a); and
- (d) advise the Governor General on such other matters concerning the award of Canadian bravery decorations as the Governor General may refer to the Committee for consideration.

Section 10 of the Regulations states as follows:

NOMINATIONS

10. Any person or organization may submit to the Secretary of the Committee for consideration by the Committee

ANNEXE

L'article 7 du Règlement est rédigé comme suit:

CONSEIL DES DÉCORATIONS
CANADIENNES

7. (1) Est maintenu le Conseil des décorations canadiennes composé:

- a) du greffier du Conseil privé;
- b) du secrétaire du gouverneur général;
- c) du sous-ministre du Patrimoine canadien;
- d) du sous-ministre de la Défense nationale;
- e) du sous-ministre des Transports;
- f) du commissaire de la Gendarmerie royale du Canada;
- g) d'au plus quatre autres personnes nommées par le gouverneur général.

(2) Tout membre du Conseil visé aux alinéas (1)a) à f) peut désigner un suppléant pour le remplacer en cas d'absence ou d'empêchement.

L'article 8 du Règlement prévoit:

8. Le Conseil:

- a) étudie les candidatures présentées en vertu de l'article 10 en vue de l'attribution:
 - (i) de la Croix de la vaillance,
 - (ii) de l'Étoile du courage,
 - (iii) de la Médaille de la bravoure;
- b) décide de l'admissibilité des candidats à l'attribution de décoration canadienne pour acte de bravoure;
- c) établit et soumet au gouverneur général la liste des candidats qui, à son avis, sont les plus méritants pour l'une ou l'autre des décorations visées à l'alinéa a);
- d) conseille le gouverneur général au sujet de toute autre question relative à l'attribution des décorations canadiennes pour actes de bravoure que celui-ci lui soumet pour examen.

L'article 10 du Règlement se lit comme suit:

MISES EN CANDIDATURE

10. Toute personne ou organisation peut soumettre au secrétaire du Conseil, pour examen par le Conseil, une

a nomination of a person for the award of a Canadian bravery decoration.

candidature à une décoration canadienne pour acte de bravoure.

Section 17 of the Regulations states the following:

L'article 17 du Règlement se lit comme suit:

GENERAL

17. Nothing in these Regulations limits the right of the Governor General to exercise all powers and authorities of Her Majesty in respect of Canadian bravery decorations.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

17. Le présent règlement n'a pas pour effet de restreindre le droit du gouverneur général d'exercer tous les pouvoirs de Sa Majesté à l'égard des décorations canadiennes pour actes de bravoure.

A-197-00
2001 FCA 191

A-197-00
2001 CAF 191

Soliman Mohammadian (*Appellant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

**INDEXED AS: MOHAMMADIAN v. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Stone, Rothstein and Sexton J.J.A.—
Toronto, May 15; Ottawa, June 6, 2001.

Constitutional Law — Charter of Rights — Criminal Process — Decision of Convention Refugee Determination Division impugned as to quality of interpretation at hearing — Charter, s. 14 guaranteeing right to interpreter to party, witness in any proceedings — In R. v. Tran, S.C.C. holding waiver of s. 14 right to interpreter in criminal proceeding should be clear, unequivocal, made personally by accused following inquiry by court through interpreter to ensure accused truly understands what doing — Leaving open question whether same applies to non-criminal proceedings — F.C.T.D. Judge choosing to rely on common law test, holding waiver results if claimant not raising objection to interpretation at first opportunity during CRDD hearing — Appeal dismissed — Linguistic understanding underlying s. 14 right to interpreter — Should not be elevated to give unfair advantages — No way for CRDD to know interpretation deficient if claimant not voicing concern — Appellant aware of right to assistance of qualified interpreter as first hearing rescheduled as result of interpretation problems — Failure to object, weighed with knowledge, clear indication quality of interpretation satisfactory — Answers to certified questions: analysis in R. v. Tran applies generally to Refugee Division proceedings; interpretation must be continuous, precise, competent, impartial, contemporaneous; actual prejudice as result of breach of standard of interpretation not required before Court can interfere with CRDD's decision; applicant must object to quality of interpretation before CRDD as condition of being able to raise quality of interpretation as ground of judicial review.

Soliman Mohammadian (*appelant*)

c.

Le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*intimé*)

**RÉPERTORIÉ: MOHAMMADIAN c. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Cour d'appel, juges Stone, Rothstein et Sexton, J.C.A.—
—Toronto, 15 mai; Ottawa, 6 juin 2001.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Décision de la section du statut de réfugié contestée quant à la qualité de l'interprétation à l'audience — L'art. 14 de la Charte garantit le droit à l'assistance d'un interprète à la partie ou au témoin qui ne peuvent suivre les procédures — Dans R. c. Tran, la C.S.C. a statué que la renonciation au droit à l'assistance d'un interprète dans une procédure criminelle garanti par l'art. 14 devrait être claire et sans équivoque, l'accusé devant renoncer personnellement à la suite d'une vérification du tribunal, par l'entremise d'un interprète, que l'accusé comprend véritablement ce qu'il fait — La C.S.C. a remis à plus tard l'examen de la question de savoir si la même règle s'applique à des procédures non criminelles — Le juge de la C.F. 1^{re} inst. avait décidé de se fonder sur le critère de common law et avait statué qu'il y a renonciation si l'intéressé ne s'oppose pas à la qualité de l'interprétation dès qu'il peut le faire au cours de l'audience tenue par la SSR — Appel rejeté — La compréhension linguistique soutient le droit à l'assistance d'un interprète garanti par l'art. 14 — Ce principe ne devrait pas être élevé au point de conférer des avantages injustes — Lorsque l'intéressé décide de ne rien faire, la SSR n'est pas en mesure de savoir que l'interprétation comporte des lacunes — L'appellant était au courant de son droit à l'assistance d'un interprète compétent étant donné que la première audience avait été ajournée par suite des problèmes d'interprétation — L'omission de soulever une objection, compte tenu de la connaissance, était une indication claire que la qualité de l'interprétation était satisfaisante — Réponse aux questions certifiées: l'analyse effectuée dans R. c. Tran s'applique d'une façon générale aux procédures engagées devant la section du statut de réfugié; l'interprétation doit être continue, fidèle, compétente, impartiale et concomitante; il n'est pas nécessaire qu'un préjudice réel soit subi suite à la violation de la norme d'interprétation pour que la Cour puisse intervenir face à la décision de la SSR; le demandeur doit s'opposer à la qualité de l'interprétation devant la SSR afin de pouvoir soulever la question de la qualité de l'interprétation comme motif de contrôle judiciaire.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Appeal from dismissal of application for judicial review of CRDD's denial of refugee claim — As result of interpretation problems, first hearing before CRDD adjourned — No problems of interpretation at second sitting — Appellant not objecting to quality of interpretation at third sitting until application record filed — Charter of Rights, s. 14 guaranteeing right to assistance of interpreter to party, witness in any proceedings — Although analysis in relation to application of s. 14 to criminal proceedings (waiver must be clear, unequivocal, made personally following court's inquiry into understanding of consequences) applying generally to proceedings before CRDD, refugee claimant must raise objection to interpretation at first opportunity during hearing of refugee claim — Failure to object to interpretation, coupled with awareness of right to qualified interpreter after first hearing rescheduled, indicating quality of interpretation satisfactory.

This was an appeal from the dismissal of an application for judicial review of the CRDD's denial of the applicant's Convention refugee claim. The appellant, an Iranian Kurd, attended at the Refugee Division for three scheduled sittings. Difficulty in communicating through the interpreter at the first sitting resulted in the hearing being rescheduled. There were no problems of interpretation at the second sitting. The appellant did not raise any objection to the quality of the interpretation at any time during the third sitting at which he was represented by counsel. A complaint in that regard was raised for the first time only when the applicant filed his application record.

Charter, section 14 guarantees the right to the assistance of an interpreter to a party or witness in any proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf. *R. v. Tran* dealt with the section 14 right as it related to the right of an accused in criminal proceedings, but left open for future consideration the possibility that different rules may apply to other situations, i.e. civil actions and administrative proceedings. Lamer C.J. repeated therein that waiver of a statutory procedural right must be clear and unequivocal and done with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and the effect that waiver will have on those rights. In the case of waiver of the section 14 right to an interpreter, the waiver should be made personally by the accused, if necessary following an inquiry by the court through an interpreter to ensure that the accused truly understands what it is he or she is doing, unless counsel can

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel du rejet d'une demande en vue du contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR avait rejeté une revendication — Par suite de problèmes d'interprétation, la première audience devant la SSR avait été ajournée — Il n'y avait pas eu de problèmes d'interprétation lors de la deuxième audience — L'appellant ne s'était pas opposé à la qualité de l'interprétation lors de la troisième séance tant que le dossier de la demande n'avait pas été déposé — L'art. 14 de la Charte des droits garantit le droit à l'assistance d'un interprète à la partie ou au témoin qui ne peuvent suivre les procédures — L'analyse porte sur l'application de l'art. 14 aux procédures criminelles (la renonciation doit être claire et sans équivoque et elle doit être faite personnellement à la suite d'une vérification du tribunal au sujet de la compréhension des conséquences), mais elle s'applique d'une façon générale aux procédures engagées devant la SSR, et l'intéressé doit s'opposer à la qualité de l'interprétation dès qu'il peut le faire au cours de l'audition de la revendication — L'omission de s'opposer à la qualité de l'interprétation ainsi que le fait que l'intéressé avait connaissance de son droit à l'assistance d'un interprète compétent après que la première audience eut été ajournée indiquent que la qualité de l'interprétation était satisfaisante.

Il s'agissait d'un appel du rejet de la demande que l'appellant avait présentée en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR avait conclu qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention. L'appellant, un Kurde iranien, s'était présenté à trois séances de la section du statut. Le fait qu'il avait été difficile de communiquer par l'entremise de l'interprète lors de la première séance avait entraîné l'ajournement de l'audience. Il n'y avait pas eu de problèmes d'interprétation lors de la deuxième séance. L'appellant ne s'était jamais opposé à la qualité de l'interprétation lors de la troisième séance, où il était représenté par une avocate. Ce n'est que lorsqu'il a déposé le dossier de la demande que l'appellant s'est plaint de la chose pour la première fois.

L'article 14 de la Charte garantit le droit à l'assistance d'un interprète à la partie ou au témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité. L'arrêt *R. c. Tran* portait sur le droit garanti à l'article 14 tel qu'il s'applique au droit d'un accusé dans le cadre de procédures criminelles, mais remettait à plus tard l'examen de la possibilité que des règles différentes s'appliquent à d'autres situations, par exemple des actions civiles ou des procédures administratives. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a réitéré que la renonciation à un droit procédural d'origine législative doit être claire et sans équivoque et doit être faite en pleine connaissance des droits que la procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits. Dans le cas de la renonciation au droit à l'assistance d'un interprète, garanti par l'article 14, l'accusé doit renoncer personnellement, si nécessaire, à la

satisfy the court that the nature of the right and the effect on that right of waiving it have been explained to the accused. The point being free of authority, the Trial Division Judge herein chose to apply a different test. He had regard to the common law whereunder waiver of a right to object may be inferred from conduct, and held that waiver results if objection to the quality of interpretation is not raised at the first opportunity during the hearing.

The following questions were certified: whether the analysis developed in *R. v. Tran* in relation to the application of Charter, section 14 to criminal proceedings applies to proceedings before the CRDD and in particular: (1) whether the interpretation must be continuous, precise, competent, impartial and contemporaneous; (2) whether applicants must show that they have suffered actual prejudice as a result of a breach of the standard of interpretation before the Court can interfere with the CRDD's decision; and (3) whether the applicant must object to the quality of interpretation before the CRDD as a condition of being able to raise the quality of interpretation as a ground of judicial review.

Held, the appeal should be dismissed.

Lamer C.J. stated in *R. v. Tran* that the underlying principle behind all of the interests protected by the right to interpreter assistance under Charter, section 14 is that of linguistic understanding. He cautioned that although the level of understanding protected by section 14 will necessarily be high, the principle of linguistic understanding should not be so elevated as to give unfair advantages over those fluent in the language used in the court. These views applied herein. The Refugee Division's case load has increased exponentially, 31,000 new cases being added in a recent year, a high percentage of which involve individuals whose native language is neither of Canada's official languages. It must be in the interests of the individual and of the public that refugee claims be processed as soon as is practicable. Neither interest is served when the refugee determination process is unnecessarily delayed, provided acceptable safeguards are adhered to in order to prevent a breach of the section 14 right. Where a claimant does nothing to indicate his concern with the quality of the interpretation, the Refugee Division has no way of knowing that the interpretation is in any respect deficient. In light of his experience at the first sitting the appellant was well aware of his right to the assistance of a qualified interpreter. When his conduct during the whole of the third sitting and for some time afterward is weighed with his undoubted knowledge of his right, that conduct must be construed as a clear indication that the quality of interpretation was satisfactory.

suite d'une vérification du tribunal, par l'entremise d'un interprète, que l'accusé comprend véritablement ce qu'il fait, à moins que l'avocat ne puisse convaincre le tribunal que la nature du droit et l'effet de la renonciation sur ce droit ont été expliqués à l'accusé. Étant donné qu'il n'avait jamais encore été statué sur le point litigieux, le juge de première instance saisi de la présente affaire a décidé d'appliquer un critère différent. Il a tenu compte de la common law en vertu de laquelle la renonciation au droit de soulever une objection peut être inférée à partir de la conduite d'une personne et a statué qu'il y a renonciation si l'intéressé ne s'oppose pas à la qualité de l'interprétation dès qu'il peut le faire au cours de l'audience.

Les questions ci-après énoncées ont été certifiées: si l'analyse effectuée dans l'arrêt *R. c. Tran*, qui porte sur l'application de l'article 14 de la Charte dans des procédures de nature criminelle s'applique aux procédures devant la SSR, notamment: 1) si l'interprétation doit être continue, fidèle, compétente, impartiale et concomitante; 2) si les demandeurs doivent démontrer qu'ils ont subi un préjudice réel suite à la violation de la norme d'interprétation pour que la Cour puisse intervenir face à la décision de la SSR; 3) si le demandeur doit présenter ses objections au sujet de la qualité de l'interprétation devant la SSR afin de pouvoir soulever la question de la qualité de l'interprétation comme motif justifiant le contrôle judiciaire.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Le juge en chef Lamer a dit dans l'arrêt *R. c. Tran* que le principe qui sous-tend tous les intérêts protégés par le droit à l'assistance d'un interprète, que garantit l'article 14 de la Charte, est la compréhension linguistique. Même si, à son avis, le niveau de compréhension visé par l'article 14 sera nécessairement élevé, le juge en chef a fait remarquer que le principe de la compréhension linguistique ne devrait pas être élevé au point de conférer des avantages injustes par rapport aux personnes qui parlent couramment la langue du prétoire. Ces avis ont été appliqués en l'espèce. La section du statut a vu sa charge de travail augmenter de façon exponentielle au point que récemment, elle faisait face à 31 000 nouvelles revendications, qui, dans bien des cas, étaient présentées par des individus dont la langue maternelle n'est ni l'une ni l'autre des langues officielles du Canada. L'intérêt de l'individu en cause et celui du public exigent que la revendication soit traitée le plus tôt possible. Or, il n'est pas dans l'intérêt de l'individu ni du public de retarder inutilement le processus de reconnaissance du statut de réfugié, à condition que des garanties acceptables soient fournies afin d'empêcher la violation du droit prévu à l'article 14. Lorsque l'intéressé décide de ne rien faire même si la qualité de l'interprétation le préoccupe, la section du statut n'est pas en mesure de savoir que l'interprétation comporte des lacunes à certains égards. Compte tenu du problème qu'il avait eu à la première séance, l'appelant était parfaitement au courant du droit qu'il avait d'obtenir l'assistance d'un interprète compétent. Lorsque sa conduite,

The analysis developed in *R. v. Tran* generally applies to a proceeding before the Refugee Division. The questions should be answered as follows: (1) Yes; (2) No; and (3) Yes.

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. 14.
Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, R. 17(2).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Tran, [1994] 2 S.C.R. 951; (1994), 133 N.S.R. (2d) 81; 117 D.L.R. (4th) 7; 92 C.C.C. (3d) 218; 32 C.R. (4th) 34.

CONSIDERED:

In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited, [1986] 1 F.C. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. dismissed [1986] 2 S.C.R. v; (1986), 72 N.R. 17.

REFERRED TO:

Zündel v. Canada (Canadian Human Rights Commission) (2000), 195 D.L.R. (4th) 399; 264 N.R. 174 (F.C.A.).

APPEAL from dismissal of an application for judicial review of the denial by the CRDD of the applicant's Convention refugee claim (*Mohammadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*), [2000] 3 F.C. 371; (2000), 4 Imm. L.R. (3d) 131 (T.D.)). Appeal dismissed.

au cours de la troisième séance et pendant un certain temps par la suite, est appréciée compte tenu du fait qu'il avait sans aucun doute connaissance de son droit, il est difficile d'interpréter cette conduite comme étant autre chose qu'une indication claire que la qualité de l'interprétation était satisfaisante.

L'analyse élaborée dans *R. c. Tran* s'applique d'une façon générale à des procédures engagées devant la section du statut. Il faut répondre comme suit aux questions: 1) oui; 2) non; et 3) oui.

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. 14.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).
Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, règle 17(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. c. Tran, [1994] 2 R.C.S. 951; (1994), 133 N.S.R. (2d) 81; 117 D.L.R. (4th) 7; 92 C.C.C. (3d) 218; 32 C.R. (4th) 34.

DÉCISION EXAMINÉE:

Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée, [1986] 1 C.F. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée [1986] 2 R.C.S. v; (1986), 72 N.R. 17.

DÉCISION CITÉE:

Zündel c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (2000), 195 D.L.R. (4th) 399; 264 N.R. 174 (C.A.F.).

APPEL du rejet d'une demande visant au contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR avait conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention (*Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*), [2000] 3 C.F. 371; (2000), 4 Imm. L.R. (3d) 131 (1^{re} inst.)). Appel rejeté.

APPEARANCES:

Micheal T. Crane for appellant.
Marcel R. Larouche for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Micheal T. Crane, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STONE J.A.: This is an appeal from an order of Pelletier J. dated March 10, 2000 [[2000] 3 F.C. 371 (T.D.)], whereby the appellant's application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (the Refugee Division) determining the appellant not to be a Convention refugee, was dismissed.

BACKGROUND

[2] Pelletier J. certified the following questions pursuant to section 83 of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73)] (the Act) [at paragraph 43]:

Does the analysis developed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Tran*, *supra*, in relation to the application of section 14 of the Charter to criminal proceedings apply to proceedings before the CRDD, and in particular:

- 1— Must the interpretation provided to applicants be continuous, precise, competent, impartial and contemporaneous?
- 2— Must applicants show that they have suffered actual prejudice as a result of a breach of the standard of interpretation before the Court can interfere with the CRDD's decision?
- 3— Where it is reasonable to expect an applicant to do so, such as when an applicant has difficulty understanding the interpreter, must the applicant object to the quality of interpretation before the CRDD as a condition of being able to raise the quality of interpretation as a ground of judicial review?

The reference to "CRDD" is to the Refugee Division.

ONT COMPARU:

Micheal T. Crane pour l'appellant.
Marcel R. Larouche pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Micheal T. Crane, Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel visant une ordonnance par laquelle, le 10 mars 2000 [[2000] 3 C.F. 371 (1^{re} inst.)], le juge Pelletier a rejeté la demande que l'appellant avait présentée en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la section du statut) avait conclu qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention.

HISTORIQUE

[2] Le juge Pelletier a certifié les questions ci-après énoncées conformément à l'article 83 de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73)] (la Loi) [au paragraphe 43]:

L'analyse de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Tran*, précité, qui porte sur l'application de l'article 14 de la Charte dans des procédures de nature criminelle, s'applique-t-elle aux procédures devant la SSR, notamment:

- 1— L'interprétation fournie aux demandeurs doit-elle être continue, fidèle, compétente, impartiale et concomitante?
- 2— Les demandeurs doivent-ils démontrer qu'ils ont subi un préjudice réel suite à la violation de la norme d'interprétation pour que la Cour puisse intervenir face à la décision de la SSR?
- 3— Lorsqu'il est raisonnable de s'attendre à ce que le demandeur le fasse, comme c'est le cas lorsqu'il a de la difficulté à comprendre l'interprète, le demandeur doit-il présenter ses objections au sujet de la qualité de l'interprétation devant la SSR afin de pouvoir soulever la question de la qualité de l'interprétation comme motif justifiant le contrôle judiciaire?

Par «SSR», le juge entend la section du statut de réfugié.

[3] Most of the argument in this Court was addressed to the waiver of the right enshrined in section 14 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], an issue which I shall discuss below. Before this Court the appellant also questioned the competency of counsel at the hearing before the Refugee Division, an attack which Pelletier J. rejected. Further, the appellant attacked the Refugee Division's finding of lack of credibility based upon the appellant's failure to seek Convention refugee protection in other signatory countries through which he passed by land before arriving in Canada, and for delaying a claim for refugee status for some time after his arrival in this country. In my view, Pelletier J. did not err in his appreciation of the record upon which these aspects of the case were founded.

[4] There is really no issue between the parties that, as Pelletier J. determined, the interpretation provided to applicants before the Refugee Division must be continuous, precise, competent, impartial and contemporaneous. In making this determination, Pelletier J., correctly in my view, adopted the reasoning of Lamer C.J. in *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at page 979, even though that case involved interpretation at a trial of criminal charges. Nor am I persuaded that Pelletier J. erred in finding that no proof of actual prejudice was required as a condition of obtaining relief from a breach of the section 14 right. In deciding as he did, Pelletier J. was guided by the reasoning of Lamer C.J. in *R. v. Tran*, *supra*, at pages 985-991, where the view was expressed that the rights protected by section 14 do not depend on actual prejudice to an accused. "It would be wrong", stated the Chief Justice [at page 995], "to introduce into the assessment of whether the right has been breached any consideration of whether or not the accused actually suffered prejudice when being denied his or her s. 14 rights." I agree that Pelletier J. correctly applied this principle in the present case.

[3] La plupart des plaidoiries qui ont été présentées devant la Cour portaient sur la renonciation au droit garanti à l'article 14 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) question que j'examinerai ci-dessous. Devant la présente Cour, l'appelant a également remis en question la compétence de l'avocate à l'audience qui a eu lieu devant la section du statut, prétention que le juge Pelletier a rejetée. En outre, l'appelant a contesté la conclusion relative au manque de crédibilité que la section du statut avait tirée en se fondant sur le fait qu'il n'avait pas revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention dans d'autres pays signataires par lesquels il était passé par voie de terre avant d'arriver au Canada et qu'il avait tardé à revendiquer le statut de réfugié après être arrivé au pays. À mon avis, le juge Pelletier n'a pas commis d'erreur en appréciant le dossier sur lequel ces aspects de l'affaire étaient fondés.

[4] Comme le juge Pelletier l'a conclu, les parties ne contestent pas que l'interprétation fournie aux demandeurs devant la section du statut doit satisfaire à la norme de la continuité, de la fidélité, de la compétence, de l'impartialité et de la concomitance. En rendant sa décision, le juge Pelletier a adopté, avec raison à mon avis, le raisonnement que le juge en chef Lamer avait fait dans l'arrêt *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, à la page 979, et ce, même si cette affaire se rapportait à l'interprétation fournie dans le cadre d'un procès portant sur des accusations criminelles. Je ne suis pas non plus convaincu que le juge Pelletier ait commis une erreur en concluant qu'il n'était pas nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice réel en vue d'obtenir une réparation par suite de la violation d'un droit prévu à l'article 14. En statuant comme il l'a fait, le juge Pelletier s'est inspiré du raisonnement que le juge en chef Lamer avait fait dans l'arrêt *R. c. Tran*, précité, aux pages 985 à 991, où il a été dit que les droits protégés par l'article 14 ne dépendent pas du fait que l'accusé a subi un préjudice réel. Voici ce que le juge en chef a dit [à la page 995]: «il serait erroné de se demander, pour déterminer si le droit a été violé, si l'accusé a vraiment subi un préjudice lorsqu'on lui

WAIVER

[5] The major issue raised on this appeal boils down to whether the test for waiver of the section 14 right to the assistance of an interpreter is that which was articulated in *R. v. Tran, supra*, or some other test. Section 14 of the Charter reads:

14. A party or witness in any proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf has the right to the assistance of an interpreter.

[6] In approaching this issue it is well to keep in mind that, as Lamer C.J. observed in *R. v. Tran, supra*, the section 14 right does not require “perfection” of interpretation. He stated, at page 987:

However, it is important to keep in mind that interpretation is an inherently human endeavour which often takes place in less than ideal circumstances. Therefore, it would not be realistic or sensible to require even a constitutionally guaranteed standard of interpretation to be one of perfection.

[7] The circumstances require examination before this issue is addressed. The appellant, an Iranian Kurd, attended at the Refugee Division for three scheduled sittings. This is evident from paragraph 3 of his supporting affidavit where he stated:

The first sitting did not even start as the interpreter was a Turkish Kurd and we could not communicate at all in Kurdish (I was able to speak with him a little in English), so my case was rescheduled. The second sitting was interpreted by an Iranian Kurd and I had no difficulties in comprehension or expression. At the third sitting, the interpreter was an Iraqi Kurd. I had great difficulty understanding him and in being understood by him.

[8] It may be inferred from this evidence that difficulty in communicating through the interpreter at the first sitting caused the hearing to be rescheduled. However, the appellant raised no objection to the

a refusé l’exercice de ses droits garantis par l’art. 14». Je suis d’accord pour dire qu’en l’espèce, le juge Pelletier a appliqué ce principe correctement.

RENONCIATION

[5] La principale question soulevée dans le présent appel revient à se demander si le critère qui s’applique en ce qui concerne la renonciation au droit prévu à l’article 14, soit le droit à l’assistance d’un interprète, est celui qui a été énoncé dans l’arrêt *R. c. Tran*, précité, ou s’il convient d’appliquer un autre critère. L’article 14 de la Charte se lit comme suit:

14. La partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu’ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu’ils sont atteints de surdité, ont droit à l’assistance d’un interprète.

[6] En abordant la question, il faut se rappeler que, comme le juge en chef Lamer l’a fait remarquer dans l’arrêt *R. c. Tran*, précité, le droit garanti à l’article 14 n’exige pas une interprétation «parfaite». À la page 987, le juge en chef a dit ce qui suit:

Il est cependant important de garder à l’esprit que l’interprétation est fondamentalement une activité humaine qui s’exerce rarement dans des circonstances idéales. Par conséquent, il ne serait ni réaliste ni raisonnable d’exiger que même une norme d’interprétation garantie par la Constitution en soit une de perfection.

[7] Avant de s’arrêter à cette question, il faut examiner les circonstances. L’appelant, un Kurde iranien, s’est présenté à trois séances de la section du statut. C’est ce qui ressort du paragraphe 3 de l’affidavit qu’il a déposé à l’appui, où il a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] La première séance n’a même pas commencé étant donné que l’interprète était un Kurde turc et que nous ne pouvions pas communiquer du tout en kurde (je pouvais lui parler un peu en anglais), de sorte que l’audience a été ajournée. Lors de la deuxième séance, l’interprétation était fournie par un Kurde iranien et je n’ai eu aucune difficulté à le comprendre ou à m’exprimer. Lors de la troisième séance, l’interprète était un Kurde irakien. J’ai eu beaucoup de difficulté à le comprendre et à me faire comprendre.

[8] Il peut être inféré, à partir de cette preuve, que le fait qu’il était difficile de communiquer par l’entremise de l’interprète lors de la première séance a entraîné l’ajournement de l’audience. Toutefois,

quality of the interpretation at any time during the third sitting where he was represented by counsel. Indeed, no objection was raised by him during the ensuing period during which his counsel was preparing written representations to the Refugee Division on the merits of the claim, or in the representations themselves. His application for leave to bring the judicial review application in the Trial Division raised no concern with the quality of the interpretation. It was only when he filed his application record that a complaint in that regard was raised for the first time.

[9] Two additional affidavits were filed in support of the application. That of Mostafa Fateh, an Iranian Kurd, is to the effect that he too had difficulty in understanding the interpreter when he testified at the hearing. Again, however, Mr. Fateh raised no objection during his testimony to the quality of the interpretation.

[10] The third affidavit is that of Chris Yousefi, an Iranian Kurd and a landed immigrant in Canada, who did not testify at the hearing. However, some time after the hearing Mr. Yousefi listened to the tapes of the third sitting. He stated in his affidavit that the interpreter was not interpreting precisely, either from English to Kurdish or from Kurdish to English. Mr. Yousefi was able to point to several words and phrases in the testimony of the appellant and Mr. Fateh that in his view were not correctly interpreted. However, these appear to have been of a relatively minor character.

[11] In *R. v. Tran*, *supra*, Lamer C.J. made it clear, at page 995, that the section 14 right “is one held not only by accused persons, but also by parties in civil actions and administrative proceedings and by witnesses”. He cautioned, however, that his discussion of the section 14 right related to the right of an accused, stating at page 961:

At the outset, I would like to make it very clear that the discussion of s. 14 of the *Charter* which follows relates

l'appelant ne s'est jamais opposé à la qualité de l'interprétation lors de la troisième séance, où il était représenté par une avocate. De fait, il n'a soulevé aucune objection par la suite, au cours de la période où son avocate préparait, à l'intention de la section du statut, des observations écrites au sujet du bien-fondé de la revendication et aucune objection n'a été soulevée dans les observations elles-mêmes. Dans la demande d'autorisation en vue d'un contrôle judiciaire devant la Section de première instance, il n'était aucunement fait mention de la qualité de l'interprétation. Ce n'est que lorsqu'il a déposé le dossier de la demande que l'appelant s'est plaint de la chose pour la première fois.

[9] Deux affidavits additionnels ont été déposés à l'appui de la demande. Dans son affidavit, Mostafa Fateh, un Kurde iranien, a déclaré qu'il avait lui aussi eu de la difficulté à comprendre l'interprète lorsqu'il avait témoigné à l'audience. Toutefois, lorsqu'il a témoigné, M. Fateh n'a pas lui non plus soulevé d'objection au sujet de la qualité de l'interprétation.

[10] Le troisième affidavit est celui de Chris Yousefi, un Kurde iranien qui a obtenu le droit d'établissement au Canada; M. Yousefi n'a pas témoigné à l'audience. Toutefois, peu de temps après l'audience, M. Yousefi a écouté les enregistrements de la troisième séance. Dans son affidavit, il a déclaré que l'interprétation manquait de précision, que ce soit de l'anglais vers le kurde ou du kurde vers l'anglais. M. Yousefi a pu signaler plusieurs mots et expressions qui, selon lui, n'avaient pas été correctement interprétés dans le témoignage de l'appelant et dans celui de M. Fateh. Toutefois, il semble que les erreurs aient été relativement peu importantes.

[11] Dans l'arrêt *R. c. Tran*, précité, le juge en chef Lamer a clairement dit, à la page 995, que le droit garanti à l'article 14 «appartient non seulement aux accusés, mais aussi aux parties à des actions civiles et à des procédures administratives, de même qu'aux témoins». Toutefois, il a fait remarquer que son examen du droit garanti à l'article 14 se rapportait au droit d'un accusé; voici ce qu'il a dit, à la page 961:

J'aimerais avant tout préciser que l'analyse qui suit de l'art. 14 de la *Charte* porte spécifiquement sur le droit d'un

specifically to the right of an accused in criminal proceedings, and must not be taken as necessarily having any broader application. In other words, I leave open for future consideration the possibility that different rules may have to be developed and applied to other situations which properly arise under s. 14 of the *Charter*—for instance, where the proceedings in question are civil or administrative in nature.

[12] He then went on, at pages 996-997, to articulate the following test of waiver by an accused of the section 14 right:

Where waiver of the right to interpreter assistance is possible, the threshold will be very high. In *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, this Court made it clear *per* Lamer J. (as he then was) that to be valid, waiver of a statutory procedural right has to be clear and unequivocal and must be done with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and the effect that waiver will have on those rights. This standard for a valid waiver has subsequently been adopted in the context of the *Charter*, specifically with respect to s. 10(b), which guarantees the right to retain and instruct counsel upon arrest or detention: see, e.g., *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, *per* McLachlin J., at pp. 892-94. In the specific case of waiver of the s. 14 right to interpreter assistance, I would add to existing safeguards the following condition. The waiver should be made personally by the accused, if necessary following an inquiry by the court through an interpreter to ensure that the accused truly understands what it is he or she is doing, unless counsel for the accused is fluent in the accused's language or has communicated with the accused through an interpreter before coming to court and satisfies the court that the nature of the right and the effect on that right of waiving it have been explained to the accused.

[13] As the point at issue was free of authority, Pelletier J. was left to determine whether or not the *R. v. Tran*, *supra*, test for waiver could be appropriately assimilated to a proceeding before the Refugee Division. In the end Pelletier J. chose to apply a different test. He was of the view that waiver results if an objection to the quality of interpretation is not raised by the claimant at the first opportunity during the hearing. His conclusion on this aspect of the case appears at paragraphs 27-29 of his reasons, where he stated:

For these reasons, I find that some but not all elements of the *Tran* decision apply to proceedings before the CRDD.

accusé dans le cadre de procédures criminelles et ne doit pas être considérée comme ayant nécessairement une application plus générale. En d'autres termes, je ne me prononcerai pas pour le moment sur la possibilité qu'il soit nécessaire d'établir et d'appliquer des règles différentes à d'autres situations qui tombent à bon droit sous le coup de l'art. 14 de la *Charte*—par exemple, lorsque les procédures en question sont de nature civile ou administrative.

[12] Aux pages 996 et 997, le juge en chef a ensuite énoncé le critère suivant applicable à la renonciation du droit qui est garanti à l'accusé par l'article 14:

Lorsqu'il est possible de renoncer au droit à l'assistance d'un interprète, le seuil est très élevé. Dans *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a précisé, au nom de la Cour, que, pour être valide, la renonciation à un droit procédural d'origine législative doit être claire et sans équivoque et doit être faite en pleine connaissance des droits que la procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits. Cette norme relative à une renonciation valide a subséquemment été adoptée dans le contexte de la *Charte*, plus précisément à l'égard de l'al. 10b) qui garantit le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat en cas d'arrestation ou de détention: voir, par ex., *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, le juge McLachlin, aux pp. 892 à 894. Dans le cas précis de la renonciation au droit à l'assistance d'un interprète, garanti par l'art. 14, j'ajouterais aux garanties existantes la condition suivante. L'accusé doit renoncer personnellement, si nécessaire à la suite d'une vérification du tribunal, par l'entremise d'un interprète, que l'accusé comprend véritablement ce qu'il fait, à moins que l'avocat de l'accusé ne connaisse la langue de ce dernier ou n'ait communiqué avec l'accusé par l'intermédiaire d'un interprète avant de se présenter devant le tribunal, et qu'il convainque ce dernier que la nature du droit et l'effet de la renonciation sur ce droit ont été expliqués à l'accusé.

[13] Étant donné qu'il n'avait jamais encore été statué sur le point litigieux, le juge Pelletier devait déterminer si le critère relatif à la renonciation qui avait été énoncé dans l'arrêt *R. c. Tran*, précité, pouvait à juste titre s'appliquer à des procédures engagées devant la section du statut. En fin de compte, le juge Pelletier a décidé d'appliquer un critère différent. Il estimait qu'il y a renonciation si l'intéressé ne s'oppose pas à la qualité de l'interprétation dès qu'il peut le faire au cours de l'audience. La conclusion que le juge a tirée sur ce point figure aux paragraphes 27 à 29 de ses motifs:

Pour ces motifs, je conclus que seuls certains des éléments de l'arrêt *Tran* s'appliquent aux procédures devant la SSR.

The framework for analysis as to whether a section 14 violation has occurred, the elements of the standard of interpretation to be expected and the absence of a requirement for proof of prejudice as a condition precedent to gaining access to the Court's remedial power are applicable to refugee proceedings. However, complaints about the quality of interpretation must be made at the first opportunity, that is, before the CRDD, in those cases where it is reasonable to expect that a complaint be made.

It will be a question of fact in each case whether it is reasonable to expect a complaint to be made. If the interpreter is having difficulty speaking the applicant's own language and being understood by him, this is clearly a matter which should be raised at the first opportunity. On the other hand, if the errors are in the language of the hearing, which the applicant does not understand, then prior complaint may not be a reasonable expectation.

In this case, I find that the question of the quality of the interpretation should have been raised before the CRDD because it was obvious to the applicant that there were problems between him and the interpreter. His affidavit refers to the difficulty he had understanding the interpreter and says that at times he did not understand what was being said. This is sufficient to require him to speak out at the time. His failure to do so then is fatal to his claim now. The applicant's assertion that he did not know he could object to the interpreter is not credible given that the first hearing was adjourned because he and the interpreter could not communicate. Clearly, the CRDD had shown it was alive to the issue of interpretation. As a result, I do not have to engage in an analysis as to whether all the elements of *Tran* have been met since, even if they have, the applicant's failure to make a timely complaint in circumstances where it was reasonable to expect him to do so means that relief is not available to him.

[14] In coming to this conclusion, Pelletier J. had regard to the common law test for waiver. As was made clear in *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.); leave to appeal was dismissed [1986] 2 S.C.R. v, waiver of a right to object may be inferred from a person's conduct. MacGuigan J.A. put it this way, at page 113:

However, even apart from this express waiver, AECL's whole course of conduct before the Tribunal constituted an

Il s'agit du cadre d'analyse permettant de déterminer s'il y a eu une violation de l'article 14, des éléments de la norme d'interprétation attendue, et du fait qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'exigence d'un préjudice pour obtenir une réparation de la Cour. Ces éléments s'appliquent aux procédures visant les réfugiés. Toutefois, les plaintes portant sur la qualité de l'interprétation doivent être présentées à la première occasion, savoir devant la SSR, chaque fois qu'il est raisonnable de s'y attendre.

La question de savoir s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une plainte soit présentée est une question de fait, qui doit être déterminée dans chaque cas. Si l'interprète a de la difficulté à parler la langue du demandeur ou à se faire comprendre par lui, il est clair que la question doit être soulevée à la première occasion. Par contre, si les erreurs se trouvent dans la langue dans laquelle a lieu l'audience, que le demandeur ne comprend pas, il ne peut être raisonnable de s'attendre à ce qu'il y ait eu plainte à ce moment-là.

En l'instance, je conclus que la qualité de l'interprétation aurait dû être soulevée devant la SSR puisqu'il était évident pour le demandeur qu'il y avait des difficultés de communication avec l'interprète. Dans son affidavit, il déclare qu'il avait de la difficulté à comprendre l'interprète et il dit aussi qu'à certaines occasions il ne comprenait pas ce qui était dit. Ceci suffit à démontrer qu'il aurait dû en faire état à ce moment-là. Comme il ne l'a pas fait, sa réclamation ne peut avoir aucune suite. L'affirmation du demandeur portant qu'il ne savait pas qu'il avait le droit de contester l'interprète n'est pas crédible, puisque la première audience a été ajournée au motif qu'il ne pouvait communiquer avec l'interprète. Il est clair que la SSR avait démontré qu'elle était sensible à la question de l'interprétation. En conséquence, il n'est pas nécessaire que je me livre à une analyse pour déterminer s'il a été satisfait à tous les éléments de l'arrêt *Tran*, puisque, même si c'était le cas, le fait que le demandeur ne se soit pas plaint à temps, dans des circonstances où il était raisonnable qu'il le fasse, l'empêche d'obtenir la réparation demandée.

[14] En tirant cette conclusion, le juge Pelletier a tenu compte du critère applicable à la renonciation en common law. Comme il a clairement été dit dans l'arrêt *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée [1986] 2 R.C.S. v, la renonciation au droit de soulever une objection peut être inférée à partir de la conduite d'une personne. Le juge MacGuigan a énoncé la question comme suit, à la page 113:

Toutefois, même si l'on écarte cette renonciation expresse, toute la manière d'agir d'EAACL devant le Tribunal consti-

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

The decision in that case was recently applied in *Zündel v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 399 (F.C.A.).

[15] The arguments on both sides may be briefly summarized. According to the appellant, the test for waiver developed in *R. v. Tran, supra*, has equal application to a case of this kind involving as it does a claim for refugee status by a person who asserts a well-founded fear of persecution in his homeland. Moreover, subrule 17(2) of the *Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/93-45 requires that the interpreter provided to assist the party or witness at a hearing before the Refugee Division take an oath or make a solemn affirmation “to interpret accurately any statements made.” The respondent, on the other hand, asserts that a proceeding before the Refugee Division is materially different from a trial of criminal charges where the burden is on the Crown to prove the accused guilty as charged beyond a reasonable doubt. By contrast, in an administrative proceeding of this kind the burden is on the claimant to establish his claim for refugee protection on a balance of probabilities. Moreover, a refugee claimant, unlike a person charged with a criminal offence, would not be subject to a period of imprisonment in the event that his or her claim for refugee status should fail.

[16] As was pointed out by Lamer C.J. in *R. v. Tran, supra*, at page 977, “the underlying principle behind all of the interests protected by the right to

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

La décision qui a été rendue dans cette affaire-là a récemment été appliquée dans l’arrêt *Zündel c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 399 (C.A.F.).

[15] Les plaidoiries des deux parties peuvent se résumer brièvement. Selon l’appelant, le critère qui a été élaboré, en matière de renonciation, dans l’arrêt *R. c. Tran*, précité, s’applique également à un cas comme celui qui nous occupe, se rapportant à la revendication du statut de réfugié par une personne qui affirme craindre avec raison d’être persécutée dans son pays d’origine. En outre, la règle 17(2) des *Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/93-45 exige que l’interprète dont les services sont fournis à une partie ou à un témoin à l’audience devant la section du statut fasse le serment ou la déclaration solennelle «qu’il interprétera fidèlement toute déclaration». De son côté, l’intimé affirme que des procédures devant la section du statut sont fondamentalement différentes d’un procès se rapportant à des accusations criminelles, dans lequel il incombe à la Couronne de prouver que l’accusé est hors de tout doute raisonnable coupable de l’accusation formée contre lui. Par contre, dans une procédure administrative telle que celle qui est ici en cause, il incombe à l’intéressé d’établir sa revendication selon la prépondérance des probabilités. En outre, contrairement à la personne accusée d’une infraction criminelle, l’intéressé ne serait pas passible d’une peine d’emprisonnement en cas de rejet de sa revendication.

[16] Comme l’a signalé le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Tran*, précité, à la page 977, «le principe qui sous-tend tous les intérêts protégés par le droit à

interpreter assistance under s. 14 is that of linguistic understanding”, a principle which he found to be evident from the general jurisprudence dealing with interpreters. Although in his view the level of understanding protected by section 14 “will . . . necessarily be high”, Lamer C.J. cautioned that the principle of linguistic understanding should not be so elevated as to give unfair advantages. As he put it at page 978:

At the same time, however, the principle of linguistic understanding which underpins the right to interpreter assistance should not be elevated to the point where those with difficulty communicating in or comprehending the language of the proceedings, be it English or French, are given or seen to be given unfair advantages over those who are fluent in the court’s language. Ultimately, the purpose of the right to interpreter assistance is to create a level and fair playing field, not to provide some individuals with more rights than others.

[17] While these views were made in a criminal law context, I can see no reason why they should not be applied in the present case. It is well to remember that the Refugee Division is but a part of the largest administrative tribunal in Canada. Since its creation in 1989, the Refugee Division has seen its case load increase exponentially to the point where in 1999-2000 alone it was facing a fresh case load addition of some 31,000 refugee claims, a phenomenon apparently not limited to Canada.¹ If the appellant’s belated complaint about the quality of the interpretation is accepted, the important work of the Refugee Division in hearing and disposing of Convention refugee claims in a timely fashion would become rather more difficult. The Refugee Division is called upon yearly to dispose of an increasing volume of Convention refugee claims, a high percentage of which are of individuals whose native language is neither of Canada’s official languages. It must surely be in the interests of the individual and of the public that refugee claims be processed as soon as is practicable. Neither the individual nor the public interest is served when the refugee determination process is unnecessarily delayed, provided acceptable safeguards are adhered to in order to prevent a breach of the section 14 right.

l’assistance d’un interprète, que garantit l’art. 14, est la compréhension linguistique», principe qui selon lui ressortait de la jurisprudence générale concernant la question des interprètes. Même si, à son avis, le niveau de compréhension visé par l’article 14 «sera [. . .] nécessairement élevé», le juge en chef Lamer a fait remarquer que le principe de la compréhension linguistique ne devrait pas être élevé au point de conférer des avantages injustes. Comme il l’a dit à la page 978:

En même temps, le principe de la compréhension linguistique qui sous-tend le droit à l’assistance d’un interprète ne devrait toutefois pas être élevé au point où ceux qui parlent ou comprennent difficilement la langue des procédures, peu importe que ce soit le français ou l’anglais, reçoivent ou paraissent recevoir des avantages injustes par rapport à ceux qui parlent couramment la langue du prétoire. L’objectif ultime du droit à l’assistance d’un interprète est d’accorder à tous des chances égales et non pas d’accorder à certaines personnes plus de droits qu’à d’autres.

[17] Ces avis ont été exprimés dans le contexte du droit criminel, mais je ne puis voir pourquoi ils ne devraient pas également s’appliquer en l’espèce. Il importe de se rappeler que la section du statut n’est qu’une composante du plus gros tribunal administratif au Canada. Depuis qu’elle a été créée, en 1989, la section du statut a vu sa charge de travail augmenter de façon exponentielle au point qu’en 1999-2000, elle faisait face à environ 31 000 nouvelles revendications, phénomène qui n’est apparemment pas limité au Canada¹. Si la plainte tardive que l’appelant a présentée au sujet de la qualité de l’interprétation était accueillie, il deviendrait encore plus difficile pour la section du statut d’accomplir les tâches importantes qui lui sont confiées lorsqu’il s’agit d’entendre les revendications et de rendre une décision en temps opportun. La section du statut doit chaque année régler un nombre croissant de revendications qui, dans bien des cas, sont présentées par des individus dont la langue maternelle n’est ni l’une ni l’autre des langues officielles du Canada. L’intérêt de l’individu en cause et celui du public exigent certainement que la revendication soit traitée le plus tôt possible. Or, il n’est pas dans l’intérêt de l’individu ni du public de retarder inutilement le processus de reconnaissance du statut de réfugié, à condition que des garanties acceptables soient fournies afin d’empêcher la violation du droit prévu à l’article 14.

[18] As Pelletier J. observed, if the appellant's argument is correct a claimant experiencing difficulty with the quality of the interpretation at a hearing could do nothing throughout the entire hearing and yet be able to successfully attack the determination at some later date. Indeed, where a claimant chooses to do nothing despite his or her concern with the quality of the interpretation, the Refugee Division would itself have no way of knowing that the interpretation was in any respect deficient. The claimant is always in the best position to know whether the interpretation is accurate and to make any concern with respect to accuracy known to the Refugee Division during the course of the hearing, unless there are exceptional circumstances for not doing so.

[19] As I have indicated, in light of his experience at the very first sitting of the Refugee Division the appellant appears to have been well aware of his right to the assistance of a qualified interpreter. When his conduct during the whole of the third sitting and for some time afterward is weighed with his undoubted knowledge of his right, it is difficult to construe that conduct as other than a clear indication that the quality of interpretation was satisfactory to him during the hearing itself. In my view, therefore, Pelletier J. did not err in determining that the appellant had waived his right under section 14 of the Charter by failing to object to the quality of the interpretation at the first opportunity during the hearing into his claim for refugee status.

DISPOSITION

[20] I conclude that the analysis developed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Tran, supra*, generally applies to a proceeding before the Refugee Division and accordingly that the numbered questions certified by Pelletier J. should be answered as follows:

Question No. 1 Yes

Question No. 2 No

Question No. 3 Yes

[18] Comme le juge Pelletier l'a fait remarquer, si l'argument invoqué par l'appelant est exact, l'intéressé qui a des problèmes en ce qui concerne la qualité de l'interprétation fournie à l'audience ne pourrait rien faire pendant toute la durée de l'audience, mais il pourrait néanmoins contester avec succès la décision à une date ultérieure. De fait, lorsque l'intéressé décide de ne rien faire même si la qualité de l'interprétation le préoccupe, la section du statut n'est pas en mesure de savoir que l'interprétation comporte des lacunes à certains égards. L'intéressé est toujours celui qui est le mieux placé pour savoir si l'interprétation est exacte et pour faire savoir à la section du statut, au cours de l'audience, que la question de l'exactitude le préoccupe, à moins que des circonstances exceptionnelles ne l'empêchent de le faire.

[19] Comme je l'ai dit, compte tenu du problème qu'il avait eu à la première séance de la section du statut, l'appelant semble avoir été parfaitement au courant du droit qu'il avait d'obtenir l'assistance d'un interprète compétent. Lorsque sa conduite, au cours de la troisième séance et pendant un certain temps par la suite, est appréciée compte tenu du fait qu'il avait sans aucun doute connaissance de son droit, il est difficile d'interpréter cette conduite comme étant autre chose qu'une indication claire que la qualité de l'interprétation satisfaisait l'appelant lors de l'audience elle-même. Par conséquent, à mon avis, le juge Pelletier n'a pas commis d'erreur en statuant que l'appelant avait renoncé au droit qu'il possédait en vertu de l'article 14 de la Charte du fait qu'il ne s'était pas opposé à la qualité de l'interprétation dès qu'il avait eu la possibilité de le faire au cours de l'audition de sa revendication.

DISPOSITIF

[20] Je conclus que l'analyse élaborée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Tran*, précité, s'applique d'une façon générale à des procédures engagées devant la section du statut; par conséquent, il faut répondre comme suit aux questions que le juge Pelletier a certifiées:

Première question – Oui

Deuxième question – Non

Troisième question – Oui

I would dismiss the appeal.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

¹ Statistics taken from the Immigration and Refugee Board's *Report on Plans and Priorities* (2000-2001 Estimates) at pp. 1, 2, 13, as tabled in Parliament by the Minister of Citizenship and Immigration.

Je rejetterais l'appel.

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

¹ Statistiques tirées du *Rapport sur les plans et les priorités* de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Budget des dépenses 2000-2001), aux p. 1, 2, 13 et 14, déposé au Parlement par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.

IMM-1439-00
2001 FCT 597

IMM-1439-00
2001 CFPI 597

Patricia Grace Mulholland (*Applicant*)

Patricia Grace Mulholland (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

**RÉPERTORIÉ: MULHOLLAND c. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Blanchard J.—Toronto, April 11;
Ottawa, June 6, 2001.

Section de première instance, juge Blanchard—
Toronto, 11 avril; Ottawa, 6 juin 2001.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Humanitarian and compassionate considerations — Applicant only supportive parent to three Canadian-born children — Immigration officer criticizing applicant for having children when facing possibility of removal — Mother's sins not to be visited upon children — Canadian-born children having statutory right to remain — In removing person with dependent children, fact not to be ignored practical consequence to deprive children of statutory right — On application of S.C.C. decision in Baker, immigration officer's assessment of best interests of children inconsistent with objective of Immigration Act, s. 3(c) and with Canada's humanitarian and compassionate tradition.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Raisons d'ordre humanitaire — La demanderesse est le seul parent vivant en mesure de subvenir aux besoins de ses trois enfants nés au Canada — L'agente d'immigration a reproché à la demanderesse d'avoir eu des enfants alors qu'elle risquait d'être renvoyée du Canada — Les enfants n'ont pas à porter les conséquences de la faute de leur mère — La loi reconnaît aux enfants nés au Canada le droit de demeurer au Canada — En renvoyant du Canada une personne qui a des enfants à sa charge, le ministre ne peut ignorer le fait qu'une des conséquences pratiques de sa décision est de priver les enfants des avantages que leur reconnaît la Loi — L'appréciation que l'agente d'immigration a faite de l'intérêt supérieur des enfants en appliquant l'arrêt Baker de la Cour suprême ne s'accorde pas avec l'objectif visé à l'alinéa 3c) de la Loi sur l'immigration et elle n'est pas compatible avec la tradition humanitaire du Canada.

The applicant is a citizen of Jamaica who entered Canada as a visitor in 1985 and has remained here since. She claimed Convention refugee status in 1987 but no decision was rendered and she was, at a later time, included in the Toronto Refugee Backlog Clearance Program. Applicant is the mother of three Canadian-born children, ages 9, 12 and 13 and is their only living or supportive parent. In February 2000, she was informed that a second request for the processing of her permanent residence application from within Canada on humanitarian or compassionate considerations has been denied. The immigration officer stated, *inter alia*, that she considered the effect on the children of their having to leave Canada, but that the applicant had made the decision to have children although she knew that her status was undetermined and that she faced removal from Canada; that the applicant could choose to leave the children in Canada with a family member; and that there were facilities in Jamaica capable of dealing with her youngest child's behavioural problems and sickle cell anemia.

La demanderesse est une citoyenne de la Jamaïque qui est entrée au Canada en 1985 à titre de visiteuse et qui n'en est jamais repartie. En 1987, elle a revendiqué le statut de réfugiée au sens de la Convention, mais aucune décision n'a été rendue et son cas a été intégré par la suite au Programme d'élimination de l'arriéré des revendications du statut de réfugié à Toronto. La demanderesse est la mère de trois enfants nés au Canada, âgés respectivement de 9, 12 et 13 ans et elle est le seul parent vivant en mesure de subvenir à leurs besoins. En février 2000, elle a été informée du rejet de la seconde demande de résidence permanente fondée sur des raisons d'ordre humanitaire qu'elle avait présentée de l'intérieur du Canada. L'agente d'immigration a notamment déclaré qu'elle avait tenu compte des répercussions que le départ des enfants du Canada pourrait avoir sur eux, mais a fait remarquer que la demanderesse qui avait pris la décision d'avoir des enfants au Canada alors que son statut d'immigrante était incertain et qu'elle savait qu'elle risquait de devoir quitter le Canada, qu'elle pouvait laisser ses enfants au Canada et les confier à un membre de sa famille au Canada et, finalement, qu'il existe en Jamaïque des établissements qui sont en mesure de s'occuper des problè-

This was an application for judicial review of that decision.

Held, the application should be allowed.

The Supreme Court of Canada decision of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* held that it was essential that immigration officers be attentive and sensitive to the importance of the rights of children and to their best interests for an H & C decision to be made in a reasonable manner.

Here, the immigration officer, in considering the interest of the Canadian-born children, stated that while the children would suffer if they were to go to a country "they don't know", it would be the applicant's decision whether to take her children with her or leave them here with a family member. The officer gave no consideration as to whether that one family member, her sister, was able, willing or suited to take the children. To advance that option as acceptable without such an assessment was to minimize the interests of the children and was unreasonable.

Furthermore, the immigration officer's comment (that having children in Canada while her status was undetermined and while knowing that she was facing removal from Canada was a decision that the applicant made) assumed that the birth of the children was a matter of choice. This could have resulted from a failure of contraception or religious belief opposed to the employment of effective methods of contraception. Or it could be an implicit criticism as to the consequences of immorality. To the extent that it suggested that the sins of the mother ought to be visited upon the children, the immigration official has disregarded the *Baker* requirement to be alive to the children's interests.

The presence of three Canadian-born children, who could not be removed, and whose need for their mother was to be assumed, was a factor that favoured the exercise of the Minister's discretion. To suggest that the children's interests could be equally served by the mother taking them with her to Jamaica was to ignore their statutory right to remain in Canada (subsection 4(2) of the *Immigration Act*). Where the Minister purports to remove from Canada a person who has dependent children, the fact cannot be ignored that the practical consequence is to deprive the children of the benefit of that statutory right. It was incumbent on the Minister to rebut the conclusion that the existence of children is a humanitarian factor justifying the exercise of the discretion. While a state cannot consistently excuse the

mes de comportement et de la drépanocytose de son fils cadet.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

Jugement: la demande doit être accueillie.

Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour suprême du Canada a statué qu'il est essentiel que les agents d'immigration soient attentifs et sensibles à l'importance des droits des enfants et qu'ils tiennent compte de leur intérêt supérieur pour pouvoir rendre des décisions d'ordre humanitaire raisonnables.

En l'espèce, lorsqu'elle a examiné l'intérêt des enfants nés au Canada, l'agente d'immigration a déclaré que les enfants souffriraient s'ils devaient aller dans un pays «qu'ils ne connaissent pas» et que c'était à la demanderesse qu'il appartenait de décider de prendre les enfants avec elle ou de les confier à un membre de sa famille. L'agente d'immigration ne s'est pas interrogée sur la question de savoir si un membre de la famille de la demanderesse, sa sœur, était en mesure de prendre les enfants ou si elle était disposée à le faire ou même si elle pouvait être une bonne tutrice pour ces enfants. En présentant une telle option comme acceptable sans s'interroger sur ces aspects, l'agente d'immigration a minimisé l'intérêt des enfants et a agi de façon déraisonnable.

De plus, la remarque de l'agent d'immigration (que c'était la demanderesse qui avait pris la décision d'avoir des enfants au Canada alors que son statut d'immigrante était incertain et qu'elle savait qu'elle risquait de devoir quitter le Canada) impliquait que la naissance des enfants était une question de choix. Or, leur naissance pourrait tout aussi bien s'expliquer par l'échec d'une méthode de contraception ou par des convictions religieuses interdisant l'utilisation de méthodes de contraception efficaces. On pourrait aussi y déceler une réprobation morale implicite quant à une immoralité personnelle et à ses conséquences. Dans la mesure où elle laissait entendre que les enfants devaient porter les conséquences de la faute de leur mère, l'agente d'immigration faisait fi de l'obligation que l'arrêt *Baker* lui imposait d'être sensible à l'intérêt des enfants.

La présence de ses trois enfants nés au Canada, qui ne peuvent être expulsés et dont on doit présumer qu'ils ont besoin de leur mère, constitue un facteur qui favorise l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre. En laissant entendre que l'intérêt des enfants serait tout aussi bien servi s'ils accompagnaient leur mère en Jamaïque, l'agente d'immigration a fait fi du droit que la loi (paragraphe 4(2) de la *Loi sur l'immigration*) leur reconnaît de demeurer au Canada. Lorsqu'il s'apprête à renvoyer du Canada une personne qui a des enfants à sa charge, le ministre ne peut ignorer le fait qu'une des conséquences pratiques de sa décision est de priver les enfants des avantages que leur reconnaît la Loi. Il appartient au ministre de réfuter la conclusion que la présence des enfants constitue un facteur

misconduct of adults in the immigration context because of the effects that the imposition of appropriate sanctions may have on their children, refusal to exercise the discretion must be based on facts regarding the parent which weigh more heavily in the balance than do the children's dependency and their statutory, if not constitutional, right to remain in Canada. The bald statement that having children is a matter of parental choice did not constitute a rebuttal.

The immigration officer's assessment of the best interests of the children was not consistent with the objective of paragraph 3(c) of the Act, and therefore not consistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(c), 4(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 3), 9(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 19(1)(b) (as am. *idem*, s. 11), 83 (as am. *idem*, s. 73), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Naredo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 192 D.L.R. (4th) 373; 187 F.T.R. 47; 7 Imm. L.R. (3d) 291 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's decision dismissing the applicant's request for processing of a permanent residence application from within Canada on humanitarian or compassionate considerations. Application allowed.

APPEARANCES:

Munyonzwe Hamalengwa for applicant.
Mary Matthews for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Munyonzwe Hamalengwa, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

d'ordre humanitaire qui justifie l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Bien que, dans le contexte de l'immigration, un État ne puisse systématiquement excuser la mauvaise conduite d'adultes en raison des conséquences que d'éventuelles sanctions pourraient avoir sur leurs enfants, le refus d'exercer le pouvoir discrétionnaire doit être fondé sur des faits qui concernent le père ou la mère qui pèseraient plus lourd dans la balance que la dépendance des enfants envers leurs parents et que leur droit légal, voire constitutionnel, de demeurer au Canada. La vague affirmation que la présence des enfants au Canada est le résultat du choix des parents ne saurait être considérée comme une réfutation.

L'appréciation que l'agente d'immigration a faite de l'intérêt supérieur des enfants ne s'accorde pas avec l'objectif visé à l'alinéa 3c) de la Loi, et elle n'est par conséquent pas compatible avec la tradition humanitaire du Canada.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3c), 4(2) (mod. par L.R.C (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 3), 9(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 19(1)(b) (mod., *idem*, art. 11), 83 (mod., *idem*, art. 73), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Naredo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 192 D.L.R. (4th) 373; 187 F.T.R. 47; 7 Imm. L.R. (3d) 291 (C.F. 1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente d'immigration a rejeté la demande de résidence permanente fondée sur des raisons d'ordre humanitaire présentée par la demanderesse de l'intérieur du Canada. La demande est accueillie.

ONT COMPARU:

Munyonzwe Hamalengwa pour la demanderesse.
Mary Matthews pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Munyonzwe Hamalengwa, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] BLANCHARD J.: This is an application for judicial review of the decision of Maha Suleiman, an immigration officer, made on February 10, 2000 wherein the said immigration officer decided not to recommend for the applicant a waiver of the requirement to apply for landing outside of Canada pursuant to subsection 9(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, on humanitarian or compassionate considerations.

[2] The applicant is a citizen of Jamaica. She entered Canada as a visitor on September 23, 1985, and has remained here since. She is the mother of three Canadian-born children: Jamaar Mulholland, age 12, born October 8, 1989; Patchardo Mulholland, age 13, born February 20, 1988, and Jessean Kidd, age 9, born November 11, 1991.

[3] On September 9, 1987, the applicant claimed Convention refugee status. However, no decision was rendered on her application, as a result of a backlog of cases in Toronto. The applicant was eventually part of the Toronto Refugee Backlog Clearance Program.

[4] The applicant is the only living or supportive parent to the three children. The father of Jamaar and Patchardo Mulholland was killed in a shooting accident in 1989. Jessean Kidd's father returned to Jamaica shortly after Jessean's birth and has provided no support.

[5] On January 22, 1992, the applicant was approved for landing under the humanitarian or compassionate considerations (H & C) pursuant to subsection 114(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102] of the *Immigration Act*.

[6] On October 10, 1992 the applicant was involved in a motor vehicle accident and suffered a broken arm requiring treatment by open reduction. This initial

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

[1] LE JUGE BLANCHARD: La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision en date du 10 février 2000 par laquelle l'agente d'immigration Maha Suleiman a décidé de ne pas recommander que la demanderesse soit dispensée pour des raisons d'ordre humanitaire de l'obligation qui lui était faite par le paragraphe 9(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, de présenter sa demande d'établissement au Canada depuis l'étranger.

[2] La demanderesse est une citoyenne de la Jamaïque. Elle est entrée au Canada le 23 septembre 1985 à titre de visiteuse et n'est jamais repartie. Elle est mère de trois enfants nés au Canada: Jamaar Mulholland, 12 ans, né le 8 octobre 1989, Patchardo Mulholland, 13 ans, né le 20 février 1988, et Jessean Kidd, 9 ans, né le 11 novembre 1991.

[3] Le 9 septembre 1987, la demanderesse a revendiqué le statut de réfugiée au sens de la Convention. Aucune décision n'a été rendue au sujet de sa demande en raison des revendications accumulées à Toronto. Le cas de la demanderesse a fini par être intégré au Programme d'élimination de l'arriéré des revendications du statut de réfugié à Toronto.

[4] La demanderesse est le seul parent vivant en mesure de subvenir aux besoins des trois enfants. Le père de Jamaar et de Patchardo Mulholland a été tué lors d'une fusillade en 1989. Le père de Jessean Kidd est rentré en Jamaïque peu de temps après la naissance de Jessean et n'a jamais subvenu aux besoins de ce dernier.

[5] Le 22 janvier 1992, le droit d'établissement au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire a été accordé à la demanderesse en vertu du paragraphe 114(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102] de la *Loi sur l'immigration*.

[6] Le 10 octobre 1992, la demanderesse a été victime d'un accident d'automobile au cours duquel elle a subi une fracture au bras qui a nécessité une

treatment was not successful and the applicant had to return for more surgery. As a result of this accident the applicant could not work.

[7] Prior to the accident of October 10, 1992, the applicant contends that she worked as a packer and was fully employed in various odd jobs and was capable of supporting herself and her family.

[8] Following her recuperation from the injuries she suffered, the applicant was only able to secure part-time employment at minimum wage. From August 1993 to November 1993 she worked as a short order cook at a tavern.

[9] The applicant's work authorization from Immigration Canada expired in December 1993, thereby ending her opportunity to work.

[10] The applicant obtained a job offer from the Weston United Pentecostal Church for the position of cleaner, conditional upon her obtaining an employment authorization from Immigration Canada.

[11] On October 11, 1994, the applicant applied for a work permit only to be informed that she was not eligible for such a permit. It was only on October 17, 1996, that she was able to obtain an employment authorization and began work as a general labourer for Ecco Staffing Services in September of 1996.

[12] From March 1997 until May 17, 1997, the applicant worked at Montecassino Place Hotel. From July 1997 to December 1997, the applicant was employed by Global Telecommunications until the expiration of her employment authorization in December 1997.

[13] The applicant contends that she only accepted social assistance while recuperating from the October 10, 1992 accident and submitted letters of reference confirming that she is a good worker.

réduction sanglante. La première intervention n'a pas réussi et la demanderesse a dû en subir une seconde. En raison de cet accident, la demanderesse a dû cesser de travailler.

[7] La demanderesse affirme qu'avant l'accident du 10 octobre 1992, elle travaillait comme empaqueteuse et qu'elle a exercé divers petits boulots à temps plein, ce qui lui permettait de subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille.

[8] Après s'être remise de ses blessures, la demanderesse a réussi à obtenir seulement un emploi à temps partiel au salaire minimum. Entre août 1993 et novembre 1993, elle a travaillé comme cuisinière-minute dans une brasserie.

[9] Le permis de travail que la demanderesse avait obtenu d'Immigration Canada a expiré en décembre 1993, mettant ainsi fin à toute possibilité pour elle de travailler.

[10] La demanderesse a reçu de la Weston United Pentecostal Church une offre d'emploi de nettoyeuse qui était conditionnelle à l'obtention d'un permis de travail d'Immigration Canada.

[11] Le 11 octobre 1994, la demanderesse a présenté une demande de permis de travail, pour apprendre qu'elle n'était pas admissible à un tel permis. Ce n'est que le 17 octobre 1996 qu'elle a réussi à obtenir un permis de travail et qu'elle a commencé à travailler comme ouvrière non qualifiée chez Ecco Staffing Services en septembre 1996.

[12] Entre mars 1997 et le 17 mai 1997, la demanderesse a travaillé au Montecassino Place Hotel. De juillet 1997 à décembre 1997, elle a travaillé chez Global Telecommunications jusqu'à l'expiration de son permis de travail en décembre 1997.

[13] La demanderesse soutient qu'elle n'a accepté de l'aide sociale que lors de sa convalescence et elle a soumis des lettres de recommandation confirmant qu'elle est une bonne travailleuse.

[14] The applicant, since her arrival in Canada, has attended various programs to upgrade her skills for employment, and has, together with her children, substantially integrated into the Canadian community.

[15] On May 6, 1993, the applicant was advised that although she satisfied the H & C requirements, she was inadmissible in Canada because she was unable to support herself and her dependents, as evidenced by the fact that she was receiving social assistance, pursuant to paragraph 19(1)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act*.

[16] On February 10, 2000, the applicant was informed that her second request for processing of a permanent residence application from within Canada on humanitarian or compassionate considerations was not granted. This is the decision being reviewed in this application.

Standard of Review

[17] The Supreme Court of Canada in *Baker*¹ set the standard of review of a Canadian immigration officer's decision in an humanitarian or compassionate application pursuant to subsection 114(2) of the *Immigration Act* to be reasonableness *simpliciter*.

Issue

[18] Did the immigration officer reasonably conclude that the applicant did not merit a positive H & C decision?

The Decision Under Review

[19] The decision under review would require the applicant to leave Canada and to apply from outside Canada for leave to return. In support of the decision, the following reasons and rationale were submitted by the interviewing officer:

I have reviewed this case under humanitarian and compassionate grounds and under the guidelines relating to Ms.

[14] Depuis son arrivée au Canada, la demanderesse s'est inscrite à divers programmes en vue d'améliorer ses compétences professionnelles et elle et ses enfants se sont très bien intégrés à la société canadienne.

[15] Le 6 mai 1993, la demanderesse a été informée que, même si elle satisfaisait aux exigences requises pour pouvoir invoquer des raisons humanitaires, elle n'était pas admissible au Canada parce qu'elle n'était pas en mesure de subvenir tant à ses besoins qu'à ceux des personnes à sa charge, comme l'exige l'alinéa 19(1)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*, ainsi que le démontrait le fait qu'elle était prestataire de l'aide sociale.

[16] Le 10 février 2000, la demanderesse a été informée du rejet de sa seconde demande de résidence permanente qu'elle avait présentée de l'intérieur du Canada en alléguant des raisons d'ordre humanitaire. Il s'agit de la décision qui fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

La norme de contrôle

[17] Dans l'arrêt *Baker*¹, la Cour suprême du Canada a statué que la norme de contrôle applicable aux décisions que rendent les agents d'immigration pour des raisons d'ordre humanitaire en vertu du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* est celle du caractère raisonnable *simpliciter*.

La question en litige

[18] La conclusion de l'agente d'immigration suivant laquelle la demanderesse ne méritait pas une décision favorable pour des raisons d'ordre humanitaire était-elle raisonnable?

La décision à l'examen

[19] La décision à l'examen forcerait la demanderesse à quitter le Canada pour présenter une demande d'autorisation d'y revenir. La personne qui a reçu la demanderesse en entrevue a invoqué les motifs et le raisonnement suivants pour étayer sa décision:

[TRADUCTION] J'ai examiné la présente affaire à la lumière des raisons d'ordre humanitaire invoquées et en fonction des

Mulholland's case, with her three dependant children. There are insufficient compelling humanitarian and compassionate grounds to warrant an exemption from normal legislative requirements.

Ms. Mulholland's reasons for wishing to apply from within Canada are that she feels that she is very well established here and that she has built a life for herself and her children. Ms. Mulholland stated that she has been financially independent and has not relied on social assistance since May 1995. As well, Ms. Mulholland has indicated that she did not want to return to Jamaica because her children are all born in Canada and they deserve to enjoy living here. In addition, she indicated that her youngest child, Jessean has been diagnosed with behavioral problems and is in need for a special program.

I have carefully considered Ms. Mulholland's Canadian born children and the effect of having to leave Canada. I have also considered the fact that the children would suffer if they were to go to a country "they don't know", and that the applicant wants the best for her children. However, having children in Canada while her status was undetermined and while knowing that she was facing removal from Canada was a decision that Ms. Mulholland made. Also, it would be her decision to take her children with her or leave them here with a family member. As well, the Canadian Citizenship of her children is a status they will keep in spite of where they reside. In addition, I have considered Ms. Mulholland's concern with regards to her youngest child Jessean. Jessean was diagnosed with having traces of sickle cell anemia in his blood and that he has behavioral problems and is presently attending St. Fields Catholic School where he was placed in a special behavioral class. However, information received from the visa office in Jamaica (on file), indicates that there are facilities there to deal with both of those concerns. This information and the supporting pamphlets were shared with Ms. Mulholland at the time of the interview. In addition, I have considered all the support letters and reference letters on file as well as the petition from the schoolteachers at St. Wilfrid Catholic School where Ms. Mulholland's children are attending.

I have also considered Ms. Mulholland's establishment in Canada. Ms. Mulholland stated that she is financially independent and has not relied on social assistance since May 1995. It is noted that her reliance on social assistance was from March 1988 until March 1996. As well, Ms. Mulholland stated that she is very well established in Canada and that she has worked very hard to raise her

lignes directrices applicables au cas de M^{me} Mulholland, qui a trois enfants à sa charge. Les raisons humanitaires invoquées ne sont pas suffisamment convaincantes pour justifier de dispenser la requérante de l'application des dispositions légales habituelles.

Les raisons qu'invoque M^{me} Mulholland pour expliquer pourquoi elle désire présenter sa demande de l'intérieur du Canada sont qu'elle estime qu'elle s'est très bien établie au Canada et qu'elle et ses enfants y ont fait leur vie. M^{me} Mulholland affirme qu'elle est financièrement autonome et qu'elle ne dépend plus de l'aide sociale depuis le mois de mai 1995. En outre, M^{me} Mulholland a indiqué qu'elle ne veut pas retourner en Jamaïque parce que ses enfants sont tous nés au Canada et qu'ils méritent d'y vivre. Elle ajoute que des problèmes de comportement ont été diagnostiqués chez son fils cadet, Jessean, qui a besoin de programmes spéciaux.

J'ai attentivement examiné la situation des enfants de M^{me} Mulholland qui sont nés au Canada et les répercussions que leur départ du Canada pourraient avoir sur eux. J'ai également tenu compte du fait que les enfants souffriraient s'ils devaient aller dans un pays qu'ils ne connaissent pas», et du fait que la demanderesse veut ce qu'il y a de mieux pour ses enfants. C'est pourtant elle qui a pris la décision d'avoir des enfants au Canada alors que son statut d'immigrante était incertain et qu'elle savait qu'elle risquait de devoir quitter le Canada. De plus, c'est à elle que revenait la décision de prendre ses enfants avec elle ou de les confier à un membre de sa famille au Canada. Il convient également de rappeler que la citoyenneté canadienne est un statut que ses enfants conserveront, peu importe leur lieu de résidence. J'ai aussi tenu compte des préoccupations exprimées par M^{me} Mulholland au sujet de son fils cadet, Jessean. On a diagnostiqué chez lui des traces de drépanocytose dans son sang. Il a des problèmes de comportement et fréquente présentement l'école catholique St. Fields où il a été placé dans une classe pour enfants atteints de troubles de comportement. Il ressort toutefois des renseignements obtenus du bureau des visas de la Jamaïque (renseignements qui ont été versés au dossier) qu'il existe là-bas des établissements qui sont en mesure de s'occuper de ces deux problèmes. Ces renseignements et des brochures explicatives ont été communiqués à M^{me} Mulholland au moment de l'entrevue. De plus, j'ai examiné toutes les lettres de soutien et toutes les lettres de recommandation qui ont été versées au dossier de même que la pétition signée par les enseignants de l'école catholique St. Wilfrid que fréquentent les enfants de M^{me} Mulholland.

J'ai également examiné la question de l'intégration de M^{me} Mulholland au Canada. M^{me} Mulholland affirme qu'elle est autonome sur le plan financier et qu'elle ne compte plus sur l'aide sociale depuis mai 1995. Il convient de signaler qu'elle a été prestataire de l'aide sociale de mars 1988 à mars 1996. M^{me} Mulholland affirme en outre qu'elle s'est très bien établie au Canada et qu'elle a travaillé d'arrache-

children. She states that she is socially established as well. It is noted that Ms. Mulholland was convicted of assault with a weapon in December 1998 and she is presently serving a two-year probation sentence as a result of the conviction.

After carefully considering all information gathered at the interview and other information provided in submissions and on file, as well as all the reference letters from family and friends and children's school and day care, I am not satisfied that sufficient humanitarian and compassionate grounds exist to warrant the applicant's request to waive A 9(1) of the immigration act.

The Position of the Parties

[20] The applicant argued that the immigration officer's statement that the applicant had three children in Canada knowing that her status was undetermined discloses a reasonable apprehension of bias on the part of the decision maker. The applicant further argued that the officer erred in law by failing to address the best interest of the Canadian-born children and erred in law by ignoring relevant evidence.

[21] Counsel for the respondent argued that the immigration officer made no reviewable error and that she turned her mind to what would be in the best interest of the children.

Analysis

[22] The immigration officer in her reasons indicated that she considered the applicant's establishment in Canada and noted that the applicant relied on social assistance from March 1988 until March 1996. This finding by the officer is not supported by the facts as related earlier in these reasons. There may well have been a time when the applicant was recuperating from her accident of October 10, 1992, that she had to rely on social assistance, but to conclude that the applicant was on social assistance from March 1988 to March 1996 is, in my view, an error of fact made without regard to the material before her. The officer, in her

piéd pour élever ses enfants. Elle ajoute qu'elle s'est très bien intégrée à la société canadienne. Il convient de signaler que M^{me} Mulholland a été déclarée coupable d'agression armée en décembre 1998 et qu'elle purge présentement une peine de probation de deux ans par suite de cette condamnation.

Après avoir attentivement examiné tous les éléments d'information recueillis lors de l'entrevue et les autres renseignements communiqués sous forme d'observations ou d'éléments d'information versés au dossier, de même que les lettres de recommandation écrites par des membres de la famille, des amis et des personnes travaillant à l'école ou à la garderie fréquentée par les enfants, je ne suis pas convaincue que les raisons d'ordre humanitaire invoquées justifient que la demanderesse soit dispensée de se confirmer à l'application du paragraphe 9(1) de la Loi sur l'immigration.

La position des parties

[20] La demanderesse affirme que la déclaration de l'agente d'immigration selon laquelle elle a donné naissance à trois enfants au Canada tout en étant consciente de la précarité de son statut d'immigrante soulève une crainte raisonnable de partialité de la part de l'auteur de la décision. La demanderesse soutient en outre que l'agente d'immigration a commis une erreur de droit en n'abordant pas la question de l'intérêt supérieur des enfants nés au Canada et en ignorant des éléments de preuve pertinents.

[21] L'avocat du défendeur affirme que l'agente d'immigration n'a commis aucune erreur justifiant une révision et il soutient qu'elle a effectivement abordé la question de l'intérêt supérieur des enfants.

Analyse

[22] Dans sa décision motivée, l'agente d'immigration affirme avoir examiné la question de l'établissement de la demanderesse au Canada et signale que cette dernière a été prestataire de l'aide sociale de mars 1988 à mars 1996. Les faits déjà exposés dans le présent jugement ne justifiaient pas cette conclusion de l'agente d'immigration. Il est fort possible qu'il y ait eu une période au cours de laquelle, alors qu'elle récupérait de son accident du 10 octobre 1992, la demanderesse ait eu à dépendre de l'aide sociale, mais conclure qu'elle était prestataire de l'aide sociale de mars 1988 à mars 1996 constitue, à mon sens, une

reasons, makes no mention of the employment that the applicant did secure during this period, albeit part time employment, no mention of the efforts of the applicant to improve her skills by taking courses and no mention of the fact that the applicant's work authorization had expired during this period on two occasions. At least one job offer from the Weston United Pentecostal Church could have been accepted during this period, had a work permit been issued.

[23] The immigration officer, in her reasons, further notes that the applicant was convicted of assault with a weapon in December 1998, and served a two-year probation sentence as a result of the conviction. It is interesting to note that this incident is the result of a dispute with an ex-friend, and that the "weapon" in question is a vase. It is not my purpose to trivialize an assault of this kind, suffice it to say that the incident is not of the gravity that one could infer from reading the immigration officer's reasons. There is no evidence of any prior offences and this was an offence for which no jail time was served.

[24] Before I turn to the immigration officer's analysis of the Canadian-born children, it is useful to review the Supreme Court of Canada's decision in *Baker*. The *Baker* decision has indeed "raised the bar" in terms of how an immigration officer must deal with the best interest of Canadian-born children and in particular how the officer explains his or her decision.

[25] At paragraph 68 of the *Baker* decision, Madam Justice L'Heureux-Dubé referred to the immigration objective reflected in paragraph 3(c) of the *Immigration Act*. She wrote:

Although this provision [paragraph 3(c)] speaks of Parliament's objective of reuniting citizens and permanent residents with their close relatives from abroad, it is consistent, in my opinion, with a large and liberal interpretation of

conclusion de fait erronée que l'agent(e) d'immigration a tirée sans tenir compte des éléments dont elle disposait. Dans sa décision, l'agent(e) d'immigration ne fait aucune mention des emplois—même s'il ne s'agissait que d'emplois à temps partiel—que la demanderesse a effectivement occupés au cours de cette période, des démarches qu'elle a faites pour se perfectionner en suivant des cours et du fait que son permis de travail avait expiré à deux reprises au cours de cette période. La demanderesse aurait pu accepter au cours de cette période au moins une offre d'emploi, celle de la Weston United Pentecostal Church, si elle avait été munie d'un permis de travail.

[23] Dans sa décision, l'agent(e) d'immigration signale également que la demanderesse a été déclarée coupable en décembre 1998 d'agression armée, infraction pour laquelle elle a fait l'objet d'une ordonnance de probation de deux ans. Il est pertinent de noter que cet incident s'est produit lors d'une dispute avec un ami et que l'«arme» en question était un vase. Mon intention n'est pas de banaliser une telle agression. Qu'il suffise de dire que cet incident n'est pas aussi grave que ce que la lecture de la décision de l'agent(e) d'immigration pourrait laisser entendre. Suivant la preuve, la demanderesse n'avait pas d'antécédents criminels et elle n'a pas été incarcérée pour cette infraction.

[24] Avant de passer à l'analyse que l'agent(e) d'immigration a faite de la question des enfants nés au Canada, il est utile d'examiner l'arrêt *Baker*, dans lequel la Cour suprême du Canada a «resserré» les exigences auxquelles les agents d'immigration doivent satisfaire lorsqu'ils examinent l'intérêt supérieur des enfants nés au Canada et en particulier lorsqu'ils motivent leur décision.

[25] Au paragraphe 68 de l'arrêt *Baker*, M^{me} le juge L'Heureux-Dubé évoque l'objectif visé par le législateur à l'alinéa 3c) de la *Loi sur l'immigration*. Elle écrit:

Bien que cette disposition [l'alinéa 3c)] traite de l'objectif du Parlement de réunir des citoyens et des résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger, elle permet, à mon avis, en utilisant une interprétation large et libérale

the values underlying this legislation and its purposes to presume that Parliament also placed a high value on keeping citizens and permanent residents together with their close relatives who are already in Canada. The obligation to take seriously and place important weight on keeping children in contact with both parents, if possible, and maintaining connections between close family members is suggested by the objective articulated in s. 3(c).

[26] At paragraphs 74 and 75, Madam Justice L'Heureux-Dubé continued:

Therefore, attentiveness and sensitivity to the importance of the rights of children, to their best interests, and to the hardship that may be caused to them by a negative decision is essential for an H & C decision to be made in a reasonable manner

That is not to say that children's best interests must always outweigh other considerations, or that there will not be other reasons for denying an H & C claim even when children's interests are given this consideration. However, where the interests of children are minimized, in a manner inconsistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition and the Minister's guidelines, the decision will be unreasonable.

[27] In the case at bar, the immigration officer, in considering the interest of the Canadian-born children, stated that the children would suffer if they were to go to a country "they don't know", and it would be the applicant's decision to take her children with her or leave them here with a family member. The tribunal record (at page 129) reveals that the applicant has but one sister in Canada. The officer gave no consideration as to whether this sibling was able or willing to take the children or indeed whether she was suited to be the guardian of these children. To advance such an option as acceptable without such an assessment is to minimize the interests of the children and is unreasonable.

[28] The immigration officer also made the following statement in her reasons:

However, having children in Canada while her status was undetermined and while knowing that she was facing removal from Canada was a decision that Ms. Mulholland made.

des valeurs sous-jacentes à cette loi et à son objet, de présumer que le Parlement estime important également de garder ensemble des citoyens et des résidents permanents avec leurs proches parents qui sont déjà au Canada. L'objectif à l'al. 3c) énonce l'obligation d'accorder une grande importance au maintien des enfants en contact avec leurs deux parents, si cela est possible, et au maintien du lien entre les membres d'une proche famille.

[26] Aux paragraphes 74 et 75, le juge L'Heureux-Dubé poursuit en disant:

Par conséquent, l'attention et la sensibilité à l'importance des droits des enfants, de leur intérêt supérieur, et de l'épreuve qui pourrait leur être infligée par une décision défavorable sont essentielles pour qu'une décision d'ordre humanitaire soit raisonnable [. . .]

Cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations, ni qu'il n'y aura pas d'autres raisons de rejeter une demande d'ordre humanitaire même en tenant compte de l'intérêt des enfants. Toutefois, quand l'intérêt des enfants est minimisé, d'une manière incompatible avec la tradition humanitaire du Canada et les directives du ministre, la décision est déraisonnable.

[27] En l'espèce, lorsqu'elle a examiné l'intérêt des enfants nés au Canada, l'agente d'immigration a déclaré que les enfants souffriraient s'ils devaient aller dans un pays [TRADUCTION] «qu'ils ne connaissent pas» et que c'était à la demanderesse qu'il appartenait de décider de prendre les enfants avec elle ou de les confier à un membre de sa famille. Le dossier du tribunal administratif (à la page 129) révèle que la demanderesse n'a qu'une sœur au Canada. L'agente d'immigration ne s'est pas interrogée sur la question de savoir si la sœur de la demanderesse était en mesure de prendre les enfants ou si elle était disposée à le faire ou même si elle pouvait être une bonne tutrice pour ces enfants. En présentant une telle option comme acceptable sans s'interroger sur ces aspects, l'agente d'immigration a minimisé l'intérêt des enfants et a agi de façon déraisonnable.

[28] L'agente d'immigration a également déclaré ce qui suit dans sa décision:

[TRADUCTION] C'est pourtant elle qui a pris la décision d'avoir des enfants au Canada alors que son statut d'immigrante était incertain et qu'elle savait qu'elle risquait de devoir quitter le Canada.

[29] This comment assumes a number of things which are not self-evident. It assumes that the birth of the children was a matter of choice. It could just as easily have been the result of a failure of contraception or of religious belief which prevented the use of effective contraception. Or it could be an implicit moral criticism as to the consequences of personal immorality. There is nothing in the record which would justify such an assumption or any conclusion flowing from it. On the other hand, it could be a statement about who should bear the risk of Ms. Mulholland's deportation. To the extent that it suggests that the children should, it is truly a question of visiting the sins of the mother upon the children. The duty to be alive to the interests of the children is not satisfied by identifying reasons for not giving weight to their interests.

[30] The focus of the H & C application is the applicant. The issue is the humanitarian and compassionate considerations which would justify allowing her to apply for landing from within Canada. The presence of three Canadian-born children, who cannot be removed, and whose need for their mother is to be assumed, cannot be taken to be anything other than a factor in favour of the exercise of the Minister's discretion. It is inconceivable that, given the ages of the children, their mother would have to justify their need for her. To suggest that the children's interest could be equally served by accompanying their mother to Jamaica since they remain Canadian citizens no matter where they live is to ignore subsection 4(2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 3] of the *Immigration Act* which states:

4. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, a Canadian citizen and a permanent resident have a right to remain in Canada except where, in the case of a permanent resident, it is established that the person is a person described in subsection 27(1).

[29] Cette remarque pose un certain nombre de postulats qui ne vont pas de soi. Elle implique que la naissance des enfants était une question de choix. Or, leur naissance pourrait tout aussi bien s'expliquer par l'échec d'une méthode de contraception ou par des convictions religieuses interdisant l'utilisation de méthodes de contraception efficaces. On pourrait aussi y déceler une réprobation morale implicite quant à une immoralité personnelle et à ses conséquences. Il n'y a rien dans le dossier qui justifierait un tel postulat ou toute conclusion qu'on pourrait en tirer. Par ailleurs, on pourrait y voir une affirmation au sujet des personnes qui devraient assumer les conséquences de l'expulsion de M^{me} Mulholland. Dans la mesure où l'agente d'immigration laisse entendre que ce sont les enfants qui devraient assumer ces conséquences, elle fait de toute évidence porter par les enfants la faute de leur mère. On ne s'acquitte pas de son obligation d'être sensible à l'intérêt des enfants en invoquant les raisons qui expliquent pourquoi on n'accorde pas d'importance à leur intérêt.

[30] La demanderesse est au centre de la demande de prise en considération de raisons d'ordre humanitaire. Le débat tourne autour des raisons d'ordre humanitaire qui justifieraient de lui permettre de présenter de l'intérieur du Canada sa demande d'établissement au Canada. La présence de ses trois enfants nés au Canada, qui ne peuvent être expulsés et dont on doit présumer qu'ils ont besoin de leur mère, ne saurait être considérée autrement que comme un facteur qui favorise l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre. Il est inconcevable que, compte tenu de l'âge des enfants, leur mère ait à justifier qu'ils ont besoin d'elle. En laissant entendre que l'intérêt des enfants serait tout aussi bien servi s'ils accompagnaient leur mère en Jamaïque, puisqu'ils conserveraient la citoyenneté canadienne peu importe leur lieu de résidence, l'agente d'immigration a fait fi du paragraphe 4(2) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 3] de la *Loi sur l'immigration*, qui dispose:

4. [. . .]

(2) Sous réserve des autres lois fédérales, les citoyens canadiens et, sauf s'il a été établi qu'ils appartiennent à l'une des catégories visées au paragraphe 27(1), les résidents permanents ont le droit de demeurer au Canada.

Where the Minister purports to remove from Canada a person who has dependent children, the Minister cannot ignore the fact that the practical consequence of her decision is to deprive the children of the benefit of subsection 4(2) of the Act. In those circumstances, is it not up to the Minister to rebut the conclusion that the presence of the children is a humanitarian factor justifying the exercise of discretion? Nothing in *Baker* would make such a presumption irrebuttable. No state can consistently excuse the misconduct of adults because of the effects on their children without creating a climate of irresponsibility both as to the adults' conduct and as to the motives for having children. But the rebuttal must be based upon facts in relation to the parent which would weigh more heavily in the balance than the dependency of the children upon the parent and their statutory, if not constitutional right, to remain in Canada. The bald statement that the presence of the children is the result of a parental choice does not amount to rebuttal.

[31] In my view, the immigration officer's assessment of the best interest of the children is not consistent with the objective reflected in paragraph 3(c) of the Act, and therefore not consistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition. The approach taken by the immigration officer minimizes the interest of the Canadian born children, and is, in my view, unreasonable. The Supreme Court in *Baker* makes it clear that failure to give serious weight and consideration to the interest of the children constitutes an unreasonable exercise of the discretion conferred by the *Immigration Act*.

[32] The facts in this case are very similar to those in *Naredo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.² In that case, the immigration officer, in his reasons, made the following comments with respect to the children:

Having children born in Canada while their immigration status was undetermined and they possibly faced the requirement of having to leave Canada was a decision Mr. Arduengo (and, once again, presumably Ms. Arduengo) took.³

Lorsqu'il s'apprête à renvoyer du Canada une personne qui a des enfants à sa charge, le ministre ne peut ignorer le fait qu'une des conséquences pratiques de sa décision est de priver les enfants des avantages que comporte le paragraphe 4(2) de la Loi. Dans ces conditions, n'est-ce pas au ministre qu'il appartient de réfuter la conclusion que la présence des enfants constitue un facteur d'ordre humanitaire qui justifie l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? Il n'y a rien dans l'arrêt *Baker* qui rendrait cette présomption irréfutable. Aucun État ne peut systématiquement excuser en raison de conséquences sur leurs enfants la mauvaise conduite d'adultes sans créer un climat d'irresponsabilité tant en ce qui a trait à la conduite des adultes qu'aux mobiles qui les ont poussés à avoir des enfants. Mais la réfutation doit être fondée sur des faits qui concernent le père ou la mère qui pèseraient plus lourd dans la balance que la dépendance des enfants envers leurs parents et que leur droit légal, voire constitutionnel, de demeurer au Canada. La vague affirmation que la présence des enfants au Canada est le résultat du choix des parents ne saurait être considérée comme une réfutation.

[31] À mon avis, l'appréciation que l'agente d'immigration a faite de l'intérêt supérieur des enfants ne s'accorde pas avec l'objectif visé à l'alinéa 3c) de la Loi, et elle n'est par conséquent pas compatible avec la tradition humanitaire du Canada. L'approche retenue par l'agente d'immigration minimise l'intérêt des enfants nés au Canada et est à mon avis déraisonnable. Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême a bien précisé que le défaut d'accorder suffisamment de poids et de tenir dûment compte de l'intérêt des enfants constitue un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur l'immigration*.

[32] Les faits de la présente espèce sont très semblables à ceux de l'affaire *Naredo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*.² Dans cette affaire, l'agent d'immigration avait tenu les propos suivants au sujet des enfants:

Monsieur Arduengo (et, encore une fois, vraisemblablement M^{me} Arduengo) a pris la décision d'avoir des enfants au Canada alors que leur statut d'immigrants était incertain et qu'ils risquaient de devoir quitter le Canada³.

[33] The immigration officer also stated that it would be the parents' decision to leave their children in Canada and it was for the parents to decide what would be in the best interest of the children. Mr. Justice Gibson concluded that the analysis reflected in the reasons of the immigration officer's decision as they related to the interests of the children, was entirely insufficient, given the requirements set out in *Baker*. He stated at paragraph 22 of his decision:

In paragraph 65 of her reasons on behalf of the majority of the Court in *Baker*, Madam Justice L'Heureux-Dubé wrote:

The officer was completely dismissive of the interests of Ms. Baker's children. As I will outline in detail in the paragraphs that follow, I believe that the failure to give serious weight and consideration to the interests of the children constitutes an unreasonable exercise of the discretion conferred by the section, notwithstanding the important deference that should be given to the decision to the immigration officer.

I am satisfied that the same could be said here. It was not open to the immigration officer, against the guidance provided by *Baker*, to simply leave the issue of what is in the best interests of the applicants' children to the applicants in circumstances where the applicants were about to be required to leave Canada to an uncertain fate in Chile. To do so, as was done here, was to be "completely dismissive" of the interests of the children. The immigration officer did not, herself, give "serious weight and consideration to the interests of the children. . .". Rather, she determined that the applicants would not be granted the right to apply for landing from within Canada and in so doing, left the agonizing decision of what would be in the best interests of the children to the applicants alone.

[34] I am also satisfied that the reasons of the immigration officer for the decision under review, have "minimized in a manner inconsistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition" the interests of the applicant's children.

[35] I therefore find the decision under review unreasonable and should be set aside.

[36] Against the foregoing analysis, this application for judicial review will be allowed, the decision under

[33] Dans l'affaire *Naredo*, l'agent d'immigration soutenait également qu'il reviendrait par ailleurs aux parents de décider s'ils souhaitaient, le cas échéant, laisser leurs enfants au Canada. Il estimait que les parents sont libres de décider ce qui est dans l'intérêt de leurs enfants. Le juge Gibson a conclu que, compte tenu des exigences énoncées dans l'arrêt *Baker*, l'analyse à laquelle l'agent d'immigration s'était livré au sujet de l'intérêt des enfants dans sa décision était tout à fait insuffisante. Le juge Gibson a déclaré, au paragraphe 22 de sa décision:

Voici ce que Madame le juge L'Heureux-Dubé a écrit, au nom des juges majoritaires, au paragraphe 65 [*sic*] des motifs qu'elle a exposés dans l'arrêt *Baker*:

L'agent n'a prêté aucune attention à l'intérêt des enfants de M^{me} Baker. Comme je le démontrerai avec plus de détails dans les paragraphes qui suivent, j'estime que le défaut d'accorder de l'importance et de la considération à l'intérêt des enfants constitue un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article, même s'il faut exercer un degré élevé de retenue envers la décision de l'agent d'immigration.

Je suis convaincu que l'on pourrait dire la même chose en l'espèce. L'agente d'immigration n'avait pas le loisir, compte tenu des directives que donne l'arrêt *Baker*, de se contenter de laisser aux parents la responsabilité de déterminer en quoi consiste l'intérêt des enfants, dans des circonstances où les demandeurs étaient sur le point de devoir quitter le Canada afin de faire face à un avenir incertain au Chili. En agissant ainsi, l'agente «ne prêtait aucune attention» à l'intérêt des enfants. L'agente d'immigration n'a pas elle-même «accord[é] de l'importance et de la considération à l'intérêt des enfants [. . .]». Elle a plutôt conclu que les demandeurs n'obtiendraient pas le droit de présenter une demande de droit d'établissement sans quitter le Canada et, partant, elle a laissé exclusivement aux parents la responsabilité de prendre la décision déchirante de savoir en quoi consistait l'intérêt de leurs enfants.

[34] Je suis également convaincu que les motifs que l'agente d'immigration a invoqués pour justifier la décision à l'examen ont «minimisé, d'une manière incompatible avec la tradition humanitaire du Canada», l'intérêt des enfants de la demanderesse.

[35] Je conclus par conséquent que la décision à l'examen est déraisonnable et qu'elle doit être annulée.

[36] Vu l'analyse qui précède, la présente demande de contrôle judiciaire sera accueillie, la décision à

review will be set aside and the applicant's application for permission to apply for landing from within Canada will be referred back to the respondent for reconsideration and redetermination.

[37] The parties, having had the opportunity, have not requested that I certify a serious question of general importance as contemplated by section 83 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*. Therefore, I do not propose to certify a serious question of general importance.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. This application for judicial review will be allowed, the decision under review is set aside and the applicant's application for permission to apply for landing from within Canada is referred back to the respondent for reconsideration and redetermination before a different immigration officer.

¹ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

² (2000), 192 D.L.R. (4th) 373 (F.C.T.D.).

³ *Ibid.*, at para. 21.

l'examen sera annulée et la demande présentée par la demanderesse en vue d'obtenir la permission de présenter de l'intérieur du Canada une demande d'établissement au Canada sera renvoyée au défendeur pour qu'il la réexamine et qu'il prenne une nouvelle décision.

[37] Les parties ont eu l'occasion de me demander de certifier que la présente affaire soulève une question grave de portée générale au sens de l'article 83 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*. Comme elles ne se sont pas prévaluées de cette possibilité, je n'ai pas l'intention de certifier que la présente affaire soulève une question grave de portée générale.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE:

1. La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision à l'examen est annulée et la demande présentée par la demanderesse en vue d'obtenir la permission de présenter de l'intérieur du Canada une demande d'établissement au Canada est renvoyée au défendeur pour nouvel examen et nouvelle décision par un autre agent d'immigration.

¹ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

² (2000), 192 D.L.R. (4th) 373 (C.F. 1^{re} inst.).

³ *Ibid.*, au par. 21.

T-1678-00
2001 FCT 629

T-1678-00
2001 CFPI 629

Viewpoint International, Inc. (Plaintiff)

v.

On Par Enterprises Inc. (Defendant)

INDEXED AS: VIEWPOINT INTERNATIONAL, INC. v. ON PAR ENTERPRISES INC. (T.D.)

Trial Division, Lemieux J.—Toronto, March 22; Ottawa, June 8, 2001.

Trade-marks — Infringement — Application for interlocutory injunction pending trial of trade-mark infringement, passing-off action to restrain defendant from using “Tommy Bahamas Grill” in association with restaurant in Victoria, B.C., and from infringing plaintiff’s trade-mark “Tommy Bahama” — “Tommy Bahama” registered for use in U.S.A. in association with clothing, restaurants, and in Canada for use in association with clothing — Trade-mark application for restaurants in Canada filed, not yet advertised — Tripartite test in RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) applied — General rule Judge should not engage in extensive review of merits to determine whether serious issue — Exception when result of interlocutory motion will result in final determination of action — Defendant not establishing cost of changing exterior signs, menus would put it out of business — Thus necessary to establish only arguable (neither frivolous nor vexatious), not prima facie, case — Plaintiff raised several serious issues to be tried in terms of protection to be accorded proprietary rights in “Tommy Bahama” trade-mark, including likelihood of confusion — Evidence of irreparable harm must be clear, not speculative — Although defendant’s restaurant operating for several months, no evidence of any lost sale of “Tommy Bahama” clothing, or of restaurant client — Evidence not establishing weakening of reputation of “Tommy Bahama” mark — No concrete evidence harm alleged not compensable in damages — Defendant able to pay if plaintiff awarded damages.

Viewpoint International, Inc. (demanderesse)

c.

On Par Enterprises Inc. (défenderesse)

RÉPERTORIÉ: VIEWPOINT INTERNATIONAL, INC. c. ON PAR ENTERPRISES INC. (I^{re} INST.)

Section de première instance, juge Lemieux—Toronto, 22 mars; Ottawa, 8 juin 2001.

Marque de commerce — Contrefaçon — Demande d’injonction interlocutoire présentée en attendant l’instruction d’une action en contrefaçon et en imitation frauduleuse d’une marque de commerce en vue d’interdire à la défenderesse d’utiliser la marque de commerce «Tommy Bahamas Grill» en liaison avec son restaurant de Victoria, et de contrefaire la marque de commerce «Tommy Bahama» de la demanderesse — La marque «Tommy Bahama» a été enregistrée aux États-Unis en liaison avec des vêtements et des restaurants et au Canada, en liaison avec des vêtements — Une demande d’enregistrement de marque de commerce pour des restaurants au Canada a été déposée mais n’a pas encore été annoncée — Application du critère à trois volets énoncé dans l’arrêt RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) — Suivant la règle générale, le juge ne devrait pas procéder à un examen approfondi du fond pour décider s’il existe une question sérieuse à juger — Il existe une exception à cette règle lorsque le résultat de la demande interlocutoire équivaudra en fait au règlement final de l’action — La défenderesse n’a pas démontré que les frais que lui occasionnerait la modification de ses affiches extérieures ou de ses menus l’obligeraient à fermer ses portes — Il suffit à la demanderesse de convaincre le tribunal que la cause est défendable (c.-à-d. que la demande n’est ni futile ni vexatoire) et non d’établir une forte apparence de droit — La demanderesse a soulevé plusieurs questions sérieuses à juger en ce qui concerne la protection à accorder à ses droits de propriété sur sa marque de commerce «Tommy Bahama» au Canada, y compris les risques de confusion — La preuve de préjudice irréparable doit être claire et ne pas tenir de la conjecture — Bien que le restaurant de la défenderesse exerce ses activités depuis plusieurs mois, il n’a pas été démontré que la demanderesse a perdu une seule vente de vêtements «Tommy Bahama» ou un seul client dans ses restaurants — La preuve ne permet pas de conclure qu’on a porté atteinte à la réputation de la marque «Tommy Bahama» — Il n’y a aucun élément de preuve concret que le préjudice reproché ne peut être réparé au moyen de dommages-intérêts — La défenderesse est en mesure de payer les dommages-intérêts auxquels elle pourrait être condamnée.

Injunctions — Application for interlocutory injunction pending trial of trade-mark infringement, passing-off action — Application of tripartite test set out in RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) — As to serious issue, plaintiff required to show arguable (meaning neither frivolous nor vexatious), not prima facie, case — As defendant not establishing cost of changing exterior sign, menus would put him out of business (i.e. interlocutory motion amounting to final determination of action), exception to general rule judge should not engage in extensive review of merits, not arising — Plaintiff raising several serious issues, including likelihood of confusion — But not establishing irreparable harm, which must be clear, not speculative — No evidence of even one lost “Tommy Bahama” restaurant client, sale of “Tommy Bahama” clothing — No evidence of detrimental impact by loss of control of brand meaning — Only irreparable harm if damages recoverable at law not adequate remedy — No concrete evidence harm not compensable in damages because cannot be calculated — Defendant able to pay damages if awarded to plaintiff.

This was an application for an interlocutory injunction pending the trial of a trade-mark infringement and passing-off action, to restrain the defendant from using the trade-mark “Tommy Bahamas Grill” in association with its restaurant in Victoria, British Columbia, and from infringing the plaintiff’s registered trade-mark, “Tommy Bahama”. The plaintiff is the registered owner of the trade-mark “Tommy Bahama” for use in the United States in association with clothing, restaurants, and specific products such as golf bags, travel trunks, sports bags, and in Canada for use in association with clothing and accessories. A trade-mark application for restaurants in Canada has been filed, but not yet advertised. The plaintiff and its exclusive distributor in Canada plan to open four to eight “Tommy Bahama” stores/restaurants throughout Canada, including British Columbia beginning in 2002. The fictitious “Tommy Bahama” personifies a certain lifestyle depicting an individual with wealth and leisure who can afford to buy luxury goods and spend time relaxing on islands where life is one long weekend. The restaurants in the United States serve five-star cuisine. The defendant began operating a restaurant in Victoria, B.C. under the name “Tommy Bahamas Grill”, which features an island theme, and some menu items similar to those offered in the plaintiff’s restaurants. The plaintiff alleged that the quality of the decor and cuisine was inferior to that of its restaurants, and commenced this action,

Injonctions — Demande d’injonction interlocutoire en attendant l’instruction d’une action en contrefaçon et en imitation frauduleuse d’une marque de commerce — Application du critère à trois volets énoncé dans l’arrêt RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) — En ce qui concerne l’existence d’une question sérieuse à juger, il suffit à la demanderesse de convaincre le tribunal que la cause est défendable (c.-à-d. que la demande n’est ni futile ni vexatoire) et non d’établir une forte apparence de droit — Comme la défenderesse n’a pas démontré que les frais que lui occasionnerait la modification de ses affiches extérieures ou de ses menus l’obligeraient à fermer ses portes (c.-à-d. que l’issue de la demande interlocutoire équivaldrait en fait au règlement final de l’action), l’exception à la règle générale suivant laquelle le juge ne devrait pas procéder à un examen approfondi du fond pour décider s’il existe une question sérieuse à juger ne s’applique pas — La demanderesse a soulevé plusieurs questions sérieuses, y compris les risques de confusion — Mais elle n’a pas fait la preuve de l’existence d’un préjudice irréparable, laquelle preuve doit être claire et ne pas tenir de la conjecture — Elle n’a pas démontré qu’elle avait perdu une seule vente de vêtements «Tommy Bahama» ou un seul client dans ses restaurants — La preuve ne permet pas de conclure que la perte de contrôle sur le concept de la marque a eu des répercussions négatives — Il n’y a aucun élément de preuve concret que le préjudice reproché ne peut être réparé au moyen de dommages-intérêts — La défenderesse est en mesure de payer les dommages-intérêts auxquels elle pourrait être condamnée.

Demande d’injonction interlocutoire présentée en attendant l’instruction d’une action en contrefaçon et en imitation frauduleuse d’une marque de commerce en vue d’interdire à la défenderesse d’utiliser la marque de commerce «Tommy Bahamas Grill» en liaison avec le restaurant que la demanderesse exploite à Victoria, en Colombie-Britannique, et de contrefaire la marque de commerce déposée «Tommy Bahama» de la demanderesse. La demanderesse est le propriétaire enregistré, aux États-Unis, de la marque de commerce «Tommy Bahama» en liaison avec des vêtements, des restaurants et des articles spécifiques tels que des sacs de golf, des coffres de voyage, des sacs de sport, et de la même marque au Canada, en liaison avec des vêtements et des accessoires. La demanderesse a déposé une demande d’enregistrement de marque de commerce pour des restaurants au Canada mais cette demande n’a pas encore été annoncée. La demanderesse et son distributeur exclusif au Canada prévoient ouvrir à compter de 2002 de quatre à huit restaurants-magasins «Tommy Bahama» authentiques un peu partout au Canada, notamment en Colombie-Britannique. Le personnage fictif «Tommy Bahama» symbolise un certain train de vie évoquant une personne riche qui mène une vie oisive et facile et à qui sa fortune permet d’acheter des objets de luxe et de se prélasser sur des plages où la vie ressemble à des vacances perpétuelles. Les restaurants de la demanderesse aux États-Unis servent une cuisine fine. La

claiming infringement of its registered mark and passing off. The issue was whether the tripartite test to obtain an interlocutory injunction, set out in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, had been satisfied.

Held, the application should be dismissed.

The first part of the test is whether there was a serious question to be tried. A preliminary question arose as to whether a strong *prima facie* case had to be made out or whether the lower threshold of a case which is arguable, i.e. neither frivolous nor vexatious, applied. The general rule is that a judge should not engage in an extensive review of the merits to determine whether a serious issue exists. There are two exceptions to this rule, the first being when the result of the interlocutory motion will amount to a final determination of the action, either when the right which the applicant seeks to protect can only be exercised immediately or not at all, or when the result of the application will impose such hardship on one party as to remove any potential benefit from proceeding to trial. On the evidence, the lower threshold for determination of a serious issue should apply. The defendant did not establish that the cost of changing its exterior sign or menus would put it out of business or materially affect it financially and, indeed, its profit and loss statement shows that it could well afford these costs should an interlocutory injunction be granted. It will recover these costs from the plaintiff should it succeed at trial. In addition many factors which contribute to the success of the restaurant (eg., quality of food and service, ambience, location) would remain should the defendant be compelled to change its name until trial. The plaintiff has raised several serious issues to be tried in terms of protection to be accorded to its proprietary rights in its "Tommy Bahama" trade-mark in Canada, either registered or unregistered. The scope of protection in respect of a restaurant turns on the extent of its reputation in Canada and on evidence of likelihood of confusion. The plaintiff has raised a case of likelihood of confusion, based on affidavits from purchasers of "Tommy Bahama" clothing or patrons of "Tommy Bahama" restaurants in the United States deposing that they had concluded that the "Tommy Bahamas Grill" in Victoria was associated with "Tommy Bahama".

défenderesse a commencé à exploiter un restaurant à Victoria sous le nom «Tommy Bahamas Grill», qui illustre un thème tropical et offre des plats similaires à ceux qui sont offerts dans les restaurants de la demanderesse. La demanderesse affirme que le restaurant de la défenderesse offre une qualité de cuisine et un décor qui sont inférieurs à ceux de ses restaurants et elle a introduit la présente action en contrefaçon et en imitation frauduleuse de sa marque déposée. La question est litige est celle de savoir si le critère à trois volets auquel il faut satisfaire pour pouvoir obtenir une injonction interlocutoire et qui a été exposé dans l'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Procureur général*, a été satisfait.

Jugement: la demande doit être rejetée.

La première question à se poser est celle de savoir s'il existe une question sérieuse à juger. Il faut d'abord répondre à la question préliminaire de savoir si la demanderesse doit établir une forte apparence de droit ou si le critère applicable est moins exigeant et s'il suffit de convaincre le tribunal que la cause est défendable, c'est-à-dire que la demande n'est ni futile ni vexatoire. Suivant la règle générale, le juge ne devrait pas procéder à un examen approfondi du fond pour décider s'il existe une question sérieuse à juger. Cette règle comporte deux exceptions. La première est le cas où le résultat de la demande interlocutoire équivaudra en fait au règlement final de l'action, soit lorsque le droit que le requérant cherche à protéger est un droit qui ne peut être exercé qu'immédiatement ou pas du tout, soit, d'autre part, si le résultat de la demande aura pour effet d'imposer à une partie un tel préjudice qu'il n'existe plus d'avantage possible à tirer d'un procès. Vu l'ensemble de la preuve, c'est le critère le moins exigeant qui devrait s'appliquer en l'espèce pour ce qui est de l'existence d'une question sérieuse à juger. La défenderesse n'a pas démontré que les frais que lui occasionnerait la modification de ses affiches extérieures ou de ses menus l'obligeraient à fermer ses portes ou lui nuiraient de façon appréciable sur le plan financier et d'ailleurs, son état des résultats montre bien qu'elle serait parfaitement en mesure d'assumer ces frais si une injonction interlocutoire était prononcée. Elle récupérera ces frais de la demanderesse si elle obtient gain de cause au procès. De plus, de nombreux facteurs qui ont contribué au succès du restaurant (par ex. la qualité de la cuisine et du service, l'ambiance et l'emplacement du restaurant) continueraient à jouer si elle contrainte de changer son appellation commerciale en attendant le procès. La demanderesse a soulevé plusieurs questions sérieuses à juger en ce qui concerne la protection à accorder à ses droits de propriété sur sa marque de commerce «Tommy Bahama» au Canada, qu'elle soit déposée ou non. Dans le cas des restaurants, l'étendue de la protection dépend de l'étendue de sa réputation au Canada et des éléments de preuve qui seront présentés au sujet des risques de confusion. La demanderesse a démontré qu'il existe un risque de confusion, suivant les affidavits souscrits par des personnes qui ont acheté des vêtements «Tommy Bahama» ou ont visité des restaurants «Tommy Bahama» aux États-Unis et qui ont associé le restaurant «Tommy Bahamas Grill» de Victoria à «Tommy Bahama».

Irreparable harm is harm in respect of which damages recoverable at law would not be an adequate remedy. The Federal Court of Appeal in *Centre Ice Ltd. v. National Hockey League* held that evidence of irreparable harm must be clear and not speculative. The evidence established that "Tommy Bahama" has some brand equity (its ability to act as a distinctive identity to the plaintiff's wares and services and to provide value) or goodwill and some reputation within the target group of upscale buyers which could be irreparably harmed if the evidence supports a finding of harm which cannot be compensated. The plaintiff said that it had demonstrated irreparable harm by establishing that: (1) consumers will be misled into believing "Tommy Bahama" is the source of the defendant's restaurant and will no longer be able to trust that the products and services associated with "Tommy Bahama" originate from the plaintiff (impairment of distinctiveness); (2) damage to the "Tommy Bahama" brand will occur because the defendant's restaurant is inferior; (3) the plaintiff will lose control of the extent, nature and quality of the messages communicated to the public about the "Tommy Bahama" lifestyle brand; (4) such loss of control will have harmful effects on the plaintiff's Canadian business partners. The defendant countered that the evidence of irreparable harm was unsubstantiated and was not founded on any evidence; none of the evidence established that the reputation in the "Tommy Bahama" mark had been impeached or lessened by the activities of the defendant; and there was no evidence of anyone who had or would stop dealing with the plaintiff. The plaintiff's evidence did not meet the evidentiary test established in *Centre Ice*. When this matter was heard, the defendant's restaurant had been operating for several months, but there was no evidence of even one lost "Tommy Bahama" restaurant client or sale of "Tommy Bahama" clothing. While the plaintiff no longer has exclusivity in the mark, there was no evidence of a detrimental impact by this loss of control of its brand meaning. The plaintiff and its exclusive distributor are continuing to expand "Tommy Bahama" fashion outlets. The evidence did not establish any weakening of the reputation of the "Tommy Bahama" mark. The plaintiff has not proven that it will be harmed by the defendant's activities so as to warrant an interlocutory injunction. Nor was there any concrete evidence that the harm alleged was not compensable in damages because it cannot be calculated. Furthermore, the assets and liabilities of the defendant and its profit and loss statement is indicative of the defendant's ability to pay.

Un préjudice irréparable est un préjudice pour lequel les dommages-intérêts que l'on pourrait obtenir en justice ne constitueraient pas une réparation suffisante. Dans l'arrêt *Centre Ice Ltd. c. Ligue nationale de Hockey*, la Cour d'appel fédérale a statué que la preuve doit être claire et ne pas tenir de la conjecture. La preuve démontre que la marque «Tommy Bahama» possède une certaine image de marque (sa capacité d'identifier de façon distincte et unique les produits et les services de restauration de la demanderesse et de représenter un élément de valeur) ou un certain achalandage et une certaine réputation au sein du groupe cible des acheteurs des classes supérieures et que cette image, cet achalandage ou cette réputation pourraient subir un préjudice irréparable si la preuve versée au dossier permettait de conclure à l'existence d'un préjudice qui ne pourrait être réparé. La demanderesse affirme qu'elle a fait la preuve qu'elle subirait un préjudice irréparable en établissant: 1) que les consommateurs seront amenés à tort à associer le restaurant de la défenderesse à «Tommy Bahama» et qu'ils ne pourront plus avoir la certitude que les produits et les services associées à «Tommy Bahama» proviennent bel et bien de la demanderesse (atteinte au caractère distinctif); 2) qu'un dommage sera causé à la marque «Tommy Bahama» en raison de la qualité inférieure du restaurant de la défenderesse; 3) que la demanderesse perdra tout contrôle sur la portée, la nature et la qualité des messages communiqués au public au sujet de la marque «Tommy Bahama» qui évoque un style de vie; 4) que cette perte de contrôle aura des effets préjudiciables sur les partenaires commerciaux canadiens de la demanderesse. La défenderesse a répliqué en affirmant que la preuve de préjudice irréparable n'était pas corroborée et qu'elle ne reposait sur aucun des éléments de preuve versés au dossier. À son avis, aucun des éléments de preuve ne permettait de conclure que ses activités avaient porté atteinte à la réputation de la marque «Tommy Bahama» et il n'y avait aucun élément de preuve qui permettait de croire que quelqu'un a ou aurait cessé de faire affaire avec la demanderesse. La preuve de la demanderesse ne satisfait pas au critère posé dans l'arrêt *Centre Ice*. Lorsque la présente affaire a été instruite, le restaurant de la défenderesse exerçait ses activités depuis plusieurs mois, mais, il n'a pas été démontré que la demanderesse a perdu une seule vente de vêtements «Tommy Bahama» ou un seul client dans ses restaurants. Bien que la demanderesse ne possède plus l'exclusivité sur sa marque, rien ne permet de penser que cette perte de contrôle sur le concept de sa marque a eu des répercussions négatives. La demanderesse et son distributeur exclusif poursuivent l'expansion de leurs magasins de vêtements de mode «Tommy Bahama». La preuve ne permet pas de conclure qu'on a porté atteinte à la réputation de la marque «Tommy Bahama». La demanderesse n'a pas prouvé que les activités de la défenderesse lui causeraient un préjudice qui justifierait le prononcé d'une injonction interlocutoire. Qui plus est, il n'y a aucun élément de preuve concret que le préjudice reproché ne peut être réparé au moyen de dommages-intérêts parce qu'il ne peut être évalué. Compte

In light of the finding concerning irreparable harm, the question of balance of convenience did not have to be dealt with.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7(b),(c), 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60), 20 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196), 22.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *Movel Restaurants Ltd. v. E.A.T. At Le Marché Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 73; 89 F.T.R. 72 (F.C.T.D.); 688863 *Ontario Ltd. v. Landover Enterprises Inc.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 399; 45 F.T.R. 75 (F.C.T.D.); *Centre Ice Ltd. v. National Hockey League* (1994), 53 C.P.R. (3d) 50; 166 N.R. 44 (F.C.A.); *A. Lassonde Inc. v. Island Oasis Canada Inc.*, [2001] 2 F.C. 568 (C.A.); aff'd (2000), 5 C.P.R. (4th) 165 (F.C.T.D.); *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 552; (1968), 55 C.P.R. 176; *Trego et al. v. Hunt*, [1896] A.C. 7; *Effem Foods Ltd. v. H.J. Heinz Co. of Canada* (1997), 75 C.P.R. (3d) 331 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Imax Corp. v. Showmax, Inc. (2000), 5 C.P.R. (4th) 81; 182 F.T.R. 180 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Syntex Inc. v. Novopharm Ltd. (1991), 36 C.P.R. (3d) 129; 126 N.R. 114 (F.C.A.); *Nature Co. v. Sci-Tech Educational Inc.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 359; 141 N.R. 363 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Enterprise Rent-A-Car Co. v. Singer, [1996] 2 F.C. 694; (1996), 66 C.P.R. (3d) 453; 109 F.T.R. 185 (T.D.); aff'd (1998), 79 C.P.R. (3d) 45; 223 N.R. 114 (F.C.A.).

APPLICATION for an interlocutory injunction pending the trial of a trade-mark infringement and

tenu de son actif et de son passif et de son état des résultats, la défenderesse est en mesure de payer les dommages-intérêts auxquels elle pourrait être condamnée.

Compte tenu de la conclusion tirée au sujet du préjudice irréparable, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de la prépondérance des inconvénients.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7b), c), 19 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60), 20 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196), 22.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *Movel Restaurants Ltd. c. E.A.T. At Le Marché Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 73; 89 F.T.R. 72 (C.F. 1^{re} inst.); 688863 *Ontario Ltd. c. Landover Enterprises Inc.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 399; 45 F.T.R. 75 (C.F. 1^{re} inst.); *Centre Ice Ltd. c. Ligue nationale de Hockey* (1994), 53 C.P.R. (3d) 50; 166 N.R. 44 (C.A.F.); *A. Lassonde Inc. c. Island Oasis Canada Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 165 (C.F. 1^{re} inst.); conf. [2001] 2 C.F. 568 (C.A.); *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É. 552; (1968), 55 C.P.R. 176; *Trego et al. v. Hunt*, [1896] A.C. 7; *Effem Foods Ltd. c. H.J. Heinz Co. of Canada* (1997), 75 C.P.R. (3d) 331 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Imax Corp. c. Showmax, Inc., (2000), 5 C.P.R. (4th) 81, 182 F.T.R. 180 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Syntex Inc. c. Novopharm Ltd. (1991), 36 C.P.R. (3d) 129; 126 N.R. 114 (C.A.F.); *Nature Co. c. Sci-Tech Educational Inc.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 359; 141 N.R. 363 (C.A.F.).

DÉCISION CITÉE:

Enterprise Rent-A-Car Co. c. Singer, [1996] 2 C.F. 694; (1996), 66 C.P.R. (3d) 453; 109 F.T.R. 185 (1^{re} inst.); conf. par (1998), 79 C.P.R. (3d) 45; 223 N.R. 114 (C.A.F.).

DEMANDE d'injonction interlocutoire présentée en attendant l'instruction d'une action en contrefaçon et

passing-off action, to restrain the defendant from using the trade-mark "Tommy Bahamas Grill" in association with its restaurant at Victoria, B.C., and from infringing the plaintiff's registered trade-mark, "Tommy Bahama". Application dismissed on the ground that the plaintiff did not establish irreparable harm.

APPEARANCES:

Christopher J. Pibus, Peter W. Choe and Kevin J. Sartorio for plaintiff.
Gregory N. Harney for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, for plaintiff.
Shields, Harney, Vancouver, for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] LEMIEUX J.: The plaintiff, Viewpoint International, Inc. (Viewpoint), seeks an interlocutory injunction, pending the trial of a trade-mark infringement and passing-off action, to restrain the defendant, On Par Enterprises Inc. (On Par), from using the trade-mark or trade-name "Tommy Bahamas Grill" in association with its restaurant in Victoria, British Columbia, and from infringing its registered trade-mark "Tommy Bahama".

[2] Viewpoint does not seek to prohibit, on an interim basis, On Par from using the name "Tommy" but rather its combination with "Bahama". Also, Viewpoint does not seek an immediate prohibition; the changeover could take place within 30 days.

BACKGROUND

[3] Viewpoint is the registered owner, both in Canada and in the United States, of the trade-mark "Tommy Bahama". In the United States, the registra-

en imitation frauduleuse d'une marque de commerce en vue d'interdire à la défenderesse d'utiliser la marque de commerce «Tommy Bahamas Grill» en liaison avec le restaurant que la demanderesse exploite à Victoria, en Colombie-Britannique, et de contrefaire la marque de commerce déposée «Tommy Bahama» de la demanderesse. Demande rejetée au motif que la demanderesse n'a pas démontré qu'elle subirait un préjudice irréparable.

ONT COMPARU:

Christopher J. Pibus, Peter W. Choe et Kevin J. Sartorio pour la demanderesse.
Gregory N. Harney pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, pour la demanderesse.
Shields, Harney, Vancouver, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE LEMIEUX: La demanderesse, Viewpoint International, Inc. (Viewpoint), sollicite, en attendant l'instruction de son action en contrefaçon et en imitation frauduleuse de sa marque de commerce, une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse, On Par Enterprises Inc. (On Par), d'utiliser la marque de commerce ou le nom commercial «Tommy Bahamas Grill» en liaison avec le restaurant qu'elle exploite à Victoria, en Colombie-Britannique, et de contrefaire sa marque de commerce déposée «Tommy Bahama».

[2] Viewpoint n'essaie pas de faire interdire provisoirement à On Par d'employer le nom «Tommy», mais plutôt la combinaison de ce mot avec «Bahama». De plus, Viewpoint ne sollicite pas une interdiction immédiate; le changement pourrait se produire dans un délai de 30 jours.

CONTEXTE

[3] Viewpoint est le propriétaire enregistré, tant au Canada qu'aux États-Unis, de la marque de commerce «Tommy Bahama». Aux États-Unis, l'enregistrement

tion was obtained in 1993 (with a date of first use of March 1993), in association with fashion clothing and, in 1999, in association with restaurants with a date of first use of February 1996. The trade-mark has also been registered in association with specific products such as golf bags, travel trunks, sports bags, etc.

[4] In Canada, Viewpoint's registration dates from February 1999 with a filing date of May 1993; at the moment, the wares in association with which the Canadian trade-mark is registered are limited to clothing and accessories; it does not encompass restaurants. I was informed a trade-mark application by Viewpoint for restaurants has been filed but has yet to be advertised.

[5] "Tommy Bahama" does not identify a particular living individual; he is a fictional character created as a marketing vehicle aimed at sophisticated consumers who aspire to a certain lifestyle which the name "Tommy Bahama" embodies, i.e. the wealth and leisure of island living.

[6] In the United States, Viewpoint operates "Tommy Bahama" retail stores and distributes its clothing line to high end department and retail stores.

[7] In the United States, beginning in 1996, Viewpoint expanded into "Tommy Bahama" cafés and emporiums where, at the same location, a customer can eat and shop. There are four such stores/restaurants in the United States in the resort cities of Palm Desert and Newport Beach in California and two in Florida (Sarasota and Naples).

[8] In Canada, there are no "Tommy Bahama" restaurants/emporiums nor are there any self-standing "Tommy Bahama" retail clothing stores. Rather, Viewpoint has an exclusive licensee/distributor, Jaytex Canada Ltd., for men's clothing with an option to distribute women's clothing.

a été obtenu en 1993 (la date de première utilisation remonte à mars 1993), en liaison avec des vêtements de mode et, en 1999, en liaison avec des restaurants (avec une date de première utilisation remontant à février 1996). La marque de commerce a également été enregistrée en liaison avec des articles spécifiques tels que des sacs de golf, des coffres de voyage, des sacs de sport, etc.

[4] Au Canada, l'enregistrement de Viewpoint remonte à février 1999 et le dépôt de la demande d'enregistrement à mai 1993. Pour le moment, les marchandises en liaison avec lesquelles la marque de commerce canadienne est enregistrée se limitent à des vêtements et à des accessoires. Elles ne comprennent pas de restaurants. On m'a informé que Viewpoint a déposé une demande d'enregistrement de marque de commerce pour des restaurants mais que cette demande n'a pas encore été annoncée.

[5] Le nom de «Tommy Bahama» ne correspond pas à une personne vivante. Il s'agit d'un personnage fictif créé comme outil de commercialisation pour atteindre une clientèle raffinée qui aspire à un certain style de vie que le nom «Tommy Bahama» évoque, c'est-à-dire la richesse et la détente associées à la vie sur une île tropicale.

[6] Aux États-Unis, Viewpoint exploite des magasins de vente au détail «Tommy Bahama» et distribue sa ligne de vêtements dans des magasins de vente au détail et des grands magasins haut de gamme.

[7] Aux États-Unis, à partir de 1996, Viewpoint a élargi ses activités en ouvrant des cafés et magasins «Tommy Bahama» où le client peut, au même endroit, manger et faire ses emplettes. Il existe quatre restaurants-magasins de ce genre aux États-Unis dans les villes de villégiature de Palm Desert et de Newport Beach, en Californie, et de Sarasota et de Naples, en Floride.

[8] Au Canada, il n'y a pas de restaurant-magasin «Tommy Bahama» ou de magasin autonome de vente au détail de vêtements «Tommy Bahama». Viewpoint a plutôt un licencié/distributeur, Jaytex Canada Ltd., qui vend des vêtements pour hommes et qui a l'option de distribuer aussi des vêtements pour dames.

[9] “Tommy Bahama” clothing sales in this country are now made through 200 high-end specialty clothing stores and 23 department stores. Some of those stores are in Victoria, B.C. In the fall of 2000, seven “Tommy Bahama” concept shops were opened in Eaton’s department stores including the Victoria Eaton Centre. The approximate cost to build and install all seven concept shops in Canada was \$230,000. There is a planned expansion of the “Tommy Bahama” shop at the Victoria Eaton Centre scheduled for the summer of 2001 including the addition of a “Tommy Bahama” women’s concept shop there. The anticipated cost to Jaytex for the expansion is approximately \$175,000.

[10] Viewpoint, in the affidavit material filed in support of the injunction, indicates that it and Jaytex have plans to open four to eight authentic “Tommy Bahama” stores/restaurants throughout Canada, including British Columbia beginning in year 2002.

[11] Since 1996, in the United States, “Tommy Bahama” restaurants have generated sales of more than US\$42,000,000 and retail sales of “Tommy Bahama” clothing and products have exceeded in the US\$388,000,000.

[12] In that period, in Canada, sales of clothing products have exceeded \$6,000,000 and are said now to be \$4,200,000 annually with unit sales amounting to 130,000 pieces over a six-year period. Viewpoint says that over the past two years, its sales in Canada have increased dramatically.

[13] Since 1994, Viewpoint’s direct advertising of its clothing line in Canada has amounted to \$270,000; Jaytex’s point of sale materials in year 2000 amounted to \$94,000 and more than \$15,000 for advertising in *Harry’s* magazine.

[14] Viewpoint says it has developed its “Tommy Bahama” trade-mark into a valuable brand. The fictitious “Tommy Bahama” personifies a certain

[9] Au Canada, les vêtements de marque «Tommy Bahama» sont vendus dans 200 boutiques de vêtements haut de gamme et dans 23 grands magasins. Certains de ces magasins se trouvent à Victoria (Colombie-Britannique). À l’automne 2000, sept boutiques concept «Tommy Bahama» ont été ouvertes dans des grands magasins Eaton dont le Centre Eaton de Victoria. Les frais de construction et d’aménagement des sept boutiques concept au Canada sont évalués à environ 230 000 \$. Des travaux d’agrandissement de la boutique «Tommy Bahama» du Centre Eaton de Victoria sont prévus pour l’été 2001. On devrait y ajouter une boutique concept «Tommy Bahama» pour femmes. Les coûts prévus de ces travaux d’agrandissement pour Jaytex se chiffrent à environ 175 000 \$.

[10] Dans l’affidavit qu’elle a déposé à l’appui de sa requête en injonction, Viewpoint déclare qu’elle prévoit ouvrir avec Jaytex à compter de 2002 de quatre à huit restaurants-magasins «Tommy Bahama» authentiques un peu partout au Canada, notamment en Colombie-Britannique.

[11] Aux États-Unis, depuis 1996, les restaurants «Tommy Bahama» ont généré un chiffre d’affaires de plus de 42 000 000 \$US et la vente au détail des vêtements et produits «Tommy Bahama» dépasse 388 000 000 \$US aux États-Unis.

[12] Au cours de la même période, au Canada, le chiffre des ventes des vêtements a dépassé 6 000 000 \$ et s’élèverait présentement à 4 200 000 \$ par année et le nombre de produits vendus se chiffrerait à 130 000 articles sur une période de six mois. Viewpoint affirme qu’au cours des deux dernières années, son chiffre d’affaires au Canada a connu une hausse spectaculaire.

[13] Depuis 1994, Viewpoint a consacré 270 000 \$ à de la publicité directe pour sa ligne de vêtements au Canada. Jaytex a dépensé 94 000 \$ en l’an 2000 pour son matériel de promotion sur les lieux de vente et plus de 15 000 \$ pour de la publicité dans le magazine *Harry’s*.

[14] Viewpoint affirme qu’elle a réussi à faire de sa marque de commerce «Tommy Bahama» une marque de grande valeur. Le personnage fictif «Tommy

lifestyle depicting an individual with wealth and leisure who can afford to buy luxury goods and spend time relaxing on islands where life is one long weekend. “Tommy Bahama” clothing and restaurants display island themes with a palm tree logo. Viewpoint says its restaurants in the United States serve five-star cuisine.

[15] The defendant On Par began operating a restaurant in Victoria, B.C., on July 7, 2000, under the name “Tommy Bahamas Grill” and close to that date has known of Viewpoint’s trade-mark registration “Tommy Bahama” in Canada. It also features an island theme with what some customers describe as a palm tree logo. Some menu items are said to be the same or similar to those found in the “Tommy Bahama” restaurants.

[16] Gray Knight, a principal in On Par, admitted under cross-examination that in late July 2000, he telephoned the President of Viewpoint, Anthony Margolis “to find out a little bit more. Maybe we could do merchandise, I don’t know”. Mr. Margolis, in his affidavit, said during that telephone call, Mr. Knight inquired about a licence for golf equipment.

[17] On September 12, 2000, Viewpoint commenced an action in this Court claiming trade-mark infringement of its registered mark (sections 19 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60], 20 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196] and 22 of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13]) as well as passing off (paragraphs 7(b) and (c) of the *Trade-marks Act*). On Par has defended but has not counterclaimed to attack the validity of the “Tommy Bahama” registered mark.

[18] On Par, in its statement of defence said:

(1) The “Tommy Bahama” trade-mark registered in Canada is confined to the use of the words “Tommy Bahama” relating to clothing and accessories and

Bahama» symbolise un certain train de vie évoquant une personne riche qui mène une vie oisive et facile et à qui sa fortune permet d’acheter des objets de luxe et de se prélasser sur des plages où la vie ressemble à des vacances perpétuelles. Les vêtements et les restaurants «Tommy Bahama» illustrent des thèmes tropicaux avec le logo d’un palmier. Viewpoint affirme que ses restaurants aux États-Unis servent une cuisine fine.

[15] La défenderesse On Par a commencé à exploiter un restaurant à Victoria le 7 juillet 2000 sous le nom «Tommy Bahamas Grill» et a appris à peu près au même moment l’enregistrement par Viewpoint de sa marque de commerce «Tommy Bahama» au Canada. Cette marque illustre également un thème tropical et comporte ce que certains clients qualifient de logo de palmier. Certains plats figurant sur le menu seraient identiques ou similaires à ceux qui sont offerts dans les restaurants «Tommy Bahama».

[16] M. Gray Knight, un des dirigeants d’On Par, a reconnu en contre-interrogatoire qu’à la fin de juillet 2000, il a téléphoné au président de Viewpoint, M. Anthony Margolis, [TRADUCTION] «pour en savoir un peu plus. Je me disais qu’on pouvait peut-être faire des affaires». Dans son affidavit, M. Margolis affirme qu’au cours de cet appel téléphonique, M. Knight s’est informé au sujet d’une licence portant sur de l’équipement pour le golf.

[17] Le 12 septembre 2000, Viewpoint a introduit devant notre Cour une action dans laquelle elle accusait la défenderesse de contrefaçon de sa marque de commerce déposée (articles 19 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60], 20 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196] et 22 de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13]) et d’imitation frauduleuse (alinéas 7b) et c) de la *Loi sur les marques de commerce*). On Par a présenté une défense mais n’a pas déposé de demande reconventionnelle pour contester la validité de la marque déposée «Tommy Bahama».

[18] On Par déclare ce qui suit dans sa défense:

1) La marque de commerce «Tommy Bahama» enregistrée au Canada se limite à l’utilisation des mots «Tommy Bahama» en liaison avec des vêtements et

Viewpoint has no retail stores in Canada combined with a restaurant concept;

(2) Viewpoint has no proprietary or intellectual property protection in Canada for “Tommy Bahama” name in association with the operation of a restaurant;

(3) The “Tommy Bahama” trade-mark is not well known in Canada, and more particularly, in Western Canada;

(4) On Par operates a restaurant under the distinct name “Tommy Bahamas Grill” and its services are distinct from those offered by Viewpoint;

(5) On Par’s restaurant name is not confusing with Viewpoint’s previous use of the “Tommy Bahama” trade-mark in Canada in that the name “Tommy Bahama” has no association in Canada whatsoever with the operation of restaurant services, the name “Tommy Bahama” is not in any way distinctive or well-known in Canada and On Par does not use that name in association with identical or similar wares as it has no presence or participation in the retail clothing industry whatsoever.

[19] None of the voluminous affidavit evidence including expert evidence was cross-examined upon except that of Gray Knight, a principal of the defendant, On Par.

ANALYSIS

[20] The tripartite test which must be met to obtain an interlocutory injunction is well known and is set out in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311. I deal with each element of the test separately.

(1) Serious issue

[21] A preliminary question arose as to which test should apply to determine whether Viewpoint had

des accessoires et Viewpoint ne possède pas au Canada de magasins de vente au détail combinés à un concept de restauration;

2) Viewpoint ne possède aucune protection de propriété intellectuelle ou de protection exclusive du nom «Tommy Bahama» au Canada en ce qui concerne l’exploitation d’un restaurant;

3) La marque de commerce «Tommy Bahama» n’est pas bien connue au Canada, notamment dans l’Ouest canadien;

4) On Par exploite un restaurant sous le nom distinct de «Tommy Bahamas Grill» et ses services sont distincts de ceux qu’offre Viewpoint;

5) Le nom du restaurant d’On Par ne crée pas de confusion avec l’utilisation antérieure que Viewpoint a faite de la marque de commerce «Tommy Bahama» au Canada, étant donné que le nom «Tommy Bahama» n’est nullement associé au Canada à l’exploitation de services de restauration. Le nom «Tommy Bahama» n’est aucunement distinctif ou bien connu au Canada et On Par n’utilise pas ce nom en liaison avec des marchandises identiques ou similaires, étant donné qu’elle n’est nullement présente dans l’industrie de la vente de vêtements au détail et qu’elle n’y participe pas.

[19] Aucune des personnes—et compris les experts—qui ont souscrit les volumineux affidavits qui ont été versés au dossier n’a été contre-interrogée au sujet de son affidavit, à l’exception de Gray Knight, un des dirigeants de la défenderesse On Par.

ANALYSE

[20] Le critère à trois volets auquel il faut satisfaire pour pouvoir obtenir une injonction interlocutoire est bien connu. Il a été exposé dans l’arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311. Je vais examiner chaque volet à tour de rôle.

1) Question sérieuse à juger

[21] Une question préliminaire a été soulevée, en l’occurrence celle de savoir quel critère devrait

made out there was a serious question to be tried:

(1) whether a strong *prima facie* case had to be made out or;

(2) whether a lower threshold applied and that is whether the applicant had to demonstrate a case which is arguable, i.e. was neither frivolous nor vexatious.

[22] This question arose because there are two exceptions to the general rule a judge should not engage in an extensive review of the merits to determine whether a serious issue exists. Justices Sopinka and Cory, at page 338 in *RJR—MacDonald Inc.*, *supra*, said this:

The first arises when the result of the interlocutory motion will in effect, amount to a final determination of the action. This will be the case either when the right which the applicant seeks to protect can only be exercised immediately or not at all, or when the result of the application will impose such hardship on one party as to remove any potential benefit from proceeding to trial.

[23] Counsel for Viewpoint referred me to Justice Reed's decision in *Movel Restaurants Ltd. v. E.A.T. At Le Marché Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 73 (F.C.T.D.), in support of his argument that the lower threshold should apply.

[24] In issuing an interlocutory injunction, Justice Reed, on that point, said this at page 76:

Although counsel for the defendant argued otherwise, this is not a case where the granting of an interlocutory injunction would be dispositive of the issue between the parties. In *Duomo Inc. v. Giftcraft Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 165, . . . it was held that where such is the case a plaintiff must prove a strong *prima facie* case in order to obtain an injunction. In the present case, if an injunction is granted and the defendant is successful at trial, the defendant could readopt the use of Le Marché, at the plaintiff's expense. This is not a situation in which a strong *prima facie* case need be proved to justify the granting of the injunction.

[25] Counsel for Viewpoint also referred me to Justice Walsh's decision in the *Lone Star Café* case, indexed as 688863 *Ontario Ltd. v. Landover Enter-*

s'appliquer pour déterminer si Viewpoint a établi l'existence d'une question sérieuse à juger en l'espèce. Ainsi, la demanderesse doit-elle établir une forte apparence de droit ou bien le critère applicable est-il moins exigeant et suffit-il pour la demanderesse de convaincre le tribunal que sa cause est défendable, c'est-à-dire que sa demande n'est ni futile ni vexatoire?

[22] Cette question a été soulevée parce qu'il existe deux exceptions à la règle générale selon laquelle le juge ne devrait pas procéder à un examen approfondi du fond pour décider s'il existe une question sérieuse à juger. Les juges Sopinka et Cory déclarent à la page 338 de l'arrêt *RJR—MacDonald Inc.*, précité:

La première est le cas où le résultat de la demande interlocutoire équivaldra en fait au règlement final de l'action. Ce sera le cas, d'une part, si le droit que le requérant cherche à protéger est un droit qui ne peut être exercé qu'immédiatement ou pas du tout, ou, d'autre part, si le résultat de la demande aura pour effet d'imposer à une partie un tel préjudice qu'il n'existe plus d'avantage possible à tirer d'un procès.

[23] L'avocat de Viewpoint m'a cité la décision du juge Reed dans l'affaire *Movel Restaurants Ltd. c. E.A.T. At Le Marché Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 73 (C.F. 1^{re} inst.), à l'appui de son argument que c'est le critère le moins exigeant qui devrait s'appliquer.

[24] Pour accorder l'injonction interlocutoire sollicitée, voici ce que le juge Reed a déclaré à ce sujet, à la page 76:

Bien que l'avocat de la défenderesse ait soutenu le contraire, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire dans laquelle l'octroi d'une injonction interlocutoire réglerait le litige entre les parties. Dans l'affaire *Duomo Inc. c. Giftcraft Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 165 [. . .], on a statué que, dans un cas pareil, le demandeur doit établir une forte apparence de droit pour obtenir une injonction. Dans la présente espèce, si une injonction est accordée et que la défenderesse obtient gain de cause au procès, elle pourrait recommencer à employer les mots Le Marché, au détriment des demandereses. Il ne s'agit pas d'une situation dans laquelle il est nécessaire d'établir une forte apparence de droit pour justifier l'octroi d'une injonction.

[25] L'avocat de Viewpoint m'a également cité la décision du juge Walsh dans l'affaire *Lone Star Café*, répertoriée sous l'intitulé 688863 *Ontario Ltd. c.*

prises Inc. (1991), 35 C.P.R. (3d) 399 (F.C.T.D.), where he granted an interlocutory injunction and on the point of serious issue adopted the lower threshold.

[26] I am satisfied, on the evidence before me, the lower threshold for determination of a serious issue should apply.

[27] The defendant has not established the cost of changing its exterior sign or menus would put him out of business or materially affect him financially and, indeed, his profit and loss statement shows he could well afford these costs should an interlocutory injunction be granted. He will recover these costs from the plaintiff should he succeed at trial. In addition, Mr. Knight, on cross-examination, admitted many factors to the success of his restaurant would remain should he be compelled to a name change until trial. What would remain is the quality of food and service; the restaurant's appearance and ambience; its location and the entertainment and promotional events that attract its clientele such as "Comedy Night", "Mystery Night" and "Thirsty Thursday".

[28] I am satisfied Viewpoint has raised several serious issues to be tried in terms of the protection to be accorded to its proprietary rights in its "Tommy Bahama" trade-mark in Canada either registered (in the case of clothing) or unregistered, (in the case of restaurants).

[29] The scope of protection in respect of a restaurant turns on the extent of its reputation in Canada (see for example *Enterprise Rent-A-Car Co. v. Singer*, [1996] 2 F.C. 694 (T.D), sustained on appeal (1998), 79 C.P.R. (3d) 45 (F.C.A.)) and on evidence of likelihood of confusion.

[30] I need not delve to any great extent on the affidavit material produced to demonstrate actual

Landover Enterprises Inc. (1991), 35 C.P.R. (3d) 399 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle le juge a accordé une injonction interlocutoire et a retenu le critère le moins exigeant en ce qui concerne l'existence d'une question sérieuse à juger.

[26] Je suis convaincu, vu l'ensemble de la preuve qui m'a été soumise, que c'est le critère le moins exigeant qui devrait s'appliquer en l'espèce pour ce qui est de l'existence d'une question sérieuse à juger.

[27] La défenderesse n'a pas démontré que les frais que lui occasionnerait la modification de ses affiches extérieures ou de ses menus l'obligeraient à fermer ses portes ou lui nuiraient de façon appréciable sur le plan financier. D'ailleurs, son état des résultats montre bien qu'elle serait parfaitement en mesure d'assumer ces frais si une injonction interlocutoire était prononcée. Elle récupérera ces frais de la demanderesse si elle obtient gain de cause au procès. De plus, lors de son contre-interrogatoire, M. Knight a reconnu que de nombreux facteurs qui expliquaient le succès de son restaurant continueraient à jouer s'il était contraint de changer son appellation commerciale en attendant le procès. Les facteurs qui continueraient à exister sont les suivants: la qualité de la cuisine et du service, l'apparence et l'ambiance du restaurant, l'emplacement du restaurant et les spectacles et activités de promotion qui attirent sa clientèle comme «Comedy Night», «Mystery Night» et «Thirsty Thursday».

[28] Je suis convaincu que Viewpoint a soulevé plusieurs questions sérieuses à juger en ce qui concerne la protection à accorder à ses droits de propriété sur sa marque de commerce «Tommy Bahama» au Canada, qu'elle soit déposée (dans le cas des vêtements) ou non (dans le cas des restaurants).

[29] Dans le cas des restaurants, l'étendue de la protection dépend de l'étendue de sa réputation au Canada (voir, par exemple, le jugement *Enterprise Rent-A-Car Co. c. Singer*, [1996] 2 C.F. 694 (1^{re} inst.), confirmé en appel (1998), 79 C.P.R. (3d) 45 (C.A.F.)) et des éléments de preuve qui seront présentés au sujet des risques de confusion.

[30] Il n'est pas nécessaire que je m'attarde longuement sur les affidavits qui ont été produits pour

confusion, i.e. association by individuals of the defendant's services with the plaintiff's wares or services when seeing the name "Tommy Bahamas Grill". I am satisfied Viewpoint has raised a case of likelihood of confusion. Viewpoint's deponents either had bought "Tommy Bahama" clothing or had visited the "Tommy Bahama" restaurant stores in the United States. They deposed either seeing the "Tommy Bahamas Grill" restaurant in Victoria or examining photographs. They concluded the On Par restaurant was associated with "Tommy Bahama".

[31] Counsel for the defendant acknowledged there was some evidence of actual confusion but argued that evidence was very weak and would not support a finding of irreparable harm.

(2) Irreparable harm

(i) The case law

[32] The Federal Court of Appeal in *Centre Ice Ltd. v. National Hockey League* (1994), 53 C.P.R. (3d) 50 (F.C.A.) had much to say about the required elements in determining the question of irreparable harm, that is, harm in respect of which damages recoverable at law would not be an adequate remedy. Such evidence must be clear and not speculative. This criteria was recently reiterated by that same Court in *A. Lassonde Inc. v. Island Oasis Canada Inc.*, [2001] 2 F.C. 568 (C.A.).

[33] Justice Heald in *Centre Ice*, *supra*, referred to *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.), at page 135 as an example where the Federal Court of Appeal held that the finding by the Trial Judge that the applicant is likely to suffer irreparable harm was insufficient to warrant the granting of an interlocutory injunction because the use of the tentative expression "is likely" in the evidence to prove irreparable harm was insufficient in view of

démontrer qu'il existe effectivement une confusion du fait de l'association que font certaines personnes entre les services de la défenderesse et les marchandises ou les services de la demanderesse lorsqu'elles voient le nom «Tommy Bahamas Grill». Je suis convaincu que Viewpoint a démontré qu'il existe un risque de confusion. Les personnes qui ont souscrit des affidavits pour le compte de Viewpoint ont acheté des vêtements «Tommy Bahama» ou ont visité des restaurants-magasins «Tommy Bahama» aux États-Unis. Ils ont déclaré avoir vu le restaurant «Tommy Bahamas Grill» à Victoria ou avoir examiné des photographies. Ils ont associé le restaurant d'On Par à «Tommy Bahama».

[31] L'avocat de la défenderesse a reconnu qu'il y avait effectivement certains éléments de preuve tendant à démontrer l'existence d'un risque de confusion, mais il a fait valoir que ces éléments de preuve étaient très faibles et qu'ils ne permettaient pas de conclure à l'existence d'un préjudice irréparable.

2) Préjudice irréparable

(i) La jurisprudence

[32] Dans l'arrêt *Centre Ice Ltd. c. Ligue nationale de Hockey* (1994), 53 C.P.R. (3d) 50 (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale s'est longuement attardée sur la question des éléments exigés pour trancher la question du préjudice irréparable, que l'on définit comme le préjudice pour lequel les dommages-intérêts que l'on pourrait obtenir en justice ne constitueraient pas une réparation suffisante. Ces éléments de preuve doivent être clairs et ne pas tenir de la conjecture. La Cour d'appel fédérale a récemment repris le même critère dans l'arrêt *A. Lassonde Inc. c. Island Oasis Canada Inc.*, [2001] 2 C.F. 568 (C.A.).

[33] Dans l'arrêt *Centre Ice*, précité, le juge Heald a cité l'arrêt *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.), à la page 135, comme exemple d'une affaire dans laquelle la Cour d'appel fédérale avait statué que la conclusion du juge de première instance suivant laquelle la demanderesse subirait probablement un préjudice irréparable n'était pas suffisante pour justifier l'octroi d'une injonction interlocutoire, étant donné que l'emploi d'un terme

the Court's earlier jurisprudence. It was necessary, Justice Heald found, "for the evidence to support a finding that the applicant would suffer irreparable harm".

[34] Justice Heald, in *Centre Ice*, *supra*, also referred to the Federal Court of Appeal's decision in *Nature Co. v. Sci-Tech Educational Inc.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 359 (F.C.A.), at page 367, as the kind of case where the Court refused a request for an interlocutory injunction because "the evidence did not really show that [irreparable harm] would result".

[35] In *Centre Ice*, *supra*, Justice Heald ruled that on the evidence, it was reasonably open for the Trial Judge to conclude the appellant's use of the trademark "Centre Ice" was confusing to the public.

[36] However, Justice Heald, at page 53, disagreed with the following finding made by the Trial Judge:

As well, there is evidence, that this confusion has resulted in members of public being discontent to find out that the plaintiff does not carry the products advertised by the defendants. Thus, it can reasonably be concluded that to allow the defendants to continue using the trade name "Centre Ice" will result in confusion between the litigants' products and a loss of goodwill which the plaintiff cannot be compensated for in damages.

[37] In overturning the Trial Judge on this point, Justice Heald wrote at page 53:

I am unable to agree that a finding of confusion between competing products necessarily leads to a loss of goodwill for which the plaintiff cannot be compensated in damages. A similar issue was considered by the Alberta Court of Appeal in *Petro-Canada Inc. v. Good Neighbour Fast Food Stores Ltd.* (1987), 18 C.P.R. (3d) 63 . . . Kerans J.A. speaking for the court said:

aussi approximatif que «probablement» comme élément de preuve tendant à démontrer l'existence d'un préjudice irréparable était insuffisant, compte tenu de la jurisprudence antérieure de la Cour. Le juge Heald a conclu qu'il était nécessaire que «la preuve permette de conclure que le requérant subirait un préjudice irréparable».

[34] Dans l'arrêt *Centre Ice*, précité, le juge Heald a également cité l'arrêt *Nature Co. c. Sci-Tech Educational Inc.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 359 (C.A.F.), à la page 367, comme exemple d'une affaire dans laquelle la Cour avait rejeté une requête en injonction interlocutoire parce que «la preuve n'établissait pas catégoriquement qu'un tel préjudice [irréparable] serait infligé à l'intimée».

[35] Dans l'arrêt *Centre Ice*, précité, le juge Heald a statué qu'au vu de la preuve, il était raisonnablement loisible au juge de première instance de conclure que l'emploi du nom commercial «Centre Ice» par l'appelante créerait de la confusion au sein du public.

[36] À la page 53, le juge Heald s'est toutefois dissocié de la conclusion suivante du juge de première instance:

Une partie de la preuve démontre également que cette confusion a provoqué du mécontentement chez certains membres du public déçus d'apprendre que la demanderesse ne gardait pas en stock les produits annoncés par les défenderesses. Il est donc possible de conclure, de façon raisonnable, que le fait de permettre aux défenderesses de continuer à utiliser le nom commercial «Centre Ice» causera de la confusion entre les produits des parties en litige et une perte d'achalandage pour laquelle la demanderesse ne pourrait être indemnisée par des dommages-intérêts.

[37] Pour écarter les conclusions du juge de première instance sur ce point, le juge Heald écrit ce qui suit, à la page 53:

Je suis incapable de conclure qu'une conclusion de confusion entre des produits concurrents entraîne nécessairement une perte d'achalandage pour laquelle la demanderesse ne pourrait être indemnisée par des dommages-intérêts. Une question analogue a été examinée par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Petro-Canada Inc. c. Good Neighbour Fast Food Stores Ltd.* (1987), 18 C.P.R. (3d) 63 [. . .] le juge d'appel Kerans a déclaré, au nom de la Cour:

The suit here sounds in passing off, and the first category of harm alleged is diminution of goodwill as a result of confusion of names in the minds of reasonable persons. There is evidence in the material presented by the applicant to indicate that it is reasonable for him to allege the existence of confusion. That kind of confusion, as we have said in other suits, leads to loss of "name" goodwill the loss of which in the normal course is a kind of damage which, when suffered by a commercial firm in the ordinary course, is fairly readily calculable and therefore can be fairly compensated for in damages.

[38] He drew the following conclusion at page 53:

On the basis of that decision, which I find persuasive, even if loss of goodwill through the use of a confusing mark was shown, a case for irreparable harm would not have been made out because such loss could be fairly compensated for in damages. However, on this record, I cannot conclude that a loss of goodwill has been established. The respondent did not adduce any evidence to show that it had lost even one single sale as a result of the activities of the appellants. The respondent filed many affidavits to the effect that it had acquired a reputation for honesty, integrity and fairness. However, none of the evidence established that this reputation had been impeached or lessened in any way by the actions of the appellants. While the record contains some evidence of confusion, there is no specific evidence that such confusion had led any customer to stop dealing or to even consider not dealing with the respondent on future occasions. [Emphasis mine.]

[39] He then referred to an affidavit put forward by an officer of the respondent who said: "I believe that unless the N.H.L. is stopped from using the name 'Centre Ice' within the trading area of Centre Ice here in Alberta irreparable harm to Centre Ice will result".

[40] Justice Heald said this about that statement at pages 53-54:

The problem with this statement is that it appears to be unsupported by any evidence leading to a conclusion that, as a consequence of this confusion, there was a loss of goodwill and a loss of distinctiveness. The Jones' affidavit makes reference to confusion in the market-place. However,

Le présent procès semble être une poursuite en *passing off*, et la première catégorie de préjudice reproché est la diminution d'achalandage qui découlerait de la confusion créée entre les noms dans l'esprit de personnes raisonnables. Il y a, dans les pièces produites par le requérant, des éléments de preuve qui indiquent qu'il était raisonnable qu'il allègue l'existence d'une confusion. Ce genre de confusion mène, ainsi que nous l'avons dit dans d'autres litiges, à une perte d'achalandage liée au «nom». Normalement, cette perte constitue un type de préjudice qui, lorsqu'il a été subi par une entreprise commerciale dans le cours normal de ses affaires, est assez facilement calculable et pour lequel on peut être équitablement indemnisé par des dommages-intérêts.

[38] Il a tiré la conclusion suivante à la page 53:

Sur le fondement de cette décision, que je trouve persuasive même si l'on démontrait qu'il y a eu perte d'achalandage en raison de l'emploi d'une marque créant de la confusion, on n'aurait pas établi l'existence d'un préjudice irréparable parce que celui qui subirait une telle perte pourrait en être équitablement indemnisé par des dommages-intérêts. Toutefois, compte tenu du présent dossier, je ne puis conclure qu'on a établi l'existence d'une perte d'achalandage. L'intimée n'a pas présenté d'éléments de preuve pour démontrer qu'elle avait perdu une seule vente par suite des activités des appelantes. L'intimée a produit de nombreux affidavits pour démontrer qu'elle avait acquis une réputation d'honnêteté, d'intégrité et de justice. Cependant, aucun des éléments de preuve n'établit que cette réputation a été compromise ou diminuée de quelque façon que ce soit en raison des agissements des appelantes. Bien que le dossier contienne certains éléments de preuve tendant à établir qu'il y a eu confusion, il n'y a pas d'élément de preuve spécifique qui démontre que cette confusion a amené un seul consommateur à arrêter de faire affaire avec l'intimée ou même à envisager de ne pas faire affaire avec l'intimée à l'avenir. [Non souligné dans l'original.]

[39] Il a ensuite cité l'affidavit d'un des dirigeants et administrateurs de l'intimée qui avait déclaré: [TRADUCTION] «J'estime que Centre Ice subira un préjudice irréparable si la L.N.H. n'est pas empêchée d'utiliser le nom "Centre Ice" là où Centre Ice exerce ses activités en Alberta».

[40] Voici ce que le juge Heald a dit au sujet de cette déclaration, aux pages 53 et 54:

Cette affirmation soulève un problème. Elle semble en effet ne s'appuyer sur aucun élément de preuve qui permette de conclure que cette confusion entraînera une perte d'achalandage et une perte de caractère distinctif. Dans son affidavit, M. Jones fait allusion à une confusion créée au sein du

nowhere does it refer to, let alone establish, a loss of goodwill as a result of the activities of the appellants. It appears that the allegation of irreparable harm in para. 49 is nourished only by the confusion which was established by the evidence. It cannot be inferred or implied that irreparable harm will flow wherever confusion has been shown. Accordingly, the learned Motions Judge erred in basing his finding of irreparable harm on this passage from the Jones' affidavit. Likewise, I believe that the learned Motions Judge erred in the passage quoted, *supra*, when, in effect, he *inferred* a loss of goodwill not compensable in damages from the fact that confusion had been proven. This view of the matter runs contrary to this Court's jurisprudence to the effect that confusion does not, *per se*, result in a loss of goodwill and a loss of goodwill does not, *per se*, establish irreparable harm not compensable in damages. The loss of goodwill and the resulting irreparable harm cannot be *inferred*, it must be established by "clear evidence". On this record, there is a notable absence of such evidence".

As in the case at bar, in the *Nature* case, *supra*, there was some evidence of actual confusion. However, that evidence did not go so far as to show that the confusion would cause irreparable harm to the respondent. . . . In the Court's view, the frailty of that evidence was fatal to the submission of irreparable harm. In my view, the situation here is identical. [Emphasis mine.]

(ii) The evidence

[41] As evidence of irreparable harm, counsel for Viewpoint principally relied upon the affidavits of S. Anthony Margolis, the President of Viewpoint and the affidavits of Dr. Kenneth R. Deal, Chairman of Marketing, Business Policy and International Business in the Michael G. DeGrootte School of Business at McMaster University and President of Marketing Decision Research Inc., a market research company. Neither deponent was cross-examined. Each deponent filed two affidavits: one in support of the applicant and one in reply to the defendant's affidavits.

[42] In his affidavit, Mr. Margolis said Viewpoint was particularly vulnerable at the present time to On

marché. Cependant, il ne mentionne nulle part—et encore moins ne démontre—que les activités des appelantes ont entraîné une perte d'achalandage. Il semble que l'allégation de préjudice irréparable au paragraphe 49 ne soit appuyée que par la confusion dont l'existence a été établie par la preuve. On ne peut inférer ou supposer qu'il y a nécessairement préjudice irréparable dès que l'on démontre l'existence d'une confusion. En conséquence, le juge des requêtes a commis une erreur en fondant sa conclusion de préjudice irréparable sur cet extrait de l'affidavit de M. Jones. Dans le même ordre d'idées, j'estime que le juge des requêtes a commis une erreur dans le passage précité lorsqu'il s'est en fait fondé sur le fait que l'existence d'une confusion avait été établie pour inférer que l'intimée avait subi une perte d'achalandage pour laquelle elle ne pouvait être indemnisée par des dommages-intérêts. Cette façon d'envisager la question va à l'encontre de la jurisprudence de notre Cour suivant laquelle la confusion ne donne pas, en soi, lieu à une perte d'achalandage et qu'une perte d'achalandage n'établit pas, en soi, que quelqu'un a subi un préjudice irréparable pour lequel il ne peut être indemnisé par des dommages-intérêts. La perte d'achalandage et le préjudice irréparable qui en découle ne peuvent être *inférés*; ils doivent être établis par des «éléments de preuve clairs». Or, il manque de toute évidence de tels «éléments de preuve clairs» dans le présent dossier.

Dans l'affaire *Nature*, précitée, il y avait, comme dans le cas qui nous occupe, certains éléments de preuve tendant à démontrer l'existence d'une véritable confusion. Cependant, ces éléments de preuve ne permettaient pas de conclure que la confusion causerait un préjudice irréparable à l'intimée [. . .] La Cour s'est dite d'avis que la précarité de cet élément de preuve portait un coup fatal à la prétention relative au préjudice irréparable. À mon avis, la présente situation est identique. [Non souligné dans l'original.]

(ii) La preuve

[41] Pour établir le préjudice irréparable, l'avocat de Viewpoint a surtout tablé sur les affidavits du président de Viewpoint, M. S. Anthony Margolis, et sur les affidavits souscrits par M. Kenneth R. Deal, directeur du marketing, des politiques de l'entreprise et du commerce international à la Michael G. DeGrootte School of Business de l'université McMaster et président de Marketing Decision Research Inc., une société d'étude de marché. Aucun des deux déclarants n'a été contre-interrogé au sujet de son affidavit. Chacun a déposé deux affidavits: le premier pour appuyer la thèse de la demanderesse et le second pour répondre aux affidavits de la défenderesse.

[42] Dans son affidavit, M. Margolis affirme que Viewpoint est en ce moment particulièrement vulnéra-

Par's use of the name "Tommy Bahamas Grill" in connection with a restaurant and will suffer irreparable harm if On Par is permitted to continue such use of the "Tommy Bahama" trade-mark.

[43] Mr. Margolis said Viewpoint was particularly concerned that the defendant's restaurant will be the first to operate under the "Tommy Bahama" brand in Canada and said that "our reputation is entirely in the hands of the defendant, over whose quality we have no control and no ability to control". He pointed out On Par had chosen to open up its restaurant in a destination or location for travellers and said that Victoria is tremendously popular for tourists which means On Par's operation will be exposed to a large number of people magnifying greatly the threat of harm to Viewpoint's reputation.

[44] Mr. Margolis went on to say the "Tommy Bahamas Grill" "offers a quality of cuisine and decor that is inferior to that of an authentic 'Tommy Bahama' restaurant" which he says Viewpoint has taken great pains to insure the quality meets its exacting standards. He said the compromising of most of these standards by the defendant causes damage to the "Tommy Bahama" brand which cannot be compensated through money. He said "because of the differences in cuisine and decor between an authentic 'Tommy Bahama' restaurant and the 'Tommy Bahamas Grill', potential customers of an authentic 'Tommy Bahama' restaurant who first dine at the 'Tommy Bahamas Grill' will be disappointed, and will likely never return to our original restaurants". He added "an incalculable number of authentic 'Tommy Bahama' restaurant customers may elect to dine at the 'Tommy Bahamas Grill' instead of travelling to an authentic 'Tommy Bahama' restaurant as a result of the confusing similarity of the trade names". Mr. Margolis deposed the restaurant business is characterized by a high degree of risk, and the frequent failure of businesses. He believed On Par's new restaurant venture is subject to a "high likelihood of failure" and the defendant will not be able to pay damages awarded at trial. He said the "threat of a failed busi-

ble face à l'utilisation par On Par du nom «Tommy Bahamas Grill» en liaison avec un restaurant et qu'elle subira un préjudice irréparable si l'on permet à On Par de continuer à utiliser ainsi la marque de commerce «Tommy Bahama».

[43] M. Margolis déclare que Viewpoint s'inquiète en particulier du fait que le restaurant de la défenderesse sera le premier à exercer ses activités sous le nom de «Tommy Bahama» au Canada et affirme que [TRADUCTION] «notre réputation est entièrement entre les mains de la défenderesse, et la qualité des prestations de celle-ci échappe entièrement à notre volonté». Il souligne qu'On Par a choisi d'ouvrir son restaurant dans un endroit touristique et soutient que la ville de Victoria est extrêmement populaire auprès des touristes, de sorte qu'un grand nombre de personnes seront exposées aux activités d'On Par, ce qui augmente considérablement les risques d'atteinte à sa réputation dont Viewpoint est susceptible d'être victime.

[44] M. Margolis poursuit en affirmant que le «Tommy Bahamas Grill» [TRADUCTION] «offre une qualité de cuisine et un décor qui sont inférieurs à ceux d'un authentique restaurant "Tommy Bahama"» et souligne que Viewpoint s'est évertuée à s'assurer que la qualité de ses services réponde à ses critères rigoureux. Il déclare que le fait que la défenderesse ne respecte pas la plupart de ces normes cause à la marque «Tommy Bahama» un préjudice qui ne pourrait être réparé par de l'argent. Il ajoute: [TRADUCTION] «À cause des différences qui existent entre un authentique restaurant "Tommy Bahama" et le "Tommy Bahamas Grill" en ce qui concerne la cuisine et le décor, les clients éventuels d'un authentique restaurant "Tommy Bahama" qui dînent en premier lieu au "Tommy Bahamas Grill" seront déçus et risquent de ne jamais revenir dans nos restaurants». Il déclare également: [TRADUCTION] «Un nombre incalculable de clients de l'authentique restaurant "Tommy Bahama" sont susceptibles de choisir de dîner au "Tommy Bahamas Grill" au lieu de se rendre dans un authentique restaurant "Tommy Bahama" en raison de la confusion créée par la similitude qui existe entre les appellations commerciales». M. Margolis déclare que la restauration se caractérise par un degré de risque élevé et par la fréquence des faillites. Il est d'avis que

ness, with declining standards of service and cuisine, offers a nightmare scenario for our brand”.

[45] In his reply affidavit, Mr. Margolis points to On Par’s promotions and says he is “even more convinced that the continued use by On Par of the ‘Tommy Bahama’ brand is causing irreparable harm”. He says these promotions send to consumers a message which is entirely “inconsistent with our brand strategy but which we are powerless to prevent unless an injunction is granted”.

[46] He says On Par’s promotions are the sort one might find at a casual neighbourhood bar but “definitely not at a Tommy Bahama restaurant in one of our four locations”.

[47] I now turn to Dr. Deal’s evidence. In order to formulate his opinion, Dr. Deal assumed certain facts were true and they were:

- (1) Viewpoint operates a chain of restaurants in the United States under the “Tommy Bahama” name and owns a corresponding U.S. trade-mark registration;
- (2) Viewpoint sells clothing under the “Tommy Bahama” name in Canada and in the United States;
- (3) Viewpoint owns a trade-mark registration for “Tommy Bahama” in Canada for clothing;
- (4) Viewpoint has filed a trade-mark application for “Tommy Bahama” mark in Canada for restaurant services;
- (5) “Tommy Bahama” is distinctive of Viewpoint in Canada for clothing; and

la nouvelle entreprise de restauration d’On Par s’expose à un «risque d’échec élevé» et que la défenderesse ne sera pas en mesure de payer les dommages-intérêts auxquels elle pourrait être condamnée au procès. Il ajoute que [TRADUCTION] «la menace d’échec et la baisse des normes de service et de cuisine représentent un scénario apocalyptique pour notre marque».

[45] Dans l’affidavit qu’il a souscrit en réponse, M. Margolis parle des activités promotionnelles d’On Par et se dit [TRADUCTION] «encore plus convaincu que le fait pour On Par de continuer à utiliser la marque “Tommy Bahama” nous cause un préjudice irréparable». Il soutient que ces activités promotionnelles envoient aux consommateurs un message qui est [TRADUCTION] «tout à fait incompatible avec notre stratégie commerciale, mais que nous sommes impuissants à empêcher à moins que l’injonction ne soit prononcée».

[46] Il affirme que les activités promotionnelles d’On Par sont du type de celles qu’on pourrait trouver dans un bar de quartier sans prétention mais [TRADUCTION] «certainement pas dans un de nos quatre restaurants “Tommy Bahama”».

[47] Je passe maintenant au témoignage de M. Deal. Pour formuler son avis, M. Deal a tenu pour avérés les faits suivants:

- 1) Viewpoint exploite une chaîne de restaurants aux États-Unis sous le nom de «Tommy Bahama» et est titulaire d’un enregistrement de marque de commerce correspondant aux États-Unis;
- 2) Viewpoint vend des vêtements sous le nom de «Tommy Bahama» au Canada et aux États-Unis;
- 3) Viewpoint est titulaire d’un enregistrement de marque de commerce pour la marque «Tommy Bahama» au Canada relativement à des vêtements;
- 4) Viewpoint a déposé au Canada une demande d’enregistrement de la marque «Tommy Bahama» pour des services de restauration;
- 5) «Tommy Bahama» est une marque distinctive de vêtements qui appartient à Viewpoint au Canada;

(6) a number of witnesses have been confused by the "Tommy Bahamas Grill" and restaurant and believe it must have some association with the makers of "Tommy Bahama" clothing.

[48] I reproduce below the summary of Dr. Deal's conclusions which reflect the essence of his opinion:

16. Regarding the nature of the harm allegedly suffered by Viewpoint, it is my opinion that the use of the TOMMY BAHAMAS GRILL mark causes clear damage to the brand meaning or equity of Viewpoint's TOMMY BAHAMA mark (that is, the ability of the TOMMY BAHAMA mark to act as a distinctive and unique identity of Viewpoint's wares and restaurant services and to provide value to Viewpoint). Because of the Defendant's competing use, the TOMMY BAHAMA mark can no longer exclusively identify or distinguish wares and services sourced from Viewpoint as strongly and clearly as it did before use began of the confusing TOMMY BAHAMAS GRILL mark. Viewpoint has lost control over its brand in three important ways: (1) it has lost control over who communicates to the public in the TOMMY BAHAMA name; (2) it has lost control and quality of the messages conveyed in the TOMMY BAHAMA name; (3) it has lost control over the nature and quality of products and services offered under the TOMMY BAHAMA name. In my opinion, this loss of control over the brand will cause irreparable damage to the goodwill associated with it, and to the value of, the TOMMY BAHAMA mark. This type of damage will be impossible to calculate accurately in monetary terms.

17. The nature of the harm also manifests itself through what would be an interruption, block or partial block of what would otherwise be the natural, and demonstrated extension of the brand meaning of TOMMY BAHAMA. Viewpoint's marketing strategy is to create a "lifestyle brand", which goes beyond clothing, into restaurants and furniture. Viewpoint has extended its range of wares and services it offers under the TOMMY BAHAMA brand in the U.S. from clothing into restaurant services and furniture, and has plans to open restaurants in Canada. It is impossible to calculate in monetary terms the harm caused by the interruption to the extensions of the brand.

[49] As I understand the thrust of Dr. Deal's affidavits, the irreparable harm he sees is to the brand equity or brand meaning of the "Tommy Bahama"

6) Plusieurs témoins ont confondu le «Tommy Bahamas Grill» qu'ils associent aux fabricants des vêtements «Tommy Bahama».

[48] Je reproduis le résumé des conclusions de M. Deal, dans lequel se trouve l'essentiel de son opinion:

[TRADUCTION] 16. En ce qui concerne la nature du préjudice qu'aurait subi Viewpoint, je suis d'avis que l'emploi de la marque TOMMY BAHAMAS GRILL porte de toute évidence atteinte à l'image de marque ou au profil de la marque TOMMY BAHAMA de Viewpoint (c'est-à-dire à la capacité de la marque TOMMY BAHAMA d'identifier de façon distincte et unique les produits et les services de restauration de Viewpoint et de représenter un élément de valeur pour Viewpoint). En raison de l'utilisation concurrente de la défenderesse, la marque TOMMY BAHAMA ne peut plus servir à identifier ou à distinguer de façon exclusive les marchandises et les services offerts par Viewpoint aussi fortement et clairement qu'avant que la défenderesse ne commence à utiliser la marque TOMMY BAHAMAS GRILL, qui crée de la confusion. Viewpoint a perdu le contrôle de sa marque de trois façons importantes: 1) elle n'a plus de contrôle sur les personnes qui communiquent avec le public sous le nom de TOMMY BAHAMA; 2) elle a perdu tout contrôle sur la qualité des messages transmis sous le nom de TOMMY BAHAMA; 3) elle a perdu tout contrôle sur la nature et la qualité des produits et des services offerts sous le nom de TOMMY BAHAMA. À mon avis, cette perte de contrôle sur la marque causera un préjudice irréparable à l'achalandage associé à la marque TOMMY BAHAMA et à la valeur de cet achalandage. Il sera impossible de calculer avec précision la valeur monétaire de ce type de dommage.

17. La nature du préjudice se manifeste également par l'interruption, le blocage ou le blocage partiel de ce qui serait autrement le rayonnement normal et démontré du concept de la marque TOMMY BAHAMA. La stratégie de marketing de Viewpoint consiste à créer une marque qui évoque un certain style de vie et qui ne se limite pas à des vêtements, mais qui vise aussi des restaurants et des meubles. Viewpoint a élargi la gamme de produits et de services qu'elle offre aux États-Unis sous la marque TOMMY BAHAMA en l'étendant à des services de restauration et à des meubles, en plus des vêtements, et elle prévoit ouvrir des restaurants au Canada. Il est impossible de calculer la valeur monétaire du préjudice causé par l'interruption qu'a subi le rayonnement de la marque.

[49] Si j'ai bien compris l'essentiel des affidavits de M. Deal, le préjudice irréparable qu'il perçoit est celui qui serait causé à l'image de marque ou au profil de

mark; a brand which supports an island lifestyle for the purpose of selling upscale clothing, furniture and other products. He says Viewpoint initiated the "Tommy Bahama" brand with the intention of establishing a lifestyle brand and high quality clothing as the natural base product on which to establish the equity of its island lifestyle branding strategy.

[50] In his view, lifestyle brands literally depend on the targeted market segment (sophisticated upscale consumers) believing that the brand meaning behind the "Tommy Bahama" mark is synonymous with the promoted lifestyle. He adds that customers must feel comfortable with the congruence between the lifestyle and those products, high quality leisure clothing and relaxed high quality restaurant, sold by the marketer.

[51] These targeted members of the upscale market segment, Dr. Deal says, buy and use "Tommy Bahama" products and services to say to themselves and to others that they belong to this exclusive "island lifestyle club; the 'Tommy Bahama' trade-mark becomes their membership badge".

[52] According to Dr. Deal, when there is a clash between the brand image or meaning, the upscale leisure island lifestyle and the nature and quality of the products and services, associated with the trade-mark, irreparable damage arises because customers or club members will feel betrayed by the drop in quality or the lack of protection of exclusive brand image.

[53] Dr. Deal then looks at the activities of On Par, an activity which has caused confusion which in his opinion will cause loss of goodwill and equity established by Viewpoint which will affect Viewpoint's business position in a material manner. He then speaks of the impact on supply chain partners; on Jaytex's expansion plans into restaurants and their impact on

la marque «Tommy Bahama», une marque qui évoque un mode de vie tropical et qui est utilisée pour vendre des vêtements, des meubles et d'autres produits haut de gamme. Il affirme que Viewpoint a lancé la marque «Tommy Bahama» avec l'intention de créer une marque évoquant un certain mode de vie et des vêtements de grande qualité comme produit de base naturel sur lequel elle pouvait asseoir sa stratégie de positionnement axée sur un mode de vie tropical.

[50] À son avis, le succès des marques qui évoquent un style de vie dépend littéralement de l'équation que la clientèle visée (les consommateurs raffinés de classe moyenne ascendante) fait entre le concept à la base de la marque «Tommy Bahama» et le style de vie qui est mis en valeur. Il ajoute que les consommateurs doivent se sentir à l'aise avec la concordance entre le mode de vie et les produits en question offerts par le commerçant, en l'occurrence des vêtements de détente de qualité et un restaurant décontracté de haute qualité.

[51] Suivant M. Deal, ces clients cibles du segment de marché haut de gamme achètent et utilisent les produits et les services «Tommy Bahama» pour se dire à eux-mêmes et à autrui [TRADUCTION] «qu'ils appartiennent à ce club exclusif qui propose un style de vie tropical. La marque de commerce "Tommy Bahama" devient la preuve qu'ils appartiennent à ce club».

[52] Selon M. Deal, lorsqu'il y a un conflit entre l'image ou le profil de la marque, le style de vie oisif et huppé des îles tropicales et la nature et la qualité des produits et des services associés à la marque de commerce, un dommage irréparable est causé, parce que les clients ou les membres du club se sentent trahis par la baisse de qualité ou l'absence de protection de leur image de marque exclusive.

[53] M. Deal examine ensuite les activités d'On Par, activités qui ont créé une confusion qui, à son avis, causera une perte d'achalandage et qui portera atteinte à l'image de marque de Viewpoint et nuira considérablement à la position commerciale de Viewpoint. Il évoque ensuite les répercussions de ces activités sur les associés des chaînes d'approvisionnement, sur les

sales and profits.

[54] Dr. Deal then identifies another form of irreparable harm in the form of a breach of trust caused by the opening of Tommy Bahamas Grill in Victoria—the trust the public can place on communication bearing the words “Tommy Bahama” actually being from Viewpoint and signifying the authentic “Tommy Bahama” product line of high quality products and services that support island lifestyle. Dr. Deal says this breaching of the trust by On Par causes irreparable harm to Viewpoint’s “Tommy Bahama” trade-mark that is impossible to calculate accurately.

[55] Lastly, another form of harm to the brand arises because of Viewpoint’s lack of control over the quality and services covered by the “Tommy Bahama” mark. The reputation of the “Tommy Bahama” mark is now in the hands of On Par. This lower quality equals brand betrayal.

[56] In his second affidavit, Dr. Deal concludes that the management of On Par “seems to be following a retailing strategy that is very commonly followed by roadhouses and pubs”, a kind of activity which would not be presented by the authentic “Tommy Bahama” brand to its intended target. He says the lack of congruence and the questioning of the identity and purpose of the authentic “Tommy Bahama” brand will cause irreparable harm to Viewpoint and its business partners.

(iii) Conclusions

[57] I find that the “Tommy Bahama” mark has some brand equity (its ability to act as a distinctive identity to Viewpoint’s wares and services and to provide value) or goodwill and some reputation within the target group of upscale buyers which could be irreparably harmed if the evidence in the record supports a finding of harm which cannot be compensated.

plans d’expansion de Jaytex, qui prévoyait ouvrir des restaurants, et sur les ventes et les bénéfices.

[54] M. Deal signale ensuite une autre forme de préjudice irréparable, en l’occurrence l’abus de confiance causé par l’ouverture du Tommy Bahamas Grill à Victoria—confiance que le public peut avoir que les communications portant les mots «Tommy Bahama» proviennent bel et bien de Viewpoint et désignent les produits et services haut de gamme authentiques «Tommy Bahama» qui évoquent un style de vie tropical. M. Deal affirme que cet abus de confiance d’On Par cause à la marque de commerce «Tommy Bahama» de Viewpoint un préjudice irréparable qui ne peut être calculé avec précision.

[55] Enfin, la marque subit une autre forme de préjudice par suite de l’absence de contrôle de Viewpoint sur la qualité et les services visés par la marque «Tommy Bahama». La réputation de la marque «Tommy Bahama» est maintenant entre les mains d’On Par. Cette qualité inférieure équivaut à une trahison de la marque.

[56] Dans son second affidavit, M. Deal conclut que la direction d’On Par [TRADUCTION] «semble suivre une stratégie de vente au détail qui est très fréquente dans le cas des bars de quartier et des brasseries», un type d’activité que les promoteurs de la marque «Tommy Bahama» authentique n’offriraient pas à sa clientèle cible. M. Deal affirme que l’absence de concordance et les doutes qui planeront au sujet de l’identité et du concept de la marque «Tommy Bahama» authentique causeront un préjudice irréparable à Viewpoint et à ses partenaires commerciaux.

(iii) Conclusions

[57] Je conclus que la marque «Tommy Bahama» possède une certaine image de marque (sa capacité d’identifier de façon distincte et unique les produits et les services de restauration de Viewpoint et de représenter un élément de valeur) ou un certain achalandage et une certaine réputation au sein du groupe cible des acheteurs des classes supérieures et que cette image, cet achalandage ou cette réputation pourraient subir un préjudice irréparable si la preuve versée au dossier

[58] The concept of goodwill is, in law, a broad one as recognized by Justice Thurlow in *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 552, adopting what Lord MacNaghton said in *Trego et al. v. Hunt*, [1896] A.C. 7. Justice Thurlow wrote at page 573:

. . . the goodwill attaching to a trade mark is I think that portion of the goodwill of the business of its owner which consists of the whole advantage, whatever it may be, of the reputation and connection, which may have been built up by years of honest work or gained by lavish expenditure of money and which is identified with the goods distributed by the owner in association with the trade mark.

[59] Conversely, a depreciation of the value of goodwill [at page 573] “means simply to reduce in some way the advantage of the reputation and connection”.

[60] I was invited by counsel for Viewpoint to lower the evidentiary barrier established in *Centre Ice, supra*, which Justice Rothstein in *Effem Foods Ltd. v. H.J. Heinz Co. of Canada* (1997), 75 C.P.R. (3d) 331 (F.C.T.D.), at paragraph 2, described as the “high standard necessary to prove irreparable harm”. He said the validity of the “Tommy Bahama” mark had not been attacked by On Par and that fact lowers the barrier.

[61] The Federal Court of Appeal in *A. Lassonde, supra*, was extended the same invitation but declined it. Justice Létourneau said the relief sought in an interlocutory injunction—the stopping of commercial activity pending trial—was such as to require proof of irreparable harm. Justice Létourneau reaffirmed the requirements of *Centre Ice, supra*, in terms of irreparable harm in upholding Justice McGillis’ refusal to issue the injunction.

permettait de conclure à l’existence d’un préjudice qui ne pourrait être réparé.

[58] En droit, le concept d’achalandage est large, ainsi que le juge Thurlow l’a reconnu dans le jugement *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É. 552, dans lequel le juge a fait siens les propos tenus par lord MacNaghton dans l’arrêt *Trego et al. v. Hunt*, [1896] A.C. 7. Le juge Thurlow écrit, à la page 573:

[TRADUCTION] [. . .] l’achalandage afférent à une marque de commerce est, à mon sens, la partie de l’achalandage de l’entreprise de son propriétaire qui correspond à l’avantage que représentent la réputation et les relations que le propriétaire a pu créer au cours des années grâce à ses efforts soutenus ou aux dépenses importantes qu’il a faites et qui peut être attribué aux marchandises distribuées par le propriétaire en liaison avec la marque de commerce.

[59] Inversement, la diminution de la valeur de l’achalandage [à la page 573] [TRADUCTION] «signifie tout simplement la réduction d’une façon ou d’une autre de la valeur de l’avantage conféré par la réputation et par les relations».

[60] L’avocat de Viewpoint m’a invité à alléger le fardeau de la preuve qui a été établi dans l’arrêt *Centre Ice*, précité, que le juge Rothstein a, dans le jugement *Effem Foods Ltd. c. H.J. Heinz Co. of Canada* (1997), 75 C.P.R. (3d) 331 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 2, qualifié de «norme élevée [de preuve de préjudice irréparable] que l’on exige à cet égard». Il fait remarquer qu’On Par ne conteste pas la validité de la marque «Tommy Bahama», ce qui a pour effet de rendre la norme de la preuve moins exigeante.

[61] Dans l’arrêt *A. Lassonde*, précité, la même invitation a été adressée à la Cour d’appel fédérale, qui l’a déclinée. Le juge Létourneau a déclaré que la nature de la réparation demandée dans le cas d’une requête en injonction interlocutoire—la cessation de toute activité commerciale jusqu’au procès—exigeait la preuve d’un préjudice irréparable. Le juge Létourneau a réaffirmé les exigences posées dans l’arrêt *Centre Ice*, précité, au sujet du préjudice irréparable et a confirmé la décision du juge Reed de refuser d’accorder l’injonction demandée.

[62] Viewpoint said it had demonstrated irreparable harm by establishing that (1) consumers will be misled into believing “Tommy Bahama” is the source of On Par’s restaurant and will no longer be able to trust that the products and services associated with “Tommy Bahama” originate from Viewpoint (impairment of distinctiveness); (2) damage to the “Tommy Bahama” brand will occur because On Par’s restaurant is inferior; (3) Viewpoint will lose control of the extent, nature and quality of the messages communicated to the public about the “Tommy Bahama” lifestyle brand; (4) such loss of control will have harmful effects on Viewpoint’s Canadian business partners.

[63] Counsel for On Par countered by saying the evidence of irreparable harm put forward by Mr. Margolis and Dr. Deal is unsubstantiated and is not founded on any evidence in the record. He said none of the evidence established that the reputation in the “Tommy Bahama” mark had been impeached or lessened by the activities of On Par and there was no evidence of anyone who had or would stop dealing with Viewpoint.

[64] He says Mr. Margolis has no evidentiary support to substantiate his statement that customers of an authentic “Tommy Bahama” restaurant who first dine at On Par restaurant will be disappointed and will likely not return; he says the evidence is to the contrary and points to the affidavits of Mr. and Mrs. Layton. He says there is no evidentiary support for the proposition “an incalculable number of authentic ‘Tommy Bahama’ restaurant customers may elect to dine in Victoria instead of travelling to an authentic ‘Tommy Bahama’ restaurant”.

[65] I agree with counsel for On Par’s assessment of Viewpoint’s evidence. It does not meet the evidentiary test established in *Centre Ice*, *supra*.

[62] Viewpoint affirme qu’elle a fait la preuve qu’elle subirait un préjudice irréparable en établissant: 1) que les consommateurs seront amenés à tort à associer le restaurant d’On Par à «Tommy Bahama» et qu’ils ne pourront plus avoir la certitude que les produits et les services associées à «Tommy Bahama» proviennent bel et bien de Viewpoint (atteinte au caractère distinctif); 2) qu’un dommage sera causé à la marque «Tommy Bahama» en raison de la qualité inférieure du restaurant d’On Par; 3) que Viewpoint perdra tout contrôle sur la portée, la nature et la qualité des messages communiqués au public au sujet de la marque «Tommy Bahama» qui évoque un style de vie; 4) que cette perte de contrôle aura des effets préjudiciables sur les partenaires commerciaux canadiens de Viewpoint.

[63] L’avocat d’On Par a répliqué en affirmant que la preuve de préjudice irréparable avancée par MM. Margolis et Deal n’est pas corroborée et qu’elle ne repose sur aucun des éléments de preuve versés au dossier. Il affirme qu’aucun des éléments de preuve ne permet de conclure que les activités d’On Par ont porté atteinte à la réputation que s’est acquise la marque «Tommy Bahama» et il ajoute qu’il n’y a aucun élément de preuve qui permette de croire que quelqu’un a ou aurait cessé de faire affaire avec Viewpoint.

[64] L’avocat d’On Par affirme que M. Margolis n’a avancé aucune preuve qui justifie son affirmation que les clients d’un restaurant «Tommy Bahama» authentique qui dînent pour la première fois au restaurant d’On Par seront déçus et qu’ils ne reviendront probablement pas chez «Tommy Bahama». Il affirme que la preuve indique le contraire et cite à l’appui les affidavits de M. et de M^{me} Layton. Il soutient que la preuve ne justifie pas la proposition suivant laquelle [TRADUCTION] «un nombre incalculable de clients des restaurants “Tommy Bahama” authentiques peuvent choisir de manger à Victoria au lieu de se rendre dans un restaurant “Tommy Bahama” authentique».

[65] Je souscris à l’évaluation que l’avocat d’On Par fait de la preuve de Viewpoint. Elle ne satisfait pas à la norme de la preuve établie dans l’arrêt *Centre Ice*, précité.

[66] When this matter was heard On Par's restaurant had been operating for several months, since July 2000, albeit some of those months were winter months. Yet there was no evidence of one lost sale of "Tommy Bahama" clothing or of a restaurant client.

[67] While it is true Viewpoint no longer has exclusivity in the mark, there is no evidence of a detrimental impact by this loss of control of its brand meaning.

[68] Viewpoint and Jaytex continue their expansion of "Tommy Bahama" fashion outlets; the Eaton's concept shop is being enlarged in Victoria this summer despite On Par's operations. Philip Nyren, an owner of British Importers Men's Wear located in Victoria a few blocks away from the On Par Restaurant sells "Tommy Bahama" clothing. In his affidavit, he did not express any concern about On Par's operations.

[69] Jaytex expressed concern about Viewpoint's loss of control of the "Tommy Bahama" mark. However, as noted, it pursued its expansion in Victoria after On Par began its operations.

[70] Jaytex said On Par's operations puts in jeopardy the entire plan for opening "Tommy Bahama" restaurants in Canada. Mr. Margolis had deposed plans to open "Tommy Bahama" restaurants in Canada in 2002 including one in British Columbia although he did not say Victoria was the location. Counsel for On Par did not cross-examine on these statements but challenged them as mere allegations not substantiated by specific evidence of project development business plans, license negotiations, etc. I agree. Viewpoint's evidence does not satisfy me.

[66] Lorsque la présente affaire a été instruite, le restaurant d'On Par exerçait ses activités depuis plusieurs mois, c'est-à-dire depuis juillet 2000, bien qu'il convienne de signaler que quelques-uns de ces mois étaient des mois d'hiver. Pourtant, il n'a pas été démontré que la demanderesse a perdu des ventes de vêtements «Tommy Bahama» ou qu'il y a eu moins de clients dans ses restaurants.

[67] Il est vrai que Viewpoint ne possède plus l'exclusivité sur sa marque, mais rien ne permet de penser que cette perte de contrôle sur le concept de sa marque a eu des répercussions négatives.

[68] Viewpoint et Jaytex poursuivent l'expansion de leurs magasins de vêtements «Tommy Bahama». La boutique concept Eaton de Victoria fait l'objet de travaux d'agrandissement cet été malgré les activités d'On Par. M. Philip Nyren, un des propriétaires du magasin British Importers Men's Wear situé à Victoria à quelques rues du restaurant d'On Par, vend des vêtements «Tommy Bahama». Dans son affidavit, il n'a formulé aucune réserve au sujet des activités d'On Par.

[69] Jaytex a pour sa part exprimé ses inquiétudes au sujet de la perte de contrôle par Viewpoint de sa marque «Tommy Bahama». Toutefois, comme je l'ai déjà signalé, Viewpoint a poursuivi son expansion à Victoria après qu'On Par eut commencé ses activités.

[70] Jaytex affirme que les activités d'On Par compromettent tout le projet d'ouverture de restaurants «Tommy Bahama» au Canada. M. Margolis a déposé des plans qui prévoient l'ouverture de restaurants «Tommy Bahama» au Canada en 2002, dont un restaurant en Colombie-Britannique, bien qu'il n'ait pas précisé si ce restaurant serait situé à Victoria. L'avocat d'On Par n'a pas contre-interrogé M. Margolis au sujet de ces déclarations, mais il les a contestées en affirmant qu'il s'agissait de simples allégations non corroborées par des éléments de preuve précis portant sur des plans de développement, des négociations en vue d'obtenir des permis, etc. Je suis de son avis. Les éléments de preuve soumis par Viewpoint ne m'ont pas convaincu.

[71] As noted, Viewpoint filed several affidavits from individuals who deposed to knowing the “Tommy Bahama” mark and drew linkages between the mark and On Par’s operation. I found it interesting as to what these deponents did not say. They did not say they would stop shopping for “Tommy Bahama” clothing or go to its restaurants. They did not say they were betrayed by On Par’s operations and their trust in Viewpoint had been breached. They did not say the “Tommy Bahama” mark had been diminished by seeing the “Tommy Bahamas Grill” signage in Victoria. It is true some deponents said On Par’s restaurant did not measure up to the “Tommy Bahama” restaurants but this fact had no impact on their appreciation of the quality of the products and services associated with the “Tommy Bahama” mark.

[72] It was on this basis that counsel for On Par submitted Dr. Deal’s expert opinion was not grounded in the evidence. I think he is correct on that point. I do not see in the evidence any weakening of the reputation of the “Tommy Bahama” mark.

[73] Counsel for Viewpoint urged upon me Justice Teitelbaum’s decision in *Imax Corp. v. Showmax, Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 81 (F.C.T.D.), where an interim injunction was issued. Counsel pointed out the expert evidence was accepted in that case particularly the evidence of damage to Imax’s brand equity. The evidence in that case is the same as here.

[74] A review of Justice Teitelbaum’s decision shows that the evidence before him was quite different than what I was presented with in terms of sharing an identical marketplace with an identical service and the use by Showmax of the Imax mark to promote its services. I would have been prepared to accept Dr. Deal’s evidence if it had been substantiated. It was not.

[75] Moreover, in *A. Lassonde, supra*, Justice Létourneau placed the *Imax* case in a special category

[71] Ainsi que je l’ai déjà signalé, Viewpoint a déposé plusieurs affidavits souscrits par des personnes qui affirment connaître la marque «Tommy Bahama» et qui ont établi des liens entre la marque et les activités d’On Par. C’est ce que ces déclarants n’ont pas dit qui m’intéresse le plus. Ainsi, ils n’ont pas dit qu’ils cesseraient d’acheter des vêtements «Tommy Bahama» ou de fréquenter ses restaurants. Ils n’ont pas dit qu’ils s’étaient sentis trahis à cause des activités d’On Par ou qu’ils n’avaient plus confiance en Viewpoint. Ils n’ont pas dit que le fait de voir les affiches du «Tommy Bahamas Grill» à Victoria avait porté atteinte à la marque «Tommy Bahama». Il est vrai que certains déclarants ont affirmé que le restaurant d’On Par n’était pas à la hauteur des restaurants «Tommy Bahama», mais ce fait n’a pas influencé leur appréciation de la qualité des produits et des services associés à la marque «Tommy Bahama».

[72] C’est pour ces motifs que l’avocat d’On Par a affirmé que l’avis d’expert de M. Deal ne reposait pas sur la preuve. Je crois qu’il a raison sur ce point. La preuve ne permet pas à mon sens de conclure qu’on a porté atteinte à la réputation de la marque «Tommy Bahama».

[73] L’avocat de Viewpoint m’a cité la décision rendue par le juge Teitelbaum dans l’affaire *Imax Corp. c. Showmax, Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 81 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle une injonction provisoire a été prononcée. L’avocat a souligné que, dans cette affaire, le témoignage de l’expert avait été accepté, notamment en ce qui concerne l’image de marque d’Imax. L’avocat de Viewpoint affirme que la preuve soumise dans cette affaire est identique à celle qui a été produite en l’espèce.

[74] Il ressort d’un examen de la décision du juge Teitelbaum que les éléments de preuve qui avaient été portés à la connaissance de ce dernier étaient très différents de ceux qu’on m’a soumis. Dans cette affaire, les parties se partageaient un marché identique et Showmax employait la marque Imax pour promouvoir ses services. J’aurais été disposé à accepter le témoignage de M. Deal s’il avait été corroboré. Or, il ne l’est pas.

[75] Qui plus est, dans l’arrêt *A. Lassonde*, le juge Létourneau a placé l’affaire *Imax* dans la catégorie

of a *quia timet* injunction. This is not the case here.

[76] In my view, Viewpoint has not proven that it will be harmed by the activities of On Par so as to warrant an interlocutory injunction. In addition, there is no concrete evidence the harm alleged is not compensable in damages because it cannot be calculated. I return to what Justice Rothstein said in *Effem Foods, supra*, where he wrote [at paragraph 7]:

Sophisticated participants in the market place such as these litigants should be able to provide the Court with an indication of loss based upon historical experience and a mathematical or statistical analysis of the circumstances demonstrating that the loss is not reasonably calculable which would give the Court some degree of confidence that the kind of loss being alleged would indeed occur and cannot be calculated.

[77] The ability of On Par to pay an award of damages if Viewpoint succeeds at trial was put in issue. Examining the record, the assets and liabilities of On Par and its profit and loss statement, is indicative of On Par's ability to pay.

[78] To sum up, I am of the opinion Viewpoint's evidence suffers from the same defect Justice McGillis observed in *A. Lassonde Inc. v. Island Oasis Canada Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 165 (F.C.T.D.), on the application before her, a view sustained by the Federal Court of Appeal.

[79] In the circumstances, there is no need to deal with the issue of balance of convenience.

DISPOSITION

[80] For all of these reasons, this application for an interlocutory injunction is dismissed with costs to the defendant in any event of the cause.

spéciale des injonctions *quia timet*. Or, ce n'est pas le cas en l'espèce.

[76] À mon avis, Viewpoint n'a pas prouvé que les activités d'On Par lui causeraient un préjudice qui justifierait le prononcé d'une injonction interlocutoire. Qui plus est, il n'y a aucun élément de preuve concret que le préjudice reproché ne peut être réparé au moyen de dommages-intérêts parce qu'il ne peut être évalué. Je cite de nouveau les propos que le juge Rothstein a tenus à cet égard dans le jugement *Effem Foods*, précité, lorsqu'il a écrit [au paragraphe 7]:

Des intervenants aussi avertis du marché que les présentes parties au litige devraient, en matière de préjudice, être en mesure de fournir à la Cour des éléments de preuve fondés sur l'expérience tirée du passé ainsi qu'une analyse mathématique ou statistique des circonstances attestant que le préjudice ne peut être raisonnablement calculé, de façon que la Cour puisse déterminer avec un certain degré de certitude que le genre de préjudice allégué se produirait en effet et qu'il ne peut être évalué.

[77] La capacité d'On Par de payer les dommages-intérêts auxquels elle pourrait être condamnée si Viewpoint obtient gain de cause au procès a également été soulevée. Compte tenu du dossier, de l'actif et du passif d'On Par et de son état des résultats, On Par semble être en mesure de payer cette somme.

[78] Pour résumer, je suis d'avis que la preuve soumise par Viewpoint souffre des mêmes lacunes que celles que le juge McGillis a relevées dans l'arrêt *A. Lassonde Inc. c. Island Oasis Canada Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 165 (C.F. 1^{re} inst.), et que la Cour d'appel fédérale a également signalées dans cette affaire.

[79] Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de la prépondérance des inconvénients.

DISPOSITIF

[80] Pour ces motifs, la présente demande d'injonction interlocutoire est rejetée et les dépens sont adjugés à la défenderesse quelle que soit l'issue de la cause.

2001 FCA 133
A-369-00
A-749-99

2001 CAF 133
A-369-00
A-749-99

VIA Rail Canada Inc. (Applicant)

v.

George Cairns, International Brotherhood of Locomotive Engineers and United Transportation Union (Respondents)

and

Canada Industrial Relations Board (Intervener)

A-747-99

International Brotherhood of Locomotive Engineers (Applicant)

v.

George Cairns, VIA Rail Canada Inc. and United Transportation Union (Respondents)

and

Canada Industrial Relations Board (Intervener)

INDEXED AS: VIA RAIL CANADA INC. v. CAIRNS (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Sexton and Sharlow JJ.A.—Ottawa, March 21, 22 and May 2, 2001.

Labour Relations — Duty of fair representation — VIA Rail, having adopted cost-saving initiative of combining duties of engineers, conductors, seeking review of certification of two bargaining units, order merging them — CIRB allowing merger, certifying engineers' union as bargaining agent following representation vote — No agreement reached when existing collective agreements expired — VIA attempting to impose crewing initiative unilaterally — Parties reaching tentative agreement, including Crew Consist Adjustment Agreement — Board finding union failed to fulfil duty of fair representation — Interests of engineers preferred to those of conductors — Remedial order requiring VIA Rail, union reopen negotiations — Appropriate standard of review of Board's interpretation of Canada

VIA Rail Canada Inc. (demanderesse)

c.

George Cairns, Fraternité internationale des ingénieurs de locomotives et Travailleurs unis des transports (défendeurs)

et

Conseil canadien des relations industrielles (intervenant)

A-747-99

Fraternité internationale des ingénieurs de locomotives (demanderesse)

c.

George Cairns, VIA Rail Canada Inc. et Travailleurs unis des transports (défendeurs)

et

Conseil canadien des relations industrielles (intervenant)

RÉPERTORIÉ: VIA RAIL CANADA INC. c. CAIRNS (C.A.)

Cour d'appel, juges Strayer, Sexton et Sharlow, J.C.A.—Ottawa, 21, 22 mars et 2 mai 2001.

Relations du travail — Devoir de représentation juste — VIA Rail, après avoir mis sur pied, pour des raisons d'économie, une initiative visant à fusionner les fonctions de mécaniciens de locomotive et celles de chefs de train, a demandé la révision de l'accréditation de deux unités de négociation et le fusionnement de celles-ci — Le CCRI a autorisé le fusionnement en accréditant le syndicat des ingénieurs de locomotive comme agent de négociation, après la tenue d'un scrutin de représentation — Aucune entente n'avait été conclue lorsque les conventions collectives existantes ont expiré — VIA a essayé d'imposer unilatéralement une initiative relative à la composition des équipes — Les parties ont conclu un accord provisoire comportant une Entente concernant la composition des équipes — Le

Labour Code, s. 37 patent unreasonableness — Unions having duty of fair representation after expiry of collective agreement.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Individual respondents, conductors at VIA Rail, alleging union violated Canada Labour Code, s. 37 by acting in bad faith — Canada Industrial Relations Board holding union failed to protect conductors' job security, seniority interests — Union, VIA Rail seeking judicial review of CIRB decision — CIRB, in reconsidering decision, found union failed to fulfil duty of fair representation — Whether ultimate decision one Parliament intended left to Board — CIRB decisions protected by full privative clause — Board's expertise in administering Labour Code provisions recognized by courts — Pragmatic and functional analysis of all relevant factors suggesting patent unreasonableness appropriate standard of review — Board's interpretation of Code, s. 37 not patently unreasonable — Board's remedial order equitable one, fashioned under Code, s. 99(2) — Rationally connected to union's breach, consequences.

Railways — "Running trades" employees traditionally grouped, for collective bargaining, as engineers or conductors — VIA Rail adopting cost-saving "crewing initiative" to combine duties of engineers, conductors as "operating engineers" — Engineers' union certified after representation vote — Conductors accusing union of bad faith in preferring interests of engineers in bargaining for new collective agreement — Canada Industrial Relations Board finding in favour of conductors, issuing remedial order — Board decision upheld as rationally connected with union's breach of fair representation.

These were applications for judicial review of decisions by the Canada Industrial Relations Board (CIRB) that the

Conseil a conclu que le syndicat avait manqué à son devoir de représentation juste — Les intérêts des ingénieurs de locomotive ont été préférés à ceux des chefs de train — Une ordonnance réparatrice est venue enjoindre à VIA Rail et au syndicat de rouvrir les négociations — Il a été jugé que la norme de contrôle applicable à l'interprétation de l'art. 37 du Code canadien du travail par le Conseil est celle de la décision manifestement déraisonnable — Les syndicats ont le devoir de représenter leurs membres de façon juste après l'expiration de la convention collective.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Les particuliers défendeurs, qui sont des chefs de train pour VIA Rail, ont allégué que leur syndicat avait contrevenu à l'art. 37 du Code canadien du travail en agissant de mauvaise foi — Le Conseil canadien des relations industrielles a conclu que le syndicat n'avait pas protégé la sécurité d'emploi et les droits d'ancienneté des chefs de train — Le syndicat et VIA Rail ont demandé le contrôle judiciaire de la décision du CCRI — Après avoir réexaminé sa décision, le CCRI a décidé que le syndicat ne s'était pas conformé à son devoir de représentation juste — Il s'agissait de savoir si la décision ultime était une décision que le législateur voulait laisser au Conseil — Les décisions du CCRI sont protégées par la clause privative intégrale — Les tribunaux ont reconnu la compétence spécialisée du Conseil pour l'application des dispositions du Code du travail — Il ressort d'une analyse pragmatique et fonctionnelle de tous les facteurs pertinents que la norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable — L'interprétation que le Conseil a donnée à l'art. 37 du Code n'était pas manifestement déraisonnable — L'ordonnance réparatrice du Conseil était équitable et fondée sur l'art. 99(2) du Code — Elle avait un lien rationnel avec le manquement du syndicat et avec les conséquences de ce manquement.

Chemins de fer — Traditionnellement, les employés faisant partie du «personnel itinérant» étaient classés, aux fins de la négociation collective, dans la catégorie des mécaniciens de locomotive ou celle des chefs de train — VIA Rail a mis sur pied, pour des raisons d'économie, une «initiative relative à la composition des équipes» qui visait à fusionner les fonctions de mécaniciens de locomotive et celles de chefs de train dans une nouvelle catégorie appelée «mécanicien d'exploitation» — Le syndicat des mécaniciens a été accrédité après la tenue d'un scrutin de représentation — Les chefs de train ont accusé le syndicat d'avoir agi de mauvaise foi en préférant les intérêts des ingénieurs de locomotive lors de la négociation d'une nouvelle convention collective — Le Conseil canadien des relations industrielles a rendu une décision en faveur des chefs de train en prononçant une ordonnance réparatrice — Il a été jugé que l'ordonnance du Conseil avait un lien rationnel avec le fait que le syndicat avait manqué à son devoir de représentation juste.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire visant des décisions du Conseil canadien des relations industrielles

union representing the individual respondents had failed to fulfil its duty of fair representation. Traditionally, Canadian railway employees in the “running trades” were grouped, for purposes of collective bargaining, into two broad categories: locomotive engineers and conductors. The engineers were represented by the International Brotherhood of Locomotive Engineers (BLE) and the conductors by the United Transportation Union (UTU). In 1997, VIA Rail initiated a “crewing initiative” the goal of which was to eliminate up to 250 operating positions and save up to \$15 million annually. The duties of engineers and conductors were to be combined under the new job classification “operating engineer”. It applied to the Canadian Labour Relations Board (predecessor of the CIRB) for a review of the certification of the two separate bargaining units and an order merging them. The Board allowed the merger of the two units and, after a representation vote was held to determine which of the two unions would represent the new unit, it certified the BLE as bargaining agent for the new bargaining unit. The latter chose to negotiate the material changes to the two existing collective agreements during the collective bargaining process. The negotiations were difficult and no agreement was reached when the existing collective agreements expired on December 31, 1997. Eventually, the parties reached a tentative agreement, including an appended Crew Consist Adjustment Agreement (CCAA) which set out the manner in which the crewing initiative would be implemented. The individual respondents, who were conductors at VIA Rail, complained to the CIRB that their union had violated section 37 of the *Canada Labour Code* by representing them in a manner that was arbitrary, discriminatory or in bad faith. The Board held that the union had failed to act objectively and responsibly with respect to the concerns of the conductors and failed to protect their job security and seniority interests. A remedial order required that VIA Rail and the union reopen negotiations as to the selection process, seniority and the transfer agreement between VIA Rail and Canadian National Railway. The union and VIA having asked the Board to reconsider its decision, the latter found that the evidence supported the original panel’s finding that the union had failed to fulfil its duty of fair representation. Two issues were raised on appeal: (1) whether the duty of fair representation codified in section 37 of the *Canada Labour Code* extends to collective bargaining during a statutory freeze period following the expiry of a previous collective agreement, and (2) whether subsection 99(2) of the Code grants the Board the authority to fashion the remedies that it ordered.

(CCRI) selon lesquelles le syndicat représentant les particuliers défendeurs en l’espèce avait commis un manquement à son devoir de représentation juste. Traditionnellement, les employés des chemins de fer canadiens faisant partie du «personnel itinérant» étaient classés, aux fins de la négociation collective, dans deux grandes catégories: les mécaniciens de locomotive et les chefs de train. Les mécaniciens étaient représentés par la Fraternité internationale des ingénieurs de locomotives (FIL), et les chefs de train, par les Travailleurs unis des transports (TUT). En 1997, VIA Rail a mis sur pied une «initiative relative à la composition des équipes», qui visait à éliminer jusqu’à 250 postes d’exécution et à permettre à l’entreprise de réaliser des économies pouvant atteindre 15 millions par année. Les fonctions des mécaniciens de locomotive et celles des chefs de train devaient être fusionnées dans une nouvelle catégorie appelée «mécanicien d’exploitation». Elle a demandé au Conseil canadien des relations du travail (prédécesseur du CCRI) de réviser l’accréditation des deux unités de négociation distinctes et d’ordonner leur fusionnement. Le Conseil a autorisé le fusionnement des deux unités et, après la tenue d’un scrutin de représentation visant à déterminer le syndicat qui représenterait la nouvelle unité, il a accrédité la FIL à titre d’agent négociateur de la nouvelle unité de négociation. La FIL a décidé de négocier les changements importants à apporter aux deux conventions collectives existantes au cours de la négociation collective elle-même. Les négociations ont été difficiles et aucune entente n’avait été conclue lorsque les conventions collectives existantes ont expiré le 31 décembre 1997. Finalement les parties ont conclu un accord provisoire comportant une Entente concernant la composition des équipes (ECCÉ), qui énonçait la façon dont l’initiative relative à la composition des équipes serait mise en œuvre. Les particuliers défendeurs, qui étaient chefs de train chez VIA, ont déposé auprès du CCRI une plainte dans laquelle ils ont reproché à leur syndicat d’avoir transgressé l’article 37 du *Code canadien du travail* en les représentant de façon arbitraire, discriminatoire ou empreinte de mauvaise foi. Le Conseil a statué que le syndicat n’avait pas agi de façon objective et responsable à l’endroit des intérêts des chefs de train et n’avait pas protégé leur sécurité d’emploi et leurs droits d’ancienneté. Une ordonnance réparatrice est venue enjoindre à VIA Rail et au syndicat de rouvrir les négociations relatives au processus de sélection, à l’ancienneté et à l’entente spéciale négociée entre VIA Rail et la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada. Après que le syndicat et VIA eurent demandé au Conseil de réexaminer sa décision, celui-ci a décidé que la preuve appuyait la conclusion de la formation initiale selon laquelle le syndicat ne s’était pas conformé à son devoir de représentation juste. Deux questions ont été soulevées lors de l’appel: 1) le devoir de représentation juste énoncé à l’article 37 du *Code canadien du travail* s’applique-t-il à la négociation collective au cours de la période de gel prévue par la loi qui suit l’expiration d’une convention collective précédente? et 2) le paragraphe 99(2) du Code autorise-t-il le Conseil à accorder les réparations qu’il a ordonnées?

Held, the applications should be dismissed.

(1) The main issue in determining the standard of review of decisions of administrative tribunals such as the CIRB is whether the ultimate decision was one which Parliament intended to be left to the Board. The Supreme Court of Canada has developed a pragmatic and functional approach based on four factors: the existence of a privative clause, the expertise of the decision-maker, the purpose of the Act as a whole and the relevant provision in particular and the nature of the problem to be decided. The presence of a "full" privative clause, such as section 22 of the *Canada Labour Code*, indicates that the Court ought to show deference to a tribunal's decision. Its effect is to insulate CIRB decisions from review except upon grounds of fraud, jurisdictional error or violation of the rules of natural justice. The courts have recognized the expertise of the Board in administering the provisions of the Labour Code. In contrast, the expertise of the judiciary in most labour disputes is more limited. As to the nature of the question before the Board, there was no dispute that the question was one of interpretation of section 37 which imposes on the union a duty to represent its members fairly. The characterization of a question as "jurisdictional" as an initial step of analysis is not helpful to the determination of the appropriate standard of review. On the basis of a pragmatic and functional analysis of all the relevant factors, the Court concluded that the appropriate standard of review with respect to the Board's interpretation of section 37 is patent unreasonableness.

As to whether the Board's interpretation of section 37 was patently unreasonable, the emphasis should be not so much on what result the tribunal arrived at, but how it arrived at that result. The interpretation of section 37 adopted by the Board was not patently unreasonable. A union is not necessarily relieved from its duty of fair representation outside the term of a collective agreement. Once notice of collective bargaining has been given, the terms or conditions of employment and privileges of employees are frozen by paragraph 50(b) of the Act until the parties gain the right to strike or lockout. Thus, the union has a duty, during a freeze period, to fairly represent its members with respect to the terms, conditions, rights and privileges that are protected from alteration by paragraph 50(b). The duty of fair representation extends to the administration of the frozen matters, but the question is whether this duty could extend to the union's actions during collective bargaining that takes place during the freeze period. While the existence of a duty of fair representation does not preclude a union from making concessions with respect to existing rights or privileges of its members as part of the collective bargaining process, it does require that the union not act in a manner that is arbitrary, discriminatory or in bad faith.

Arrêt: les demandes doivent être rejetées.

1) La principale question à trancher pour déterminer la norme de révision des décisions d'instances administratives comme le CCRI est celle de savoir si la décision ultime était une décision que le législateur voulait laisser au Conseil. La Cour suprême du Canada a élaboré une analyse pragmatique et fonctionnelle fondée sur quatre facteurs: l'existence d'une clause privative, l'expertise de l'instance décisionnelle, l'objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause ainsi que la nature du problème à résoudre. La présence d'une clause privative «intégrale», telle que l'article 22 du *Code canadien du travail*, donne une bonne indication à la Cour qu'elle devrait faire montre de retenue à l'endroit de la décision d'un tribunal administratif. Cet article a pour effet de protéger les décisions du CCRI du contrôle judiciaire, sauf en cas de fraude, d'erreur de compétence ou de manquement aux règles de justice naturelle. Les tribunaux ont reconnu la compétence spécialisée du Conseil pour l'application des dispositions du Code du travail. En revanche, la compétence de la magistrature dans la plupart des conflits de travail est plus restreinte. Quant à la nature de la question que le Conseil devait trancher, il était indéniable que cette question portait sur l'interprétation de l'article 37, qui oblige le syndicat à représenter ses membres de façon juste. Qualifier une question de question de «compétence» comme première étape d'une analyse n'est pas vraiment utile pour la détermination de la norme de révision applicable. Après avoir procédé à une analyse pragmatique et fonctionnelle de tous les facteurs pertinents, la Cour a estimé que la norme de révision applicable à l'égard de l'interprétation de l'article 37 par le Conseil est celle de la décision manifestement déraisonnable.

Quant à savoir si l'interprétation que le Conseil a donnée à l'article 37 était manifestement déraisonnable, l'accent devrait être mis non pas sur le résultat auquel est arrivé le tribunal, mais plutôt sur la façon dont le tribunal est arrivé à ce résultat. L'interprétation que le Conseil a donnée à l'article 37 n'était pas manifestement déraisonnable. Un syndicat n'est pas nécessairement libéré de son devoir de représentation juste lorsqu'une convention collective n'est plus en vigueur. Une fois qu'un avis de négociation collective a été donné, les conditions d'emploi ou les droits et avantages des employés sont gelés par l'application de l'alinéa 50b) de la Loi jusqu'à ce que les parties obtiennent le droit de grève ou le droit de lock-out. Ainsi, le syndicat est tenu, pendant la période du gel, de représenter ses membres de manière juste en ce qui concerne les conditions, droits et avantages protégés de toute modification par l'alinéa 50b). Le devoir de représentation juste s'applique à l'administration des questions faisant l'objet du gel, mais la question est de savoir si ce devoir peut s'étendre à la conduite du syndicat au cours de la négociation collective qui a lieu pendant la période du gel. Bien que le devoir de représentation juste n'empêche pas le syndicat de faire des concessions à l'égard des droits et avantages existants de ses

(2) The Board's remedial order was an equitable one, fashioned under the authority of subsection 99(2) of the Code which gives it exceptionally broad powers. The Board's order will be patently unreasonable only if there was no rational connection between the breach, its consequences and the remedy or if the remedy was inconsistent with the objects or policy of the Code. The Board's order was rationally connected with the union's breach and its consequences. The Board found that the union had failed to represent the conductors fairly with respect to three specific matters dealt with in the CCAA. The reasoning process of the Board in determining the scope of the union's duty under section 37 and in deciding whether the duty had, in fact, been complied with, proved that the Board had in mind the objects and policy of the Labour Code. The resulting order was wholly consistent with the Code's purpose of balancing the encouragement of free collective bargaining with the protection of employees represented by a bargaining agent. Neither the Board's interpretation of section 37 nor its remedial order was patently unreasonable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 136.1 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 27, s. 49).
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 3 "collective agreement", 21, 22 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56), 36(1)(c), 37, 50, 89 (as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 39; 1999, c. 31, s. 157), 99(1)(b),(2).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28 (as am. *idem*, s. 8).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and*

membres dans le cadre du processus de négociation collective, il le contraint à s'abstenir d'agir d'une manière arbitraire, discriminatoire ou empreinte de mauvaise foi.

2) L'ordonnance réparatrice du Conseil était équitable et fondée sur le paragraphe 99(2) du Code, qui accorde au Conseil un pouvoir exceptionnellement large. L'ordonnance du Conseil sera manifestement déraisonnable uniquement s'il n'y avait aucun lien rationnel entre le manquement, ses conséquences et la réparation ou si cette réparation était incompatible avec les objectifs ou la politique du Code. L'ordonnance du Conseil avait un lien rationnel avec le manquement du syndicat et avec les conséquences de ce manquement. Le Conseil a conclu que le syndicat n'avait pas représenté les chefs de train de façon juste relativement à trois aspects explicitement traités dans l'ECCÉ. Le raisonnement que le Conseil a suivi pour déterminer la portée du devoir qui incombe au syndicat en vertu de l'article 37 et pour décider si ce devoir avait effectivement été rempli prouvait que le Conseil avait en tête les objectifs et la politique du Code du travail. L'ordonnance qui en a résulté était tout à fait compatible avec l'un des objets du Code, soit l'équilibre entre la promotion des négociations collectives libres et la protection des employés représentés par un agent négociateur. Ni l'interprétation que le Conseil a donnée à l'article 37 ni l'ordonnance réparatrice qu'il a rendue n'étaient manifestement déraisonnables.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 3 «convention collective», 21, 22 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56), 36(1)c), 37, 50, 89 (mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 39; 1999, ch. 31, art. 157), 99(1)b),(2).
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 136.1 (édicte par S.C. 1977-78, ch. 27, art. 49).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28 (mod. *idem*, art. 8).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et*

Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740, [1990] 3 S.C.R. 644; (1990), 88 Nfld. & P.E.I.R. 15; 48 Admin. L.R. 1; 91 CLLC 14,002; 123 N.R. 241.

CONSIDERED:

VIA Rail Canada Inc. (1997), 38 C.L.R.B.R. (2d) 124; 104 di 67; *Gordon Parsley et al.* (1986), 64 di 60 (C.L.R.B.); *George Harris et al.* (1986), 64 di 1 (C.L.R.B.); *Peter Reynolds et al.* (1987), 68 di 116 (C.L.R.B.).

REFERRED TO:

VIA Rail Canada Inc. (Re) (1998), 45 C.L.R.B.R. (2d) 150; 107 di 92; *International Brotherhood of Locomotive Engineers v. Cairns*, [2000] F.C.J. No. 112 (C.A.) (QL); *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; (1995), 121 D.L.R. (4th) 385; 27 Admin. L.R. (2d) 1; 95 CLLC 210-009; 177 N.R. 1; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; (1997), 149 D.L.R. (4th) 577; [1997] 8 W.W.R. 517; 158 Sask.R. 81; 50 Admin. L.R. (2d) 1; 30 C.C.E.L. (2d) 149; 37 C.C.L.T. (2d) 1; 216 N.R. 1; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-011; 193 N.R. 81; *International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 v. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 432; (1996), 135 D.L.R. (4th) 385; 40 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-037; 198 N.R. 99; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; (1995), 121 D.L.R. (4th) 385; 27 Admin. L.R. (2d) 1; 95 CLLC 210-009; 177 N.R. 1; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341.

AUTHORS CITED

MacLauchlan, H. W. "Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar. Rev.* 281.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPLICATIONS for judicial review of decisions of the Canada Industrial Relations Board ([1999] C.I.R.B.D. No. 35 (QL); [2000] C.I.R.B.D. No. 24 (QL); [2001] C.I.R.B.D. No. 8 (QL)) that the union representing the individual respondents had failed to

apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740, [1990] 3 R.C.S. 644; (1990), 88 Nfld. & P.E.I.R. 15; 48 Admin. L.R. 1; 91 CLLC 14,002; 123 N.R. 241.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

VIA Rail Canada Inc. (1997), 38 C.L.R.B.R. (2d) 124; 104 di 67; *Gordon Parsley et al.* (1986), 64 di 60 (C.L.R.B.); *George Harris et al.* (1986), 64 di 1 (C.L.R.B.); *Peter Reynolds et al.* (1987), 68 di 116 (C.L.R.B.).

DÉCISIONS CITÉES:

VIA Rail Canada Inc. (Re) (1998), 45 C.L.R.B.R. (2d) 150; 107 di 92; *Fraternité internationale des ingénieurs de locomotives c. Cairns*, [2000] A.C.F. n° 112 (C.A.) (QL); *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; (1995), 121 D.L.R. (4th) 385; 27 Admin. L.R. (2d) 1; 95 CLLC 210-009; 177 N.R. 1; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; (1997), 149 D.L.R. (4th) 577; [1997] 8 W.W.R. 517; 158 Sask.R. 81; 50 Admin. L.R. (2d) 1; 30 C.C.E.L. (2d) 149; 37 C.C.L.T. (2d) 1; 216 N.R. 1; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-011; 193 N.R. 81; *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 432; (1996), 135 D.L.R. (4th) 385; 40 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-037; 198 N.R. 99; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; (1995), 121 D.L.R. (4th) 385; 27 Admin. L.R. (2d) 1; 95 CLLC 210-009; 177 N.R. 1; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341.

DOCTRINE

MacLauchlan, H. W. «Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada» (2001), 80 *rd. du B. Can.* 281.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

DEMANDES de contrôle judiciaire visant les décisions du Conseil canadien des relations industrielles ([1999] D.C.C.R.I. n° 35 (QL); [2000] D.C.C.R.I. n° 24 (QL); [2001] D.C.C.R.I. n° 8 (QL)) selon lesquelles le syndicat représentant les particuliers

fulfil its duty of fair representation. Applications dismissed.

APPEARANCES:

Dominique Launay and Edward J. Houlihan for applicant.

Douglas J. Wray for respondent United Transportation Union.

Michael A. Church for respondent George Cairns.

James L. Shields and Graham E.S. Jones for respondent International Brotherhood of Locomotive Engineers.

Barbara McIsaac for intervener CIRB.

SOLICITORS OF RECORD:

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for applicant.

Caley & Wray, Toronto, for respondents United Transportation Union and George Cairns.

Shields & Hunt, Ottawa, for respondent International Brotherhood of Locomotive Engineers.

McCarthy Tétrault, Ottawa, for intervener CIRB.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

SEXTON J.A.:

Introduction

[1] These three related applications for judicial review of decisions of the Canada Industrial Relations Board (CIRB) raise two important issues: does the duty of fair representation owed by a union to its members extend to its approach to collective bargaining after the expiry of a preceding collective agreement; and, if it does, are the Board's remedial powers broad enough to require a union and employer to reopen certain aspects of the agreement arrived at in the event that the union has failed in its duty of fair representation. These reasons apply to all three applications.

défendeurs avait commis un manquement à son devoir de représentation juste. Demandes rejetées.

ONT COMPARU:

Dominique Launay et Edward J. Houlihan pour la demanderesse.

Douglas J. Wray pour les défendeurs Travailleurs unis des transports.

Michael A. Church pour le défendeur George Cairns.

James L. Shields et Graham E.S. Jones pour la défenderesse Fraternité internationale des ingénieurs de locomotives.

Barbara McIsaac pour l'intervenant CCRI.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, pour la demanderesse.

Caley & Wray, Toronto, pour les défendeurs Travailleurs unis des transports et George Cairns.

Shields & Hunt, Ottawa, pour la défenderesse Fraternité internationale des ingénieurs de locomotives.

McCarthy Tétrault, Ottawa, pour l'intervenant CIRB.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

Introduction

[1] Les trois présentes demandes de contrôle judiciaire connexes déposées à l'encontre de certaines décisions du Conseil canadien des relations industrielles (CCRI) soulèvent deux importantes questions: le devoir de représentation juste dont un syndicat est redevable à l'endroit de ses membres s'étend-t-il à sa façon d'aborder la négociation collective après l'expiration d'une convention collective précédente et, dans l'affirmative, le Conseil dispose-t-il de pouvoirs de réparation suffisamment larges pour contraindre un syndicat et un employeur à rouvrir certains aspects de la convention conclue lorsque le syndicat a commis un manquement à ce devoir? Les présents motifs s'appliquent aux trois demandes.

Facts

[2] Traditionally, Canadian railway employees in the “running trades”—those engaged in the on-board operation of trains—were grouped, for purposes of collective bargaining, into two broad categories: locomotive engineers and conductors.¹ For decades, these bargaining units were represented by different bargaining agents; the engineers by the International Brotherhood of Locomotive Engineers (the BLE) and the conductors by the United Transportation Union (the UTU). They were each party to a series of collective agreements and other arrangements negotiated with the Canadian Pacific Railway (CP), Canadian National Railway (CN), and their successor in providing passenger services, VIA Rail. Among these arrangements were special transfer agreements involving VIA, CN (from which most of VIA’s running trades employees had transferred) and each of the unions. These two agreements allowed VIA employees in the running trades to retain their seniority rights at CN and vice versa. Thus, engineers and conductors could bid for vacant positions at both VIA and CN and “flow” back and forth between the other with no loss of seniority.

[3] In 1997, VIA initiated a “crewing initiative” (also referred to in some documents as the New Era Passenger Operations or “NEPO” initiative) whereby it proposed to reclassify the running trades by consolidating the duties of the locomotive engineer trade with most of the duties of the conductor trades into a new classification of “operating engineer.”² The goal of the initiative was to eliminate up to 250 operating positions and save up to \$15 million annually.

[4] In March 1997, VIA informed the bargaining units of its intention by providing them with material change notices required by the collective agreements then in place.³ Simultaneously, it applied to the Canadian Labour Relations Board (the CLRB—

Les faits

[2] Traditionnellement, les employés des chemins de fer canadiens faisant partie du personnel itinérant, c’est-à-dire ceux qui étaient engagés pour assurer un service à bord des trains, étaient classés, aux fins de la négociation collective, dans deux grandes catégories: les mécaniciens de locomotive et les chefs de train¹. Pendant des décennies, ces unités de négociation ont été représentées par des agents négociateurs différents: les mécaniciens, par la Fraternité internationale des ingénieurs de locomotives (la FIL), et les chefs de train, par les Travailleurs unis des transports (les TUT). Ces unités ont été partie à de nombreuses conventions collectives et à d’autres accords négociés avec Canadien Pacifique Limitée (CP), la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN) et la société qui leur a succédé en matière de services voyageurs, VIA Rail. Ces accords comprenaient des ententes de transfert spécial entre VIA, le CN (d’où provenaient la plupart des employés du personnel itinérant de VIA) et chacun des syndicats. Ces deux ententes permettaient aux employés de VIA faisant partie du personnel itinérant de conserver les droits d’ancienneté qu’ils avaient acquis au CN, et vice versa. Ainsi, les mécaniciens et les chefs de train pouvaient présenter leur candidature à des postes vacants tant chez VIA qu’au CN et passer d’une société à l’autre sans perdre leur ancienneté.

[3] En 1997, VIA a mis sur pied une «initiative relative à la composition des équipes» (également appelée «Ère nouvelle pour les services voyageurs» ou le projet «ENSV») dans le cadre de laquelle elle a proposé de reclassifier le personnel itinérant en fusionnant les fonctions des mécaniciens de locomotive avec la plupart des fonctions des chefs de train dans une nouvelle catégorie appelée «mécanicien d’exploitation»². Le projet visait à éliminer jusqu’à 250 postes d’exécution et à permettre à l’entreprise de réaliser des économies pouvant atteindre 15 000 000 \$ par année.

[4] En mars 1997, VIA a informé les unités de négociation de son intention en leur remettant les avis de changements importants exigés par les conventions collectives alors en vigueur³. Au même moment, elle a demandé au Conseil canadien des relations du travail

predecessor of the CIRB) for a review of the certification of the two separate bargaining units and an order merging them. The Board held hearings on the matter.

[5] During those hearings, a number of potential problems with the merger of the bargaining units became evident. The most important of these were related to the impact of the consolidation (of both positions and bargaining units) upon the conductors, who were to be a minority in the merged bargaining unit, albeit by a narrow margin. Specifically, while all engineers were qualified to perform the functions of the “operating engineer” classification with only minimal additional training, only a small percentage of the conductors were in a similar situation. The remainder would require significant training.

[6] The Board, recognizing VIA’s right to decide to consolidate duties and finding that a single bargaining unit for running trades employees was appropriate, allowed the merger of the two units and ordered that a representation vote be held to determine which of the two unions would represent the new unit. In doing so, it seems to have understood the difficulties and accepted that the parties would be able to resolve them:

Whatever the outcome of the vote in this matter, the employer, the successful trade union and many of the employees will be placed in difficult positions, and negotiations between the employer and the successful trade union (which will then be representing many employees whose qualifications to perform the functions of the combined classification of “operating engineer” differ) will necessarily be difficult and delicate. It is important to note that the employer has recognized that significant and expensive training—in particular, training of many conductors to carry out the tasks of engineers—will be required in order to ensure, in as much as this is possible, that members of both groups of affected employees will be afforded comparable employment opportunities.⁴

[7] The result of the representation vote was along trade lines, with the BLE winning 286-260.

(le CCRT—dont le CCRI a pris la place) de réviser l’accréditation des deux unités de négociation distinctes et d’ordonner le fusionnement de celles-ci. Le Conseil a tenu des audiences à ce sujet.

[5] Au cours des audiences, un certain nombre de problèmes liés au fusionnement des deux unités de négociation sont apparus. Les plus graves portaient sur les répercussions du fusionnement (tant en ce qui concerne les postes que les unités de négociation) pour les chefs de train, qui devaient former une minorité au sein de l’unité de négociation fusionnée, bien que par une marge minime. Plus précisément, alors que tous les mécaniciens avaient les qualités voulues pour exercer les fonctions du «mécanicien d’exploitation» et n’avaient besoin que d’une formation supplémentaire minime, seul un petit nombre de chefs de train se trouvaient dans une situation similaire; pour les autres, une formation majeure serait nécessaire.

[6] Reconnaissant que VIA avait le droit de décider de fusionner les fonctions et concluant qu’une seule unité de négociation pour les employés faisant partie du personnel itinérant était suffisante, le Conseil a autorisé le fusionnement des deux unités et ordonné la tenue d’un scrutin de représentation visant à déterminer le syndicat qui représenterait la nouvelle unité. Ce faisant, le Conseil a semblé comprendre les problèmes et reconnaître que les parties seraient en mesure de les régler:

Quel que soit le résultat du scrutin dans cette affaire, l’employeur, le syndicat choisi et de nombreux employés se retrouveront dans des positions difficiles. Les négociations entre l’employeur et le syndicat (qui représentera alors plusieurs employés dont les qualités pour exercer les fonctions de la classification combinée de «mécanicien d’exploitation» diffèrent) seront nécessairement difficiles et délicates. Il est important de souligner que l’employeur a reconnu qu’il devra fournir une formation importante et coûteuse—particulièrement à de nombreux chefs de trains pour que ceux-ci puissent exercer les tâches de mécanicien—afin que les membres des deux groupes d’employés touchés bénéficient, dans la mesure du possible, de perspectives d’emploi comparables⁴.

[7] Le vote de représentation a donné lieu à un résultat semblable à la répartition des postes et la FIL l’a emporté par 286 voix contre 260.

[8] The Board certified the BLE as bargaining agent for the new, merged bargaining unit on October 31, 1997. The BLE was thereby substituted for the UTU as a party to the collective agreement under which the conductors were employed by VIA.⁵ It was thus faced with the task of negotiating with VIA with respect to both the material changes to the two existing collective agreements and with respect to the terms of a new collective agreement for the merged unit. VIA had given notice to both the BLE and UTU to bargain collectively on October 1, 1997 and had renewed its notice following the merger. Although material changes are usually negotiated outside the collective bargaining process, and can be dealt with through binding arbitration or even strike action, the BLE chose to negotiate the material changes during the collective bargaining process.

[9] The BLE negotiating committee represented the contractual concerns of the conductors by forwarding an additional list of demands to VIA and appointing a subcommittee of three conductors to assist them. This subcommittee's major role seems to have been in advising the negotiating committee with respect to the numbers of conductors interested in the various career options (apply for selection for engineer training, pension, severance, return to CN, etc.).⁶

[10] The negotiations were difficult and no agreement had been reached when the existing collective agreements expired on December 31, 1997. An attempt at conciliation was unsuccessful. VIA attempted to impose the crewing initiative unilaterally in April 1998, only to have the CLRB hold that the essential content of the expired collective agreements (including crewing arrangements) remained in operation by virtue of a statutory "freeze" imposed by paragraph 50(b) of the *Canada Labour Code* and that VIA's action amounted to an illegal lock-out.⁷ Eventually, in June 1998, the parties reached a tentative agreement, including an appended Crew Consist Adjustment Agreement (the CCAA) which set out the

[8] Le 31 octobre 1997, le Conseil a accrédité la FIL à titre d'agent négociateur de la nouvelle unité de négociation fusionnée et, par le fait même, la FIL a été substituée aux TUT à titre de partie à la convention collective qui régissait les chefs de train employés par VIA⁵. Elle devait donc négocier avec VIA tant au sujet des changements importants à apporter aux deux conventions collectives existantes qu'au sujet des modalités d'une nouvelle convention collective applicable à l'unité fusionnée. VIA avait donné à la FIL et aux TUT un avis de négociation collective le 1^{er} octobre 1997 et avait renouvelé son avis après le fusionnement. Même si les changements importants sont habituellement négociés en dehors de la démarche relative à la négociation collective et peuvent être examinés dans le cadre d'un arbitrage exécutoire ou même d'une mesure de grève, la FIL a décidé de négocier les changements importants au cours de la négociation collective elle-même.

[9] Le comité de négociation de la FIL a représenté les intérêts contractuels des chefs de train en faisant parvenir une liste supplémentaire de demandes à VIA et en désignant un sous-comité composé de trois chefs de train qui devait l'aider. Le principal rôle de ce sous-comité semble avoir été celui d'informer le comité de négociation relativement au nombre de chefs de train qui s'intéressaient à chacune des différentes options professionnelles (sélection possible en vue de la participation à la formation de mécanicien, pension, indemnité de départ, retour au CN, etc.).⁶

[10] Les négociations ont été difficiles et aucune entente n'avait été conclue lorsque les conventions collectives existantes ont expiré le 31 décembre 1997. Les efforts déployés lors de la conciliation ont également été vains. VIA a tenté d'imposer l'initiative relative à la composition des équipes unilatéralement en avril 1998, mais le CCRT a statué que l'essentiel des dispositions des conventions collectives expirées (y compris les mesures relatives à la composition des équipes) demeurerait en vigueur en raison du «gel» imposé par l'alinéa 50b) du *Code canadien du travail* et que la conduite de VIA équivalait à un lock-out illégal⁷. Finalement, en juin 1998, les parties ont conclu un accord provisoire comportant une Entente

manner in which the crewing initiative would be implemented.

[11] The CCAA was, for all intents and purposes, identical to the terms that VIA had attempted to impose unilaterally in April 1998. It provided for an increase in pay for locomotive engineers, in recognition of the additional duties and responsibilities to be imposed upon them.⁸ Those employees previously qualified as locomotive engineers retained their seniority under the previous collective agreement.

[12] To “minimize the adverse effects” of the consolidation of positions upon the conductors, the CCAA provided for the development of a locomotive engineer training program. Conductors could apply to be selected by the employer for training under this program. Successful trainees would be granted seniority as of October 31, 1997. They would then be eligible to compete for VIA engineer positions on a seniority basis. Thus, with the exception of a brief “waiver” period, the former conductors would receive lower priority for vacant VIA engineer positions than the previously qualified engineers as well as the 1,500 engineers employed by CN who were eligible to “bid” for positions at VIA by virtue of the 1987 transfer agreement between VIA, CN and the BLE.⁹ The CCAA also gave conductors a number of other career options, including voluntary retirement, a severance payment or, for those conductors who had transferred to VIA from CN, return to CN under the terms of a different 1987 transfer agreement negotiated by VIA, CN and the UTU.¹⁰

[13] The tentative agreement was ratified by a majority of the new bargaining unit, again, roughly along previous trade lines, although by a much wider margin.¹¹ The CCAA went into effect in July 1998. The agreement seems to have had a significant impact upon the former conductors. Relatively few were

concernant la composition des équipes (ECCÉ), qui énonçait la façon dont l’initiative relative à la composition des équipes serait mise en œuvre.

[11] Les modalités de l’ECCÉ étaient, à toutes fins utiles, identiques à celles que VIA avait tenté d’imposer unilatéralement en avril 1998. L’entente prévoyait une hausse de salaire pour les mécaniciens de locomotive, compte tenu des fonctions et responsabilités supplémentaires qui leur seraient imposées⁸. Les employés qui étaient précédemment considérés comme des mécaniciens de locomotive conservaient leur ancienneté reconnue par la convention collective antérieure.

[12] Afin de «limiter les conséquences» de la fusion des postes pour les chefs de train, l’ECCÉ prévoyait l’élaboration d’un programme de formation de mécaniciens de locomotive. Les chefs de train pouvaient demander à l’employeur de les choisir afin de leur permettre de suivre une formation dans le cadre de ce programme. Les personnes qui réussissaient la formation obtiendraient l’ancienneté à compter du 31 octobre 1997 et seraient alors admissibles à soumettre leur candidature à des postes de mécaniciens de VIA sur une base d’ancienneté. Ainsi, sauf pendant une courte période d’«exception», les anciens chefs de train obtiendraient une priorité inférieure à l’égard des postes vacants de mécaniciens de VIA comparative-ment aux mécaniciens qui avaient déjà les compétences voulues ainsi qu’aux 1 500 mécaniciens qui étaient employés du CN et qui étaient admissibles à soumettre leur candidature aux postes de VIA en vertu de l’accord de transfert de 1987 conclu entre VIA, le CN et la FIL⁹. L’ECCÉ accordait également aux chefs de train d’autres options de carrière, y compris la retraite volontaire, le versement d’une indemnité de départ ou, dans le cas des chefs de train qui étaient passés du CN à VIA, le retour au CN en vertu des modalités d’un autre accord de transfert négocié en 1987 par VIA, le CN et les TUT¹⁰.

[13] L’accord provisoire a été ratifié à la majorité des membres de la nouvelle unité de négociation, et, encore là, à peu près en fonction de l’ancienne répartition des postes, bien que par une marge nettement supérieure¹¹. L’ECCÉ, qui est entrée en vigueur en juillet 1998, semble avoir eu des répercussions majeure-

selected for locomotive engineer training.¹² Most were forced to return to CN or to retire against their will.

Procedural History

[14] The individual respondents in the present application were conductors at VIA. They complained to the CIRB that the BLE had violated section 37 of the *Canada Labour Code* (the Code) by acting in a manner that was arbitrary, discriminatory or in bad faith in representing them. The focus of their attack was upon the CCAA negotiated by the BLE and VIA. The specific allegations that are relevant to the present application were with respect to:

1. The requirement that conductors be selected for training as engineers rather than being automatically eligible;
2. The loss of seniority rights due to the adoption of a "bottom down" seniority list for re-trained conductors; and
3. The agreement that conductors would be eligible to "flow back" to CN without first ascertaining whether CN would allow such transfers.

Original Decision

[15] The panel hearing the matter was composed of a single Vice-chairperson. The Board added VIA as a party to the complaint since its interests could be affected by the outcome of the complaint. It also granted the UTU status as an interested party.

[16] The Board held that it had jurisdiction to consider the complaint. The Board noted that while there was nothing unlawful about a union favouring one group of employees over another, it nonetheless has a duty to achieve a certain fairness between the groups. In this case, however:

The benefits obtained on behalf of the conductors and assistant conductors, which [were] for the most part directed at terminating their employment, pale[d] in comparison to the generous benefits obtained for the locomotive engineers.¹³

res pour les anciens chefs de train: peu d'entre eux ont été choisis en vue d'une formation à titre de mécaniciens de locomotive¹² et la plupart ont dû retourner au CN ou prendre leur retraite contre leur volonté.

Chronologie des procédures

[14] Les particuliers qui sont défendeurs en l'espèce étaient chefs de train chez VIA. Ils ont déposé auprès du CCRI une plainte dans laquelle ils ont reproché à la FIL d'avoir transgressé l'article 37 du *Code canadien du travail* (le Code) en agissant de façon arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi lorsqu'elle les a représentés. Leur contestation portait principalement sur l'ECCÉ négociée par la FIL et VIA. Les allégations pertinentes en l'espèce concernaient:

1. l'exigence selon laquelle les chefs de train devaient être choisis en vue de suivre une formation comme mécaniciens plutôt que d'être automatiquement admissibles à cette formation;
2. la perte des droits d'ancienneté en raison de l'adoption d'une liste d'ancienneté «à la baisse» dans le cas des chefs de train nouvellement formés;
3. l'entente prévoyant que les chefs de train seraient admissibles à retourner au CN sans vérification préalable de la position du CN à ce sujet.

Première décision

[15] La formation qui a entendu l'affaire se composait simplement d'une vice-présidente. Le Conseil a ajouté VIA comme partie à la plainte, étant donné que les intérêts de la société pouvaient être touchés par le résultat de celle-ci. Il a également accordé aux TUT le statut de partie intéressée.

[16] Le Conseil a statué qu'il avait la compétence voulue pour examiner la plainte et souligné qu'il n'était pas illégal de la part d'un syndicat de favoriser un groupe d'employés par rapport à un autre, mais que le syndicat devait faire montre d'une certaine équité entre les deux groupes. Cependant, dans la présente affaire:

Les avantages obtenus au nom des chefs de train et des chefs de train adjoints, qui [portent] essentiellement sur leur cessation d'emploi, sont plutôt minimes comparativement aux avantages généreux obtenus pour les mécaniciens de locomotive¹³.

[17] The Board held that the BLE had failed to act objectively and responsibly with respect to the concerns of the conductors and that it had failed to protect their job security and seniority interests.

[18] To remedy the situation, the Board ordered that VIA and the BLE reopen negotiation of the CCAA with respect to:

1. the selection process for conductors and assistant conductors;
2. seniority provisions as they affect conductors and assistant conductors who qualify as locomotive engineers; and
3. the application of the transfer agreement negotiated between the UTU, VIA and CN.

In preparation for these negotiations, the BLE was required to hire, in consultation with the conductors, a professional to assist it in designing and executing a consultative process to determine the interests of the conductors and to represent them in the reopened negotiations on an equal basis with BLE representatives.

[19] Both BLE and VIA asked the Board to reconsider its decision and each sought judicial review in this Court.¹⁴ In the interim, they sought a stay of the Board's order. The Board refused to grant a stay. However, on January 17, 2000, this Court ordered that the Board's decision be stayed pending the outcome of the applications for judicial review. As a result of the adjournment of those applications on May 8, 2000, that stay has remained in effect up to the present time.

The Reconsideration Decision

[20] The application for reconsideration was considered by a panel of three members of the Board. The Board considered the following issues:

- (1) Were the two applicants' natural justice rights obstructed by the Board's alleged preliminary rulings concerning the nature of the evidence to be presented at the hearing and concerning the standing conferred upon the employer?

[17] Le Conseil a statué que la FIL n'avait pas agi de façon objective et responsable à l'endroit des intérêts des chefs de train et n'avait pas protégé la sécurité d'emploi et les droits d'ancienneté de ceux-ci.

[18] Afin de corriger la situation, le Conseil a ordonné à VIA et à la FIL de rouvrir les négociations relatives à l'ECCÉ au sujet des aspects suivants:

1. le processus de sélection des chefs de train et des chefs de train adjoints;
2. les dispositions sur l'ancienneté, dans la mesure où elles touchent les chefs de train et les chefs de train adjoints qui possèdent les compétences requises comme mécaniciens de locomotives; et
3. l'application de l'entente spéciale négociée entre le TUT, VIA et le CN.

Pour se préparer à ces négociations, la FIL devait engager, après avoir obtenu l'avis des chefs de train à ce sujet, un professionnel qui l'aiderait à concevoir et à mener une consultation visant à déterminer les intérêts des chefs de train, et à les représenter lors des nouvelles négociations sur un pied d'égalité avec les représentants de la FIL.

[19] Tant la FIL que VIA ont demandé au Conseil de réexaminer sa décision et ont déposé des demandes de contrôle judiciaire auprès de la Cour¹⁴. Entre-temps, elles ont demandé un sursis à l'exécution de l'ordonnance du Conseil. Celui-ci a refusé d'accorder un sursis. Toutefois, le 17 janvier 2000, la Cour a ordonné qu'il y ait sursis à l'exécution de la décision du Conseil jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée sur les demandes de contrôle judiciaire. Par suite de l'ajournement de ces demandes le 8 mai 2000, le sursis est demeuré en vigueur jusqu'à la date des présentes.

La décision découlant du réexamen

[20] Une formation de trois membres du Conseil a étudié la demande de réexamen, notamment les questions suivantes:

- (1) Les droits à la justice naturelle des deux requérantes ont-ils été lésés par les prétendues décisions préliminaires du Conseil concernant la nature de la preuve devant être produite à l'audience et le droit de participer de l'employeur?

- (2) Did the Board err in law and exceed its jurisdiction in its application of section 37 of the *Code* to the negotiation of the Crew Consist Adjustment Agreement?
- (3) Did the Board err in law and exceed its jurisdiction in the remedy it provided by ordering the said agreement to be reopened?¹⁵

- (2) Le Conseil a-t-il commis une erreur de droit et a-t-il outrepassé sa compétence en appliquant l'article 37 du Code à la négociation de l'entente sur la composition des équipes?
- (3) Le Conseil a-t-il commis une erreur de droit et a-t-il outrepassé sa compétence en ordonnant la renégociation de ladite entente?¹⁵

[21] With respect to the second issue, the Board undertook an extensive review of the manner in which it and its predecessor, the CLRB, had interpreted section 37. It rejected the view that the wording of the provision precluded the Board from considering issues arising from negotiations for a collective agreement. Considering the circumstances of the case before it, where the essential rights contained in the previous (and expired) collective agreements had been held to continue in force by virtue of section 50 of the Code, the Board held that interpreting section 37 so as to prohibit any inquiry into the termination of those rights by the negotiation of a new agreement would be inconsistent with a reasonable interpretation of that provision.

[21] En ce qui concerne la deuxième question, le Conseil a entrepris un examen approfondi de la façon dont lui et l'organisme qui l'a précédé, le CCRT, avaient interprété l'article 37. Il a rejeté l'opinion selon laquelle le libellé de la disposition l'empêchait d'examiner les questions découlant des négociations relatives à une convention collective. Compte tenu des circonstances de l'affaire dont il était saisi et de la conclusion quant au maintien en vigueur de l'essentiel des droits énoncés dans les conventions collectives antérieures (et expirées) en raison de l'article 50 du Code, le Conseil a statué qu'il ne serait pas raisonnable d'interpréter l'article 37 de façon à empêcher toute enquête concernant la cessation des droits en cause par la négociation d'une nouvelle convention.

[22] The Board found that the evidence supported the original panel's finding that the BLE had failed to fulfil its duty of fair representation.¹⁶ It held that the remedy was both rationally connected to the breach and consistent with the policy objectives of the statute.

[22] Le Conseil a décidé que la preuve appuyait la conclusion de la formation initiale selon laquelle la FIL ne s'était pas conformée à son devoir de représentation juste¹⁶ et que la réparation avait un lien rationnel avec le manquement et était compatible avec les objectifs de politique du texte de loi.

[23] With respect to the natural justice issue, the reconsideration panel reviewed the transcripts of the original hearings. It held that, notwithstanding their allegation to the contrary, the applicants had not been denied the opportunity to present evidence that might have resulted in different findings. However, recognizing that the union and employer had, in good faith, misinterpreted the Board's remarks on the subject of their ability to lead evidence, the Board remitted the matter to the original panel to provide them with further opportunities to present evidence.

[23] En ce qui a trait à la question de la justice naturelle, la formation chargée du réexamen a passé en revue la transcription des audiences initiales et statué que, même si elles ont soutenu le contraire, les requérantes ne s'étaient pas vu refuser la possibilité de présenter des éléments de preuve qui auraient pu donner lieu à des conclusions différentes. Toutefois, reconnaissant que le syndicat et l'employeur avaient, de bonne foi, mal interprété les remarques du Conseil à ce sujet, elle a renvoyé l'affaire à la formation initiale afin de donner aux parties en question de nouvelles possibilités de présenter des éléments de preuve.

[24] VIA Rail sought judicial review of this decision. It is supported, in part, by the BLE.

[24] VIA Rail a demandé le contrôle judiciaire de cette décision et est appuyée en partie par la FIL.

Further Developments

[25] The rehearing ordered by the reconsideration panel was held in September 2000 with the BLE presenting the evidence of one witness. VIA did not present any evidence. In reasons released on March 13, 2001, the Board noted that the new evidence showed that the collective agreement was ratified by a wider majority than previously thought. In any event, survey evidence filed by the BLE highlighted the fact that the BLE appeared to have premised its approach to collective bargaining on the assumption that the conductors would not be integrated but rather eliminated. The Board concluded that:

... the simple knowledge that there was a greater majority support does not translate into establishing that the BLE had thereby fulfilled its duty of fair representation to all members of the newly merged group. In fact, the evidence still points to the fact that the interests of the locomotive engineers were preferred and protected over the interests of the conductors. While the evidence shows that some efforts were made, such efforts were focussed on attempting to improve the compensation and benefits for the conductors who were forced out, rather than on attempting to save their positions. The Board is not persuaded by the evidence heard that its original findings should be reversed.¹⁷

Relevant Legislation

[26] *Canada Labour Code*¹⁸

3. (1) In this Part,

“collective agreement” means an agreement in writing entered into between an employer and a bargaining agent containing provisions respecting terms and conditions of employment and related matters;

...

21. The Board shall exercise such powers and perform such duties as are conferred or imposed on it by this Part, or as may be incidental to the attainment of the objects of this Part, including, without restricting the generality of the foregoing, the making of orders requiring compliance with the provisions of this Part, with any regulation made under this Part or with any decision made in respect of a matter before the Board.

Procédures subséquentes

[25] La nouvelle audience ordonnée par la formation chargée du réexamen a eu lieu en septembre 2000 et la FIL a alors présenté un témoin, tandis que VIA n’a présenté aucun élément de preuve. Dans des motifs communiqués le 13 mars 2001, le Conseil a souligné que, d’après la nouvelle preuve présentée, la convention collective avait été ratifiée par une majorité supérieure à ce qu’on avait cru. En tout état de cause, la preuve relative au sondage que la FIL a présentée faisait ressortir que la Fraternité avait semblé présumer, dans sa façon d’aborder la négociation collective, que les chefs de train ne seraient pas intégrés, mais qu’ils seraient plutôt éliminés. Le Conseil a conclu comme suit:

[...] le simple fait de savoir que la très grande majorité des membres a voté en faveur de la ratification de la convention collective ne permet pas d’établir que la FIL s’était dès lors acquittée de son devoir de représenter tous les membres de la nouvelle unité fusionnée de manière équitable. En fait, la preuve continue d’indiquer que le syndicat a privilégié les mécaniciens de locomotive, dont il s’est employé à défendre les intérêts, et que les chefs de train ont été laissés pour compte. La preuve indique aussi que le syndicat a bien pris certaines mesures, mais il s’agissait uniquement de mesures visant à obtenir une majoration des indemnités et prestations payables aux chefs de train qui perdaient leur emploi plutôt qu’à sauvegarder leurs postes. Compte tenu du témoignage entendu, le Conseil n’est pas convaincu qu’il devrait annuler sa décision initiale¹⁷.

Dispositions légales pertinentes

[26] *Code canadien du travail*¹⁸

3. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

«convention collective» Convention écrite conclue entre un employeur et un agent négociateur et renfermant des dispositions relatives aux conditions d’emploi et à des questions connexes.

[...]

21. Le Conseil exerce les pouvoirs et fonctions que lui confère la présente partie ou qu’implique la réalisation de ses objets, notamment en rendant des ordonnances enjoignant de se conformer à la présente partie, à ses règlements et d’exécuter les décisions qu’il rend sur les questions qui lui sont soumises.

22. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Court Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part shall

(a) be questioned, reviewed, prohibited or restrained, or

(b) be made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise,

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.

...

37. A trade union or representative of a trade union that is the bargaining agent for a bargaining unit shall not act in a manner that is arbitrary, discriminatory or in bad faith in the representation of any of the employees in the unit with respect to their rights under the collective agreement that is applicable to them.

...

50. Where notice to bargain collectively has been given under this Part,

(a) the bargaining agent and the employer, without delay, but in any case within twenty days after the notice was given unless the parties otherwise agree, shall

(i) meet and commence, or cause authorized representatives on their behalf to meet and commence, to bargain collectively in good faith, and

(ii) make every reasonable effort to enter into a collective agreement; and

(b) the employer shall not alter the rates of pay or any other term or condition of employment or any right or privilege of the employees in the bargaining unit, or any right or privilege of the bargaining agent, until the requirements of paragraphs 89(1)(a) to (d) have been met, unless the bargaining agent consents to the alteration of such a term or condition, or such a right or privilege.

...

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances ou les décisions du Conseil sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a, b) ou e) de la *Loi sur la Cour fédérale* et dans le cadre de cette loi.

(2) Sauf exception prévue au paragraphe (1), l'action—décision, ordonnance ou procédure—du Conseil, dans la mesure où elle est censée s'exercer dans le cadre de la présente partie, ne peut, pour quelque motif, y compris celui de l'excès de pouvoir ou de l'incompétence à une étape quelconque de la procédure:

a) être contestée, révisée, empêchée ou limitée;

b) faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*.

[. . .]

37. Il est interdit au syndicat, ainsi qu'à ses représentants, d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi à l'égard des employés de l'unité de négociation dans l'exercice des droits reconnus à ceux-ci par la convention collective.

[. . .]

50. Une fois l'avis de négociation collective donné aux termes de la présente partie, les règles suivantes s'appliquent:

a) sans retard et, en tout état de cause, dans les vingt jours qui suivent ou dans le délai éventuellement convenu par les parties, l'agent négociateur et l'employeur doivent:

(i) se rencontrer et entamer des négociations collectives de bonne foi ou charger leurs représentants autorisés de le faire en leur nom;

(ii) faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective;

b) tant que les conditions des alinéas 89(1)a) à d) n'ont pas été remplies, l'employeur ne peut modifier ni les taux des salaires ni les autres conditions d'emploi, ni les droits ou avantages des employés de l'unité de négociation ou de l'agent négociateur, sans le consentement de ce dernier.

[. . .]

99. (1) Where, under section 98, the Board determines that a party to a complaint has contravened or failed to comply with . . . section 37 . . . the Board may, by order, require the party to comply with or cease contravening that subsection or section and may

. . .

(b) in respect of a contravention of section 37, require a trade union to take and carry on on behalf of any employee affected by the contravention or to assist any such employee to take and carry on such action or proceeding as the Board considers that the union ought to have taken and carried on on the employee's behalf or ought to have assisted the employee to take and carry on;

. . .

(2) For the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of this Part, the Board may, in respect of any contravention of or failure to comply with any provision to which subsection (1) applies and in addition to or in lieu of any other order that the Board is authorized to make under that subsection, by order, require an employer or a trade union to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require the employer or trade union to do or refrain from doing in order to remedy or counteract any consequence of the contravention or failure to comply that is adverse to the fulfilment of those objectives.

Issues

[27] The only two issues addressed by the parties before this Court were:

1. Does the duty of fair representation codified in s. 37 of the *Labour Code* extend to collective bargaining during a statutory freeze period following the expiry of a previous collective agreement; and
2. Does subs. 99(2) of the *Labour Code* grant the Board the authority to fashion the remedies that it ordered.

Analysis

Scope of the Duty of Fair Representation

Standard of Review

[28] The central inquiry in determining the standard by which a court will review decisions of administrative actors such as the CIRB is whether the ultimate decision was one which Parliament intended to be left to the Board.¹⁹ The Supreme Court's decisions from

99. (1) S'il décide qu'il y a eu violation [. . .] des articles 37, [. . .] le Conseil peut, par ordonnance, enjoindre à la partie visée par la plainte de cesser de contrevenir à ces dispositions ou de s'y conformer et en outre:

[. . .]

b) dans le cas de l'article 37, enjoindre au syndicat d'exercer, au nom de l'employé, les droits et recours que, selon lui, il aurait dû exercer ou d'aider l'employé à les exercer lui-même dans les cas où il aurait dû le faire;

[. . .]

(2) Afin d'assurer la réalisation des objectifs de la présente partie, le Conseil peut rendre, en plus ou au lieu de toute ordonnance visée au paragraphe (1), une ordonnance qu'il est juste de rendre en l'occurrence et obligeant l'employeur ou le syndicat à prendre des mesures qui sont de nature à remédier ou à parer aux effets de la violation néfastes à la réalisation de ces objectifs.

Questions en litige

[27] Les deux seules questions que les parties en l'instance ont plaidées devant notre Cour sont les suivantes:

1. Le devoir de représentation juste énoncé à l'article 37 du *Code canadien du travail* s'applique-t-il à la négociation collective au cours de la période de gel prévue par la loi qui suit l'expiration d'une convention collective précédente?
2. Le paragraphe 99(2) du *Code canadien du travail* autorise-t-il le Conseil à accorder les réparations qu'il a ordonnées?

Analyse

Étendue du devoir de représentation juste

Norme de contrôle

[28] La principale question à trancher pour déterminer la norme à la lumière de laquelle une cour de justice révisera les décisions d'instances administratives comme le CCRI est celle de savoir si la décision ultime était une décision que le législateur voulait

*U.E.S., Local 298 v. Bibeault*²⁰ to *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*²¹ have articulated and developed a “pragmatic and functional” approach to carrying out this inquiry. In *Pushpanathan*, the Court summarized its recent jurisprudence, dividing the factors to be considered into four classes: the existence and wording of a privative clause, the relative expertise of the decision-maker, the purpose of the Act as a whole and the relevant provision in particular and the nature of the problem to be decided.²² All of the factors must be considered together. No single factor is determinative.

[29] The presence of a “full” privative clause—“one that declares that decisions of the tribunal are final and conclusive from which no appeal lies and all forms of judicial review are excluded”²³—provides a powerful indication that the Court ought to show deference to a tribunal’s decision. Decisions of the Canada Industrial Relations Board are protected by the same “clear and strongly worded”²⁴ privative clause that protected the decisions of its predecessor. Section 22 is a full privative clause. Its effect is to insulate CIRB decisions from review except upon grounds of fraud, jurisdictional error or violation of the rules of natural justice.²⁵

[30] The second factor to consider is the expertise of the Board in relation to that of the Court. The CIRB has been entrusted by Parliament to administer a highly complex labour relations structure which seeks to balance the interests of employers, unions and employees so as to maintain labour peace. As Cory J. commented:

It has often been very properly recognized that labour relations boards exemplify a highly specialized type of administrative tribunal. Their members are experts in administering comprehensive labour statutes which regulate the difficult and often volatile field of labour relations. Through their constant work in this sensitive area, labour boards develop the special experience, skill and understanding needed to resolve the complex problems of labour relations.²⁶

laisser au Conseil¹⁹. Dans les arrêts allant de *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*²⁰ à *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*²¹, la Cour suprême a articulé et élaboré une analyse «pragmatique et fonctionnelle» pour répondre à cette question. Dans l’arrêt *Pushpanathan*, elle a résumé ses récents jugements en classant les facteurs à prendre en compte dans quatre catégories: l’existence et le libellé d’une clause privative, l’expertise relative de l’instance décisionnelle, l’objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause ainsi que la nature du problème à résoudre²². Tous les facteurs doivent être examinés ensemble et aucun d’eux n’est déterminant en soi.

[29] La présence d’une clause privative «intégrale», «celle qui déclare que les décisions du tribunal administratif sont définitives et péremptoires, qu’elles ne peuvent pas faire l’objet d’un appel et que toute forme de contrôle judiciaire est exclue dans leur cas»²³, donne une bonne indication à la Cour qu’elle devrait faire montre de retenue à l’endroit d’une décision du tribunal. Les décisions du Conseil canadien des relations industrielles sont protégées par la même clause privative «claire et formelle»²⁴ qui protégeait les décisions de l’organisme qui l’a précédé. L’article 22 est une clause privative intégrale qui a pour effet de protéger les décisions du CCRI du contrôle judiciaire, sauf en cas de fraude, d’erreur de compétence ou de manquement aux règles de justice naturelle²⁵.

[30] Le deuxième facteur à prendre en compte est l’expertise du Conseil par rapport à celle de la Cour. Le Parlement a confié au CCRI la tâche d’administrer une structure de relations du travail complexe qui a pour objectif l’équilibre entre les intérêts des employeurs, des syndicats et des employés et par voie de conséquence le maintien de la paix sociale. Comme l’a dit le juge Cory:

C’est tout à fait à bon droit qu’on a souvent reconnu qu’une commission des relations du travail est l’exemple même du tribunal administratif hautement spécialisé. Ses membres sont des experts dans l’application des lois du travail détaillées qui régissent le domaine difficile et souvent explosif des relations du travail. Par leur travail constant dans ce domaine délicat, les commissions des relations du travail acquièrent une expérience, des compétences et une compréhension spéciales nécessaires pour résoudre les problèmes complexes des relations du travail²⁶.

[31] The courts have recognized the role given by Parliament to the Board in applying its expertise so as to administer the provisions of the Labour Code. As Iacobucci J. has noted:

The Canada Labour Relations Board must develop a coherent and workable structure for the application of the numerous statutory provisions which govern the labour relations of the employers and employees whose operations fall within federal jurisdiction. In order for these workers and their employers to receive rapid resolution of their disputes in a manner which can be rationalized with their other rights and duties under the *Canada Labour Code*, the decisions of the Board cannot routinely be overturned by the courts whenever they disagree with the Board's treatment of an isolated issue.²⁷

[32] In contrast, the expertise of the judiciary with respect to the issues in most labour disputes is more limited. La Forest J. quoted the following comments of McIntyre J.:

Our experience with labour relations has shown that the courts, as a general rule, are not the best arbiters of disputes which arise from time to time. Labour legislation has recognized this fact and has created other procedures and other tribunals for the more expeditious and efficient settlement of labour problems. Problems arising in labour matters frequently involve more than legal questions. Political, social, and economic questions frequently dominate in labour disputes. The legislative creation of . . . labour relations boards, and labour dispute-resolving tribunals, has gone far in meeting needs not attainable in the court system. The nature of labour disputes and grievances and the other problems arising in labour matters dictates that special procedures outside the ordinary court system must be employed in their resolution. Judges do not have the expert knowledge always helpful and sometimes necessary in the resolution of labour problems. . . . In my view, it is scarcely contested that specialized labour tribunals are better suited than courts for resolving labour problems, except for the resolution of purely legal questions.²⁸

[33] The third class of factors set out in *Pushpanathan* addresses the purposes of the statute and the particular provision at issue. The relevant

[31] Les tribunaux ont reconnu le rôle que le Parlement a confié au Conseil en ce qui a trait à l'utilisation de sa compétence spécialisée pour l'application des dispositions du *Code canadien du travail*. Comme l'a souligné le juge Iacobucci:

Le Conseil canadien des relations du travail doit concevoir un régime cohérent et pratique pour l'application des nombreuses dispositions législatives qui régissent les relations du travail des employeurs et employés dont les activités sont du ressort fédéral. Pour que les différends entre ces travailleurs et leurs employeurs puissent se régler rapidement et d'une manière conciliable avec leurs autres droits et obligations aux termes du *Code canadien du travail*, les décisions du Conseil ne doivent pas pouvoir être systématiquement annulées par les cours de justice chaque fois que ces dernières désapprouvent la façon dont le Conseil a tranché une question donnée²⁷.

[32] En revanche, la compétence de la magistrature au sujet des questions en litige dans la plupart des conflits de travail est plus restreinte. Le juge La Forest a cité à ce sujet les commentaires suivants du juge McIntyre:

Notre expérience en matière de relations de travail montre que les tribunaux, en règle générale, ne sont pas les meilleurs arbitres des différends qui peuvent surgir à l'occasion. La législation du travail a reconnu ce fait, en créant d'autres procédures et d'autres tribunaux en vue d'obtenir un règlement plus prompt et efficace des problèmes qui surviennent dans le domaine du travail. Souvent, les problèmes en matière de travail ne se résument pas à des questions juridiques. Des questions politiques, sociales et économiques dominent fréquemment les conflits de travail. La création par voie législative [. . .], de commissions des relations du travail et de tribunaux du travail a permis, dans une large mesure, de répondre à des besoins auxquels ne pouvait satisfaire le système judiciaire. La nature des conflits de travail, des griefs et des autres problèmes qui surgissent dans ce domaine, commande le recours à des procédures spéciales, en dehors du système judiciaire ordinaire, pour les résoudre. Les juges n'ont pas les connaissances spécialisées toujours utiles et parfois nécessaires pour résoudre les problèmes en matière de travail. [. . .] À mon avis, il n'est guère contesté que les tribunaux spécialisés en matière de relations de travail sont mieux équipés que les tribunaux judiciaires pour résoudre les problèmes en matière de travail, sauf s'il s'agit de questions purement juridiques²⁸.

[33] Le troisième facteur énoncé dans l'arrêt *Pushpanathan* porte sur l'objet de la loi et de la disposition en cause. C'est le préambule qui donne la

purposes of the Labour Code can best be derived from its preamble:

WHEREAS there is a long tradition in Canada of labour legislation and policy designed for the promotion of the common well-being through the encouragement of free collective bargaining and the constructive settlement of disputes;

...

AND WHEREAS the Parliament of Canada desires to continue and extend its support to labour and management in their cooperative efforts to develop good relations and constructive collective bargaining practices, and deems the development of good industrial relations to be in the best interests of Canada in ensuring a just share of the fruits of progress to all;

[34] While recognizing and supporting free collective bargaining as the best way of ensuring that both employers and employees receive a “just share of the fruits of progress”, Parliament has also recognized the power of the union as sole bargaining agent for its members and has acted to make bargaining agents accountable for the manner in which they represent the interests of their members. Thus, section 37 imposes upon the union a duty to represent its members fairly—in a manner that is not arbitrary, discriminatory or in bad faith. This duty is not unlimited. Rather, in keeping with the purposes and objectives of the Code, it limits the duty to that area where the union might most easily abuse its monopoly over bargaining with the employer—the representation with respect to the employees’ rights under the collective agreement that is applicable to them.

[35] The main area of disagreement between the parties is with respect to the final factor listed in *Pushpanathan*—the nature of the question before the Board. There is no dispute that the question is one of interpretation of section 37. VIA and the BLE characterize the question as whether, under the circumstances, the Board could consider a complaint about the manner in which a union represented its members during collective bargaining. This, they say, was a “jurisdictional question” that is to be reviewed on a correctness basis. The other parties argue that the interpretation of section 37 and determination of

meilleure indication de l’objet pertinent du *Code canadien du travail*:

Attendu:
qu’il est depuis longtemps dans la tradition canadienne que la législation et la politique du travail soient conçues de façon à favoriser le bien-être de tous par l’encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends;

[. . .]

que le Parlement du Canada désire continuer et accentuer son appui aux efforts conjugués des travailleurs et du patronat pour établir de bonnes relations et des méthodes de règlement positif des différends, et qu’il estime que l’établissement de bonnes relations du travail sert l’intérêt véritable du Canada en assurant à tous une juste part des fruits du progrès,

[34] Affirmant que la libre négociation collective constitue la meilleure façon de veiller à ce que les employeurs et les employés reçoivent «une juste part des fruits du progrès», le Parlement a aussi reconnu le pouvoir du syndicat en qualité de seul agent négociateur pour ses membres et il est intervenu pour rendre les agents négociateurs responsables de la manière dont ils représentent les intérêts de leurs membres. Ainsi, l’article 37 oblige le syndicat à représenter ses membres de façon juste, c’est-à-dire d’une manière qui n’est pas arbitraire, discriminatoire ou empreinte de mauvaise foi. Ce devoir n’est pas illimité. Compte tenu de l’objet et des buts que vise le Code, il se restreint au domaine dans lequel le syndicat pourrait le plus facilement abuser de son monopole de négociation avec l’employeur—la représentation dans l’exercice des droits reconnus aux employés par la convention collective.

[35] Le désaccord entre les parties concerne principalement le dernier facteur mentionné dans l’arrêt *Pushpanathan*, soit la nature de la question que le Conseil devait trancher. Il est indéniable que la question porte sur l’interprétation de l’article 37. Selon VIA et la FIL, la question est celle de savoir si, dans les circonstances, le Conseil pouvait examiner une plainte au sujet de la façon dont un syndicat a représenté ses membres au cours de la négociation collective. À leur avis, il s’agit d’une «question de compétence» qui doit être révisée selon la norme de la décision correcte. Pour leur part, les autres parties font

whether the scope of the duty of fair representation extends to capture the particular circumstances of the complaint before it is a matter squarely within the jurisdiction of the Board and should be reviewed on a patent unreasonableness basis.

[36] Recent Supreme Court jurisprudence seems to establish that the characterization of a question as “jurisdictional” as an initial step of analysis is not particularly helpful to the determination of the appropriate standard of review. Bastarache J., writing for the majority of the Supreme Court, recently addressed this point directly:

Although the language and approach of the “preliminary”, “collateral” or “jurisdictional” question has been replaced by this pragmatic and functional approach, the focus of the inquiry is still on the particular, individual provision being invoked and interpreted by the tribunal. Some provisions within the same Act may require greater curial deference than others, depending on the factors which will be described in more detail below. To this extent, it is still appropriate and helpful to speak of “jurisdictional questions” which must be answered correctly by the tribunal in order to be acting *intra vires*. But it should be understood that a question which “goes to jurisdiction” is simply descriptive of a provision for which the proper standard of review is correctness, based upon the outcome of the pragmatic and functional analysis. In other words, “jurisdictional error” is simply an error on an issue with respect to which, according to the outcome of the pragmatic and functional analysis, the tribunal must make a correct interpretation and to which no deference will be shown.²⁹ [Emphasis added.]

Indeed, as Professor MacLauchlan recently summarized, “The new functional approach suggests that the jurisdictional principle should fade into the background.”³⁰

[37] The Board, in interpreting section 37, was required to take a broad and contextual approach. The determination of the meaning of legislation “in its total context, having regard to the purpose of the legislation, the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids,”³¹ is a task for which the courts are generally well-suited. However, the complexity of the labour relations regime embodied in

valoir que l’interprétation de l’article 37 et la question de savoir si le devoir de représentation juste s’applique aux circonstances de la plainte dont le Conseil était saisi relèvent clairement de la compétence de celui-ci et devraient être révisées selon la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[36] Il appert de certains récents jugements de la Cour suprême du Canada que qualifier une question de question de compétence comme première étape d’une analyse n’est pas vraiment utile pour la détermination de la norme de révision applicable. S’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour suprême, le juge Bastarache a récemment commenté directement la question en ces termes:

Bien que la terminologie et la méthode de la question «préalable», «accessoire» ou «de compétence» aient été remplacées par cette analyse pragmatique et fonctionnelle, l’accent est tout de même mis sur la disposition particulière invoquée et interprétée par le tribunal. Certaines dispositions d’une même loi peuvent exiger plus de retenue que d’autres, selon les facteurs qui seront exposés plus en détail plus loin. Voilà pourquoi il convient toujours, et il est utile, de parler des questions «de compétence» que le tribunal doit trancher correctement pour ne pas outrepasser sa compétence. Mais il faut bien comprendre qu’une question qui «touche la compétence» s’entend simplement d’une disposition à l’égard de laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, en fonction du résultat de l’analyse pragmatique et fonctionnelle. Autrement dit, une «erreur de compétence» est simplement une erreur portant sur une question à l’égard de laquelle, selon le résultat de l’analyse pragmatique et fonctionnelle, le tribunal doit arriver à une interprétation correcte et à l’égard de laquelle il n’y a pas lieu de faire preuve de retenue²⁹. [Non souligné à l’original.]

Effectivement, comme l’a récemment souligné le professeur MacLauchlan, [TRADUCTION] «la nouvelle analyse fonctionnelle donne à penser que le principe de la compétence devrait être relégué au second plan»³⁰.

[37] Pour l’application de l’article 37, le Conseil devait adopter une interprétation large et contextuelle. La détermination du sens d’un texte de loi [TRADUCTION] «dans son contexte global, en tenant compte de l’objet de la loi, des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d’interprétation ainsi que des sources acceptables d’aide extérieure»³¹ représente une tâche pour laquelle les cours de justice sont généralement bien préparées.

the Code adds an additional element that the Court may be less equipped to deal with. In the context of a comprehensive statutory scheme that seeks to balance the interests of employees, their unions and employers, the implications of a particular interpretation might not be immediately clear to a decision-maker with less specialized experience and knowledge than the Board. This is particularly so in a situation such as the one at bar, where the factual circumstances require that the decision-maker have regard to a number of other provisions of the Code.

[38] Thus, having completed a pragmatic and functional analysis of all of the relevant factors, I find that the appropriate standard of review with respect to the Board's interpretation of section 37 is that of patent unreasonableness. In doing so, I adopt the reasoning of McLachlin J., as she then was, writing for the majority of the Supreme Court in *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*,³² a case that involved review of a decision of the Labour Relations Board of Newfoundland. In summarizing her analysis of the issue of standard of review, she wrote:

Courts should exercise caution and deference in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals, such as the Labour Board in this case. This deference extends both to the determination of the facts and the interpretation of the law. Only where the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact, or where the interpretation placed on the legislation is patently unreasonable, can the court interfere.³³

[39] I turn, then, to an analysis of whether the Board's interpretation of section 37 was patently unreasonable.

The Board's Interpretation

[40] Section 37 of the Code codifies the union's duty of fair representation. The critical portion of the

Cependant, la complexité du régime de relations du travail prévu par le Code ajoute un élément supplémentaire pour lequel la Cour n'est peut-être pas aussi bien préparée. Dans le contexte d'une codification exhaustive qui vise l'équilibre entre les intérêts des employés, de leurs syndicats et des employeurs, il se peut que les incidences d'une interprétation donnée ne soient pas claires à première vue pour une instance décisionnelle ayant moins de connaissances et d'expérience spécialisées que le Conseil. C'est particulièrement le cas dans une situation semblable à celle de la présente affaire, où l'instance décisionnelle doit tenir compte de plusieurs autres dispositions du Code en raison des faits portés à son attention.

[38] Dans ce contexte, après avoir procédé à une analyse pragmatique et fonctionnelle de tous les facteurs pertinents, j'estime que la norme de contrôle applicable à l'égard de l'interprétation de l'article 37 par le Conseil est celle de la décision manifestement déraisonnable. Ce faisant, je souscris au raisonnement que M^{me} le juge McLachlin, maintenant juge en chef de la Cour suprême du Canada, a suivi lorsqu'elle s'est exprimée au nom des juges majoritaires de la Cour dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*³², qui portait sur la révision d'une décision rendue par la Commission des relations du travail de Terre-Neuve. Résumant son analyse de la question de la norme de contrôle, elle a formulé les remarques suivantes:

Les cours de justice devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions de tribunaux administratifs spécialisés comme la Commission en l'espèce. Cette retenue s'étend à la fois à la constatation des faits et à l'interprétation de la loi. Ce n'est que lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal, ou que l'interprétation donnée aux dispositions législatives est manifestement déraisonnable que la cour de justice peut intervenir³³.

[39] J'en arrive maintenant à la question de savoir si l'interprétation que le Conseil a donnée à l'article 37 était manifestement déraisonnable.

L'interprétation du Conseil

[40] L'article 37 du Code codifie le devoir de représentation juste du syndicat. Pour la présente

enactment, for the purposes of this case, is that which limits the duty to the union's representation of any of its employees "with respect to their rights under the collective agreement that is applicable to them." The French version of the text similarly restricts the duty to the employees' "*exercice des droits reconnus à ceux-ci par la convention collective.*" The Board held that, in the circumstances of this case, where the previous collective agreement had expired but where the "term[s] or condition[s] of employment or any right or privilege" of the conductors were protected by a statutory "freeze" provision, this restriction did not relieve the union of its duty of fair representation when bargaining collectively.

[41] The question, then, is whether the Board, in finding that the freeze provisions of paragraph 50(b) gave the conductors "rights under the collective agreement that [was] applicable to them," interpreted section 37 in a manner so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation.³⁴

[42] The BLE and VIA attack the Board's interpretation on a number of grounds. They assert that section 37's legislative history indicates Parliament's intention to restrain unions from acting in a manner that is arbitrary, discriminatory or in bad faith in representing its members only with respect to administration of a collective agreement and not with respect to its negotiation. They say that the CLRB recognized this intention in a series of decisions rendered shortly after the current wording of the provision came into force, only to improperly extend its reach in subsequent decisions. In any event, they argue that the union's duty under section 37 can only apply during the currency of a collective agreement. Pressed as to how the union can be made accountable for the manner in which it represents its members' rights under the collective agreement that is applicable to them following the expiry of a collective agreement, they suggest that a common law duty might fill the void left by their interpretation or that an employee might make a complaint against the union for bargaining in bad faith.

affaire, la partie importante de cette disposition est celle qui limite le devoir de représentation du syndicat à l'endroit des employés à l'«exercice des droits reconnus à ceux-ci par la convention collective». La version anglaise de la disposition restreint de façon similaire l'obligation envers les employés «with respect to their rights under the collective agreement that is applicable to them». Le Conseil a statué que, dans les circonstances, étant donné que la convention collective antérieure avait expiré, mais que les «conditions d'emploi [. . .] [et] les droits ou avantages» des chefs de train étaient protégés par un «gel» prévu par la loi, cette restriction ne libérait pas le syndicat de son devoir de représentation juste lors de la négociation collective.

[41] La question est donc celle de savoir si, en concluant que le gel prévu à l'alinéa 50b) accordait aux chefs de train des «droits reconnus à ceux-ci par la convention collective», le Conseil a donné à l'article 37 une interprétation déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente³⁴.

[42] La FIL et VIA contestent l'interprétation du Conseil pour plusieurs motifs. Selon elles, l'évolution législative de l'article 37 indique que le Parlement avait l'intention d'empêcher le syndicat d'agir d'une manière arbitraire, discriminatoire ou empreinte de mauvaise foi lors de la représentation de ses membres uniquement dans le cadre de l'application d'une convention collective et non dans le cadre des négociations s'y rapportant. À leur avis, le CCRT a reconnu cette intention dans une série de décisions rendues peu après l'entrée en vigueur du libellé actuel de la disposition, mais il a subséquemment étendu à tort la portée de celle-ci dans des décisions ultérieures. En tout état de cause, disent-elles, le devoir du syndicat qui découle de l'article 37 ne peut s'appliquer que pendant l'existence d'une convention collective. Interrogées sur la façon de savoir comment le syndicat peut être tenu responsable de la manière dont il représente les droits reconnus à ses membres par une convention collective après l'expiration de celle-ci, elles font valoir qu'un devoir reconnu en common law pourrait combler le vide laissé par leur interprétation ou qu'un employé pourrait déposer contre le syndicat

[43] Since I am only concerned with whether or not the Board's interpretation was patently unreasonable, I will approach the matter in the manner proposed by La Forest J. in *Paccar*:

The tribunal has the right to make errors, even serious ones, provided it does not act in a manner "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review". The test for review is a "severe test". . . . This restricted scope of review requires the courts to adopt a posture of deference to the decisions of the tribunal. Curial deference is more than just a fiction courts resort to when they are in agreement with the decisions of the tribunal. Mere disagreement with the result arrived at by the tribunal does not make that result "patently unreasonable". The courts must be careful to focus their inquiry on the existence of a rational basis for the decision of the tribunal, and not on their agreement with it. The emphasis should be not so much on what result the tribunal has arrived at, but on how the tribunal arrived at that result. Privative clauses . . . are permissible exercises of legislative authority and, to the extent that they restrict the scope of curial review within their constitutional jurisdiction, the Court should respect that limitation and defer to the Board.³⁵ [Emphasis added.]

Thus, I will focus upon the manner in which the Board arrived at its interpretation.

[44] Prior to 1985, the duty of fair representation was codified in the following words:

136.1 Where a trade union is the bargaining agent for a bargaining unit, the trade union and every representative of the trade union shall represent, fairly and without discrimination, all employees in the bargaining unit.³⁶

[45] The section was amended in July 1985 [R.S.C., 1985, c. L-2, s. 37]. It has remained unchanged since.

37. A trade union or representative of a trade union that is the bargaining agent for a bargaining unit shall not act in a manner that is arbitrary, discriminatory or in bad faith in the representation of any of the employees in the unit with respect to their rights under the collective agreement that is applicable to them.

une plainte dans laquelle il lui reprocherait d'avoir négocié de mauvaise foi.

[43] Étant donné que la seule question que je dois trancher est celle de savoir si l'interprétation du Conseil était manifestement déraisonnable, j'utiliserai la démarche que le juge La Forest a proposée dans l'arrêt *Paccar*:

Le tribunal a le droit de commettre des erreurs, même des erreurs graves, pourvu qu'il n'agisse pas de «façon déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire» (p. 237). Le critère de contrôle constitue un «test sévère» [. . .] Cette portée restreinte du contrôle oblige les cours de justice à adopter une attitude de retenue à l'égard des décisions du tribunal administratif. La retenue judiciaire est plus qu'une fiction invoquée par les cours de justice lorsque celles-ci sont d'accord avec les décisions du tribunal. Un simple désaccord avec le résultat atteint par le tribunal administratif ne suffit pas à rendre ce résultat «manifestement déraisonnable». Les cours de justice doivent prendre soin de vérifier si la décision du tribunal a un fondement rationnel plutôt que de se demander si elles sont d'accord avec celle-ci. L'accent devrait être mis non pas sur le résultat auquel est arrivé le tribunal, mais plutôt sur la façon dont le tribunal est arrivé à ce résultat. Les clauses privatives [. . .] constituent des exercices permis du pouvoir du législateur et, dans la mesure où elles restreignent la portée du contrôle judiciaire dans le cadre des pouvoirs constitutionnels, la Cour devrait respecter cette restriction et s'en remettre à la décision de la Commission³⁵. [Non souligné dans l'original.]

Je mettrai donc l'accent sur la façon dont le Conseil en est arrivé à son interprétation.

[44] Avant 1985, le devoir de représentation juste était codifié en ces termes:

136.1 Lorsqu'un syndicat est accrédité à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation, il doit, de même que ses représentants, représenter tous les employés de l'unité de négociation de façon juste et sans discrimination³⁶.

[45] Cette disposition a été modifiée en juillet 1985 [L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 37] et est demeurée inchangée depuis:

37. Il est interdit au syndicat, ainsi qu'à ses représentants, d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi à l'égard des employés de l'unité de négociation dans l'exercice des droits reconnus à ceux-ci par la convention collective.

[46] Shortly thereafter, the CLRB considered the new wording of the provision. In the case of *Gordon Parsley et al.*,³⁷ a complaint involving renewal of a collective agreement where no statutory freeze was in effect, the Board commented:

In dealing with the phrase “the collective agreement,” it is the view of the Board that the phrase presupposes the existence of a collective agreement and, when used in conjunction with the word “applicable,” it presupposes the existence of a collective agreement that is, at the appropriate time, already applicable to the employees in the bargaining unit. Further it is the view of the Board that the use of the word “rights” must deal with those matters contained in a duly negotiated collective agreement; that is, in order for an employee to have “rights” under the collective agreement, there must already be a collective agreement in effect. . . . As a result, when section 136.1 [now s. 37] talks about the rights under the collective agreement, the Board concludes that what the legislator intended, and in fact passed into law, was that the section deal with an existing collective agreement, one that has already been negotiated and not one which is the subject of negotiations. As a result, the Board concludes that section [37], as currently drafted, does not permit the Board to deal with a complaint arising directly from the negotiation of a collective agreement. Effectively what it does, in the view of the Board, is to restrict its application to matters which arise from the administration, as opposed to the negotiation of the collective agreement.

[47] Not long afterward however, under different factual circumstances, the Board took a more nuanced approach to the provision, holding that the duty of fair representation did extend to negotiations related to rights under a collective agreement during the life of that agreement.

It is clear that what was intended by Parliament was to ensure that a collective agreement negotiated freely between the parties would not be put at risk by a section [37] complaint; what the legislators were intending to protect was the integrity of the collective bargaining process. There had to be some assurance that a freely negotiated collective agreement applying to a bargaining agent and an employer could not be annulled by a section [37] complaint.

In the instant case, where the negotiations resulted in the currency of a collective agreement, that same risk does not exist. Should the Board find a violation of section [37] with regard to the negotiation of the Memorandum [of agreement], all that is at risk is the Memorandum itself. The *status quo*, that is the collective agreement as originally negotiated, would continue to remain in full force and effect

[46] Peu après, le CCRT a examiné le nouveau libellé de la disposition. Dans l'affaire *Gordon Parsley et al.*³⁷, qui portait sur une plainte concernant le renouvellement d'une convention collective alors qu'aucun gel n'était en vigueur, le Conseil a formulé les commentaires suivants:

En ce qui concerne l'expression «la convention collective» le Conseil est d'avis que celle-ci présuppose l'existence d'une convention collective et, si on l'associe au terme «applicable», cela présuppose l'existence d'une convention collective qui, au moment pertinent, s'applique déjà aux employés compris dans l'unité de négociation. Le Conseil est aussi d'avis que l'emploi du terme «droits» a trait aux questions contenues dans une convention collective dûment négociée; cela signifie que, pour qu'un employé ait des droits aux termes d'une convention collective, il faut qu'une convention collective soit déjà en vigueur. [. . .] Le Conseil conclut donc que si l'article 136.1 [aujourd'hui l'article 37] parle de droits dans le cadre de la convention collective, c'est parce que le législateur voulait, et cela est maintenant exprimé dans la loi, que l'article traite d'une convention collective existante, c'est-à-dire d'une convention collective négociée et non d'une convention faisant l'objet de négociations. Par conséquent, le Conseil conclut que l'article [37], dans sa forme actuelle, ne lui permet pas de régler une plainte qui concerne directement la négociation d'une convention collective. Selon le Conseil, ledit article limite en fait son champ d'application aux questions qui découlent de l'application plutôt que de la négociation d'une convention collective.

[47] Cependant, peu de temps après, alors qu'il était saisi de circonstances factuelles différentes, le Conseil a proposé une interprétation plus nuancée de la disposition et statué que le devoir de représentation juste s'appliquait aux négociations liées aux droits reconnus par une convention collective pendant la durée de la convention:

Il est clair que le Parlement voulait faire en sorte qu'une convention collective négociée librement par les parties ne puisse être compromise par une plainte présentée en vertu de l'article [37]; les législateurs voulaient protéger l'intégrité du processus de négociation collective. Il fallait garantir qu'une convention collective librement négociée et liant un agent négociateur et un employeur ne pourrait être annulée par le biais d'une plainte présentée en vertu de l'article [37].

En l'espèce, vu que les négociations se sont déroulées sous le régime d'une convention collective, ce risque n'existe pas. Si le Conseil concluait que la négociation du protocole d'entente avait entraîné une violation de l'article [37], seul le protocole en question risquerait d'être annulé. Le statu quo, c'est-à-dire la convention collective telle qu'elle a été négociée au départ, resterait en vigueur jusqu'à son expira-

until its expiry. The danger of the Board annulling the whole of the collective agreement does not exist.

It is our determination that mid-term collective bargaining, which does not put at risk the whole of the collective agreement, does not benefit from the exception under section [37] and the Board is empowered to find that a violation of section [37] has resulted from said negotiations, although no such finding was made in this case.³⁸

[48] The Board revisited the interpretation of section 37 the following year in *Peter Reynolds et al.*³⁹ After reviewing its post-1985 comments on the issue, it made the following statements:

It seems to us that the rationale behind the *Parsley* and the *Harris* decisions is basically sound considering what Parliament was attempting to legislate, i.e., to avoid collective agreements being placed in jeopardy via proceedings before the Board under section [37]. The *Harris* decision is a sensible step away from the broad assertion made in the *Parsley* decision and the other decisions which followed to the effect that negotiations in general have been removed from the ambit of section [37]. Having said that, however, we are only too well aware that the present construction of section [37] is open for a broader interpretation than given in *Parsley* and *Harris*. To rely upon the words, "in the representation of any of the employees in the unit with respect to their rights under the collective agreement that is applicable to them," to remove negotiations from the scope of section [37] is to skate on pretty thin ice. Every time a bargaining agent sits down at a bargaining table it is representing the employees in the bargaining unit. A compelling argument could therefore be made that only negotiations for a first collective agreement have been excluded. Once employee rights have been established in a first collective agreement it is not a big step to construe that thereafter a bargaining agent is representing employees in the bargaining unit, "with respect to their rights under the collective agreement that is applicable to them," each time those rights are up for renewal. More often than not collective agreements themselves provide that they continue in effect while negotiations are proceeding for their renewal. . . . It is not uncommon then for negotiations to be going on while the collective agreement is still in effect. It requires a very narrow interpretation of the wording of section [37] to say that in those circumstances the bargaining agent is not representing the employees in the bargaining unit with respect to their rights under the collective agreement that is applicable to them.

. . .

We have no wish to stray any further than we have from the issues before us but we do feel obliged to make one brief

tion. Il n'est pas possible que le Conseil annule la convention dans son ensemble.

Nous jugeons que les négociations qui ont lieu avant l'expiration d'une convention, lesquelles ne risquent pas de compromettre la convention dans son ensemble, n'ont rien à tirer de l'exception prévue par l'article [37]. Ainsi, le Conseil a le pouvoir de juger que l'article [37] a été violé par suite de telles négociations, encore que ce ne soit pas le cas dans la présente affaire³⁸.

[48] Le Conseil a réexaminé l'interprétation de l'article 37 l'année suivante dans l'affaire *Peter Reynolds et al.*³⁹. Après avoir révisé les commentaires qu'il avait formulés après 1985 sur la question, il s'est exprimé comme suit:

Il nous semble que les décisions rendues dans *Parsley* et *Harris* sont bien fondées à la base, si nous tenons compte de l'intention du législateur, qui était d'éviter que les conventions collectives soient mises en péril par des procédures engagées devant le Conseil en vertu de l'article [37]. La décision *Harris* s'écarte sensiblement de l'affirmation plus générale faite dans *Parsley* et les décisions subséquentes, et selon laquelle les négociations, de façon générale, ont été exclues du champ d'application de l'article [37]. Cela étant dit toutefois, nous ne savons que trop que le sens actuel de cette disposition se prête à une interprétation plus large que celle qui en a été donnée dans *Parsley* et *Harris*. Ce serait s'engager sur une pente dangereuse que de se fonder sur les termes «envers quelque employé de l'unité quant à leurs droits dans le cadre de la convention collective qui leur est applicable» pour exclure la négociation du champ d'application de l'article [37]. Chaque fois qu'un agent négociateur siège à une table de négociation, il représente les employés membres de l'unité. Il serait donc facile de soutenir que seule la négociation d'une première convention collective est exclue. Une fois les droits de l'employé établis dans une première convention collective, on peut aisément conclure qu'un agent négociateur représente les employés membres de l'unité de négociation «quant à leurs droits dans le cadre de la convention collective qui leur est applicable», chaque fois que ces droits doivent être renouvelés. Les conventions collectives elles-mêmes stipulent souvent qu'elles demeurent en vigueur au cours des négociations qui portent sur leur renouvellement. [. . .] Il est donc courant que des négociations aient lieu pendant que la convention collective est toujours en vigueur. Ce serait interpréter de façon très restrictive le libellé de l'article [37] que d'affirmer que, dans des cas semblables, l'agent négociateur ne représente pas les employés membres de l'unité de négociation quant à leurs droits dans le cadre de la convention collective qui leur est applicable.

[. . .]

Nous n'entendons pas nous éloigner plus loin qu'il ne faut des questions en litige, mais nous nous devons de commen-

comment on one aspect of the *Parsley* decision. . . . The comment is in regard to the inference which may be drawn from the *Parsley* decision that a collective agreement must be in effect before section [37] can be operative. We are sure that the panel in that case did not intend to say that but throughout the paragraphs of that decision . . . we note the use of phrases such as “in order for an employee to have ‘rights’ under the collective agreement, there must already be a collective agreement in effect,” and “was that the section deal with an existing collective agreement, one that has already been negotiated and not one which is the subject of negotiations.” In case those comments are construed to mean that a collective agreement must be in effect before section [37] can be operative, we would like to dispel that notion.

If an existing collective agreement was a requirement the converse would then be that the duty of fair representation would not apply, even to the administration of a collective agreement once the collective agreement has terminated. That is not so, the obligation continues for a bargaining agent to represent employees in grievance-arbitration proceedings even when the collective agreement has technically terminated.

[49] Thus, the CLRB, as the full implications of various interpretations of what is now section 37 became clear, moved beyond its initial narrow interpretation of the provision to a more contextual one. The CIRB, in the reconsideration decision reviewed this approach and referred specifically to the importance of interpreting section 37 within the context of the Code and the values it represents:

In many cases the protection of the negotiation process may be the determinative value. But it is not the only value in the Code and the words of section 37 must be interpreted in the context of other applicable provisions as they are understood in consideration of the realities of industrial relations.⁴⁰

[50] The Board went on to consider the meaning to be given section 37 in the context of the complaint before it:

It is important that in the present matter, the Board take care to ensure that section 37 is given meaning in its statutory context, in consideration of the facts of the present case and industrial relations considerations. In *VIA Rail Canada Inc.* (1998), 107 di 92 the CLRB noted that while the collective agreement had technically expired, its essential

ter brièvement un aspect particulier de la décision *Parsley*, [. . .] Ce commentaire a trait à la conclusion qu’on pourrait tirer de cette décision, selon laquelle la convention collective doit être en vigueur pour que l’article [37] puisse s’appliquer. Nous sommes certains qu’une telle interprétation ne reflète pas l’intention des membres du Conseil qui ont statué sur cette affaire; nous relevons, toutefois, dans les extraits de cette décision [. . .] des phrases telles que «pour qu’un employé ait des “droits” aux termes d’une convention collective, il faut qu’une convention collective soit déjà en vigueur», et «que l’article traite d’une convention collective existante, c’est-à-dire d’une convention négociée et non d’une convention faisant l’objet de négociations». Au cas où certains croiraient que ces commentaires signifient qu’une convention collective doit être en vigueur pour que l’article [37] puisse s’appliquer, nous tenons à préciser que ce n’est pas le cas.

Si l’existence d’une convention collective était nécessaire, cela voudrait dire a contrario que le devoir de représentation juste ne s’étend même pas à l’application d’une convention collective après son expiration. Tel n’est pas le cas, car l’obligation de l’agent négociateur de représenter les employés dans une procédure d’arbitrage de grief demeure, même une fois que la convention collective a théoriquement expiré.

[49] Ainsi, au fur et à mesure que les incidences complètes des différentes interprétations de l’actuel libellé de l’article 37 sont apparues, le CCRT s’est éloigné de son interprétation restrictive initiale de la disposition pour adopter une interprétation plus contextuelle. Dans la décision découlant du réexamen, le CCRI a examiné cette conception et a reconnu explicitement l’importance d’interpréter l’article 37 dans le contexte du Code et des valeurs qu’il représente:

Dans bien des cas, il arrive que la protection du processus de négociation soit la valeur déterminante. Mais ce n’est pas la seule valeur dans le Code, et le libellé de l’article 37 doit être interprété en conjugaison avec les autres dispositions applicables, telles qu’elles sont comprises dans le contexte des relations industrielles⁴⁰.

[50] Le Conseil a ensuite examiné le sens à donner à l’article 37 dans le contexte de la plainte dont il était saisi:

En l’espèce, il est important que le Conseil interprète l’article 37 en respectant l’intention du législateur, en tenant compte des faits pertinents et des considérations liées aux relations industrielles. Dans *VIA Rail Canada Inc.* (1998), 107 di 92, le CCRT a fait remarquer que même si la convention collective était techniquement expirée, elle

content continued in force pursuant to the freeze provisions of the Code until effective negotiations to resolve the very outstanding issues now in dispute had been concluded. It is very doubtful, if in these circumstances, and in the context of the other relevant statutory provisions, including section 50 of the Code, the Board's concern about the ensuing negotiations could ever be reasonably construed as a concern with the negotiation of an agreement outside of the Board's proper jurisdiction. Importantly, on the evidence now before the reconsideration panel, it is impossible to conclude that the anticipated effective negotiations have occurred. On this basis alone, this aspect of the request for reconsideration should be refused.

The reconsideration panel is, nevertheless, also of the view that the decision of the initial panel in the instant case is in keeping with the appropriate interpretation to be given to section 37 of the Code. Workplace relationships in federal industries in Canada are generally, at the present time, founded on the expectation that the rights under applicable collective agreements are of a continuing nature. The notion that seniority rights, essential working conditions, the right to employment and other rights of minority employees already in existence under one collective agreement could be arbitrarily and conclusively terminated by a collective agreement supported by a narrow majority and that any inquiry by the Board as to whether this was done fairly would be prohibited by section 37's wording appears to this Board to be inconsistent with a reasonable interpretation of that section of the Code in the light of its statutory context as is indicated by the authorities cited above. The present Board does not feel that it can apply the present Code in a manner to so limit its jurisdiction on the basis of the text of section 37 in its statutory context. The argument on authority that the Board should so limit its jurisdiction appears therefore to the reconsideration panel to be without merit as the authorities do not appear to provide the unequivocal support contended for such a position. More importantly, it appears that no such intention to limit the scope of the Board's inquiry is manifest in the text of the section itself.⁴¹

[51] In my opinion, the interpretation of section 37 adopted by the Board in this case was not patently unreasonable.

[52] Section 37 imposes upon a union a duty to fairly represent its members in the representation of the rights that they have acquired by virtue of the collective agreement that is applicable to them. This does not necessarily relieve the union from such a duty outside the term of a collective agreement.

demeurait essentiellement en vigueur aux termes des dispositions du Code relatives au gel des conditions de travail, jusqu'à ce que les questions qui sont actuellement en litige aient été résolues par voie de négociation. Il est très peu probable, dans ces circonstances, et dans le contexte des autres dispositions législatives pertinentes, dont l'article 50 du Code, que la préoccupation du Conseil au sujet des négociations ultérieures en vient à être raisonnablement interprétée comme une préoccupation au sujet de la négociation d'une convention collective ne relevant pas de sa compétence. En outre, compte tenu de la preuve dont dispose le banc de révision, on ne peut conclure que les négociations prévues ont bel et bien eu lieu. Pour ce seul motif, cet aspect de la demande de réexamen devrait être rejeté.

Toutefois, le banc de révision est également d'avis que la décision du banc initial est conforme à l'interprétation acceptée de l'article 37 du Code. À l'heure actuelle, les relations de travail dans les secteurs d'activités fédéraux au Canada sont généralement fondées sur l'assurance que les droits conférés par les conventions collectives applicables sont des droits permanents. La notion que les droits d'ancienneté, les conditions de travail essentielles, le droit à l'emploi et les autres droits dont les employés minoritaires jouissent déjà aux termes d'une convention collective puissent être annulés de façon arbitraire et irréfutable par la signature d'une convention collective ayant obtenu l'appui d'une faible majorité et que toute enquête menée par le présent Conseil pour déterminer si le processus était équitable soit interdite par le libellé de l'article 37 nous semble incompatible avec une interprétation raisonnable de cet article du Code compte tenu de l'intention du législateur, comme il est indiqué dans les précédents susmentionnés. Le présent Conseil ne croit pas qu'il peut appliquer le Code actuel de façon à limiter ainsi sa compétence compte tenu du libellé de l'article 37 dans un contexte législatif. Le banc de révision estime donc que l'argument fondé sur les précédents selon lequel le Conseil devrait limiter sa sphère de compétence est sans fondement étant donné que la jurisprudence ne semble pas étayer une telle prétention de façon incontestable. En outre, il semble qu'aucune intention semblable de limiter la portée d'une enquête que le Conseil peut mener ne se dégage du libellé de la disposition⁴¹.

[51] À mon avis, l'interprétation que le Conseil a donnée à l'article 37 en l'espèce n'était pas manifestement déraisonnable.

[52] L'article 37 impose au syndicat l'obligation de représenter de façon juste ses membres dans l'exercice des droits qui leur sont reconnus par la convention collective. Cette disposition ne libère pas nécessairement le syndicat du devoir en question lorsque la convention collective en cause n'est plus en vigueur.

Indeed, once notice of collective bargaining has been given, the terms or conditions of employment or any right or privilege of the employees in a bargaining unit are frozen by paragraph 50(b) until the parties gain the right to strike or lockout in accordance with section 89 [as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 39; 1999, c. 31, s. 157]. The statutory freeze would have no meaning unless those terms, conditions, rights or privileges which are its object have a source. That source is the former collective agreement. Thus, the union has a duty, during a freeze period, to fairly represent its members with respect to the terms, conditions, rights or privileges that are protected from alteration by paragraph 50(b).

[53] I have no doubt that the duty of fair representation extends to the administration of the frozen matters. The question is whether this duty can extend to the union's actions during collective bargaining that takes place during the freeze period.

[54] VIA and the BLE argue that extending the duty of fair representation to collective bargaining offends the principle of free collective bargaining. They argue that such an extension would destroy the necessary give and take of contract negotiations by restraining the union from bargaining away any existing rights. I disagree. The existence of a duty of fair representation does not preclude a union from making concessions with respect to existing rights or privileges of its members in order as part of the bargaining process. What it does do, is to require that the union, in making those concessions not act in a manner that is arbitrary, discriminatory or in bad faith during the collective bargaining process.

[55] To hold otherwise would be to allow a union to simply put off dealing with controversial matters such as the crewing initiative in this case, so as to address them with the employer during collective bargaining instead of during the term of the collective agreement. While dealing with the matters during the term of the collective agreement would give rise to a duty under section 37, delaying negotiations would shelter the

Effectivement, une fois qu'un avis de négociation collective a été donné, les conditions d'emploi ou les droits et avantages des employés de l'unité de négociation sont gelés par l'application de l'alinéa 50b) jusqu'à ce que les parties obtiennent le droit de grève ou le droit de lock-out conformément à l'article 89 [mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 39; 1999, ch. 31, art. 157]. Le gel prévu par la loi n'a de sens que dans la mesure où les conditions, droits ou avantages qu'il vise ont une source. Cette source est la convention collective précédemment en vigueur. Ainsi, le syndicat est tenu, pendant la période du gel, de représenter ses membres de manière juste en ce qui concerne les conditions, droits et avantages protégés de toute modification par l'alinéa 50b).

[53] À mon avis, le devoir de représentation juste s'applique indéniablement à l'administration des questions faisant l'objet du gel. La question est de savoir si ce devoir peut s'étendre à la conduite du syndicat au cours de la négociation collective qui a lieu pendant la période du gel.

[54] VIA et la FIL soutiennent que l'application du devoir de représentation juste à la négociation collective va à l'encontre du principe des libres négociations collectives. Selon elles, cette application élargie aurait pour effet de détruire les possibilités de concession qui caractérisent foncièrement les négociations, en empêchant le syndicat de négocier à la baisse des droits existants. Je ne suis pas d'accord. Le devoir de représentation juste n'empêche pas le syndicat de faire des concessions à l'égard des droits et avantages existants de ses membres dans le cadre du processus de négociation. Il le contraint plutôt à s'abstenir d'agir d'une manière arbitraire, discriminatoire ou empreinte de mauvaise foi lorsqu'il fait ces concessions au cours du processus de négociation collective.

[55] Toute autre conclusion aurait pour effet de permettre à un syndicat de simplement ne pas s'occuper tout de suite de questions controversées comme l'initiative relative à la composition des équipes examinée en l'espèce afin de pouvoir les examiner avec l'employeur pendant la négociation collective plutôt que pendant la durée de la convention collective. Alors que l'examen de ces questions pendant la

union from scrutiny under section 37. In my opinion, an interpretation that allowed such a result would be irrational and absurd.

The Board's Remedy

[56] In light of my finding that the Board's interpretation of section 37 was not patently unreasonable, it is necessary for me to consider the order devised to remedy the contravention of the Code by the BLE.

Standard of Review

[57] In deciding upon the appropriate standard by which to review the Board's remedial order, I base my analysis upon the discussion at paragraphs 29 to 40 of these reasons, to the extent that that discussion deals with the Code's privative clause, the Board's expertise and the purposes of the Code. The Board's remedial order was an equitable one, fashioned under the authority of subsection 99(2) of the Code. The Board's authority under that provision is exceptionally broad. The impact of exceptionally broad authority granted to the Board under that provision was discussed in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*,⁴² a case involving a remedy that encroached upon the principle of free collective bargaining. Writing for the majority, and in the context of a pragmatic and functional analysis of the provision, Cory J. held:

The breadth of the remedial section gives a clear indication that it was the intention of Parliament that the Board should be given the necessary flexibility to fashion remedies which will best address the entire spectrum of problems and of factual situations which it must confront. It is noteworthy that the section was amended in 1978. Prior to that date, the Code allowed the Board to impose only those remedies which were specifically enumerated. Section 189 (now s. 99(2)) was added in 1978. This provision authorizes the Board to make orders based on the principles of equity. The section now gives the Board both the flexibility and the authority to create the innovative remedies which are needed to counteract breaches of the Code and to fulfil its purposes and objectives. The granting of such a broad discretion to the Board demonstrates that Parliament wished the courts to

durée de la convention collective serait assujéti au devoir énoncé à l'article 37, le fait de retarder les négociations protégerait le syndicat de l'examen découlant de cette disposition. À mon avis, une interprétation permettant ce résultat serait irrationnelle et absurde.

L'ordonnance réparatrice du Conseil

[56] Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'interprétation que le Conseil a donnée à l'article 37 n'était pas manifestement déraisonnable, je dois examiner l'ordonnance qu'il a rendue pour corriger la contravention au Code commise par la FIL.

Norme de contrôle

[57] Pour déterminer la norme à appliquer pour la révision de l'ordonnance réparatrice du Conseil, je fonde mon analyse sur les commentaires qui sont formulés aux paragraphes 29 à 40 des présents motifs et qui concernent la clause privative et l'objet du Code ainsi que l'expertise du Conseil. L'ordonnance réparatrice du Conseil était équitable et fondée sur le paragraphe 99(2) du Code, qui accorde au CCRI un pouvoir exceptionnellement large. Les répercussions du pouvoir exceptionnellement large dont le Conseil est investi en vertu de cette disposition ont été examinées dans l'affaire *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*⁴², qui portait sur une réparation allant à l'encontre du principe des négociations collectives libres. S'exprimant au nom des juges majoritaires et adoptant une analyse pragmatique et fonctionnelle de la disposition, le juge Cory a conclu comme suit:

La vaste portée de la disposition relative à la réparation indique clairement que le législateur a voulu que le Conseil ait la latitude nécessaire pour formuler les réparations les mieux adaptées à l'éventail des problèmes et des situations auxquels il doit faire face. Il convient de noter que cette disposition a été modifiée en 1978. Auparavant, le Conseil n'était habilité à imposer que les réparations énumérées. L'article 189 (maintenant le par. 99(2)) a été ajouté en 1978. Cette disposition autorise le Conseil à rendre ses ordonnances en se fondant sur les principes de l'équité. Le Conseil dispose maintenant de la latitude et de l'autorité nécessaires pour créer les réparations innovatrices qui s'imposent pour parer aux violations du Code et pour réaliser ses objectifs. Il est clair qu'en accordant au Conseil un pouvoir discrétionnaire aussi large, le législateur a voulu que les cours de

defer to the Board's experience and expertise in making remedial orders so long as they were not patently unreasonable.⁴³

[58] In the circumstances of this case, the Board's order will only be patently unreasonable if there was no rational connection between the breach, its consequences and the remedy or if the remedy was inconsistent with the objects or policy of the Code.⁴⁴

[59] In my opinion, the Board's order was rationally connected to the union's breach and to its consequences. The Board found that the BLE had failed to represent the conductors fairly with respect to three specific matters dealt with in the CCAA. It was only with respect to those matters that new negotiations were ordered. The Board found that the union's breaches were the result of its failure to determine or consider the interests of the conductors during the process of negotiating the CCAA. It ordered the BLE to design a process to consult with the conductors and to hire a professional who would have an equal voice with the locomotive engineers' representative during negotiations. These measures were a rational and proportional response to the contraventions of the BLE.

[60] I am unable to conceive of any more appropriate remedy, nor were VIA or the BLE able to propose one. It is true that the order will have an impact upon VIA, even though there was no finding of any contravention of the Code on its part. However, this impact is a necessary and inevitable result of the Board's finding against the BLE. The employer was made a party to the original complaint, and permitted to make submissions before the Board, at least in part due to the recognition that its interests might be impacted by the any eventual order.

[61] The reasoning process engaged in by the Board in determining the scope of the union's duty under section 37 and in deciding if the duty had, in fact,

justice défèrent à l'expérience et aux compétences de celui-ci lorsqu'il rend des ordonnances réparatrices, pourvu qu'elles ne soient pas manifestement déraisonnables⁴³.

[58] Dans les circonstances de la présente affaire, l'ordonnance du Conseil sera manifestement déraisonnable uniquement s'il n'y avait aucun lien rationnel entre le manquement, ses conséquences et la réparation ou si cette réparation était incompatible avec les objectifs ou la politique du Code⁴⁴.

[59] À mon sens, l'ordonnance du Conseil avait un lien rationnel avec le manquement du syndicat et avec les conséquences de ce manquement. Le Conseil a conclu que la FIL n'avait pas représenté les chefs de train de façon juste relativement à trois aspects explicitement traités dans l'ECCÉ. Ce n'est qu'à l'égard de ces aspects que de nouvelles négociations ont été ordonnées. Le Conseil a statué que les manquements du syndicat découlaient de son omission de déterminer et de tenir compte des intérêts des chefs de train au cours des négociations relatives à l'ECCÉ. Il a ordonné à la FIL de concevoir un processus de consultation avec les chefs de train et de retenir les services d'un professionnel qui pourrait s'exprimer en leur nom sur un pied d'égalité avec le représentant des mécaniciens de locomotive au cours des négociations. Ces mesures constituaient des réactions rationnelles et proportionnelles aux contraventions commises par la FIL.

[60] Je ne puis concevoir de réparation qui conviendrait davantage et ni VIA non plus que la FIL n'ont pu en proposer. Il est vrai que l'ordonnance aura des répercussions pour VIA, même si celle-ci n'a été reconnue coupable d'aucune contravention au Code. Cependant, ces répercussions constituent un résultat nécessaire et inévitable de la conclusion défavorable à laquelle le Conseil en est arrivé en ce qui concerne la FIL. L'employeur a été ajouté comme partie à la plainte initiale et autorisé à formuler des observations devant le Conseil en raison, du moins en partie, de la reconnaissance des répercussions que l'ordonnance pourrait avoir sur ses intérêts.

[61] Le raisonnement que le CCRI a suivi pour déterminer la portée du devoir qui incombe au syndicat en vertu de l'article 37 et pour décider si le devoir

been complied with, demonstrate conclusively that the Board had in mind the objects and policy of the Labour Code. The Board carefully reviewed its previous approach to the section. It considered other, related provisions, such as section 50. It considered the implications of various interpretations of section 37 in light of the continuing nature of rights under collective agreements. I believe that the resulting order is wholly consistent with the Code's purpose of balancing the encouragement of free collective bargaining with the protection of employees who are represented by a bargaining agent.

Conclusion

[62] In conclusion, I believe that neither the Board's interpretation of section 37 nor its remedial order was patently unreasonable. I would, therefore, dismiss the applications with costs to Mr. Cairns et al. and to the UTU. I would also vacate the stay of the Board's remedial order.

[63] The matter is remitted to the Board for the sole purpose of setting a new time limit for the negotiation of amendments to the Crew Consist Adjustment Agreement referred to in paragraph 1 of the order.

STRAYER J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

¹ Each of these categories includes a number of related trades. For ease of reference, however, I have chosen to use these designations.

² The remaining portion of the conductor's duties were to be transferred to "on-board services" employees, who were members of a bargaining unit represented by another union, the CAW-Canada.

³ Under the terms of those collective agreements, material changes were to be negotiated between the parties. If no agreement could be reached, the matter was to be submitted to binding arbitration. *Cairns (Re)*, [1999] C.I.R.B.D. No. 35 (QL), at para. 7 (hereinafter *Cairns I*); *Cairns (Re)*, [2000]

avait effectivement été rempli démontre de façon concluante que le Conseil avait en tête les objectifs et la politique du *Code canadien du travail*. Il a examiné avec soin la façon dont il avait précédemment interprété la disposition et il a également examiné d'autres dispositions connexes, comme l'article 50. De plus, il a tenu compte des incidences de différentes interprétations de l'article 37 à la lumière de la nature des droits reconnus par les conventions collectives. À mon avis, l'ordonnance qui résulte de cet examen est tout à fait compatible avec l'un des objets du Code, soit l'équilibre entre la promotion des négociations collectives libres et la protection des employés représentés par un agent négociateur.

Conclusion

[62] En conclusion, je suis d'avis que ni l'interprétation que le Conseil a donnée à l'article 37 ni l'ordonnance réparatrice qu'il a rendue n'étaient manifestement déraisonnables. Par conséquent, je rejetterais les demandes avec dépens en faveur de M. Cairns et autres ainsi que des TUT. J'annulerais également le sursis à l'exécution de l'ordonnance réparatrice du Conseil.

[63] L'affaire est renvoyée au Conseil dans le seul but de la fixation d'un nouveau délai aux fins de la négociation des modifications de l'Entente concernant la composition des équipes dont il est fait mention au paragraphe 1 de son ordonnance.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

¹ Chacune de ces catégories comprend un certain nombre de métiers connexes. Cependant, par souci de simplicité, j'ai choisi d'utiliser ces désignations.

² Les autres fonctions des chefs de train devaient être transférées aux employés affectés aux «services à bord», qui étaient membres d'une unité de négociation représentée par un autre syndicat, le TCA-Canada.

³ Selon les modalités de ces conventions collectives, les changements importants devaient être négociés entre les parties. Dans les cas où aucune entente ne pouvait être conclue, l'affaire devait être soumise à l'arbitrage exécutoire. Voir *Cairns (Re)*, [1999] D.C.C.R.I. n° 35 (QL), au par.

C.I.R.B.D. No. 24 (QL), at para. 3 (hereinafter *Cairns II*).

⁴ *VIA Rail Canada Inc.* (1997), 38 C.L.R.B.R. (2d) 124, at para. 16.

⁵ See *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 s. 36(1)(c) and analysis in *VIA Rail Canada Inc. (Re)* (1998), 45 C.L.R.B.R. (2d) 150.

⁶ See *Cairns (Re)*, [2001] C.I.R.B.D. No. 8, at paras. 11 and 34 (hereinafter *Cairns III*).

⁷ *VIA Rail Canada Inc.* (1998), *supra*, note 5.

⁸ The agreement makes no use of the term “operating engineer,” retaining “locomotive engineer” instead. Apparently this was done in order to conform with legislation and certification documents. See *Cairns I*, at para. 40.

⁹ *Ibid.*, at para. 39.

¹⁰ At the time that the CCAA was negotiated, it was not clear that CN would honour the transfer agreement in light of the merger of bargaining units. The matter was resolved by a November 1999 arbitrator’s ruling that directed CN to allow VIA conductors back into its employment in accordance with the provisions of the transfer agreement.

¹¹ The final tally was 323-133 with 4 spoiled ballots. *Cairns III*, at para. 27.

¹² It would appear that very few of the conductors who applied for training as locomotive engineers were selected. A number of rejections are the subject of on-going grievances.

¹³ *Cairns I*, at para. 119.

¹⁴ [2000] F.C.J. No. 112 (C.A.) (QL) and [2001] F.C.J. No. 672 (C.A.) (QL).

¹⁵ *Cairns II, supra*, at para. 35.

¹⁶ *Ibid.*, at para. 74.

¹⁷ *Cairns III, supra*, at para. 98.

¹⁸ R.S.C., 1985, c. L-2.

¹⁹ *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 26; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 30.

²⁰ [1988] 2 S.C.R. 1048.

²¹ *Supra*, note 19.

²² *Ibid.*, at paras. 29-38.

²³ *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 17.

²⁴ *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at para. 36.

²⁵ See *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], 28 [as am. *idem*, s. 8].

²⁶ *International Longshoremen’s and Warehousemen’s Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 v. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 432, at para. 24.

7 (ci-après *Cairns I*); *Cairns (Re)*, [2000] D.C.C.R.I. n° 24 (QL), au par. 3 (ci-après *Cairns II*).

⁴ *VIA Rail Canada Inc.* (1997), 38 C.L.R.B.R. (2d) 124, au par. 16.

⁵ Voir le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 36(1)c), et l’analyse faite dans *VIA Rail Canada Inc. (Re)*. (1998), 45 C.L.R.B.R. (2d) 150.

⁶ Voir *Cairns (Re)*, [2001] D.C.C.R.I. n° 8, aux par. 11 et 34 (ci-après *Cairns III*).

⁷ *VIA Rail Canada Inc.* (1998), *supra*, note 5.

⁸ L’expression «mécanicien d’exploitation» n’est nullement utilisée dans l’entente, où les mots «mécanicien de locomotive» ont plutôt été employés. Apparemment, ce choix visait à la conformité avec la terminologie utilisée dans la législation et les documents d’accréditation. Voir *Cairns I*, au par. 40.

⁹ *Ibid.*, au par. 39.

¹⁰ Lorsque l’ECCÉ a été négociée, il n’était pas certain que le CN respecterait l’accord de transfert, compte tenu du fusionnement des unités de négociation. L’affaire a été tranchée lorsqu’un arbitre a décidé, en novembre 1999, que le CN devait reprendre à son emploi les chefs de train de VIA conformément aux dispositions de l’accord de transfert.

¹¹ Soit 323 voix contre 133 et quatre bulletins gâtés. *Cairns III*, au par. 27.

¹² Apparemment, très peu de chefs de train qui ont demandé l’autorisation de suivre une formation comme mécaniciens de locomotive ont été choisis. Un certain nombre de rejets font actuellement l’objet de griefs.

¹³ *Cairns I*, au par. 119.

¹⁴ [2000] A.C.F. n° 112 (C.A.) (QL) et [2001] A.C.F. n° 672 (C.A.) (QL).

¹⁵ *Cairns II, supra*, au par. 35.

¹⁶ *Ibid.*, au par. 74.

¹⁷ *Cairns III, supra*, au par. 98.

¹⁸ L.R.C. (1985), ch. L-2.

¹⁹ *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au par. 26; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, au par. 30.

²⁰ [1988] 2 R.C.S. 1048.

²¹ Précité, note 19.

²² *Ibid.*, aux par. 29 à 38.

²³ *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, au par. 17.

²⁴ *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, au par. 36.

²⁵ Voir la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], 28 [mod., *idem*, art. 8].

²⁶ *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 432, au par. 24.

²⁷ *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para 31.

²⁸ *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at pp. 1004-1005.

²⁹ *Pushpanathan*, *supra*, note 19 at para. 28.

³⁰ H. W. MacLauchlan, "Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 281, at p. 294.

³¹ R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3d ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at p. 131.

³² [1990] 3 S.C.R. 644

³³ *Ibid.*, at p. 669.

³⁴ *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237.

³⁵ *Paccar*, *supra*, note 28, at pp. 1003-1004.

³⁶ *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 136.1 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 27, s. 49).

³⁷ (1986), 64 di 60, at p. 68.

³⁸ *George Harris et al.* (1986), 68 di 1, at p. 9.

³⁹ (1987), 68 di 116 (C.L.R.B.), at pp. 126-128.

⁴⁰ *Cairns II*, *supra*, at para. 62.

⁴¹ *Ibid.*, at paras. 63-64.

⁴² *Supra*, note 24.

⁴³ *Ibid.*, at para. 65.

⁴⁴ *Ibid.*, at para. 68.

²⁷ *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, au par. 31.

²⁸ *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, aux p. 1004 et 1005.

²⁹ *Pushpanathan*, précité, note 19, au par. 28.

³⁰ H. W. MacLauchlan, «Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada» (2001), 80 *R. du B. Can.* 281, à la p. 294.

³¹ R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Toronto: Butterworths, 1994), à la p. 131.

³² [1990] 3 R.C.S. 644.

³³ *Ibid.*, à la p. 669.

³⁴ *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la p. 237.

³⁵ *Paccar*, *supra*, note 28, aux p. 1003 et 1004.

³⁶ *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 136.1 (édicte par S.C. 1977-1978, ch. 27, art. 49).

³⁷ (1986), 64 di 60, à la p. 68.

³⁸ *George Harris et al.* (1986), 68 di 1, à la p. 9.

³⁹ (1987), 68 di 116 (C.C.R.T.), aux p. 126 à 128.

⁴⁰ *Cairns II*, *supra*, au par. 62.

⁴¹ *Ibid.*, aux par. 63 et 64.

⁴² *Supra*, note 24.

⁴³ *Ibid.*, au par. 65.

⁴⁴ *Ibid.*, au par. 68.

IMM-2499-01
2001 FCT 521

IMM-2499-01
2001 CFPI 521

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(demandeur)

v.

c.

Zu Fa Zhang (Respondent)

Zu Fa Zhang (défendeur)

IMM-2500-01
2001 FCT 522

IMM-2500-01
2001 CFPI 522

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(demandeur)

v.

c.

Ai-Ming Zhang (Respondent)

Ai-Ming Zhang (défendeur)

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

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. ZHANG (1^{re} INST.)

Trial Division, Pelletier J.—Vancouver, May 22 and 23, 2001.

Section de première instance, juge Pelletier—Vancouver, 22 et 23 mai 2001.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Stowaways detained for verification of identity — Judicial review of Adjudicator's decision to release respondent upon posting of security deposit by "anyone" — Respondent smuggled into Canada by criminal organization to which owes large sum of money — Theory of security deposit that provides incentive to compliance with terms of release — But where organized smuggling operation putting up money for security deposit, risk of financial loss not in forfeiture of deposit but in possibility of client's removal — Effect of security deposit must be considered as part of consideration of question whether detainee likely to appear for removal — In turn requires consideration of character of bondsman — Unreasonable for Adjudicator to order security deposit could be posted by "anyone" — If security required, Adjudicator should direct mind to circumstances of person putting up deposit, relationship to detainee — If Minister's representative puts legitimacy of surety in issue, Adjudicator required to deal with it — Onus on detainee to satisfy Minister proposed surety acceptable — If Minister's representative objects to proposed surety, detainee can lead evidence as to suitability at which time Minister's representative may lead evidence to contrary — As Adjudicator cannot reverse own decision, correct to refuse cross-examination of bondsperson after decision to release announced.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Passagers clandestins retenus pour vérification de leur identité — Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre de mettre le défendeur en liberté sur fourniture d'un cautionnement par «n'importe quelle personne» — Le défendeur avait été introduit en fraude au Canada par une organisation criminelle à qui il devait une grosse somme d'argent — Thèse selon laquelle le cautionnement sert d'incitatif à l'observation des conditions de la mise en liberté — Cependant, lorsqu'une organisation de passeurs avance de l'argent aux fins du cautionnement, le risque de perte financière ne découle pas de la confiscation du cautionnement, mais de la possibilité que le client soit renvoyé — Il doit être tenu compte de l'effet du cautionnement dans le cadre de l'examen de la question de savoir si l'individu qui est sous garde obtempérera vraisemblablement à la mesure de renvoi — Il faut d'autre part tenir compte des qualités de la caution — Il était déraisonnable pour l'arbitre d'ordonner que le cautionnement soit fourni par «n'importe quelle personne» — Si la fourniture d'une garantie était nécessaire, l'arbitre était tenu d'examiner la situation de la caution et ses relations avec l'individu qui était sous garde — Si le représentant du ministre remet en question la légitimité de la caution, l'arbitre est tenu d'examiner la question — Il incombe à l'individu qui est sous garde de convaincre l'arbitre que la caution proposée est acceptable — Si le représentant du ministre s'oppose à

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Stowaways detained for identity verification — Adjudicator erred in ordering release upon posting of security by “anyone” — Security deposit to provide incentive to compliance with release terms — Where smugglers posting deposit, risk not deposit forfeiture but possibility of client’s removal — Adjudicator must consider effect of deposit in deciding whether detainee will appear for removal.

This was an application for judicial review of an adjudicator’s decision to release the respondent from detention upon posting a security deposit. The respondent was one of 36 stowaways discovered in a shipping container at Vancouver. The container was consigned to California. He was taken into custody and detained pursuant to *Immigration Act*, subsection 103.1(1), which permits the detention of persons in order to verify their identity. After three weekly detention reviews pursuant to subsection 103.1(4), notice was given that continued detention would be sought under section 103. A hearing was held, at the conclusion of which the Adjudicator made an order authorizing the release of the respondents upon posting a security deposit by “anyone”. The Adjudicator concluded that the respondent was likely to report for removal; the respondent had a job waiting for him in the United States and a cousin of his mother’s would provide a place to stay in Toronto. He found that it would be contrary to the respondent’s interests to go underground to be indentured to the smugglers because he would make little money. The Minister’s representatives made representations as to the amounts of the security deposits, suggesting that they should be in some proportion to the amount of the debt to the smugglers. The Adjudicator refused to allow the Minister’s representative to cross-examine the persons posting the security deposit because his decision had already been rendered. He accepted that relatives were going to post the security deposit, but held that any person could post bond.

The issues were: (1) whether it was an error of law for the Adjudicator to have written “anyone” at the place in the

ce que la personne proposée agisse comme caution, l’individu qui est sous garde peut soumettre une preuve en vue d’établir que la caution a les qualités requises, le représentant du ministre ayant alors la possibilité de présenter une preuve contraire — Étant donné qu’il ne peut pas annuler sa propre décision, l’arbitre a eu raison de rejeter la demande de contre-interrogatoire de la caution après avoir fait connaître sa décision de mettre en liberté le défendeur.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d’enquête en matière d’immigration — Passagers clandestins retenus pour vérification de leur identité — L’arbitre a commis une erreur en ordonnant la mise en liberté sur fourniture d’un cautionnement par «n’importe quelle personne» — Le cautionnement vise à servir d’incitatif à l’observation des conditions de la mise en liberté — Lorsque les passeurs fournissent le cautionnement, le risque couru ne découle pas de la confiscation du cautionnement, mais de la possibilité que le client soit renvoyé — L’arbitre doit tenir compte de l’effet du cautionnement en déterminant si l’individu qui est sous garde obtempérera à la mesure de renvoi.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision d’un arbitre de mettre le défendeur en liberté sur fourniture d’un cautionnement. Le défendeur faisait partie d’un groupe de 36 passagers clandestins qui avaient été découverts dans un conteneur d’expédition à Vancouver. Le conteneur devait être expédié en Californie. Le défendeur a été mis sous garde et il a été retenu conformément au paragraphe 103.1(1) de la *Loi sur l’Immigration*, qui autorise la détention d’une personne aux fins de la vérification de son identité. Après trois révisions hebdomadaires des motifs de la garde effectuées conformément au paragraphe 103.1(4), un avis a été donné selon lequel on devait demander la prolongation de la garde en vertu de l’article 103. Une audience a eu lieu, à la clôture de laquelle l’arbitre a rendu une ordonnance autorisant la mise en liberté du défendeur sur fourniture d’un cautionnement par [TRADUCTION] «n’importe quelle personne». L’arbitre a conclu que le défendeur obtempérerait vraisemblablement à la mesure de renvoi; que le défendeur n’avait pas d’emploi qui l’attendait aux États-Unis et qu’il pouvait rester chez une cousine de sa mère à Toronto. Il a conclu qu’il n’était pas dans l’intérêt du défendeur de vivre dans la clandestinité et de servir d’«apprenti» aux passeurs parce qu’il ne ferait pas beaucoup d’argent. Le représentant du ministre a fait des observations au sujet du montant des cautionnements, en soutenant qu’il devrait exister un rapport entre ces montants et le montant dû aux passeurs. L’arbitre a refusé de permettre au représentant du ministre de contre-interroger les cautions parce qu’il avait déjà pris sa décision. Il a accepté que des parents fourniraient le cautionnement, mais il a statué que n’importe quelle personne pouvait fournir le cautionnement.

Il s’agissait de savoir: 1) si l’arbitre avait commis une erreur de droit en écrivant [TRADUCTION] «n’importe quelle

form of order which called for the name of the person posting the security deposit; (2) whether the Adjudicator's decision was unreasonable; (3) whether refusal to allow the Minister's representative to cross-examine the persons posting the bonds was a denial of natural justice; (4) whether an adjudicator is required to take the suitability of the surety into account when deciding whether to release the detainee; and if so, (5) what is the procedure by which this is done?

Held, the application should be allowed.

(1) In the absence of statutory authority which would make the contents of the form determinative of the substantive law, this matter should not be decided on the basis of the manner in which the form containing the order was completed.

(2) The appropriate standard of review herein was reasonableness. The Minister argued that the decision was unreasonable because it ignored evidence of the respondent's links to the United States in favour of very tenuous links to Canada, and evidence suggesting a significant likelihood of failure to appear for removal. Although the Adjudicator took a very generous view of the evidence, his conclusions were not unreasonable. Decisions affecting individuals who arrive as part of a group must still be made on the basis of their individual positions. The Adjudicator, who saw and heard the respondent, was not unreasonable when he gave effect to evidence in a way which reflected an individualized view of the respondent.

(3) The Adjudicator correctly rejected the request to cross-examine the bondsperson which was made after his decision as to release had been announced. If the cross-examination proved unfavourable, the Adjudicator could not reverse his own decision. Any review of a surety must take place within the evidentiary portion of a detention review, not after a release decision has been made.

(4) The theory behind the requirement for a security deposit or a performance bond is that the person posting the bond or deposit will be sufficiently at risk to take an interest in seeing that the releasee complies with the conditions of release including appearing for removal. And from the point of view of the person who is to be released, the element of personal obligation to the surety is thought to act as an incentive to compliance. But this may not be true in the case of an organized smuggling operation. It can be inferred from the fact that persons pay large sums of money to be smuggled into North America that the earnings prospects are better here than in the place from which they came. The smugglers do not get paid until their customers access this greater earning power. So they have an interest in seeing

personne» dans la section du formulaire d'ordonnance où le nom de la personne fournissant le cautionnement devait être inscrit; 2) si la décision de l'arbitre était déraisonnable; 3) si le refus d'autoriser le représentant du ministre à contre-interroger les personnes qui devaient fournir les cautionnements constituait un déni de justice naturelle; 4) si l'arbitre est obligé d'examiner les qualités de la caution en décidant si l'individu concerné doit être mis en liberté et, dans l'affirmative; 5) quelle est la procédure à suivre à cet égard.

Jugement: la demande est accueillie.

1) En l'absence d'une disposition légale ayant pour effet de rendre le contenu d'un formulaire déterminant en ce qui concerne le droit positif, il ne devrait pas être statué sur cette affaire en se fondant sur la façon dont le formulaire renfermant l'ordonnance a été rempli.

2) La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Le ministre a soutenu que la décision était déraisonnable puisqu'il n'était pas tenu compte de la preuve relative aux liens que le défendeur avait aux États-Unis et que l'on s'était arrêté aux liens fort ténus qui existaient au Canada et qu'il n'était pas tenu compte de la preuve donnant à entendre qu'il était fort probable que l'individu en cause n'obtempère pas à la mesure de renvoi. L'arbitre a interprété la preuve d'une façon remarquablement généreuse, mais ses conclusions n'étaient pas déraisonnables. Les décisions concernant les individus qui font partie d'un groupe doivent néanmoins être prises sur la base de leurs situations individuelles. L'arbitre qui a vu et entendu le défendeur ne s'est pas montré déraisonnable en interprétant la preuve d'une façon qui correspondait à une idée individualisée du défendeur.

3) L'arbitre a eu raison de rejeter la demande de contre-interrogatoire de la caution présentée après qu'il eut fait connaître sa décision de mettre en liberté le défendeur. Si le contre-interrogatoire s'était avéré défavorable, l'arbitre n'aurait pas pu annuler sa propre décision. L'examen des qualités de la caution doit avoir lieu au moment où la preuve est présentée dans le cadre de la révision des motifs de la garde plutôt qu'après qu'une décision a été prise au sujet de la mise en liberté.

4) L'exigence relative à la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution est fondée sur l'idée selon laquelle la personne qui fournit le cautionnement ou la garantie court un risque suffisant pour avoir intérêt à faire en sorte que l'individu en cause observe les conditions de la mise en liberté et notamment qu'il obtempère à la mesure de renvoi. L'obligation personnelle que l'individu qui doit être mis en liberté a envers la caution devrait inciter celui-ci à observer les conditions. Cependant, cela n'est peut-être pas vrai dans le cas d'une opération organisée de trafic. On peut inférer du fait que des personnes versent de grosses sommes d'argent pour être introduites en fraude en Amérique du Nord que les chances de gagner de l'argent sont meilleures ici que dans leur pays d'origine. Les passeurs ne sont payés

that their clients remain in North America. In such cases, it makes sense for a smuggler to put up the money for the security deposit with a view to either helping or coercing the client to go underground and begin repayment of the debt. The risk of financial loss is not in forfeiture of the security deposit but in the possibility of the smuggler's client being returned whence he came. The client's sense of obligation to the smuggler does not act as an inducement to compliance with the conditions of release. In fact the opposite is true.

In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Chen*, Nadon J. held that the decision as to whether an individual is likely to appear for removal is to be made before consideration is given to the question of the security deposit. That approach was unacceptable. If the posting of a security deposit made no difference, there would be no reason to require one. If it makes a difference, then the question of the likelihood of compliance with conditions of release must be considered in light of the effect of the security deposit. If the reasoning in *Chen* was to be adopted, only those who could satisfy the Adjudicator that they would appear for removal without the necessity of a security deposit would be eligible for release. But by definition, none of these would require the imposition of a security deposit to ensure their compliance with the conditions of release. The provisions as to the posting of security would apply only to those who do not require it. The effect of a security deposit must be considered as part of the consideration of the question as to whether the detainee is likely to appear for removal. This requires consideration of the character of the person posting the security since it is possible that the posting of security by certain elements will reduce the likelihood of the detainee appearing for removal. Consequently it was unreasonable for the Adjudicator to order that the security deposit could be posted by anyone. If he thought that security was required to ensure the appearance of the respondent for removal, he was required to direct his mind to the issue of the circumstances of the person putting up the deposit and his relationship to the respondent. If the Minister's representative had previously satisfied himself that the proposed surety was legitimate, the Adjudicator would be entitled to rely upon the Minister's representative's assurances. But if the Minister's representative put the matter in issue, then the Adjudicator was bound to deal with it.

(5) Although, in a detention review, the onus of justifying detention is on the Minister, as a practical matter, the Minister is not in a position to bear the onus of negating the acceptability of the surety since that person can only be proposed by the detainee. The onus is therefore on the detainee to satisfy the Adjudicator that the proposed surety

que lorsque leurs clients ont la chance de gagner plus d'argent. Ils ont donc intérêt à faire en sorte que leur client reste en Amérique du Nord. Dans ces conditions, il est logique qu'un passeur avance l'argent nécessaire aux fins du cautionnement de façon à aider ou à contraindre le client à vivre dans la clandestinité et à commencer à rembourser la dette. Le risque de perte financière ne découle pas de la confiscation du cautionnement, mais de la possibilité que le client soit renvoyé chez lui. Le fait que le client estime avoir une obligation envers le passeur ne l'incite pas à observer les conditions de la mise en liberté. C'est en fait le contraire qui se produit.

Dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Chen*, le juge Nadon a statué qu'il faut déterminer si l'individu obtiendrait vraisemblablement à la mesure de renvoi avant de tenir compte de la question du cautionnement. Cette approche est inacceptable. Si la fourniture d'un cautionnement ne changeait rien à la situation, il n'y aurait pas lieu d'en exiger un. Cependant, si cela changeait les choses, la question de la probabilité que les conditions de mise en liberté soient respectées devrait être examinée compte tenu de l'effet du cautionnement. Si l'on adoptait le raisonnement qui a été fait dans la décision *Chen*, seules les personnes qui réussissent à convaincre l'arbitre qu'elles obtiendront à la mesure de renvoi sans qu'il soit nécessaire de fournir un cautionnement seraient admissibles à la mise en liberté, auquel cas ces personnes n'auraient pas à se voir imposer un cautionnement pour garantir l'observation des conditions de mise en liberté. Les dispositions relatives à la fourniture d'un cautionnement s'appliqueraient uniquement aux personnes pour qui ce n'est pas nécessaire. Il doit être tenu compte de l'effet du cautionnement dans le cadre de l'examen de la question de savoir si l'individu qui est sous garde obtiendrait vraisemblablement à la mesure de renvoi. Il faut d'autre part tenir compte des qualités de la caution puisqu'il est possible que la fourniture d'un cautionnement par certains éléments de la société réduise les chances que l'individu en question obtienne à la mesure de renvoi. Par conséquent, il était déraisonnable pour l'arbitre de dire que le cautionnement pouvait être fourni par n'importe quelle personne. S'il croyait que la fourniture d'une garantie était nécessaire pour que le défendeur obtienne à la mesure de renvoi, l'arbitre était tenu d'examiner la situation de la caution et les relations que celle-ci entretenait avec le défendeur. Si le représentant du ministre avait été convaincu que la caution proposée avait les qualités requises, l'arbitre aurait eu le droit de se fonder sur l'avis donné par celui-ci. Cependant, si le représentant du ministre avait fait savoir qu'il s'opposait, alors l'arbitre aurait été tenu d'examiner la question.

5) Lorsqu'une révision des motifs de la garde est effectuée, il incombe au ministre de justifier la garde. Toutefois, en pratique, le ministre n'est pas en mesure de s'acquitter de son obligation quant à un examen des qualités de la caution puisque seul l'individu qui est sous garde peut proposer que cette personne agisse à titre de caution. Il incombe donc à

is acceptable. If the Minister's representative objects to the proposed bondsperson, then counsel for the detainee can choose to lead evidence as to his suitability at which time the Minister's representative will have the opportunity to lead the Minister's evidence. It is at this point that the question of the cross-examination of the proposed surety should arise.

The Adjudicator dismissed the issue of the relationship of the surety with the respondent and seemed to rely only on the risk of forfeiture. In the circumstances of a criminal smuggling operation, this was an unreasonable error.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 103 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94; 1995, c. 15, s. 19), 103.1(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 12; 1992, c. 49, s. 95), (4) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 12).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Chen, [1999] F.C.J. No. 1815 (T.D.) (QL).

REFERRED TO:

Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1995] 1 F.C. 214; (1994), 85 F.T.R. 99; 30 Imm. L.R. (2d) 33 (T.D.).

APPLICATION for judicial review of an adjudicator's decision to release the respondent from immigration detention upon posting a security deposit by "anyone". Application allowed.

APPEARANCES:

Mandana Namazi for applicant.
Antya Schrack for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Antya Schrack, Vancouver, for respondent.

l'individu en cause de convaincre l'arbitre que la caution proposée a les qualités requises. Si le représentant du ministre s'oppose à ce que la personne proposée agisse comme caution, l'avocat de l'individu qui est sous garde peut décider de soumettre une preuve tendant à établir que la caution a les qualités requises, le représentant du ministre ayant alors la possibilité de présenter la preuve du ministre. C'est à ce moment que la question du contre-interrogatoire de la caution proposée devrait se poser.

L'arbitre n'a pas tenu compte de la question des relations existant entre la caution et les défendeurs et semble s'être uniquement fondé sur le risque de confiscation. Étant donné qu'une opération criminelle de trafic était en cause, il s'agissait d'une erreur déraisonnable.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 103 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19), 103.1(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 12; 1992, ch. 49, art. 95), (4) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 12).

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Chen, [1999] A.C.F. n° 1815 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISION CITÉE:

Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1995] 1 C.F. 214; (1994), 85 F.T.R. 99; 30 Imm. L.R. (2d) 33 (1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre de mettre le défendeur en liberté sur fourniture d'un cautionnement par «n'importe quelle personne». Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Mandana Namazi pour le demandeur.
Antya Schrack pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Antya Schrack, Vancouver, pour le défendeur.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] PELLETIER J.: On May 18, 2001 an adjudicator ordered that Ai-Ming Zhang and Zu Fa Zhang could be released from detention upon posting of a security deposit by “anyone” in the amount of \$5,000 in the case of Zu Fa Zhang and \$10,000 in the case of Ai-Ming Zhang. The Minister gave notice same day of an intention to apply for a stay of the Adjudicator’s order noting that the situation was urgent because the next detention review was scheduled for May 23, 2001 but nothing occurred until May 22, 2001. On May 22, counsel for the Minister and counsel for the respondents appeared. Counsel for the Minister advised the Court that since the next detention review was scheduled to take place the next day, the Court should hear the stay application, the leave application and the judicial review application since there was no other possibility of concluding the proceedings before the next day’s detention review made them moot. Counsel for the respondents agreed to proceed in that fashion.

[2] It is apparent that where the Minister seeks a stay of an adjudicator’s decision to release an individual from detention at the 48-hour detention review provided in subsection 103(6) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 19)] (the Act), the stay and the judicial review application itself will have to be heard within a 7-day period. This is so because another detention review must be held within 7 days of the first review. Once that review occurs, the order made after the 48-hour review is without effect and a judicial review of that order is moot. In those circumstances it would be helpful to the Court if counsel filing the notice of application would advise the Court that a hearing date for the judicial review will be required within the 7-day period.

[3] The facts very briefly stated are that the two respondents were among a group of 36 stowaways

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

[1] LE JUGE PELLETIER: Le 18 mai 2001, un arbitre a ordonné qu’Ai-Ming Zhang et Zu Fa Zhang soient mis en liberté sur fourniture d’un cautionnement par [TRADUCTION] «n’importe quelle personne», d’un montant de 5 000 \$ dans le cas de Zu Fa Zhang et de 10 000 \$ dans le cas d’Ai-Ming Zhang. Le même jour, le ministre a donné un avis de son intention de demander un sursis à l’exécution de l’ordonnance rendue par l’arbitre en faisant remarquer qu’il s’agissait d’un cas urgent parce que la révision suivante des motifs de la garde devait avoir lieu le 23 mai 2001; cependant, il ne s’est rien produit jusqu’au 22 mai 2001. Le 22 mai, l’avocat du ministre et l’avocat des défendeurs ont comparu. L’avocat du ministre a informé la Cour qu’étant donné que la révision suivante devait avoir lieu le lendemain, la Cour devait entendre la demande de sursis, la demande d’autorisation et la demande de contrôle judiciaire, puisqu’il n’existait aucune autre possibilité de mener l’instance à bonne fin avant que la révision qui devait être effectuée le lendemain rende ces demandes sans objet. L’avocat des défendeurs a accepté de procéder ainsi.

[2] De toute évidence, lorsque le ministre sollicite un sursis à l’exécution de la décision d’un arbitre de mettre un individu en liberté au moment de la révision des motifs de la garde effectuée dans les 48 heures conformément au paragraphe 103(6) de la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 19)] (la Loi), la demande de sursis et la demande de contrôle judiciaire même doivent être entendues dans un délai de sept jours. Il en est ainsi parce qu’une autre révision des motifs de la garde doit avoir lieu dans les sept jours qui suivent la date de la première révision. Une fois que cette révision a lieu, l’ordonnance rendue après la révision qui doit avoir lieu dans un délai de 48 heures est sans effet et le contrôle judiciaire de cette ordonnance est sans objet. Dans ces conditions, il serait bon que l’avocat qui dépose l’avis de demande informe la Cour que le contrôle judiciaire doit être entendu dans le délai de sept jours.

[3] En résumé, les faits sont les suivants: les deux défendeurs faisaient partie d’un groupe de 36 passa-

who were discovered in a shipping container aboard the *M.V. Pretty River* at Vancouver on April 10, 2001. The container in which they were concealed was consigned to Long Beach California which was the final destination of the voyage. Upon discovery, the stowaways were taken into custody by immigration officials and were detained pursuant to subsection 103.1(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 12; 1992, c. 49, s. 95] of the *Immigration Act* which permits the detention of persons in order to verify their identity. While in detention they were interviewed on several occasions by immigration officers who attempted to confirm the individuals' identity as well as the circumstances surrounding their departure from China and their intended destination. In these two cases, the notes of the interviews contained all or substantially all of the following elements, which are taken in this case from the record relating to Ai-Ming Zhang:

– The container in which he was found was consigned to Long Beach California.

– He was only discovered in this container before arriving in Canada because a crew member on the vessel had heard human voices coming from the container.

– He has endured horrendous conditions locked in a shipping container for two weeks in order to reach the U.S.A.

– He has no funds available to support himself. He arrived with only _____ (currency)

– He attempted to enter Canada illegally.

– He did not make an application for nor has he obtained a visa of Canada as required by the Act.

– He is not in possession of a passport or travel document issued by his country of origin.

– He has placed himself in the hands of a criminal smuggling organization in order to effect his journey.

[4] In the case of Ai-Ming Zhang, the notations which are peculiar to his situation are the following:

– He stated he was planning to go to the U.S.A.

gers clandestins qui ont été découverts dans un conteneur d'expédition à bord du *M.V. Pretty River*, à Vancouver, le 10 avril 2001. Le conteneur dans lequel ces individus étaient cachés devait être expédié à Long Beach, en Californie, soit le point de destination final du voyage. Lorsqu'ils ont été découverts, les passagers clandestins ont été mis sous garde par des représentants de l'Immigration et ils ont été retenus conformément au paragraphe 103.1(1) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 12; L.C. 1992, ch. 49, art. 95] de la *Loi sur l'immigration*, qui autorise la détention d'une personne aux fins de la vérification de son identité. Pendant qu'ils étaient retenus, les individus en question ont été interrogés à plusieurs reprises par des agents d'immigration qui ont tenté de confirmer leur identité ainsi que les circonstances dans lesquelles ils avaient quitté la Chine et le lieu de destination envisagé. Dans les deux cas qui nous occupent, les notes prises au moment des entrevues renfermaient tous les éléments ci-après énoncés ou presque tous les éléments ci-après énoncés, lesquels sont tirés du dossier d'Ai-Ming Zhang:

[TRADUCTION]

– Le conteneur dans lequel il a été trouvé devait être expédié à Long Beach, en Californie.

– Il a été découvert dans ce conteneur avant d'arriver au Canada parce qu'un membre de l'équipage du navire avait entendu des voix humaines provenant du conteneur.

– Il a fait face à des conditions atroces pendant qu'il était enfermé dans un conteneur pour deux semaines afin d'aller aux États-Unis.

– Il n'a pas d'argent pour subvenir à ses besoins. Il est arrivé avec uniquement _____ (monnaie) [. . .]

– Il a tenté d'entrer au Canada illégalement.

– Il n'a pas présenté de demande en vue d'obtenir un visa canadien comme l'exige la Loi et il n'a pas obtenu pareil visa.

– Il n'est pas en possession d'un passeport ou d'un document de voyage délivré par son pays d'origine.

– Il s'en est remis à une organisation criminelle de passeurs afin d'effectuer son voyage.

[4] En ce qui concerne Ai-Ming Zhang, les notes qui se rapportent à lui personnellement sont les suivantes:

[TRADUCTION]

– Il a déclaré qu'il avait l'intention d'aller aux États-Unis.

- He has a younger brother and a sister in the U.S.A.
- His wife told me that his younger brother owns a restaurant in the U.S. and wants him to come to work for him.
- He is unemployed in China.
- He has stated that his reason for coming is to get a job and make money because he has a lot of debts.
- His wife told me that he has no debts.
- He has indebted himself to the criminal smuggling organization for US \$42,000.
- He was previously deported back to China from Japan where he also illegally travelled.

[5] In the case of Zu Fa Zhang, the information which relates to his situation is as follows:

- He has given his resident i.d. card to an agent of this criminal smuggling organization.
- He has a brother in the U.S.A. in New York and tried to conceal this fact in his preliminary interviews.
- His father told me that Mr. Zhang was going to join his brother in New York where there is a job waiting for him.
- His father has told me that Mr. Zhang has several other relatives in the U.S. besides his brother but only some remote relatives in Canada.
- He has indebted himself to the criminal smuggling organization for US \$30,000, this organization has already contacted Mr. Zhang's family for repayment.
- He has stated that he knows he does not qualify as a refugee but has made a claim anyway.

[6] After detention reviews on April 18, April 25, and May 2, pursuant to subsection 103.1(4) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 12] of the Act, notice was given on May 15 that continued detention would now be sought under section 103 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94; 1995, c. 15, s. 19] of the Act. Detention under section 103 is authorized under certain conditions:

103. . . .

(3) Where an inquiry is to be held or is to be continued with respect to a person or a removal order or conditional

- Il a un frère cadet et une sœur aux États-Unis.
- Sa femme m'a dit que son frère cadet possède un restaurant aux États-Unis et qu'il veut qu'Ai-Ming Zhang aille l'y rejoindre pour travailler avec lui.
- En Chine, il est en chômage.
- Il a déclaré qu'il était venu afin de trouver un emploi et de faire de l'argent parce qu'il a beaucoup de dettes.
- Sa femme m'a dit qu'il n'a pas de dettes.
- Il doit 42 000 \$US à l'organisation criminelle de passeurs.
- Il a déjà été expulsé en Chine depuis le Japon, où il s'était également rendu illégalement.

[5] Quant à Zu Fa Zhang, les renseignements qui se rapportent à lui personnellement sont les suivants:

[TRADUCTION]

- Il a remis sa carte d'identité de résident à un représentant de l'organisation criminelle de passeurs.
- Il a un frère à New York, aux États-Unis, et il a essayé de dissimuler ce fait lors des entrevues préliminaires.
- Son père m'a dit que M. Zhang allait rejoindre son frère à New York, où un emploi l'attend.
- Son père m'a dit que M. Zhang a plusieurs autres parents aux États-Unis en plus de son frère, mais qu'il n'a au Canada que des parents éloignés.
- Il doit 30 000 \$US à l'organisation criminelle de passeurs, cette organisation ayant déjà communiqué avec sa famille en vue de se faire rembourser cette somme.
- Il a déclaré savoir qu'il n'est pas admissible à titre de réfugié, mais il a néanmoins présenté une revendication.

[6] Après les révisions des motifs de la garde effectuées le 18 avril, le 25 avril et le 2 mai, conformément au paragraphe 103.1(4) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 12] de la Loi, un avis a été donné le 15 mai, selon lequel on devait demander la prolongation de la garde en vertu de l'article 103 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19] de la Loi. La garde, en vertu de l'article 103, est autorisée à certaines conditions:

103. [. .]

(3) Dans le cas d'une personne devant faire l'objet d'une enquête ou d'une enquête complémentaire ou frappée par

removal order has been made against a person, an adjudicator may make an order for

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

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

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

[7] The conditions governing release from detention are found at subsection 103(7):

103. . . .

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

[8] The timing of the detention reviews is set out at subsection 103(6):

103. . . .

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

[9] Accordingly, upon notice that detention was now sought under section 103, a hearing was held on May 16 and May 18 at the conclusion of which the Adjudi-

une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel, l'arbitre peut ordonner:

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

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

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

[7] Les conditions régissant la mise en liberté sont énoncées au paragraphe 103(7):

103. [. . .]

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

[8] Le paragraphe 103(6) prévoit à quels moments les révisions des motifs de la garde doivent avoir lieu:

103. [. . .]

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

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

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

[9] Par conséquent, à la suite de l'avis indiquant que l'on demanderait la garde en vertu de l'article 103, une audience a eu lieu les 16 et 18 mai, à la clôture

cator made an order authorizing the release of the respondents. The Court has no evidence before it of the proceedings before the Adjudicator as no transcript was produced. The Court has a transcription of a recording of the Adjudicator's reasons which are some 19 pages in length.

[10] The conclusions which the Adjudicator reached and which are material to these proceedings are the following:

- He concluded that both Ai-Ming Zhang and Zu Fa Zhang were likely to report (for removal) and he would therefore be ordering release on that basis.
- The test is the balance of probabilities.
- He assessed the credibility of the two individuals and found that there was no evidence that they were untruthful or misleading.
- He rejected evidence tendered by the Minister tending to show that persons from a particular region of China are a greater risk of not appearing than perhaps other refugee claimants from around the world. He rejected evidence that in the five incidents involving groups of immigrants arriving in Canada by sea since 1999, 167 of 267 persons released have disappeared on the ground that the meaning of “disappeared” was unclear and that the evidence consisted of a simple tabulation rather than statistics.
- He questioned the notion that everyone who belongs to a particular group will approach things in a certain way.
- He concluded that the travellers' overall goal was to escape China not to reach the U.S.A. If they landed in Canada, so be it. If they landed in the U.S.A., so be it.
- The fact that the individuals have a concern about returning to China simply confirms that they are refugees and does not mean they will not report for removal.
- He found that Zu Fa Zhang has a good impression of Canada and believed him when he said he did not have a job waiting for him in the United States.
- He found that Zu Fa Zhang had several friends in Toronto to stay with and a cousin of his mother in Toronto to provide him with support.

de laquelle l'arbitre a rendu une ordonnance autorisant la mise en liberté des défendeurs. La Cour ne dispose d'aucun élément de preuve au sujet de l'audience tenue par l'arbitre, aucune transcription n'ayant été produite. La Cour a devant elle une transcription d'un enregistrement des motifs prononcés par l'arbitre, lesquels ont environ 19 pages.

[10] Les conclusions que l'arbitre a tirées et qui sont ici pertinentes sont ci-après énoncées:

- Il a conclu qu'Ai-Ming Zhang et Zu Fa Zhang obtiendraient vraisemblablement (à la mesure de renvoi) et que, cela étant, il ordonnerait leur mise en liberté.
- Le critère à appliquer est celui de la prépondérance des probabilités.
- Il a apprécié la crédibilité des deux individus et a conclu que rien ne montrait qu'ils ne disaient pas la vérité ou qu'ils cherchaient à l'induire en erreur.
- Il a rejeté la preuve fournie par le ministre, laquelle tendait à montrer que les personnes venant de cette région de la Chine risquent davantage de ne pas comparaître que d'autres demandeurs du statut de réfugié venant d'ailleurs. Il a rejeté la preuve selon laquelle dans les cinq cas où des groupes d'immigrants étaient arrivés par mer au Canada depuis 1999, 167 des 267 personnes qui avaient été mises en liberté avaient disparu, en disant que le sens du mot [TRADUCTION] «disparu» n'était pas clair et que la preuve était fondée sur un simple tableau plutôt que sur des statistiques.
- Il a remis en question l'idée selon laquelle toute personne qui appartient à un groupe particulier aborde les choses d'une certaine façon.
- Il a conclu que l'objectif général des passagers était de s'enfuir de la Chine plutôt que d'aller aux États-Unis. S'ils arrivaient au Canada, eh bien soit. S'ils arrivaient aux États-Unis, eh bien soit.
- Le fait que les individus en cause craignent de retourner en Chine confirme simplement qu'il s'agit de réfugiés; cela ne veut pas dire qu'ils n'obtempéreront pas à une mesure de renvoi.
- Il a conclu que le Canada plaisait à Zu Fa Zhang et il a cru celui-ci lorsqu'il a affirmé ne pas avoir d'emploi qui l'attendait aux États-Unis.
- Il a conclu que Zu Fa Zhang avait à Toronto plusieurs amis chez qui il pouvait rester et une cousine de sa mère qui pouvait l'aider.

– He found that Ai-Ming Zhang was a trustworthy individual because he had voluntarily departed Japan, to which he had travelled, when his refugee claim was refused.

– He found that it was contrary to the respondents' interests to go underground to be indentured to the snakeheads because that would mean that they would make little money, (which is the connotation of being indentured), whereas if they had work permits in Canada they could work legally and make more money so as to pay down their debt faster. In addition they would qualify for social benefits.

[11] The following passages are important enough to be quoted verbatim:

It is in fact not the only thing you can do [going underground in the U.S.] and my view is that because both of you are likely to report as required I will give you that opportunity. In both cases I have been convinced that neither of you fit into a general profile into which it was invited that you did belong. In both cases you have places to go and people to support you. In both cases homes have been offered. And in my view acceptance of the bonds is acceptable to provide further incentive that the terms and conditions are complied with. It is therefore the combination of all of the terms and conditions which lead me to the conclusion that I do today.

[12] Following this conclusion, the Minister's representative made representations as to the amounts of the security deposits, suggesting that they should be in some proportion to the amount of the debt to the snakeheads and said that he wished to cross-examine the persons posting the security deposit (the sureties). Counsel for the respondents made submissions to the effect that each respondent had a brother in the U.S. who would provide the funds to post the security deposit. It was noted that Zu Fa Zhang did not in fact know the name of his mother's cousin and didn't have her phone number in Toronto but he had the number of a friend. The Adjudicator then dealt with these issues:

Minister's counsel suggested that he wished an opportunity to cross-examine the bondspersons. Pursuant to the Immigration Act, I have the authority to determine procedures in here. Of course in accordance with the rules of natural justice, etc. Mr. Starr was given the opportunity in his reply to address such matters. That is the core to making my decision. He chose not to do that. His suggestion to cross-examine was after my decision had been rendered. That is clearly not the correct place to conduct cross-

– Il a conclu qu'Ai-Ming Zhang était un individu digne de foi parce qu'il avait de son plein gré quitté le Japon, où il s'était rendu, lorsque sa revendication avait été refusée.

– Il a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt des défendeurs de vivre dans la clandestinité et de servir d'«apprentis» auprès des *Snakeheads*, parce qu'ils ne feraient pas beaucoup d'argent (ce que connote le mot apprenti) alors que, si les défendeurs avaient des permis de travail au Canada, ils pourraient travailler légalement et gagner davantage d'argent et être en mesure de rembourser leur dette plus rapidement. De plus, ils seraient admissibles aux prestations sociales.

[11] Les passages suivants sont suffisamment importants pour être cités textuellement:

[TRADUCTION] En fait, ce n'est pas la seule chose que vous pouvez faire [vivre dans la clandestinité aux États-Unis]; je crois qu'étant donné que vous vous présenterez tous les deux en temps voulu, je vous donnerai cette possibilité. Je suis convaincu que votre profil ne correspond ni dans un cas ni dans l'autre au profil général qui a été décrit. Vous avez tous deux des endroits où aller et des gens qui peuvent vous aider. Dans les deux cas, on a offert de vous héberger. À mon avis, la fourniture d'un cautionnement est un moyen acceptable de vous inciter à observer les conditions. Par conséquent, ce sont toutes les conditions ensemble qui m'amènent à tirer la conclusion à laquelle je suis aujourd'hui arrivé.

[12] À la suite de cette conclusion, le représentant du ministre a fait des observations au sujet du montant des cautionnements, en soutenant qu'il devrait exister un rapport entre ces montants et le montant dû aux *Snakeheads*, et il a déclaré qu'il voulait contre-interroger les personnes qui fournissaient le cautionnement (les cautions). L'avocat des défendeurs a fait valoir que chaque défendeur avait aux États-Unis un frère qui fournirait les sommes nécessaires aux fins du cautionnement. On a fait remarquer que Zu Fa Zhang ne connaissait pas en fait le nom de la cousine de sa mère et qu'il n'avait pas son numéro de téléphone à Toronto, mais qu'il avait le numéro d'un ami. L'arbitre a ensuite examiné les questions suivantes:

[TRADUCTION] L'avocat du ministre a affirmé qu'il voulait avoir la possibilité de contre-interroger les cautions. La Loi sur l'immigration m'autorise à déterminer les procédures applicables en l'espèce. Bien sûr, conformément aux règles de justice naturelle et ainsi de suite, M. Starr a eu la possibilité, dans sa réponse, d'aborder pareilles questions. Tel est le fondement de ma décision. Il a décidé de ne pas se prévaloir de cette possibilité. Il a demandé à contre-interroger les cautions après que j'eus pris ma décision. Il ne

examination. In any case, I was satisfied without delving into the inushi [minutiae?] of the backgrounds of the bondspersons etc. that these two individuals are likely to report. Apart from establishing very close links to bondspersons etc., in my view these are credible individuals. Who are more likely than not are going to live up to their obligations. Today I do not hinge on the relationship to bondspersons. There would be no point in examining the bondspersons. It has been pointed out to me that the funds will be coming from relatives and I accept that. . . . Any person may post the bond in favour of these individuals.

[13] The grounds of review which were urged upon me were that the form of order which was completed by the Adjudicator contained an error of law because at the place in the form which called for the name of the person posting the security deposit “anyone” was entered. Secondly, the decision amounted to a denial of natural justice because the Minister’s representative had not been allowed to cross-examine the persons posting the bonds. And finally, it was suggested that the decision was unreasonable because it ignored the evidence of the respondents’ links to the United States in favour of very tenuous links to Canada, it ignored evidence suggesting a significant likelihood of failure to appear for removal and it ignored evidence of attempts at deception which had been noted by the immigration officer who interviewed them.

[14] In the absence of reference to a statutory authority which would make the contents of a form determinative of the substantive law on a point, I am unwilling to decide this matter on the basis of the manner in which the form containing the order was completed. Counsel was not able to provide me with such authority.

[15] The standard of review of the Adjudicator’s decision is no less than reasonableness. I find that the Adjudicator took a remarkably generous view of the evidence before him. I think it unlikely that he has

s’agit clairement pas du moment approprié pour effectuer un contre-interrogatoire. Quoi qu’il en soit, je suis convaincu, sans m’attarder en détail aux antécédents des cautions et ainsi de suite, que ces deux individus vraisemblablement se présenteront en temps voulu. À mon avis, en plus d’avoir établi l’existence de liens fort étroits avec les cautions et ainsi de suite, il s’agit d’individus crédibles qui respecteront probablement leurs obligations. Je ne traiterai pas ici des relations qu’ils ont avec les cautions. Il ne servirait à rien d’interroger les cautions. On m’a signalé que les sommes nécessaires seront fournies par des parents et j’accepte la chose. [. . .] N’importe quelle personne peut fournir le cautionnement en faveur de ces individus.

[13] On a invoqué devant moi comme motif d’examen le fait que le formulaire d’ordonnance qui a été rempli par l’arbitre renfermait une erreur de droit parce que, dans la section où le nom de la personne fournissant le cautionnement devait être inscrit, l’arbitre a écrit [TRADUCTION] «n’importe quelle personne». Deuxièmement, que la décision équivalait à un déni de justice naturelle parce que le représentant du ministre n’avait pas été autorisé à contre-interroger les personnes qui devaient fournir les cautionnements. Enfin, il a été soutenu que la décision était déraisonnable puisqu’il n’était pas tenu compte de la preuve relative aux liens que les défendeurs avaient aux États-Unis et que l’on s’était arrêté aux liens fort ténus qui existaient au Canada, qu’il n’était pas tenu compte de la preuve donnant à entendre qu’il était fort probable que les individus en cause n’obtempèrent pas à la mesure de renvoi et qu’il n’était pas tenu compte de la preuve relative aux tentatives de tromperie qui avaient été notées par l’agent d’immigration qui avait eu une entrevue avec les individus en question.

[14] Étant donné qu’on ne m’a renvoyé à aucune disposition légale ayant pour effet de rendre le contenu d’un formulaire déterminant en ce qui concerne le droit positif s’appliquant à un point particulier, je ne suis pas prêt à statuer sur cette affaire en me fondant sur la façon dont le formulaire renfermant l’ordonnance a été rempli. L’avocat du ministre n’a pas pu me référer à une telle disposition.

[15] La norme de contrôle applicable à la décision de l’arbitre est celle de la décision raisonnable, rien de moins. Je conclus que l’arbitre a interprété d’une façon remarquablement généreuse la preuve dont il

been or will ever be employed as a credit manager. But I am reluctant to say that his conclusions were unreasonable. My reluctance springs from the fact that it is difficult to think about persons in the situation of these respondents as individuals. The position taken by the Minister, if accepted, would ensure that none of these waterborne visitors would ever be seriously considered for release from detention. The fact that these individuals arrived as part of a group conditions us to think that they had a common purpose, which is to be determined by considering which factors are common to the group. But the decisions affecting these individuals must be made on the basis of their individual positions. So I am reluctant to say that the Adjudicator who saw them and heard them was unreasonable when he gave effect to evidence in a way which reflected an individualized view of the respondents. In these cases, it is too easy to conclude that a decision is unreasonable simply because it found for the respondents. That said, there comes a point at which generosity of spirit becomes wishful thinking. This Adjudicator was in the general vicinity of that point.

[16] In my view, the ground on which the Minister succeeds is the issue of the security deposit. There are two related issues here, one of which was pleaded by the Minister and one which emerged in argument. The one pleaded by the Minister is that it was a denial of natural justice to fail to allow the Minister's representative to cross-examine the sureties when he requested leave to do so. As the argument developed, the fact of allowing anyone to post the security deposit became an issue. Counsel for the Minister took the position that the Adjudicator had an obligation to consider the suitability of the surety if a security deposit were to be required.

[17] In my view the Adjudicator was correct in rejecting a request for cross-examination made after his decision as to release was announced. If the Minister's representative were given leave to cross-examine at that point, there is the possibility of the decision being reversed if the cross-examination proved unfavourable. But the Adjudicator cannot

disposait. À mon avis, il est peu probable qu'il ait été ou qu'il soit un jour employé à titre de gérant du crédit. Cependant, j'hésite à dire que ses conclusions étaient déraisonnables, et ce, parce qu'il est difficile de considérer des personnes dans la situation des présents défendeurs sur une base individuelle. Si la position prise par le ministre était retenue, on n'envisagerait jamais sérieusement de mettre en liberté ces visiteurs venus de la mer. Le fait que les individus ici en cause faisaient partie d'un groupe nous amène à croire à l'existence d'un but commun, qui doit être déterminé compte tenu des facteurs qui sont communs au groupe. Cependant, les décisions concernant ces individus doivent être prises sur la base de leurs situations individuelles. J'hésite donc à dire que l'arbitre qui les a vus et qui les a entendus s'est montré déraisonnable en interprétant la preuve d'une façon qui correspondait à une idée individualisée des défendeurs. Dans ce genre de cas, il est trop facile de conclure qu'une décision est déraisonnable simplement parce qu'elle favorise les défendeurs. Ceci dit, la générosité d'esprit de quelqu'un peut à un certain point lui faire prendre ses désirs pour la réalité. Dans ce cas-ci, l'arbitre n'était pas loin de là.

[16] À mon avis, l'argument du ministre qu'il faut retenir se rapporte à la question du cautionnement. Deux questions connexes se posent en l'espèce, l'une que le ministre a plaidée et l'autre qui est ressortie au cours de l'argumentation. La question qui a été plaidée par le ministre est qu'il y a eu déni de justice naturelle lorsqu'on a rejeté la demande d'autorisation du représentant du ministre de contre-interroger les cautions. Au cours de l'argumentation, la question de permettre à n'importe quelle personne de fournir le cautionnement est ressortie. L'avocat du ministre a soutenu que l'arbitre était obligé d'examiner les qualités de la caution dans le cas où un cautionnement devait être fourni.

[17] À mon avis, l'arbitre a eu raison de rejeter la demande de contre-interrogatoire présentée après qu'il eut fait connaître sa décision de mettre en liberté les défendeurs. Si le représentant du ministre avait obtenu l'autorisation de procéder à un contre-interrogatoire à ce moment-là, la décision aurait pu être annulée si le contre-interrogatoire s'était avéré défavorable. Cepen-

reverse his own decision. Any review of a surety must take place within the evidentiary portion of a detention review, not after a release decision has been made.

[18] It seems to me that the issue resolves itself into two questions. Is the Adjudicator required to take the suitability of the surety into account when deciding whether to release the detainee? If so, what is the procedure by which this is done?

[19] It appears that the theory behind the requirement for a security deposit or a performance bond is that the person posting the bond or deposit will be sufficiently at risk to take an interest in seeing that the releasee complies with the conditions of release including appearing for removal. From the point of view of the person who is to be released, the element of personal obligation to the surety is thought to act as an incentive to compliance. While this may be true generally, it may not be true in the case of an organized smuggling operation where significant sums of money are involved. One can infer from the fact that persons pay large sums of money to be smuggled into North America that the earnings prospects are better here than in the place from which they came. The smugglers do not get paid until their customers access this greater earning power. So they have an interest in seeing that their client remains in North America. In those circumstances, it makes sense for a smuggler to put up the money for the security deposit with a view to either helping or coercing the client to go underground and begin repayment of the debt. The risk of financial loss, in such a case, is not in forfeiture of the security deposit but in the possibility of the smuggler's client being returned to his home. The client's sense of obligation to the smuggler does not act as an inducement to compliance with the conditions of release. In fact the opposite is true.

[20] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Chen*, [1999] F.C.J. No. 1815 (T.D.) (QL), Nadon J. held that the decision as to whether the

dant, l'arbitre ne peut pas annuler sa propre décision. L'examen des qualités de la caution doit avoir lieu au moment où la preuve est présentée dans le cadre de la révision des motifs de la garde plutôt qu'après qu'une décision a été prise au sujet de la mise en liberté.

[18] Il me semble qu'il s'agit en fait de savoir si l'arbitre est obligé d'examiner les qualités de la caution lorsqu'il doit décider si l'individu concerné doit être mis en liberté et, dans l'affirmative, quelle est la procédure à suivre à cet égard.

[19] Il semble que l'exigence relative à la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution est fondée sur l'idée selon laquelle la personne qui fournit le cautionnement ou la garantie court un risque suffisant pour avoir intérêt à faire en sorte que l'individu en cause observe les conditions de la mise en liberté et notamment qu'il obtempère à la mesure de renvoi. L'obligation personnelle que l'individu qui doit être mis en liberté a envers la caution devrait inciter celui-ci à observer les conditions. Cela est peut-être vrai en général, mais il n'en va pas nécessairement de même dans le cas d'une opération organisée de trafic mettant en cause d'importantes sommes d'argent. On peut inférer du fait que des personnes versent de grosses sommes d'argent pour être introduites en fraude en Amérique du Nord que les chances de gagner de l'argent sont meilleures ici que dans leur pays d'origine. Les passeurs ne sont payés que lorsque leurs clients ont la chance de gagner plus d'argent. Ils ont donc intérêt à faire en sorte que leur client reste en Amérique du Nord. Dans ces conditions, il est logique qu'un passeur avance l'argent nécessaire aux fins du cautionnement de façon à aider ou à contraindre le client à vivre dans la clandestinité et à commencer à rembourser la dette. Le risque de perte financière, en pareil cas, ne découle pas de la confiscation du cautionnement, mais de la possibilité que le client soit renvoyé chez lui. Le fait que le client estime avoir une obligation envers le passeur ne l'incite pas à observer les conditions de la mise en liberté. C'est en fait le contraire qui se produit.

[20] Dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Chen*, [1999] A.C.F. n° 1815 (1^{re} inst.) (QL), le juge Nadon a conclu

individual is likely to appear for removal is to be made before any consideration is to be given to the question of the security deposit or the surety [at paragraph 15].

As I read subsections 103(3)(b) and 103(7), an adjudicator must order the release of a person from detention "subject to such terms and conditions as the adjudicator deems appropriate in the circumstances, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond" once he is satisfied that the person in detention is likely to appear for removal. In other words, if the adjudicator is satisfied, on the evidence before him, that the person in detention will not abscond, he must then order the release of that person subject to terms and conditions which may include the payment of a security deposit. The posting of a bond and the amount thereof are not part of the evidence relevant to the determination which the adjudicator must make as to the likelihood of the person appearing for removal. Thus, on my understanding of the subsections, the adjudicator must make up his mind with regard to the likelihood of the person absconding or appearing for removal on the basis of the evidence without regard to the bond which he might impose if satisfied that the person in detention will likely appear for removal.

[21] With the greatest of respect for my learned colleague, I take a different view. A security deposit or a performance bond is intended to act as a motivator for compliance. As noted above, the theory of a security deposit is that it provides an incentive for compliance with conditions of release. If the posting of a security deposit made no difference, there would be no reason to require one. If it makes a difference, then the question of the likelihood of compliance with conditions of release must be considered in light of the effect of the security deposit. If one were to adopt the reasoning in *Chen, supra*, then only those who could satisfy the Adjudicator that they would appear for removal without the necessity of a security deposit would be eligible for release. But by definition, none of these would require the imposition of a security deposit to ensure their compliance with the conditions of release. The provisions as to the posting of security would only apply to those who do not require it.

qu'il faut déterminer tout d'abord si l'individu obtempérera vraisemblablement à la mesure de renvoi avant de tenir compte de la question du cautionnement ou de la caution [au paragraphe 15]:

Si je comprends bien l'alinéa 103(3)(b) et le paragraphe 103(7), un arbitre doit ordonner la mise en liberté de l'intéressé «aux conditions qu'il juge indiquées en l'espèce, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution» s'il est convaincu que la personne sous garde ne se dérobera vraisemblablement pas au renvoi. Autrement dit, si l'arbitre est convaincu, compte tenu des éléments de preuve qui lui ont été présentés, que la personne sous garde ne se soustraira pas à la justice, il doit alors ordonner la mise en liberté de cette personne et il peut l'assortir de conditions, dont notamment la fourniture d'un cautionnement. Le dépôt d'un cautionnement et le montant de celui-ci ne font pas partie des éléments de preuve pertinents quant à la décision que l'arbitre doit rendre relativement à la vraisemblance que la personne ne se dérobera pas à son renvoi. En conséquence, si je comprends bien les dispositions en question, l'arbitre doit décider de la vraisemblance que la personne se soustraira à la justice ou qu'elle ne se dérobera pas au renvoi, en fonction des éléments de preuve, sans tenir compte du cautionnement qu'il pourrait imposer s'il était convaincu que la personne sous garde ne se dérobera vraisemblablement pas au renvoi.

[21] Malgré tout le respect que j'ai pour mon collègue, je ne souscris pas à son avis. Le cautionnement ou la garantie de bonne exécution vise à motiver l'individu concerné à observer les conditions de sa mise en liberté. Comme je l'ai dit ci-dessus, la fourniture d'un cautionnement est fondée sur l'idée selon laquelle le cautionnement sert d'incitatif à l'observation des conditions de la mise en liberté. Si la fourniture d'un cautionnement ne changeait rien à la situation, il n'y aurait pas lieu d'en exiger un. Cependant, si cela change les choses, la question de la probabilité que les conditions de mise en liberté soient respectées devrait être examinée compte tenu de l'effet du cautionnement. Si l'on adoptait le raisonnement qui a été suivi dans la décision *Chen*, précitée, seules les personnes qui réussissent à convaincre l'arbitre qu'elles obtempéreront à la mesure de renvoi sans qu'il soit nécessaire de fournir un cautionnement seraient admissibles à la mise en liberté, auquel cas ces personnes n'auraient pas à se voir imposer un cautionnement pour garantir l'observation des conditions de mise en liberté. Les dispositions relatives à la fourniture d'un cautionnement s'appliqueraient uniquement aux personnes pour qui ce n'est pas nécessaire.

[22] In my view, the effect of a security deposit must be considered as part of the consideration of the question as to whether the detainee is likely to appear for removal. This in turn requires consideration of the character of the person posting the security since it is possible that the posting of security by certain elements will reduce the likelihood of the detainee appearing for removal. Consequently it was unreasonable for the Adjudicator to order that the security deposit in this case could be posted by anyone. If he thought that security was required to ensure the appearance of the respondents for removal, he was required to direct his mind to the issue of the circumstances of the person putting up the deposit and their relationship to the respondent. If the Minister's representative had previously satisfied himself that the proposed surety was legitimate, the Adjudicator would be entitled to rely upon the Minister's representative's assurances. But if the Minister's representative put the matter in issue, then the Adjudicator was bound to deal with it.

[23] This leads to the question as to how this is to be done to avoid the situation which developed in the course of this hearing. It is for the Adjudication Division to devise its own procedures. This Court can only comment on onus. In a detention review, the onus of justifying detention is on the Minister. See *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.). However, as a practical matter, the Minister is not in the position to carry the onus as to the acceptability of the surety since that person can only be proposed by the detainee. The onus is therefore on the detainee to satisfy the Adjudicator that the proposed surety is acceptable. If counsel for the detainees gives the Minister's representative sufficient notice of the name of the proposed surety and their relationship to the detainees, then much of the work can be done informally. If the Minister's representative objects to the proposed bondsperson, then counsel for the detainees can choose to lead evidence as to their suitability at which time the Minister's representative will have the opportunity to lead the Minister's evidence. It is at this point that the question of the cross-examination of the proposed surety should arise.

[22] À mon avis, il doit être tenu compte de l'effet du cautionnement dans le cadre de l'examen de la question de savoir si l'individu qui est sous garde obtempérera vraisemblablement à la mesure de renvoi. Il faut d'autre part tenir compte aussi des qualités de la caution puisqu'il est possible que la fourniture d'un cautionnement par certains éléments de la société réduise les chances que l'individu en question obtempère à la mesure de renvoi. Par conséquent, il était déraisonnable pour l'arbitre de dire que, dans ce cas-ci, le cautionnement pouvait être fourni par n'importe quelle personne. S'il croyait que la fourniture d'une garantie était nécessaire pour que les défendeurs obtempèrent à la mesure de renvoi, l'arbitre était tenu d'examiner la situation de la caution et les relations que celle-ci entretenait avec les défendeurs. Si le représentant du ministre avait été convaincu que la caution proposée avait les qualités requises, l'arbitre aurait eu le droit de se fonder sur l'avis donné par celui-ci. Cependant, si le représentant du ministre avait fait savoir qu'il s'opposait, alors l'arbitre aurait été tenu d'examiner la question.

[23] Cela m'amène à la question de savoir de quelle façon il faut procéder en vue d'éviter la situation qui est survenue au cours de cette audience. Il appartient à la section d'arbitrage d'élaborer sa propre procédure. La Cour peut uniquement faire des remarques au sujet de la charge de la preuve. Lorsqu'une révision des motifs de la garde est effectuée, il incombe éventuellement au ministre de justifier la garde. Voir *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.). Toutefois, en pratique, le ministre n'est pas en mesure de s'acquitter de son obligation quant à un examen des qualités de la caution puisque seul l'individu qui est sous garde peut proposer que cette personne agisse à titre de caution. Il incombe donc à l'individu en cause de convaincre l'arbitre que la caution proposée a les qualités requises. Si l'avocat de cet individu donne au représentant du ministre un avis suffisant du nom de la caution proposée et des relations que celle-ci entretient avec l'individu, une bonne partie du travail peut se faire sans formalité. Si le représentant du ministre s'oppose à ce que la personne proposée agisse comme caution, l'avocat de l'individu qui est sous garde peut décider de soumettre une preuve

tendant à établir que la caution a les qualités requises, le représentant du ministre ayant alors la possibilité de présenter la preuve du ministre. C'est à ce moment que la question du contre-interrogatoire de la caution proposée devrait se poser.

[24] For the respondent it could be said that it was known to all concerned that the money was coming from each respondent's brother in the United States so that the reference to anyone was really a reference to the brothers. A reading of the Adjudicator's decision shows that he dismissed the issue of the relationship of the surety with the respondent and seemed to rely only on the risk of forfeiture. In the circumstances of a criminal smuggling operation, this is an unreasonable error.

[24] Pour le compte des défendeurs, il faut dire que toutes les personnes concernées savaient que l'argent était fourni par le frère que chaque défendeur a aux États-Unis, de sorte que la référence à n'importe quelle personne renvoyait en fait à ces frères. La lecture de la décision de l'arbitre montre qu'il n'a pas tenu compte de la question des relations existant entre la caution et les défendeurs et qu'il semble s'être uniquement fondé sur le risque de confiscation. Étant donné qu'une opération criminelle de trafic était en cause, il s'agissait d'une erreur déraisonnable.

[25] For these reasons, the decision of the Adjudicator to allow the security deposit to be paid by anyone was unreasonable and the decision must be set aside.

[25] Pour ces motifs, la décision qu'a prise l'arbitre de permettre que le cautionnement soit versé par n'importe quelle personne était déraisonnable et la décision doit être infirmée.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ACCESS TO INFORMATION

Application for judicial review of decision by Department of National Defence (DND) to disclose certain records pertaining to applicant, ISO 14000/1 accreditation of military flight training monitoring program at 5 Wing Goose Bay—Applicant submitting unsolicited proposal to DND—Unsolicited proposal containing description of methodology to be employed for perceived need of DND—Not accepted by DND—Following request for access to records and complaints to Information Commissioner, DND notified applicant unsolicited proposal would be disclosed—Application allowed in part—Applicant meeting all criteria for confidential information—Confidential information in document not available from sources otherwise accessible by public, nor could it be obtained by observation, independent study by member of public acting on his own—Information communicated in relationship not contrary to public interest, fostered for public benefit by confidential communication—Information contained in unsolicited proposal, with exceptions of severed portion of document, meeting requirements of Act, s. 20(1)(b), shall not be disclosed—Evidence submitted not allowing document (unsolicited proposal) to qualify for non-disclosure under Act, s. 20(1)(c)—Number of paragraphs severed, will be disclosed under Act, s. 51—Personal information covered by Act, s. 19(1) will not be disclosed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 19, 20, 51.

JACQUES WHITFORD ENVIRONMENT LTD. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T-124-00, 2001 FCT 556, O'Keefe J., order dated 30/5/01, 28 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Permanent Residents

Motion to stay deportation pending disposition of appeal from dismissal of application for judicial review of Immigration Appeal Division's refusal to exercise equitable jurisdiction to stay deportation—Appellant 35-year-old citizen of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Jamaica, although has lived in Canada since 2 years old—Diagnosed as schizophrenic in teens—All of family in Canada—Ordered deported by virtue of long record of criminal offences committed in Canada—Motion allowed—Court's jurisdiction to stay removal pending appeal governed by three-part test set out in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311—That question certified for appeal as to whether violation of fundamental justice to deport permanent resident who has resided in Canada since early childhood, and who suffers from serious mental illness preventing him from functioning in society, meeting requirement appeal must raise serious issue—As to irreparable harm, appellant submitting unlikely would remain in psychiatric hospital, but more likely would find himself incarcerated or victim of violence if deported—Substantial likelihood that if deported appellant would effectively be denied benefit of decision that had constitutional right under Charter, s. 7 not to be deported—As to balance of convenience, since appellant will remain in detention pending disposition of appeal, to stay removal poses no threat to safety of anyone in Canada—Although Canadian public must bear cost of detention, price worth paying to ensure life and safety of vulnerable person who is more product, responsibility of Canadian than of Jamaican society, not jeopardized—Given risks facing appellant if deported, financial costs of detention, public interest in enforcement of Immigration Act not outweighing public, private interests in his remaining in Canada pending determination of constitutional rights—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.

ROMANS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-359-01, 2001 FCA 244, Evans J.A., order dated 26/7/01, 5 pp.)

Removal of Refugees

Appeal from trial judgment ((2000), 184 F.T.R. 44) holding applicant had not executed removal order by

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

voluntarily leaving Canada without obtaining Minister's consent—Following certified question answered in negative: where person under removal order leaving Canada voluntarily but without consent of Minister of Citizenship and Immigration and is lawfully admitted to another country, is removal order deemed to have been executed?—Appeal dismissed.

NGUYEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-394-00, 2001 FCA 187, Décary J.A., judgment dated 4/6/01, 2 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Appeal from Trial Division decision ((1998), 42 Imm. L.R. (2d) 123) dismissing application for judicial review of visa officer's refusal to issue immigrant visas to Mr. Park, wife, children—Question certified: once decision to issue immigrant visa taken, is visa officer *functus officio* or does visa officer have jurisdiction to reconsider decision on ground of holder's inadmissibility prior to issuance of visa?—In letter dated December 20, 1995 visa officer informed Park prepared to issue immigrant visas upon receipt of copies of passports—Park promptly provided copies—Visa officer subsequently discovering Park convicted in Korea on March 20, 1992 of impaired driving—Concluded conviction made Park inadmissible under Immigration Act, s. 19(2)(a.1)(i)—Informed Park visa application refused—Doctrine of *functus officio* not applicable to December 20, 1995 letter—Letter meaning visa officer believed Park qualified for visa, but statutory powers conferred on visa officers to issue, refuse visas—No visa ever issued to Park—Since Act not expressly granting power to make decision to issue visa, no exercise of statutory power to which *functus officio* doctrine could apply—Question answered as follows: visa officer not *functus officio* once decision to issue immigrant visa made—Immigration Act, R.S.C., c. I-2, s. 19(2)(a.1)(i) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

PARK V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-85-98, 2001 FCA 165, Evans J.A., judgment dated 24/5/01, 4 pp.)

Appeal from Trial Division decision ([2000] 1 F.C. 249) dismissing appellant's application for judicial review of decision by member of Convention Refugee Determination Division of Immigration and Refugee Board (CRDD) denying appellant's application to reopen Convention refugee claim—Question certified by Motions Judge should be answered in affirmative—Single CRDD member may sit on motion to reopen refugee claim—Right to fair hearing not infringed when CRDD relied on personal information form translated prior to hearing, had no reason to suspect translation error has occurred—Appeal dismissed.

FAGHIHI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-534-99, 2001 FCA 163, Malone J.A., judgment dated 23/5/01, 3 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Appeal from Trial Division decision ((2000), 180 F.T.R. 271)—Immigration Act, s. 69.1(6)(c) giving discretion to Refugee Division to declare claim to be abandoned when claimant fails to appear at hearing—Discretion properly exercised herein—Board finding facts to be overwhelmingly compelling, therefore supportive of conclusion appellant abandoned claim—Appeal dismissed—Certified question answered in the negative—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60; 1999, c. 18, s. 96).

POWAR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-45-00, 2001 FCA 153, Létourneau J.A., judgment dated 14/5/01, 3 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of Adjudicator's decision ordering release of respondent from detention of Canada Immigration—Respondent entered Canada in August 1999 as passenger on ship carrying passengers from Fujian region of China—Had no authority to enter Canada, detained by Canada Immigration authorities upon arrival—Exclusion order issued against her—Adjudicator concluding respondent's Charter rights to full, fair hearing compromised as result of inadequate interpretation—Ordered respondent be released from detention upon conditions—Applicant arguing Adjudicator erred in law when purporting to review prior decisions of adjudicators, to use them as basis for finding respondent's Charter rights infringed—Jurisdiction of adjudicator governed by Immigration Act, s. 80.1(1)—Applicant's submission relating to Adjudicator's finding of breach of Charter rights meritorious—Adjudicator finding respondent denied fair hearing—Relied on finding of breach of Charter rights to fair hearing as basis for finding continued detention of respondent unjustified—Adjudicator acting beyond jurisdiction in assuming appellate role—Error not disposing of matter—After reviewing all evidence before him, Adjudicator also finding respondent likely to report for removal if required—Accepted evidence of respondent on face value, as entitled to do—Court may not now substitute own appreciation of evidence—Application dismissed—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]—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 80.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 70).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. LIN (IMM-1098-00, 2001 FCT 838, Heneghan J., order dated 27/7/01, 8 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Judicial review of CRDD's determination applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of China, claiming

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Convention refugee status on basis of well-founded fear of persecution by Government of China because of her religion—Claiming to be adherent of Tian Dao religion, described as being composed of five religions: Buddhism, Daoism, Christianity, Islam, and “new” religion, possibly Confucianism—Board made negative finding on credibility of applicant, primarily on basis of demeanour during hearing—Concluded lack of reliable information upon which to reach positive determination on applicant’s claim for Convention refugee status—Whether Board erred in failing to assess whether applicant in fact Tian Dao believer—Respondent relying on *Yu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 150 F.T.R. 240 (T.D.) to support argument Board’s conclusion with respect to applicant’s overall lack of credibility inviting inference Board rejected applicant’s claim to be believer of Tian Dao religion, even though made no concrete finding about applicant’s belief in religion—Assessment of credibility part of mandate assigned to Board in determination of claims for Convention refugee status, and demeanour factor that can be assessed in making credibility findings: *Mostajelin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 28 (C.A.) (QL) and *Wen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 907 (C.A.) (QL)—But judicial deference to findings of credibility cannot serve to excuse Board’s failure to clearly express itself on primary findings of fact: *Chong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 999 (T.D.) (QL)—Court disagreeing with respondent’s argument decision contrary to that of *Yu*—Reasonable to expect Board will clearly express itself on primary issues arising from claim for Convention refugee status—Here Board could not conclude applicant held well-founded fear of persecution on religious grounds unless found she was member of religion in question—Board failed to address “primary issue” in reasons—Erred by failing to address primary issue before it, i.e. well-foundedness of applicant’s fear of persecution on ground of religion—Application allowed.

CHEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3277-00, 2001 FCT 500, Heneghan J., order dated 17/5/01, 6 pp.)

Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Bangladesh, arrived in Canada on July 27, 1995—Claimed Convention refugee status on basis of well-founded fear of persecution by reason of political opinion—Board rejecting applicant’s Convention refugee claim for failure to credibly demonstrate left Bangladesh due to fear of persecution, to show “refugee *sur place*” claim more than speculative—Board erred in conclusion respecting exclusion of applicant under United Nations Convention, Art. 1(F)(a)—Perverse, capricious for Board to base exclusion determination on finding of fact unwilling to make in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

decision—If Board unable to find applicant member of Purba Banglar Sharbahara Party (PBS), it should not base exclusion decision on speculation—Determination patently unreasonable—Court must examine whether Board erred in rejecting applicant’s *sur place* claim—Person can be found to be refugee *sur place* when fear of persecution triggered by circumstances arising in country of origin during claimant’s absence, as result of claimant’s own actions while outside country of origin—Board erred in dismissing *sur place* refugee claim—Claim based on two newspaper articles published after applicant left Bangladesh—Board’s conclusion ignoring verification process undertaken by Board’s Research Directorate—Perverse, capricious for Board to have dismissed two newspaper articles due to concern about credibility of applicant’s evidence when articles subject of independent verification—Board’s conclusion about foundation of *sur place* claim also perverse, capricious, patently unreasonable as based upon fundamental misappreciation of evidence before it—Application allowed—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1(F)(a).

KHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5965-00, 2001 FCT 836, Heneghan J., order dated 26/7/01, 13 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of visa officer’s refusal of application for permanent residence—Applicant 52-year-old citizen of People’s Republic of China—Applied for permanent residence in assisted relative category in intended occupation of Heavy-Duty Equipment Mechanic—Visa officer awarded applicant maximum units for occupational factor and experience, 10 units for education, 0 units for language, and 3 units for personal suitability—Although applicant filing affidavit in support of application, visa officer did not—CAIPS notes contained in tribunal record entered three and one half months after applicant interviewed by visa officer—No explanation for delay—Immigration Regulations, 1978, Schedule I, providing 13 units of assessment to be awarded for education to applicants who have diploma requiring at least one year of full-time classroom study completed at college, if such program requiring completion of secondary school diploma that may lead to entrance to university—Applicant receiving diploma in respect of junior middle school education, diploma in Plastics Machinery Specialty—Tribunal record containing no evidence applicant’s diploma from junior middle school might have led to entrance to university in China—(1) On evidence could not conclude visa officer committed reviewable error in concluding applicant entitled to 10 units of assessment in respect of education—(2) Issue of whether visa officer denied applicant procedural fairness, or patently unreasonable in awarding applicant 3 units in respect of personal suitability requiring

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

consideration of possible use of visa officer's CAIPS notes in circumstances where not supported by affidavit from author of notes—According to *Wang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 165 (C.A.); *Qiu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 4 Imm. L.R. (3d) 247 (F.C.T.D.) while admissible as part of record, evidencing reasons for decision under review, CAIPS notes not proving underlying facts which they record and on which they rely—Any inference of reliability must depend upon promptness with which notes entered into CAIPS system—Unexplained delay in entering notes, absence of any evidence as to provenance of precise content of notes leading to conclusion notes herein not reliable—Notes not satisfying requirements of necessity, reliability under principled approach to hearsay evidence, nor are they declaration made during course of duty, nor was evidentiary basis provided to establish notes meeting requirements of admissibility for business records—Applicant's assertions in affidavit taken as evidencing proof of what transpired at interview—No weight given to final entry in CAIPS notes to effect reasons for refusal of application given and applicant given opportunity to respond—Visa officer erred by not raising concerns, affording applicant opportunity to address them—Average assessment for personal suitability between five and six units—Not inconceivable visa officer would have awarded seven units to applicant—But as noted in *Lin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 171 F.T.R. 289 (F.C.T.D.), reviewing courts not to withhold relief for breach of duty of fairness because dangerous to speculate on what might have happened if person allowed to present relevant evidence and because of importance of values underlying duty of fairness—Application allowed as applicant denied that opportunity—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, Schedule I (as am. by SOR/93-412, s. 17).

DU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2229-00, 2001 FCT 485, Dawson J., order dated 15/5/01, 10 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Appeal from Tax Court of Canada decision upholding Minister's assessment of goods and services tax (GST) against appellant for reporting period January 1, 1991 to July 31, 1994—Tax Court Judge concluding appellant made taxable supply of insurance, fuel, oil, licences for which failed to collect, remit GST under Excise Tax Act—Appellant British Columbia corporation involved in freight transportation business requiring approximately 24 truckers to transport goods solely for customers—Providing owner-operators option of acquiring insurance, motor vehicle,

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

motor carrier licences, oil and fuel at discounted rates—Manner in which appellant provided discounted items to owner-operators at heart of appeal—Clear evidence before Tax Court Judge upon which to base conclusion insurance, fuel, oil, licences taxable supplies made from appellant to owner-operators, taxable under Act—Act, s. 165(1) subjecting every transaction to GST unless exempt under other provisions of statute—Tax Court Judge did not have to find appellant granted, supplied licence *per se*—Simply had to be satisfied licencing arrangements between appellant, owner-operators qualify as “supply” under Act—Valid consideration flowing from owner-operators to appellant on which GST should have been charged, remitted—Whether Minister advancing new basis by relying on Act, s. 178—Minister based assessment on argument appellant making supply—Allowing Minister to rely on s. 178 not altering original basis, since s. 178 contemplates making of supply—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 165 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 31; 1997, c. 10, ss. 17, 160), 178 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; repealed by S.C. 1997, c. 10, s. 27).

VANEX TRUCK SERVICE LTD. V. CANADA (A-831-99, 2001 FCA 159, Malone J.A., judgment dated 29/5/01, 10 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Umpire's decision applicant not entitled to employment insurance—Applicant fisherman from June 29 to July 27, 1999—Enrolled in full-time construction industry electrical course from August 31, 1999 to June 30, 2000—While enrolled in course applied for employment insurance—Entitled to apply for benefits as fisherman because met minimum income requirements under Regulations—Employment Insurance Act, s. 18(a) providing claimants not entitled to benefits if not available for work—Applicant arguing Employment Insurance (Fishing) Regulations, s. 9(3) exception to s. 18(a)—S. 9(3) providing fisher unemployed, available for work in respect of fisher's employment, engagement or operation of business in fishing, whether insurable employment or not, during benefit periods referred to in s. 8(11)—Applicant submitting s. 9(3) deeming fisherman to be unemployed, available for work during benefit period, notwithstanding may not be unemployed or available for work—Such interpretation ignoring words “in respect of fisher's employment, engagement or operation of a business in fishing, . . . during the benefit periods referred to in subsection 8(11)”—These words interpreted to mean that even though fisherman not engaged in catching fish, but involved in work incidental to fishing, such as repairing nets or machinery on fishing vessel during benefit period, will not be considered as employed or unavailable for work so as to be disqualified from receiving employment insurance—Only employment, engagement or operation of

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

business in fishing during benefit period entitling fisherman to be deemed unemployed, available for work for purposes of employment insurance—As attending full-time course during benefit period, appellant subject to s. 18(a)—Because not available for work, not entitled to be paid employment insurance—Application dismissed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 18(a)—Employment Insurance (Fishing) Regulations, SOR/96-445, s. 9(3).

NASH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-740-00, 2001 FCA 183, Rothstein J.A., judgment dated 4/6/01, 4 pp.)

ENVIRONMENT

Judicial review of Environment Minister's decision to refer proposed expressway project to review panel under Canadian Environmental Assessment Act (CEAA)—At issue construction and operation of north-south expressway to link two existing east-west limited access expressways (Queen Elizabeth Way, or QEW, and Highway 403) in Hamilton, Ontario—1977 study of all alternate alignments for north-south portion of Expressway recommended proposed route through Red Hill Creek Valley—Regional Municipality of Hamilton-Wentworth (Region) approved route in 1979—Joint Board, consisting of members of Ontario Municipal Board and Ontario Environmental Assessment Board, approved proposed freeway, and project received all provincial approvals—But provincial government withdrew commitment to fund north-south portion of Expressway in 1990—Construction of Expressway below Niagara Escarpment in Red Hill Valley suspended, but east-west segment of Expressway and north-south portion of Expressway above Niagara Escarpment continued—When funding restored in 1995, Region initiated consultations to see whether original design could be improved—In 1997 Region submitting Draft Summary Report (DSR)—DFO advising Region proposal might have harmful impact upon fish, fish habitat which was prohibited by Fisheries Act, s. 35(1) necessitating issuance of authorization under s. 35(2), in turn triggering application of CEAA—On May 6, 1999, further to Fisheries Minister's request, Environment Minister referring project to review panel pursuant to CEAA, s. 25(a), (b)—On July 5, 1999 Environment Minister issued panel's terms of reference, appointed panel members—On July 9, 1999, Region refusing to participate in CEAA process—On August 4, Region filed T-1400-99 challenging July 5 decision, Chamber of Commerce filed T-1401-99 challenging appointment of Sally Lerner to review panel—On October 15, 1999 panel released Environmental Impact Statement (EIS) Guidelines—On November 15 Region filed T-1991-99 challenging consideration of project under CEAA, appointment of Nick Mulder, issuance of EIS Guidelines—Panel suspended review until Region submitted EIS—Issues

ENVIRONMENT—Continued

Region seeking to raise: whether Minister's referral of matter to panel review and panel's terms of reference constitutionally or statutorily *ultra vires*; whether EIS Guidelines statutorily *ultra vires*; whether there was jurisdiction to refer matter to panel review, to appoint panel, to set panel's terms of reference; whether CEAA applies to project; whether panel disqualified by Mulder's appointment—Preliminary issues whether Federal Court Act, s. 18.1(2) barring challenges to May 4, 6 decisions; whether issues Region asserting as to applicability of CEAA to project barred due to delay—As neither consent nor delay can confer any power to act beyond limits imposed, respondent Ministers could not refer project to panel review or apply CEAA in excess of statutory limits—Arguments directed to statutory limits therefore not barred—If CEAA, as matter of law, inapplicable to project, any referral made thereunder nullity because referring Minister would have not jurisdiction to refer project to panel review—Statutory requirements must be met and failure to challenge earlier step not changing those requirements—Primary relief prohibition of panel from proceeding with panel review—Applications in respect of present acts, intended future acts implementing prior decision to refer matter to panel review—Pursuant to *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.) those implementing actions reviewable—Region entitled to argue CEAA not applicable either because of effect of s. 74(4) or because project not "project" to which CEAA applies because CEAA cannot be applied in excess of statutory limits—Too late to challenge on other than jurisdictional grounds need for Fisheries Act authorization—Notwithstanding whether CEAA applies to project, Region must comply with process required under Fisheries Act absent jurisdictional reason—(1) CEAA, s. 74(4) providing where construction or operation of physical work or carrying out of physical activity initiated before June 22, 1984, Act shall not apply in respect of issuance of approval of project unless entails modification—As expressway "physical work", phrase "or the carrying out of a physical activity" in s. 74(4) not applicable—Thus questions whether with respect to Expressway (a) construction or operation of physical work initiated before June 22, 1984 or (b) issuance of any approval involving modification—(a) Purpose of CEAA to require proponent of project to consider, be prepared to justify, things such as need for project, alternatives to project, alternative means of carrying out project, in planning stages of project, and before irrevocable decisions made concerning project—"Construction" as used in s. 74(4) including series of events such as acquiring and clearing land, imposing building restrictions, securing funding, approvals, all dedicated to and prerequisites to, actual physical step of construction—Whether action both necessary prerequisite to "shovel hitting the ground" and dedicated to particular project so that evidences irrevocable decision to proceed with project crucial to determination of whether step part of initiation of construction within s.

ENVIRONMENT—Concluded

74(4)—Actions by Region, predecessor, to designate location, right of way of highway on official plan, acquire land for freeway purposes, demolish buildings in preparation of highway corridor, restrict development, acquire easements, impose development standards with respect to that corridor, constituting initiation of construction of physical work including project at issue—Such construction initiated before June 22, 1984—(b) For purpose of interpreting applicability of CEAA, s. 74(4) respondents bound by scoping of project—Proposed panel review not in respect of any “modification”, “alteration” so as to oust grandfathering effect of s. 74(4)—CEAA also not applicable to proposed work because prior to coming into force of CEAA, irrevocable decisions made by Region about proposed transportation corridor—Applications for judicial review in T-1400-99, T-1993-99 allowed and declaration issued that CEAA not applicable to completion of project, and no review required under CEAA—Judicial review in T-1401-99 dismissed—(2) Fisheries Minister requested Environment Minister to refer project, as scoped by DFO to review panel based on level of public concern—Whether purported exercise of federal authority to refer matter to panel review under CEAA linked to Minister’s jurisdiction with respect to migratory birds, or otherwise properly grounded because of level of public concern—Respondent Ministers contending Migratory Birds Convention conferring jurisdiction upon federal government with respect to habitat protection to extent some effects on habitat can constitute direct threat to migratory birds, nests, eggs—As main purpose of panel review to explore independently genuine need for project, not sufficient proximity between migratory bird concerns, establishing independently need for Expressway—Environmental assessment must be connected to regulatory authority capable of triggering CEAA—Federal power in respect of migratory birds not supporting referral of project to panel review—Jurisdiction over environmental matters must be linked to head of power—Applies to provisions in CEAA authorizing Environment Minister to refer project to panel review based on public concerns—Any referral on this ground must be based upon public concern about environmental effects linked to some federal head of power—Public concern focussed on need for, alternatives to project, areas of exclusive provincial jurisdiction, could not support exercise of federal authority referring project to panel review—Environment Minister’s decision to refer project to panel review not supported by valid head of federal power, thus *ultra vires*—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 25, 74(4)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 35.

HAMILTON-WENTWORTH (REGIONAL MUNICIPALITY) v. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT) (T-1400-99, T-1401-99, T-1993-99, 2001 FCT 381, Dawson J., judgment dated 24/4/01, 77 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Motion to strike action on ground Federal Court lacking jurisdiction to entertain action—Trustees of trust created to administer treaty land entitlement money suing bankers, alleging breach of trust agreement, breach of fiduciary obligation, negligence—Action brought in Federal Court pursuant to clause in related agreement in which parties who created trust agreed to attorn to jurisdiction of Federal Court—Bankers, who are not parties to agreement, disputing Federal Court’s jurisdiction—Conditions set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 for jurisdiction of Federal Court not met—(1) No statutory grant of jurisdiction to Federal Court by Parliament where action between subject and subject involving personal property located in Saskatchewan held by trust whose trustees residents of Saskatchewan—(2) and (3) No body of federal law nourishing statutory grant of jurisdiction and no law of Canada giving rise to claim—While involving interests of Indian bands over which Federal Court sometimes having jurisdiction, dispute not inextricably linked with federal law—Trust law in issue in relation to trust situate in Saskatchewan, whose trustees in Saskatchewan and whose subject personal property i.e. money or accounts—In so far as law of fiduciaries or law of negligence concerned, not “associated with Crown’s position as litigant” and not federal law for these purposes—Although matter not within Federal Court’s jurisdiction on face of it, plaintiffs pointing to agreements between federal, provincial Crowns, Saulteaux First Nation as providing necessary nexus with jurisdiction of Federal Court, particularly term of agreements in which parties agree all disputes in interpretation, enforcement of agreements will be adjudicated by Federal Court of Canada, Trial Division—Saskatchewan Treaty Land Entitlement Framework Agreement providing basis on which all subsequent treaty land entitlement agreements between federal, provincial Crowns and individual bands would be concluded—Parties reached agreement on wide range of issues—Agreement reflected in Framework Agreement and reduced to model agreements to be used in concluding agreements between Crowns, individual Entitlement Bands—Framework Agreement having appended to it Band Specific Agreement and model trust agreement—Band Specific Agreement intended to incorporate terms of Framework Agreement in agreement between federal, provincial Crowns and individual Band—Framework Agreement also containing clause providing determination of disagreement on any matter within Federal Court’s jurisdiction—Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act enacted to give effect to Framework Agreement—As Act not incorporating Framework Agreement, attornment clause remaining contractual only and not acquiring status as legislation—Following enactment of Act, federal, provincial Crowns entered into Saulteaux Treaty Land Entitlement Agreement with Saulteaux First Nation—That Agreement also contained clause attorning to jurisdiction of Federal

FEDERAL COURT JURISDICTION

—Concluded

Court—Nothing in Act conferring jurisdiction upon Federal Court in relation to subject-matter of Act—Cause of action not arising out of law of Canada since trustee's rights firmly anchored in Trust Agreement, not in federal legislation or federal common law—But Federal Court Act, s. 17(3)(b) providing Trial Division having exclusive original jurisdiction to determine any question of law, fact or mixed law and fact that Crown and any person have agreed in writing shall be determined by Federal Court—Attornment clause in Sauleaux Treaty Land Entitlement Agreement written agreement between Crown, another person conferring jurisdiction upon Federal Court in relation to interpretation, enforcement of Band Specific Agreement which, in turn, incorporates by reference Trust Agreement—Although appears that, as between Crown, Band such agreement would be effective to confer jurisdiction upon Court in relation to Band Specific Agreement, s. 17(3) must be read in light of s. 17(1), conferring concurrent jurisdiction upon Federal Court in cases where relief sought against Crown—Thus significance of s. 17(3) that confers exclusive jurisdiction—Effect of s. 17(3) not to expand Federal Court's jurisdiction, but to oust jurisdiction of provincial Superior Court—According to authorities, jurisdiction not acquired by consent, at least in court whose jurisdiction created by statute—Jurisdiction acquired by consent in s. 17(3) exclusive jurisdiction over claim over which Court would otherwise have concurrent jurisdiction—Crown, bankers could not confer jurisdiction upon Court by agreement in writing because nothing in dispute which is subject-matter of action which falls within this Court's jurisdiction—Not matter in which relief sought against Crown—Not application for judicial review within meaning of s. 18—Not claim between subject and subject "under or by virtue of the laws of Canada" where no other court has jurisdiction as contemplated by Federal Court Act, s. 25—Court of Queen's Bench of Saskatchewan has jurisdiction over dispute—Motion granted, statement of claim dismissed for want of jurisdiction—Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act, S.C. 1993, c. 11—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 25.

THOMAS V. PEACE HILLS TRUST CO. (T-284-01, 2001 FCT 443, Pelletier J., order dated 8/5/01, 19 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Application for judicial review of TCC decision upholding MNR's decision to deduct employers' premiums with respect to travel allowances applicant had paid employees—Applicant argued that travel allowances calculated were reasonable and merely compensated employees for expenses incurred for use of motor vehicles

INCOME TAX—Continued

in course of their duties—T.C.J. disposed of case by relying on Income Tax Act, s. 6(1)(b)(x)—Required to take into account presumption created by provision to determine whether allowances reasonable pursuant to Act, s. 6(1)(b)(vii.1)—Applicant disregarded fact what differentiates allowance from reimbursement for expenses: nature of amounts paid and not period during which amounts calculated—Allowance determined regardless of actual costs seeks to compensate and if recipients must establish that entitled to that amount, not required to account for expenditure—Reimbursement for expenses however determined on basis of actual costs incurred and requires proof of expenditures—Judge below justified in finding presumption under s. 6(1)(b)(x) applicable, consequently allowances paid by applicant deemed not reasonable—Applicant's scheme meeting requirement of neither s. 6(1)(b)(x) of Act nor of s. 6(1)(b)(vii.1) in which only "reasonable" allowances can be excluded when calculating income—Application dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985, (5th Supp.) c. 1, s. 6 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 3; *idem*, Sch. VIII, s. 1; 1994, c. 21, s. 2; 1995, c. 3, s. 1; c. 21, s. 1; 1997, c. 10, s. 267; 1998, c. 19, s. 68; 1999, c. 22, s. 2).

BEAUPORT (VILLE) V. M.N.R. (A-756-99, 2001 FCA 198, Noël J.A., judgment dated 11/6/01, 12 pp.)

Deductions

Appeal from T.C.C.'s denial of taxpayer's claim for moving expenses under Income Tax Act, s. 62(1) when returned to live in Canada in 1994 after living, working in Texas for several years—S. 62(1) permitting deduction of moving expenses in respect of eligible relocation—S. 250 providing person deemed resident in Canada throughout taxation year if sojourned in Canada 183 days or more—Tax Court Judge correctly held taxpayer not sojourning in Canada for 183 days so as to obtain advantage of s. 250, but became resident here upon return—"Sojourn" defined in *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 209 as "usually, casually, or intermittently visits or stays"; element of temporariness predominates—In *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1997), Professors Hogg and Magee state "sojourn" meaning "something less than residence"; in most cases sojourner would stay in Canada for only short period of time—Taxpayer herein not sojourning in Canada upon return, but began to reside here, taking himself out of deeming provision, s. 250—S. 64.1 (rules for application of ss. 63, 64 where taxpayer absent from but resident in Canada) not applicable because during time absent from Canada, taxpayer not resident here—Matter for Parliament, not Court, if taxpayers returning to live in Canada from abroad should be able to deduct moving expenses—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 62 (as am. by

INCOME TAX—Concluded

S.C. 1999, c. 22, s. 17), 64.1 (as am. *idem*, s. 19), 250 (as am. *idem*, s. 82).

DIXON V. CANADA (A-221-99, 2001 FCA 216, Linden J.A., judgment dated 22/6/01, 6 pp.)

INJUNCTIONS

Motion by applicants for interlocutory injunction to prevent respondents from assuming role of Chief, Council of Roseau River Anishinabe First Nation—Applicants former Chief, Council of Roseau River Anishinabe Indian Band, band of Ojibway persons in Southern Manitoba—Custom Council representing each family's interests—On January 4, 2001, Custom Council received request to amend Election Act by family representative—On January 29, 2001 Electoral Officer called election—On February 26, 2001, Gibson J. dismissed motion filed by applicants for interlocutory injunction to prevent election—Respondents elected on March 2, 2001—Respondents submitting matter resolved on February 26, 2001 when Gibson J. refused to issue interlocutory injunction to stop election—By refusing to grant interlocutory injunction, Gibson J. must be taken to have understood election would proceed, winners would take office—Gibson J.'s decision final—Hansen J. permitting applicants to add Chief-elect, Council as respondent parties—Application not becoming first request for relief against new parties—Merely adding names of those who won election not altering fact commonality of interests existed between respondents—Newly added respondents, as candidates in election, directly affected by outcome of February 26, 2001 hearing, therefore privies of original respondents—Principle of *res judicata* applying to motion for interlocutory injunction—Applicants failing to discharge burden of demonstrating new evidence would have affected Gibson J.'s decision to refuse to grant injunction—Evidence of irreparable harm speculative—No new evidence causing Gibson J.'s decision to refuse original motion for interlocutory injunction to be varied, reversed—Application dismissed—Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.

HAYDEN V. ROSEAU RIVER ANISHINABE FIRST NATION CUSTOM COUNCIL MEMBERS (T-285-01, 2001 FCT 787, Muldoon J., order dated 11/7/01, 13 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application for judicial review of decision by Canada Industrial Relations Board certifying Teamsters Local Union 938 as bargaining agent for unit of contractors—Maritime-Ontario arguing Board erred in certifying Local 938 without first taking steps to determine whether majority of employees in proposed unit wished to have respondent represent them—Whether Board erred in issuing certification order—Argument as to adequacy of evidence of union

LABOUR RELATIONS—Concluded

support must be based on evidence before Board—Most appropriate way to obtain evidence to request it from Board under r. 317—If Board produces evidence, Maritime-Ontario has no further complaint—Motions of Maritime-Ontario denied—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 317.

MARITIME-ONTARIO FREIGHT LINES LTD. V. TEAMSTERS LOCAL UNION 938 (A-574-00, 2001 FCA 184, Sharlow J.A., order dated 1/6/01, 4 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Plaintiff seeking to recover from defendant Amican Navigation Inc. \$240,382.36 for stevedoring services performed in loading and stowing military vehicles and flour on board *M. V. Cosmos* in Montréal in May 1995 and lumber on board of *M.V. Fernando Pessoa* in Halifax in July 1995—Both ships had been time-chartered by Pegasus Lines S.A., and Amican general agent of Pegasus in Montréal in 1995—Amican denied any liability to Logistec, saying at all material times, and to Logistec's knowledge, Amican acted as general agent of Pegasus Lines Ltd. and, as such, cannot be held personally party to any stevedoring contract, if any, entered into on behalf of Pegasus with plaintiff—In both cases, Pegasus defended Logistec's claim by pleading Logistec's deficient or inadequate stevedoring—Main issue whether Amican personally liable for payment of Logistec's stevedoring charges—Action allowed—Amican communicating with Logistec on Amican letterhead reading Amican Navigation Inc., and displaying at bottom in box, winged horse and, beside box, words "General Agents, Pegasus Lines Ltd. S.A."—Other communications not always identifying Amican as general agents for Pegasus—Application of *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Limited*, [1989] 2 S.C.R. 683: applicable maritime law found in principles of common law of contract and agency; matter of construction of particular contract; important for agent to specify acting as agent for principal—On facts, Amican contracted as principal and not as agent in each of contracts entered into with Logistec, or, if contracted as agent, did so in such manner as to remain personally liable for payment of Logistec's stevedoring charges—Reference to Amican as general agents for Pegasus more descriptive than words qualifying liability—Amican never disclosed orally at time of forming contracts that it was acting solely as agent—Relevant time for making known person acting as agent only time of formation of contract; later exchanges on documents with words as agents for Pegasus Lines Ltd. S.A. discounted—In 1993, when Amican and Logistec dealt together for shipment of military cargo, Amican paid stevedoring charges—Amican's liability also based on non-disclosure of agency while contract being negotiated—In context of maritime shipping, specific disclosure by Amican that it was agent only was way

MARITIME LAW—Continued

reasonable persons would behave—Plaintiff entitled to, from Amican, jointly and severally with Pegasus, sum of \$240,382.36 with costs plus pre-judgment and post-judgment interest at annual rate of interest equivalent to average prime commercial bank rate fixed at 6.42 %.

LOGISTEC STEVEDORING INC. V. AMICAN NAVIGATION INC. (T-2311-95, 2001 FCT 681, Lemieux J., order dated 21/6/01, 41 pp.)

Appeal from Prothonotary's decision ([2001] 1 F.C. 192) dismissing motion for summary judgment brought by plaintiff Dryburgh—In motion for summary judgment, question of law whether exculpatory clause in mooring contract exempting defendants Oak Bay Marina Ltd. (Oak Bay) and Robert Wright (officer and hands-on owner of company) from liability—Plaintiff's yacht damaged while moored at Oak Bay marina, near Victoria, British Columbia, when dock broke loose and drifted aground—Plaintiff claimed damages, alleging, *inter alia*, dock broke loose because of poor design, construction, maintenance and supervision—Moorage contract containing exculpatory clause (providing use of facilities, storage and mooring solely at owners' risk)—Prothonotary found clause exempted both defendants from liability—Plaintiffs attacking validity and interpretation of exculpatory clause—More difficult issue whether exculpatory clause covered defendant Robert Wright and exempted him from liability towards plaintiff—Although concluded exceptions to doctrine of privity of contract, based on trust and agency, not available to Wright herein, Prothonotary concluded in his favour on basis of exception to doctrine enunciated by S.C.C. in *London Drugs Ltd. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299—S.C.C. majority therein held for employees to benefit from limitation of liability clause found in contract between their employer and customer, 2 requirements must be met: exclusion of liability clause must, either expressly or impliedly, extend its benefits to employees seeking to rely on it; employees seeking benefit thereof must have been acting in course of their employment and must have been performing very services provided for in contract between their employer and customer when loss occurred—Prothonotary reached right conclusion in holding first requirement of *London Drugs* met herein (clause impliedly extended benefits thereof to Wright)—Court sharing misgivings expressed by McLachlin J. (as she then was): term "warehouseman" used therein did not include employees—Similarly, herein, far from obvious term "Company" including Oak Bay's employees—However, rule now unless clear intention not to cover employees, Court should imply employees covered by limitation or exclusion clause—As to second requirement, Prothonotary also correct in concluding in favour of Wright—Plaintiff expected berths properly and safely built and maintained, so as to enable them to withstand all reasonably foreseeable weather and sea conditions—So, Wright's work in redesigning and recon-

MARITIME LAW—Concluded

structing marina had to be considered—Negligent conduct alleged need not comprise all of services contracted for—Appeal dismissed.

DRYBURGH V. OAK BAY MARINA (1992) LTD. (T-841-97, 2001 FCT 671, Nadon J., order dated 18/6/01, 19 pp.)

PRACTICE

Plaintiff commenced action in Federal Court and in Turkey for recognition and possession of vessel—Both actions concurrent proceedings—Based on *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1981] 1 F.C. 293, defendant requesting that Court compel plaintiff to withdraw from action in Turkey, and to lift seizure or detention of vessel in that country—No evidence suggesting that defendant might be tempted to remove herself from jurisdiction of this Court should plaintiff's action succeed—Granting defendant's motion would neither adversely affect merits of case nor jeopardize Court's authority over vessel—No legitimate reason to maintain proceedings instituted by plaintiff in Turkey—Remedy sought by defendant allowed—Not usual situation in which plaintiff seeks injunction against defendant—Relief sought by defendant need not be characterized as injunction.

SEPTEMBER (THE) V. CANADA (T-109-97, 2001 FCT 595, Morneau P., order dated 6/6/01, 5 pp.)

PATENTS

Application for judicial review of decision by Minister of Health under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 3(1)—Minister decided: (a) patent list for Canadian Patent No. 1297023 ('023 patent), Canadian Patent No. 1297024 ('024 patent) submitted by applicant would not be added to patent register maintained by Minister under Regulations, s. 3(1), (b) '023, '024 patents will be removed from patent register in respect of applicant's quinapril hydrochloride—One line of products marketed under trade-mark "Accupril", contains quinapril hydrochloride as sole active ingredient—Other line of products marketed under trade-mark "Accuretic"—Both patents directed to pharmaceutical compositions containing medicinal ingredient quinapril hydrochloride in combination with inactive ingredient—"Accupril", "Accuretic" tablets currently marketed not containing ascorbic acid containing stabilizer, ascorbic acid and/or sodium ascorbate—Regulations, s. 3 requiring Minister to maintain register of any information, patent lists submitted by person under s. 4—For patent set out on patent list to be eligible for inclusion on register, it must be relevant to drug for which submission for notice of compliance filed—Evidence showing '023, '024 patents contain claims for pharmaceutical compositions considered, within meaning of Regulations, drugs that

PATENTS—Continued

contain claims for medicine—Evidence also showing specific drugs covered by '023, '024 patents never subject of drug submission (NOC) under Food and Drug Regulations—Later patents not relevant to drug products for which submission for notice of compliance filed—Not meeting eligibility requirements contained in Regulations, ss. 4(1), (2), (7)—Minister correctly concluding '023, '024 patents ineligible for inclusion on register—Application dismissed—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 3 (as am. by SOR/98-166, s. 2), 4 (as am. *idem*, s. 3).

WARNER-LAMBERT CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-994-00, 2001 FCT 514, Pinard J., order dated 24/5/01, 8 pp.)

Appeal from Trial Division decision ((2000), 7 C.P.R. (4th) 522) dismissing application for judicial review of refusal by Minister of Health to add '331 patent to patent list with respect to tablet "Zocor"—Whether '331 patent "contains claim for the medicine itself" for purpose of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4(2)(b)—Trial Judge concluding '331 patent did not contain "claim for medicine itself", Minister correctly refused to add '331 patent to register—Judge made no error in reaching result—If successful, appellants would be able to do indirectly what they could not do directly, that is, prevent competitor from obtaining Notice of Compliance for drug containing simvastatin produced by non-infringing process—In construing claims of patent, court not entitled to consider such extraneous matters as content of new drug submission filed under Food and Drug Regulations—Fact that simvastatin in lactone form only has therapeutic effect after metabolized in body into patented metabolites does not justify construing claims of '331 patent to include simvastatin in lactone form—Appeal dismissed—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 4(2) (as am. by SOR/98-166, s. 3).

MERCK FROSST CANADA & CO. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (A-511-00, 2001 FCA 136, Evans J.A., judgment dated 1/5/01, 5 pp.)

INFRINGEMENT

Appeal, cross-appeal from Trial Division decision ((1999), 181 F.T.R. 22) concluding appellant's claim in 3 patents relating to apparatus for performing ophthalmological surgery valid but not infringed by respondents—Apparatus manufactured by respondent Nidek for performing ophthalmological surgery of cornea at centre of allegation of infringement—Purposive interpretation of claim requiring phrase "anterior surface of the cornea" be read as meaning outer layers of

PATENTS—Concluded

cornea up to portion of stroma, foremost outer layer being epithelium—To construe phrase "anterior surface of the cornea" as limited to epithelium would be inconsistent with wording of claim as whole—Nothing in language of claim suggesting inventor envisaged controlled ablative photo-decomposition of cornea would begin anywhere other than at surface of epithelium—Trial Judge did not err in concluding phrase "means for shaping, focusing and directing the beam towards the cornea" should be read as meaning shaping, focusing, directing of entirety of originally rectangular laser beam—Properly concluded myopia, astigmatism patents not infringed by respondents—As to cross-appeal, Trial Judge properly concluded patents in issue valid—Appeal, cross-appeal dismissed.

VISX, INC. V. NIDEK CO. (A-847-99, 2001 FCA 215, Noël J.A., judgment dated 28/6/01, 8 pp.)

PRACTICE**APPEALS AND NEW TRIALS**

Appeal from decision of Hugessen J. dismissing appellants' motion for order compelling Crown officer to attend for oral discovery under r. 97—Basis of April 5, 2001 order documents that were intended subject of examination for discovery would not be relevant to first phase of trial—Controversy arising as to contents of Appeal Book to be prepared for appeal of April 5, 2001 order—Test for inclusion of documents in appeal book found in r. 343(2)—Appellate court generally will not consider evidence not before court from which appeal taken—Crown wishing to include in Appeal Book "series of documents bearing Production Numbers 2446 to 2559"—Appellants objecting to documents being included in Appeal Book as not before Hugessen J. when order made on April 5, 2001, therefore should not be before Court in appeal from order—Appellants not at fault for not putting documents before Hugessen J.—Evidence falling far short of establishing documents could be considered part of record before Hugessen J. when latter rendered decision under appeal—Documents should not be included in Appeal Book—Crown also wishing to have included in Appeal Book copies of written submissions of counsel made in course of settling terms of severance order of January 10, 2001—Not appropriate case for including in Appeal Book copies of written submissions relating to April 5, 2001 order or January 10, 2001 severance order—Notice of intention to amend pleadings filed by Crown in November 2000, number of questions and answers given in course of written examination for discovery of Crown officer of no assistance to Court in dealing with appeal—Appeal Book will not include that material—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 97, 343.

MONTANA BAND V. CANADA (A-231-01, 2001 FCA 176, Sharlow J.A., order dated 31/5/01, 11 pp.)

PRACTICE—Continued**JUDGMENTS AND ORDERS***Reversal or Variation*

Motion by Crown for order setting aside, varying order of Jerome A.C.J. prohibiting Crown from taking further steps to terminate lease, evict plaintiff—Plaintiff's father entering into 21-year lease with Crown in 1978 for lease of lot in Whitefish River Indian Reserve—In 1991 lease assigned to Whitefish River First Nation by means of addendum to lease—In 1994 Minister advising plaintiff Whitefish River First Nation assuming delegated authority of Minister to manage lands on reserve—Plaintiff commencing action in 1997 for interim injunction prohibiting Crown from taking any further steps to terminate lease, evict plaintiff—Jerome A.C.J. dismissing Crown's motion for summary judgment, staying action pending final determination of action in T-234-92; issuing interim injunction prohibiting defendant from taking any further steps to terminate lease—Lease expired in 1998—Crown, First Nation neither renewing nor extending term of lease—But plaintiff stating gave notice pursuant to term of lease giving lessee right to renew lease upon giving lessor twelve months' notice prior to expiration of term—Crown relying on terms of lease giving Minister power to declare lease terminated if lessee failing to pay rent due or if lessee filing petition in bankruptcy; alleging rent in arrears, plaintiff making assignment in bankruptcy without ever advising either Department of Indian Affairs and Northern Development or Band—Minister agreeing lease should be terminated but Jerome A.C.J.'s order prohibiting such action—Judgment rendered in T-234-92 on July 16, 1998; appeal therefrom heard in April 4, 2001 but no judgment rendered as of June 8, 2001—Federal Court Rules, 1998, r. 399(2)(a) permitting Court to set aside, vary order by reason of matter arising or discovered subsequent to making of order—Plaintiff's failure to pay rent owing, assignment in bankruptcy new matters discovered subsequent to Jerome A.C.J.'s order and applicant could not with reasonable diligence have discovered them sooner—Issue whether new matters sufficient to vary or set aside Jerome A.C.J.'s order—*Chappell v. Times Newspapers Ltd.*, [1975] W.L.R. 482 (C.A.) holding if one party seeking relief, must be ready and willing to do part in contract—Court not convinced plaintiff intended to pay rent: although lease indicating \$2,078 due annually, plaintiff deciding had to pay \$1,265—Addendum to lease providing for referral to Federal Court where lessee disagreeing with determination of rent i.e. must pay rent, grieve later—Also plaintiff always late in sending cheques, and always sending cheques to Department of Indian Affairs, even though clearly notified since 1994 that had to pay it to Band, and never sending returned cheques to Band—Plaintiff not complying with terms of lease—Clearly plaintiff relying on Jerome A.C.J.'s decision, deciding not to fulfill obligations pursuant to lease—New matters raised sufficient to set aside Jerome A.C.J.'s order

PRACTICE—Continued

and to decide in favour of Crown—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 399(2)(a).

MILES V. WHITEFISH RIVER FIRST NATION (T-747-97, 2001 FCT 610, Blais J., order dated 8/6/01, 19 pp.)

Stay of Execution

Motion to stay execution of removal order against applicant scheduled to be removed to Egypt on June 5, 2001—Serious issue to be tried—Fundamental right here right to freedom of expression—Applicant asked for protection from Egyptian police authorities, but ordered out of police station—Police investigation into murders of two Christians resulting in hundreds of citizens, most of them Christians, being detained, mistreated, tortured by police—Risk that applicant will suffer irreparable harm if removed from Canada—Balance of convenience in favour of staying execution of removal order until Court has determined merits of application for leave and, if leave granted, until after application for judicial review.

MOUSSA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2638-01, 2001 FCT 869, Muldoon J., order dated 8/8/01, 5 pp.)

PARTIES

Motion for order under Federal Court Rules, rr. 113, 114, allowing elected Chief of Sioux Valley First Nation to represent estates of approximately 20 deceased veterans in action against Crown—Plaintiffs said to have been wrongfully deprived of veteran benefits to which entitled as result of service in World War I, World War II, Korean War, allegedly by application of racially discriminatory laws, policies, practices—R. 113 allowing Court to appoint person to represent estate of deceased—Onus on moving party to satisfy Court appropriate to grant relief requested—Court having discretion, in appropriate circumstances, to appoint party to defend proceeding on behalf of deceased person, whether action instituted before or after death of party—Right to sue generally dies with person—Principle well recognized in common law—R. 113 of limited application, not changing substantive law—Not authorizing representative (other than trustee, executor, administrator) to commence action on behalf of deceased—First condition of r. 113 not met—Plaintiffs must also establish "estate of deceased not represented"—Affidavits filed on behalf of plaintiffs not adequately establishing knowledge of status of representation of deceased relative's estate—Of no assistance to Court—No evidence Chief Whitecloud had particular knowledge of state of mind of deceased veterans when elected decades ago to receive benefits—Chief Whitecloud having no legitimate concern for supporting litigation in favour of estates of deceased veterans—R. 113 cannot be applied to usurp role of trustees, executors, administrators

PRACTICE—Continued

who ultimately must weigh cost, benefits of litigation—Public policy militates against granting such sweeping relief claimed in motion—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 113, 114.

TACAN V. CANADA (00-T-13, 2001 FCT 574, Lafrenière P., order dated 1/6/01, 10 pp.)

Standing

Motion under Federal Court Rules, 1998, r. 114 to be made party to applications for judicial review of Tax Court's judgments—Margot Erdmann assessed under Income Tax Act, Excise Tax Act, based on allegation properties transferred to her for less than fair market value by then-spouse, John Swift, who had tax debts outstanding under both Acts—Whether Crown correctly determined fair market value of transferred property only issue raised on appeal to Tax Court of Canada—Tax Court dismissing appeals—Swift asserting interest in proceedings because would have legal, or moral obligation to reimburse Erdmann if applications unsuccessful—R. 114 relating to class or representative proceedings—These applications for judicial review not appropriate for class or representative proceedings—Swift could not have been named party on basis of r. 303—Not proper party to these applications merely because tax debts forming basis of assessments—According to r. 119, individual may act in person or be represented by lawyer—No specific provision permitting non-lawyer to represent litigant who is individual—Assuming Court having jurisdiction to permit representation by non-lawyer if interests of justice so require, Court not inclined to exercise jurisdiction in this case—Swift not appreciating nature of judicial review, procedures to be followed—Participation as representative of Erdmann probably would not assist Court in dealing with issues raised in applications—Erdmann must either take over proceedings herself, or retain counsel—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106 rr. 114, 119, 303—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15.

ERDMANN V. CANADA (A-168-01, 2001 FCA 138, Sharlow J.A., order dated 3/5/01, 5 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Application for order under r. 221(1)(a) striking out plaintiffs' statement of claim as disclosing no reasonable cause of action—Plaintiffs widow, children of Constable Frank Carriere who drowned on November 30, 1997 while performing duties as RCMP diver—Following death, widow received pensions under RCMP Superannuation Act, Pension Act—In November 1998 plaintiffs filed statement of claim alleging negligence on part of defendants leading to death of

PRACTICE—Continued

Constable Carriere—Crown arguing plaintiffs' action beyond Court's jurisdiction as statutorily barred by RCMP Superannuation Act, s. 32(2), Pension Act, s. 111, Crown Liability and Proceedings Act, s. 9—By virtue of later provisions, plaintiffs' claim, as matter of law, statute barred, in so far as plaintiffs received pensions, paid out of Consolidated Revenue Fund "in respect of" untimely death of Constable Carriere while claim in present action also for relief from same damage, loss—Application allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221—Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. R-11, s. 32 (as am. by S.C. 1998, c. 11, s. 1(1)(F), (2))—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-7, s. 111—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 9.

CARRIERE V. CANADA (T-2205-98, 2001 FCT 569, Rouleau J., order dated 1/6/01, 6 pp.)

PRIVILEGE

Motion for order under r. 229 requiring disclosure of documents listed in Schedule "2" of affidavit of documents provided by defendants, name of taxpayer granted particular advance income tax ruling in 1991—Defendants challenging order, asserting public interest immunity conferred by Canada Evidence Act, s. 37(2)—Plaintiff member of unincorporated public interest group interested in social justice, fiscal issues—Whether identity of taxpayers relevant to conduct of action—Information sought information over which Crown asserts privilege—By reason of that privilege, plaintiff denied access to taxpayer identity, related information in proceedings to date—Statement of claim alleging undue preference, special benefit conferred upon unidentified taxpayer as result of advance tax ruling issued on December 24, 1991—Question of relevance to be decided on basis of relationship between information sought, cause of action raised in pleading—Identity of taxpayer not relevant to prosecution of action—Identity of professional advisor likewise not relevant, will not be disclosed—Defendants proceeding upon misapprehension of purpose, effect of Act, s. 37(2) when arguing public interest immunity to be assessed in relation to redacted documents presented by defendants—Public interest immunity to be assessed in relation to original documents—Burden upon parties seeking disclosure to make "apparent case" for disclosure prior to inspection of documents by Court—Factors of admissibility, usefulness established in favour of plaintiff—Production of documents not amounting to general discovery, fishing expedition—Public interest of confidence in broader system, including respect for confidentiality of taxpayer information, forthrightness in providing information for purpose of broader system, must override specified further interest asserted by defendants—Documents listed in Schedule "2" shall be disclosed, with exception of certain documents privileged against disclosure—No reason to maintain confidentiality orders made on December 20,

PRACTICE—Continued

2000—Documents listed in Schedule “2” of defendants’ affidavit of documents will be disclosed to plaintiff, counsel, in redacted form already provided by counsel for defendants—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 229—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 37(2).

HARRIS V. CANADA (T-2407-96, 2001 FCT 498, Heneghan J., order dated 16/5/01, 21 pp.)

REPRESENTATION BY ATTORNEY OR SOLICITOR

Motion to remove plaintiff’s solicitor (Mr. Robbins) or his firm from case—*Imperial Oil Ltd. v. Lubrizol Corp.* (1999), 86 C.P.R. (3d) 331 (F.C.T.D.) referring to *Heck v. Royal Bank* (1993), 52 C.P.R. (3d) 372 (Ont. Div. Ct.) wherein stated courts should remove solicitors only in clear cases; application to remove can be made to trial judge when problem certain—Decision also calling for application of flexible test for purpose of determining any motion to remove—Application to remove law firm as counsel of record should not be granted unless Court satisfied attorney from that firm certain or very likely to testify: *International Business Machines Corp. v. Printech Ribbons Inc.*, [1994] 1 F.C. 692 (T.D.)—For purposes of within motion, case at preliminary stage—Court not persuaded counsel must be removed—First, defendants alleging e-mail message sent to Robbins evidence defendants always acted with transparency, honesty in regard to plaintiff, but plaintiff’s solicitors not acknowledging receipt thereof—Defendants therefore wish to examine Robbins to this effect—Not certain Robbins must be examined to establish whether plaintiff got wind of intention announced by defendants’ solicitor in e-mail—Other methods may be used i.e. under Federal Court Rules, 1998, r. 255 defendants could send plaintiff formal notice to admit authenticity of e-mail and truth of facts surrounding knowledge by plaintiff of e-mail—Also possible concessions or admission may be made on plaintiff’s examination—Furthermore, as website accessible by general public, plaintiff itself may be able to answer some questions in that regard—Secondly, defendants would like to examine Robbins on documents cited in statement of claim or statement of defence but not listed in affidavit of documents, as attached to his affidavit—Must first establish affidavit made in support of application for interlocutory injunction presented by plaintiff—Circumstances surrounding injunction application *res judicata*—Affidavit not made in support of substantive issues to come in action since plaintiff’s evidence will have to be made by witnesses testifying *viva voce*—Moreover, plaintiff’s counsel not intending to use Robbins’ testimony or affidavit in hearing on merits—Uncertain Robbins will testify at hearing on merits—Specifically defendants referred to letter sent to Robbins’ colleague—Robbins associated with production of letter for purposes of injunction—That stage over—Robbins or firm should not be forced to withdraw from case on account of letter did not write but which was written by defendant—

PRACTICE—Continued

Possible introduction as evidence will not necessarily occur through testimony of Robbins or colleague—Thirdly, as to documents included in affidavit, what was said above as to past context applies here as well—No significant connection with Robbins—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 255.

WEIGHT WATCHERS INTERNATIONAL, INC. V. VALE PRINTING LTD. (T-238-00, 2001 FCT 578, Morneau P., order dated 1/6/01, 8 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision—Previous appeal in same case allowed on basis of absence of procedural fairness in proceedings leading to February 4, 1997 TCC judgment—Present appeal should also be allowed—Appellant arguing counsel acting for him in T.C.C. proceedings did so without authority—Authorized filing of notice of appeal—Appellant’s counsel had authority to sign agreements dated April 28, 1998, May 25, 1995—Appellant accordingly bound by agreements—Authority of lawyer to enter into them not issue for redetermination by T.C.C.—Appeal “Investment Club” appeal.

SOURANI V. CANADA (A-177-97, 2001 FCA 185, Malone J.A., judgment dated 4/6/01, 3 pp.)

Synchronics, Inc. commencing action against partnership known as Synchronics—Partnership attempted to defend action without being represented by counsel—Federal Court Rules, 1998, r. 120 requiring partnership to be represented by solicitor in all proceedings, unless Court in special circumstances granting leave to it to be represented by officer, partner or member—Partnership’s motion for authorization to be represented by members Brown or Leech denied on March 23, 1999—Subsequently motion to reconsider denied and partnership given 15 days to retain counsel, failing which default judgment would be granted—Partnership not retaining counsel—Appeal against all three orders quashed on ground appeal from March 23 order out of time, and because that order could not be appealed, appeals predicated on it could not be maintained—Partnership’s appeal from order granting default judgment and motion for leave to permit Brown and Leech to represent them denied—Appeal from that order indicating partnership still challenging initial March 23, 1999 decision denying leave to permit representation by Brown, Leech, and also challenging legal validity of r. 120—Notice of appeal alleging Court unfairly biased against unrepresented litigants, and award of costs of \$1,500 punitive—Synchronics, Inc.’s motion to quash appeal granted on basis notice of appeal raising issues already determined in prior proceedings, thus *res judicata*—Applicable principle summarized in *Thomas v. Trinidad and Tobago (Attorney General)* (1990), 115 N.R. 313 (P.C.); in *Canada v. Chevron Canada Resources Ltd.*, [1999] 1 F.C. 349 (C.A.), at par. 36—Order denying permission for Brown, Leech to

PRACTICE—Concluded

represent partnership could have been appealed if appeal commenced on timely basis—Any argument challenging legal validity of r. 120 should have been raised in initial motion resulting in March 23, 1999 order—But no basis for barring partnership from proceeding with appeal against award of costs—Appeal dismissed except with respect to award of costs—Affidavits filed with motion record on April 30, 2001 stating partnership cannot afford to retain counsel—Brown, Leech jointly granted leave to represent partnership in appeal against award of costs on Court's own motion—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 120.

SYNCHRONICS LTD. V. SYNCHRONICS, INC. (A-225-01, 2001 FCA 172, Sharlow J.A., order dated 31/5/01, 7 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of Umpire's decision applicant not eligible to receive pregnancy benefits during weeks to which Commission allocated her severance pay in accordance with Unemployment Insurance Regulations, s. 58(9)—Applicant's employment terminated on December 13, 1994 when employer abolished position in which employed—Last pay period ending on January 15, 1994—In lieu of notice, applicant was paid lump sum equal to approximately year's salary—Applicant's claim for pregnancy benefits refused as, at relevant time, payment made to her as compensation for salary she would have earned if given adequate notice, elected to work out notice—Since receipt of wages operates as general bar to, reduction of, all unemployment insurance benefits, provisions rendering her ineligible not discriminatory on ground of sex—Court not concerned with desirability of extending benefits in manner sought—Applicant has not established breach of Charter, s. 15—Application dismissed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 58(9) (as am. by SOR/89-550, s. 1)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

KROCK V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-284-99, 2001 FCA 188, Evans J.A., judgment dated 4/6/01, 5 pp.)

Judicial review of Deputy Tax Court Judge's dismissal of appeal from Minister of National Revenue's decisions applicants excepted from insurable employment under Unemployment Insurance Act as applicants, employer not dealing with each other at arm's length—Act, s. 61(3) providing decision as to whether person employed in insurable employment made by MNR—Decisions initially made that applicants engaged in insurable employment in 1991, 1992 with Murphy Enterprises Ltd.—On July 23, 1993 decided employment not insurable as applicants not employed at arm's length as required by Act, s. 3(2)(c)—

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

Applicants applied under s. 61(3) for determination of question by Minister—Subsequently decided employment not insurable as no valid contract of service under employer/employee relationship, not employed at arm's length, not reasonable to assume would have entered into substantially similar arrangement had they not been related to employer—That decision unsuccessfully appealed to Tax Court—Application dismissed—(1) Nothing in either s. 3(2) or s. 61(3) indicating Minister may not reverse decision upon application by Commission, employee or employer—If new facts brought to Minister's attention, may decide differently as to insurable employment—Clear inference Minister obtained new information causing him to conclude applicants not engaged in insurable employment—(2) Minister not having obligation to call evidence in support of assumptions in reply to notice of appeal—Onus on appellant to refute assumptions advanced by Minister in pleading—No obligation on Minister to prove assumptions unless, until questioned by appellant in evidence—(3) Deputy Tax Court Judge not erring in concluding applicants not refuting Minister's assumptions—Deputy Judge extensively canvassed evidence, made numerous detailed findings against applicants—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 3 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 2), 63 (as am. *idem*, s. 37).

MURPHY V. M.N.R. (A-27-00, 2001 FCA 181, Rothstein J.A., judgment dated 4/6/01, 5 pp.)

VETERANS

Application for judicial review of Veterans Review and Appeal Board decision (VRAB) refusing applicant pension entitlement—Applicant veteran who served in active forces in Second World War from June 24, 1943, to February 6, 1946—Complained of nervousness and other symptoms in November 1945—Since 1973, applicant periodically treated for chronic anxiety—In September 1994, Canadian Pension Commission decided applicant's chronic anxiety resulted from Second World War military service—Applicant entitled to pension under Pensions Act, s. 21(1)—In June 1997, Minister of Veterans Affairs refused applicant's application for pension because Minister believed heart disease not result of chronic anxiety and therefore did not entitle applicant to pension—VRAB affirming decision of review panel and Minister—Applicant submitted application for reconsideration of decision of January 28, 1998, under Veterans Review and Appeal Board Act, s. 32(1)—Whether Board committing error in decision of April 12, 2000, allowing Court to intervene—VRAB established by VRAA only review and appeal board for veterans' pensions—VRAA, s. 31 containing privative clause—Applicable standard of review patently unreasonable decision—Board duly considered applicant's evidence, i.e. medical report by Dr. François Sestier—Board gave no weight to Dr. Sestier's

VETERANS—Continued

opinion since it did not believe opinion represented medical consensus on issue—Board determined that chronic anxiety did not accelerate onset of applicant's heart disease—Board committing error justifying Court's intervention—All medical evidence adduced aimed at establishing link between chronic anxiety and coronary disease and supporting that theory—Board not identifying literature that was basis for rejection of Dr. Sestier's conclusion, where literature found, when published, manner obtained—Not specifically referring to any study or medical text supporting its conclusion—That VRAA, s. 38 allowing Board to obtain expert advice on any medical issue suggests Board has no

VETERANS—Concluded

particular medical expertise—Board could not reject Dr. Sestier's opinion since no contradictory evidence adduced—By rejecting Dr. Sestier's opinion, Board not properly applying s. 39 of VRAA and breaching obligations therein—Jurisdictional error nullifying entire decision—Application allowed—Pensions Act, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 21 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 16, s. 2; *idem*, (3rd Supp.), c. 20, s. 28; S.C. 1990, c. 43, s. 8—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, ss. 31, 32, 38, 39.

RIVARD V. ATTORNEY GENERAL (T-975-00, 2001 FCT 704, Nadon J., order dated 26/6/01, 24 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ACCÈS À L'INFORMATION

Recours en révision d'une décision par laquelle le ministre de la Défense nationale (le Ministère) de communiquer certains dossiers relatifs à la demanderesse et à la certification ISO 14000/1 d'un programme de contrôle des activités militaires aériennes de la cinquième escadre de Goose Bay—La demanderesse a soumis une proposition spontanée au Ministère—La proposition spontanée contenait une explication de la méthodologie qui serait utilisée pour répondre au présumé besoin du Ministère—Le Ministère n'a pas accepté la proposition spontanée—Par suite d'une demande de communication et de plaintes au Commissaire à l'information, le Ministère a avisé la demanderesse qu'il entendait divulguer la proposition spontanée—Demande accueillie en partie—La demanderesse satisfait à tous les critères permettant de considérer les renseignements comme confidentiels—Les renseignements confidentiels contenus dans le document ne peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a autrement accès, ou encore par observation ou par étude indépendante par un simple citoyen agissant de son propre chef—Les renseignements ont été communiqués dans le cadre d'une relation qui n'est pas contraire à l'intérêt public et la communication des renseignements confidentiels favorisait cette relation dans l'intérêt du public—À l'exception des parties prélevées, les renseignements contenus dans la proposition spontanée satisfont aux exigences de l'art. 20(1)b) de la Loi et ne doivent pas être divulgués—La preuve soumise ne permet pas au document (la proposition spontanée) de respecter les conditions requises pour être soustrait à l'obligation de communication en vertu de l'art. 20(1)c) de la Loi—Communication de certains des paragraphes retranchés en vertu de l'art. 51 de la Loi—Les renseignements personnels tombant sous le coup de l'art. 19(1) de la Loi ne seront pas divulgués—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 19, 20, 51.

JACQUES WHITFORD ENVIRONMENT LTD. C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-124-00, 2001 CFPI 556, juge O'Keefe, ordonnance en date du 30-5-01, 28 p.)

ANCIENS COMBATTANTS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des anciens combattants qui refusait au demandeur le droit à une pension—Le demandeur est un ancien combattant qui a été enrôlé dans les forces actives de la Seconde Guerre mondiale du 24 juin 1943 au 6 février 1946—En novembre 1945, le demandeur s'est plaint de nervosité et d'autres symptômes—À partir de 1973, il a été traité périodiquement pour une anxiété chronique—En septembre 1994, la Commission canadienne des pensions a statué que l'anxiété chronique dont souffrait le demandeur était imputable au service militaire accompli au cours de la Seconde Guerre mondiale, et qu'un droit à pension était donc indiqué en vertu de l'art. 21(1) de la Loi sur les pensions—En juin 1997, le ministre des Anciens combattants a refusé la demande de pension du demandeur puisque, à son avis, la maladie coronarienne ne donnait pas droit à une pension car elle n'était pas consécutive à l'anxiété chronique—Le Tribunal des anciens combattants a confirmé la décision du Comité de révision et du ministre—Le demandeur a présenté au Tribunal une demande de réexamen de la décision du 28 janvier 1998 en vertu de l'art. 32(1) de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)—Il s'agit de savoir si le Tribunal a commis une erreur dans sa décision du 12 avril 2000 qui permettrait à la Cour d'intervenir—Le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), créé par la LTAC, est depuis sa création le seul tribunal de révision et d'appel pour les pensions d'anciens combattants—L'art. 31 de la LTAC contient une clause privative—La norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision manifestement déraisonnable—Le Tribunal a dûment considéré la preuve soumise par le demandeur, soit le rapport médical du Dr. François Sestier—Il n'a donné aucun poids à l'opinion du Dr. Sestier, vu que celle-ci ne représentait pas, à son avis, le consensus médical sur la question—Il en est arrivé à la conclusion que l'affection d'anxiété chronique n'a pas accéléré l'apparition de la maladie coronarienne du demandeur—Le Tribunal a commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour—Toute la preuve médicale au dossier vise à démontrer qu'un lien

ANCIENS COMBATTANTS—Fin

existe entre l'anxiété chronique et la maladie coronarienne, et appuie cette thèse—Le Tribunal n'a pas indiqué la littérature qui lui a permis de rejeter la conclusion du Dr. Sestier, où se trouve cette littérature, quand elle a été publiée, ni comment elle a été obtenue—Il n'a cité avec précision aucune étude ni aucun ouvrage médical qui pourrait supporter sa conclusion—Le fait que l'art. 38 de la LTAC permette au Tribunal de faire appel à un expert en ce qui concerne toute question médicale est une indication que le Tribunal n'a pas d'expertise particulière dans le domaine de la médecine—Le Tribunal ne pouvait rejeter l'opinion du Dr. Sestier, puisque celui-ci n'est pas contredit par d'autre preuve déposée devant lui—En rejetant l'opinion du Dr. Sestier comme il l'a fait, le Tribunal a mal appliqué l'art. 39 de la LTAC et n'a pas respecté les obligations qui y sont prévues—Il s'agit d'une erreur de compétence qui vicie la décision en entier—Demande accueillie—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), c. P-6, art. 21 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 16, art. 2; *idem*, (3^e suppl.), ch. 20, art. 28; L.C. 1990, ch. 43, art. 8—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, c. 18, art. 31, 32, 38, 39.

RIVARD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-975-00, 2001 CFPI 704, juge Nadon, ordonnance en date du 26-6-01, 24 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre que la demanderesse n'était pas éligible aux prestations de maternité durant les semaines où la Commission avait réparti son indemnité de départ conformément à l'art. 58(9) du Règlement sur l'assurance-chômage—L'emploi de la demanderesse a cessé le 13 décembre 1994, lorsque son employeur a aboli son poste—Sa dernière période de paye prenait fin le 15 janvier 1995—À titre de préavis, la demanderesse a reçu une indemnité forfaitaire d'à peu près une année de salaire—On a refusé d'accorder les prestations de maternité à la demanderesse parce qu'à l'époque pertinente, elle avait reçu un paiement à titre de compensation pour le salaire qu'elle aurait gagné si on lui avait donné un préavis adéquat et qu'elle avait décidé de travailler pendant la période en cause—Étant donné que le fait de recevoir un salaire vient empêcher, ou du moins diminuer, le droit aux prestations d'assurance-chômage, les dispositions qui font qu'elle est inadmissible ne créent pas une distinction en raison du sexe—La Cour ne peut se préoccuper de la question de savoir s'il serait désirable d'accorder des prestations étendues comme on le recherche—La demanderesse n'a pas démontré l'existence d'une violation de l'art. 15 de la Charte—Demande rejetée—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 58(9) (mod. par DORS/89-550, art. 1)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

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.

KROCK C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-284-99, 2001 CAF 188, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 4-6-01, 5 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un juge suppléant de la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel de décisions par lesquelles le ministre du Revenu national avait estimé que les demandeurs n'exerçaient pas un emploi assurable au sens de la Loi sur l'assurance-chômage, étant donné que les demandeurs et leur employeur avaient un lien de dépendance entre eux—Il avait d'abord été décidé que les demandeurs avaient exercé un emploi assurable en 1991 et 1992 chez Murphys Enterprises Ltd.—Le 23 juillet 1993, il a été décidé que l'emploi n'était pas assurable parce que les demandeurs n'exerçaient pas un emploi sans lien de dépendance, comme l'exigeait l'art. 3(2)c) de la Loi—Les demandeurs ont demandé au ministre de trancher la question en vertu de l'art. 61(3) de la Loi—Le ministre a décidé que leur emploi n'était pas assurable, étant donné qu'il n'existait pas de contrat de louage de services valide dans le cadre d'une relation employeur-employé, qu'ils n'exerçaient pas un emploi sans lien de dépendance et qu'il n'était pas raisonnable de conclure qu'ils auraient conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance avec leur employeur—Cette décision a été portée sans succès en appel devant la Cour de l'impôt—La demande est rejetée—1) Il n'y a rien dans les art. 3(2) et 61(3) qui permette de penser que le ministre ne peut pas infirmer une décision à la demande de la Commission, d'un employeur ou d'un employé—Si de nouveaux faits sont portés à son attention, le ministre peut prendre au sujet d'un emploi assurable une décision différente de celle qu'il a déjà prise—On peut clairement inférer que le ministre a obtenu de nouveaux éléments d'information qui l'ont amené à conclure que les demandeurs n'exerçaient pas un emploi assurable—2) Le ministre n'est pas tenu d'invoquer des éléments de preuve pour justifier ses postulats dans sa réponse à un avis d'appel—C'est à l'appelant qu'il incombe de réfuter les postulats avancés par le ministre dans sa plaidoirie—Le ministre n'est tenu de démontrer ses postulats que si l'appelant les conteste en preuve—3) Le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en concluant que les demandeurs n'avaient pas réfuté les postulats du ministre—Le juge suppléant a analysé à fond la preuve et a tiré de nombreuses conclusions détaillées qui étaient défavorables aux demandeurs—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 2), 63 (mod., *idem*, art. 37).

MURPHY C. M.R.N. (A-27-00, 2001 CAF 181, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 4-6-01, 5 p.)

ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le juge-arbitre a déclaré que le demandeur n'avait pas droit à l'assurance-emploi—Le demandeur a travaillé comme pêcheur du 29 juin au 27 juillet 1999—Il était inscrit à plein temps à un cours d'électricité de construction et d'industrie du 31 août 1999 au 30 juin 2000—Pendant qu'il était inscrit au cours il a présenté une demande de prestations d'assurance-emploi—Il était admissible à présenter une demande de prestations en tant que pêcheur parce qu'il remplissait les conditions minimales requises quant au revenu aux termes du Règlement—L'art. 18a) de la Loi sur l'assurance-emploi prévoit que les prestataires ne sont pas admissibles au bénéfice des prestations s'ils ne sont pas disponibles pour travailler—Le demandeur soumet que l'art. 9(3) du Règlement sur l'assurance-emploi (pêche) constitue une exception à l'art. 18a)—L'art. 9(3) prévoit qu'un pêcheur est considéré en chômage et disponible pour le travail à l'égard de l'activité ou de l'emploi qu'il exerce ou de l'entreprise qu'il exploite dans la pêche, qu'il s'agisse ou non d'un emploi assurable, au cours des périodes de prestations visées à l'art. 8(11)—Le demandeur allègue que l'art. 9(3) doit être interprété comme signifiant que le pêcheur est en chômage et disponible pour le travail au cours de la période de prestations, malgré qu'il puisse ne pas être en chômage ou ne pas être disponible pour le travail—Cette interprétation ne prend pas en compte les mots «[a]u cours des périodes de prestations visées au paragraphe 8(11), [...] à l'égard de l'activité ou de l'emploi [que le pêcheur] exerce ou de l'entreprise qu'il exploite dans la pêche [...]»—Ces mots ont été interprétés comme signifiant que même lorsqu'un pêcheur ne se livre pas à la prise de poissons, il n'est pas considéré, dans les cas où il effectue un travail accessoire à la pêche tel que la réparation des filets ou de l'équipement d'un bateau de pêche au cours des périodes de prestations, comme étant au travail ou non disponible pour le travail, ce qui entraînerait une inadmissibilité au bénéfice des prestations d'assurance-emploi—Seulement l'activité ou l'emploi qu'il exerce ou l'entreprise qu'il exploite dans la pêche au cours d'une période de prestations donne à un pêcheur le droit d'être considéré comme étant en chômage et disponible pour le travail pour les fins de l'assurance-emploi—Parce qu'il étudiait à plein temps au cours de la période de prestations, le demandeur est visé par l'art. 18a)—Parce qu'il n'était pas disponible pour le travail, il n'était pas admissible au bénéfice des prestations d'assurance-emploi—La demande est rejetée—Loi sur l'assurance-chômage, L.C. 1996, ch. 23, art. 18a)—Règlement sur l'assurance-emploi (pêche), DORS/96-445, art. 9(3).

NASH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-740-00, 2001 CAF 183, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 4-6-01, 5 p.)

BREVETS

Demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par le ministre de la Santé aux termes de l'art. 3(1) du Règle-

BREVETS—Suite

ment sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Le ministre a décidé que: a) la liste des brevets concernant le brevet canadien numéro 1297023 (brevet '023) et le brevet canadien numéro 1297024 (brevet '024), soumise par la demanderesse, ne sera pas ajoutée au registre des brevets que tient le ministre aux termes de l'art. 3(1) du Règlement et que b) les brevets '023 et '024 concernant le chlorhydrate de quinapril de la demanderesse seront supprimés du registre des brevets—Une gamme de produits est commercialisée sous le nom déposé «Accupril» et renferme comme seul ingrédient actif du chlorhydrate de quinapril—L'autre gamme est mise sur le marché sous le nom déposé «Accuretic»—Les deux brevets ont trait à des formulations pharmaceutiques qui contiennent l'ingrédient médicamenteux chlorhydrate de quinapril en association avec un ingrédient inactif—Les comprimés «Accupril» et «Accuretic» actuellement sur le marché ne contiennent ni le stabilisant à l'acide ascorbique, ni l'acide ascorbique et/ou l'ascorbate de sodium—En vertu de l'art. 3 du Règlement, le ministre doit tenir un registre de tout renseignement ou de toutes les listes de brevets soumis par une personne aux termes de l'art. 4—Pour qu'un brevet compris dans une liste de brevets soit admissible à l'inclusion dans le registre, il doit s'appliquer à un médicament pour lequel une demande d'avis de conformité a été déposée—La preuve montre que les brevets '023 et '024 renferment des revendications relatives à des formulations pharmaceutiques qui sont considérées, au sens du Règlement, comme des médicaments faisant état d'un ingrédient médicamenteux—La preuve montre également que les médicaments spécifiques visés par les brevets '023 et '024 n'ont jamais fait l'objet d'une demande d'avis de conformité en vertu du Règlement sur les aliments et drogues—Ces brevets ne correspondent pas aux produits médicamenteux pour lesquels le fabricant a soumis une demande d'avis de conformité—Ils ne sont pas conformes aux exigences d'admissibilité décrites aux art. 4(1), (2) et (7) du Règlement—Le Ministre était fondé de refuser d'ajouter les brevets '023 et '024 au registre—Demande rejetée—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 3 (mod. par DORS/98-166, art. 2), 4 (mod., *idem*, art. 3).

WARNER-LAMBERT CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-994-00, 2001 CFPI 514, juge Pinard, ordonnance en date du 24-5-01, 8 p.)

Appel interjeté d'une décision de la Section de première instance ((2000), 7 C.P.R. (4th) 522) rejetant la demande de contrôle judiciaire du refus du ministre de la Santé d'ajouter le brevet '331 à la liste des brevets à l'égard du comprimé «Zocor»—Il s'agit de savoir si le brevet '331 «comporte une revendication du médicament en soi» aux fins de l'art. 4(2)b) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Le juge de première instance a conclu que le brevet '331 ne contient aucune «revendication pour le

BREVETS—Suite

médicament en soi» et que le ministre était fondé à refuser d'ajouter le brevet '331 au registre—Le juge n'a pas commis d'erreur en arrivant à ce résultat—Si elles avaient gain de cause, les appelantes seraient en mesure de faire indirectement ce qu'elles ne peuvent pas faire directement, c'est-à-dire empêcher un concurrent d'obtenir un avis de conformité pour une drogue contenant de la simvastatine produite par un procédé qui ne constitue pas une contrefaçon—Le tribunal qui interprète les revendications d'un brevet n'a pas le droit de tenir compte de questions aussi étrangères que le contenu d'une présentation de drogue nouvelle déposée conformément au Règlement sur les aliments et drogues—Le fait que la simvastatine sous forme de lactone n'ait des effets thérapeutiques qu'après avoir été métabolisée par le corps pour donner les métabolites brevetés ne justifie pas d'interpréter les revendications du brevet '331 comme incluant la simvastatine sous forme de lactone—Appel rejeté—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4(2) (mod. par DORS/98-166, art. 3).

MERCK FROSST CANADA & CO. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (A-511-00, 2001 CAF 136, juge Evans J.C.A., jugement en date du 1-5-01, 7 p.)

CONTREFAÇON

Appel et appel incident de la décision de la Section de première instance ((1999), 181 F.T.R. 22) concluant que les revendications de l'appelante relativement à trois brevets portant sur un appareil destiné à l'exécution d'une intervention chirurgicale ophtalmologique étaient valides mais qu'aucun des intimés n'était coupable de contrefaçon—L'appareil fabriqué par l'intimée Nidek utilisé en chirurgie ophtalmique de la cornée est au centre de l'allégation de contrefaçon—Une interprétation formelle de la revendication exige que l'expression «surface antérieure de la cornée» soit interprétée comme désignant les couches externes de la cornée jusqu'à la partie du stroma, la première couche externe étant l'épithélium—Le fait d'interpréter «surface antérieure de la cornée» comme se limitant essentiellement à l'épithélium serait en contradiction avec la formulation de la revendication dans son ensemble—Rien dans le texte de la revendication ne permet de croire que l'inventeur ait envisagé que la photodécomposition ablative contrôlée de la cornée commencerait par une autre couche que la surface de l'épithélium—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que l'expression «un dispositif servant à mettre le faisceau en forme, à le focaliser et à le diriger sur la cornée» devrait désigner la mise en forme, la focalisation et la direction de la totalité du faisceau originellement rectangulaire—Il a conclu à juste titre que les brevets sur la myopie et l'astigmatisme ne faisaient pas l'objet d'une contrefaçon de la part des intimés—Quant à l'appel incident,

BREVETS—Fin

le juge de première instance a conclu à juste titre que les brevets en cause sont valides—L'appel et l'appel incident sont rejetés.

VISX, INC. C. NIDEK CO. (A-847-99, 2001 CAF 215, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 28-6-01, 8 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a ordonné la mise en liberté de la défenderesse qui était sous la garde d'Immigration Canada—La défenderesse est entrée au Canada en août 1999 à bord d'un navire transportant des passagers en provenance de la région de Fugian en Chine—Elle n'avait pas l'autorisation d'entrer au Canada et elle a été placée sous la garde des autorités d'Immigration Canada à son arrivée—Une mesure d'exclusion a été prise contre elle—L'arbitre a conclu qu'il avait été porté atteinte au droit à une instruction complète et équitable garanti à la défenderesse par la Charte, en raison d'une interprétation inadéquate—Il a ordonné la mise en liberté de la défenderesse à certaines conditions—Le demandeur a soutenu que l'arbitre avait commis une erreur de droit en prétendant examiner les décisions précédentes des arbitres et utiliser ces décisions comme fondement pour conclure qu'il avait été porté atteinte aux droits que la Charte garantissait à la défenderesse—La compétence de l'arbitre est régie par l'art. 80.1(1) de la Loi sur l'immigration—La prétention du demandeur concernant la conclusion tirée par l'arbitre selon laquelle il y avait eu atteinte aux droits garantis par la Charte était fondée—L'arbitre a conclu que la défenderesse avait été privée d'une instruction équitable—Il s'est appuyé sur sa conclusion d'atteinte aux droits à une instruction équitable garantis par la Charte comme fondement à sa conclusion que le prolongement de la détention de la défenderesse n'était pas justifié—L'arbitre a outrepassé sa compétence en jouant le rôle d'un tribunal d'appel—Mais ceci ne réglait pas la question—Après un examen de toute la preuve, l'arbitre a aussi conclu que la défenderesse se présenterait vraisemblablement aux fins de son renvoi si on le lui demandait—Il a retenu sans réserve la preuve de la défenderesse, comme il avait le droit de le faire—La Cour ne peut maintenant se substituer à l'arbitre—Demande rejetée—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 80.1 (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 70).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. LIN (IMM-1098-00, 2001 CFPI 838, juge Heneghan, ordonnance en date du 27-7-01, 8 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

EXCLUSION ET RENVOI

Renvoi de réfugiés

Appel d'un jugement de première instance ((2000), 184 F.T.R. 44) ayant statué que le demandeur n'avait pas exécuté la mesure de renvoi en quittant volontairement le Canada sans avoir obtenu l'autorisation du ministre—La question certifiée suivante a reçu une réponse négative: lorsqu'une personne frappée d'une mesure de renvoi quitte le Canada volontairement mais sans l'autorisation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, et est légalement admise dans un autre pays, la mesure de renvoi est-elle réputée avoir été exécutée?—Appel rejeté.

NGUYEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-394-00, 2001 CAF 187, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 4-6-01, 2 p.)

Renvoi de résidents permanents

Requête en sursis d'exécution d'une mesure d'expulsion jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel du rejet de la demande de contrôle judiciaire présentée à l'égard du refus de la section d'appel de l'immigration d'exercer sa compétence en *equity* et de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion—L'appelant a 35 ans et, bien qu'il ait vécu au Canada depuis l'âge de 2 ans, il est un citoyen de la Jamaïque—À l'adolescence, on a diagnostiqué chez lui une schizophrénie—Toute sa famille est au Canada—On a ordonné son expulsion compte tenu des nombreuses infractions qu'il a commises au Canada—Requête accueillie—Le critère à trois volets établi dans l'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 régit la compétence de la Cour de surseoir à l'exécution d'une mesure de renvoi jusqu'à ce qu'il soit statué sur un appel—La question certifiée aux fins d'appel, quant à savoir si l'expulsion d'un résident permanent qui réside au Canada depuis sa tendre enfance et qui souffre d'une maladie mentale grave qui l'empêche de fonctionner dans la société constitue une violation des principes de justice fondamentale, respecte l'exigence selon laquelle l'appel doit soulever une question sérieuse—Pour ce qui est du préjudice irréparable, l'appelant soutient qu'en cas d'expulsion, il est peu probable qu'il reste dans un hôpital psychiatrique et qu'il est plus vraisemblable qu'il soit incarcéré ou devienne victime de violence—En cas d'expulsion, il existe une probabilité substantielle que l'appelant soit effectivement privé du bénéfice d'une décision selon laquelle il jouit d'un droit constitutionnel en vertu de l'art. 7 de la Charte de ne pas être expulsé—Quant à la prépondérance des inconvénients, comme l'appelant restera en détention jusqu'à ce qu'il soit statué sur son appel, le fait de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi dont il est frappé ne menace la sécurité de personne au Canada—Bien que les Canadiens doivent assumer le coût

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de la détention, ce prix vaut la peine d'être payé pour faire en sorte que ne soient pas mises en danger la vie et la sécurité d'une personne vulnérable qui est plus le produit de la société canadienne que de la société jamaïcaine et qui relève davantage de la responsabilité du Canada que de celle de la Jamaïque—Compte tenu des risques que court l'appelant s'il est expulsé, les coûts financiers de sa détention et l'intérêt public dans l'application de la Loi sur l'immigration ne l'emportent pas sur les intérêts publics et privés dans la prorogation de sa résidence au Canada jusqu'à ce qu'il soit statué sur ses droits constitutionnels—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.

ROMANS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-359-01, 2001 CAF 244, juge Evans, J.C.A., ordonnance en date du 26-7-01, 5 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Appel d'une décision par laquelle la Section de première instance ((1998), 42 Imm. L.R. (2d) 123) a rejeté la demande présentée par M. Jong In Park en vue d'obtenir le contrôle judiciaire du refus de l'agent des visas de lui délivrer un visa d'immigrant, ainsi qu'à sa femme et à ses enfants—La question suivante a été certifiée: une fois prise la décision de délivrer un visa d'immigrant, l'agent des visas est-il dessaisi du dossier, ou a-t-il, tant que le visa n'a pas effectivement été remis, la faculté de revenir sur sa décision en raison de la non-admissibilité de l'intéressé?—Dans une lettre en date du 20 décembre 1995, l'agent des visas a informé M. Park qu'il était disposé à délivrer les visas d'immigrant demandés sur réception de copies des passeports—M. Park a promptement fourni les copies demandées—L'agent des visas a par la suite découvert que M. Park avait été condamné en Corée le 20 mars 1992 pour conduite avec facultés affaiblies—Il a conclu que M. Park n'était pas admissible au Canada en vertu de l'art. 19(2)a.1(i) de la Loi sur l'immigration—Il a informé M. Park que sa demande de visa avait été refusée—La théorie du dessaisissement ne s'applique pas à la lettre du 20 décembre 1995—Cette lettre signifie que l'agent des visas croyait que M. Park remplissait les conditions requises pour obtenir un visa, mais le pouvoir que la loi confère à l'agent des visas est celui de délivrer ou de refuser de délivrer un visa—Aucun visa n'a jamais été délivré à M. Park—Comme la Loi ne confère pas expressément le pouvoir de prendre la décision de délivrer un visa, il n'y a pas eu exercice d'un pouvoir conféré par la loi auquel la théorie du dessaisissement pourrait s'appliquer—La Cour répond de la façon suivante à la question: l'agent des visas n'est pas dessaisi du dossier une fois qu'une décision de délivrer un visa a été

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

prise—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(20)a.1(i) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

PARK C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-85-98, 2001 CAF 165, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 24-5-01, 4 p.)

Appel d'une décision de la Section de première instance ([2000] 1 C.F. 249) rejetant le recours en contrôle judiciaire de l'appelant concernant une décision d'un membre de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (SSR) qui a rejeté la demande de réouverture de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par l'appelant—Il faut répondre affirmativement à la question certifiée par le juge des requêtes—Un membre de la SSR peut siéger seul pour entendre une requête de réouverture d'une revendication du statut de réfugié—Il n'est pas porté atteinte au droit à une audience équitable quand la SSR s'appuie sur un formulaire de renseignements personnels traduit avant l'audience, et qu'elle n'a aucune raison de soupçonner qu'il y a eu une erreur de traduction—Appel rejeté.

FAGHIHI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-534-99, 2000 CAF 163, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 23-5-01, 3 p.)

Appel d'une décision de la Section de première instance ((2000), 180 F.T.R. 271)—L'art. 69.1(6)c) de la Loi sur l'immigration donne à la Section du statut le pouvoir discrétionnaire de conclure au désistement d'une revendication quand l'intéressé ne se présente pas à l'audience—Le pouvoir discrétionnaire a été correctement exercé en l'espèce—La Commission a conclu que les faits étaient plus que convaincants et qu'ils appuyaient la conclusion de désistement—Appel rejeté—La réponse à la question certifiée est négative—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60; 1999, ch. 18, art. 96).

POWAR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-45-00, 2001 CAF 153, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 14-5-01, 3 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire de la décision de la CISR que la demanderesse n'est pas une réfugiée au sens de la Convention—La demanderesse, une citoyenne de la Chine, revendique le statut de réfugié au motif d'une crainte fondée de persécution par le gouvernement chinois du fait de sa religion—Elle soutient être une adepte de la religion Tian Dao, décrite comme un assemblage de cinq religions:

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

bouddhisme, daoïsme, chrétienté, islam et une «nouvelle» religion, qui est peut-être le confucianisme—La Commission a conclu de façon négative quant à la crédibilité de la demanderesse, se fondant surtout sur son comportement durant l'audience—Elle a conclu ne pas posséder de renseignements fiables qui lui permettraient d'arriver à une conclusion positive face à la revendication de statut de réfugié au sens de la Convention présentée par la demanderesse—La Commission a-t-elle commis une erreur en n'évaluant pas si la demanderesse est en fait une adepte de Tian Dao?—Le défendeur cite la décision *Yu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 150 F.T.R. 240 (1^{re} inst.), à l'appui de son argument que la conclusion de la Commission quant au manque de crédibilité général de la demanderesse permet de déduire que la Commission a rejeté la prétention de la demanderesse qu'elle est une adepte de la religion Tian Dao, même si elle n'est pas arrivée à une conclusion concrète à ce sujet—L'évaluation de la crédibilité fait partie du mandat confié à la Commission dans son examen des revendications de statut de réfugié, le comportement étant un facteur qui peut être évalué dans ce contexte: *Mostajelin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 28 (C.A.) (QL); et *Wen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 907 (C.A.) (QL)—Toutefois, la retenue judiciaire face aux conclusions quant à la crédibilité ne peut servir à excuser à excuser l'omission par la Commission de s'exprimer clairement au sujet d'une conclusion de fait essentielle: *Chong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] F.C.J. n° 999 (1^{re} inst.) (QL)—La Cour n'est pas d'accord avec l'argument du défendeur que cette décision est contraire à *Yu*—Il est raisonnable de s'attendre à ce que la Commission s'exprime clairement quant aux questions essentielles soulevées par une revendication de statut de réfugié—En l'instance, la Commission ne pouvait conclure que la demanderesse avait une crainte fondée de persécution au motif de sa religion à moins d'arriver à la conclusion qu'elle était membre de cette religion—La Commission n'a pas traité d'une «question essentielle» dans ses motifs—La Commission a commis une erreur en ne traitant pas d'une question essentielle qui lui était soumise, savoir le bien-fondé de la crainte de persécution de la demanderesse au motif de la religion—Demande accueillie.

CHEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3277-00, 2001 CFPI 500, juge Heneghan, ordonnance en date du 17-5-01, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, citoyen du Bangladesh, est arrivé au Canada le 27 juillet 1995—Il a revendiqué le statut

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de réfugié en invoquant sa crainte bien fondée d'être persécuté du fait de ses opinions politiques—La Commission a rejeté sa revendication parce qu'il n'avait pas démontré de façon crédible qu'il avait quitté le Bangladesh parce qu'il craignait d'être persécuté et n'avait pas prouvé que sa revendication du statut de réfugié sur place n'était pas fondée seulement sur des conjectures—La Commission a commis une erreur dans sa conclusion concernant l'exclusion du demandeur par application de l'art. 1Fa) de la Convention des Nations Unies—Il était arbitraire et abusif de la part de la Commission de fonder sa conclusion concernant l'exclusion sur une conclusion de fait qu'elle n'a pas voulu tirer dans sa décision—Si la Commission ne pouvait conclure que le demandeur a été membre du parti Purba Banglar Sharbahara (PBS), elle ne devait pas fonder une conclusion d'exclusion sur des conjectures—Cette décision était manifestement déraisonnable—La Cour doit examiner la question de savoir si la Commission a commis une erreur en rejetant la revendication de réfugié sur place présentée par le demandeur—Une personne peut être considérée comme un réfugié sur place lorsque sa crainte d'être persécutée découle d'une situation survenue dans son pays d'origine pendant son absence ou des actes accomplis par le demandeur même pendant qu'il se trouve à l'extérieur de son pays d'origine—La Commission a commis une erreur en rejetant la revendication du statut de réfugié sur place—Cette revendication s'appuyait sur deux articles de journal publiés après le départ du demandeur du Bangladesh—La conclusion de la Commission ne tient pas compte du processus de vérification entrepris par la Direction de la recherche de la Commission—Il était abusif et arbitraire de la part de la Commission de rejeter les deux articles de journal en raison de ses doutes sur la crédibilité de la preuve du demandeur, alors que ces articles avaient fait l'objet d'une vérification indépendante—La conclusion de la Commission concernant le fondement de la revendication du statut de réfugié sur place était aussi arbitraire, abusive et déraisonnable, puisqu'elle s'appuyait sur une appréciation fondamentalement erronée de la preuve dont elle disposait—Demande accueillie—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa).

KHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5965-00, 2001 CFPI 836, juge Heneghan, ordonnance en date du 26-7-01, 13 p.)

Résidents permanents

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des visas a refusé une demande de résidence permanente—Citoyen de 52 ans de la République populaire de Chine—Demande de résidence permanente dans la catégorie des parents aidés avec profession envisagée de mécanicien

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'équipement lourd—L'agent des visas a attribué au demandeur le nombre maximal de points pour le facteur professionnel et pour l'expérience, dix points pour les études, aucun point pour la langue et trois points pour la personnalité—Le demandeur a déposé un affidavit à l'appui de sa demande, mais l'agent des visas n'en a pas déposé—Les notes SITCI ont été enregistrées trois mois et demi après que le demandeur eut été reçu en entrevue par l'agent des visas—Aucune explication n'a été fournie pour justifier ce retard—L'annexe 1 du Règlement sur l'immigration de 1978 prévoit que 13 points doivent être attribués pour les études aux requérants qui sont titulaires d'un diplôme d'études collégiales qui comporte au moins un an d'études à temps plein en salle de cours, si le programme d'études menant à ce diplôme exige un diplôme d'études secondaires qui rend son titulaire admissible à des études universitaires—Le demandeur a obtenu un diplôme d'études secondaires de premier cycle ainsi qu'un diplôme spécialisé en équipements de matières plastiques—Le dossier du tribunal administratif ne renferme aucune preuve permettant de penser que le diplôme d'études secondaires de premier cycle que le demandeur a obtenu le rendait admissible à des études universitaires en Chine—1) La preuve ne permet pas de conclure que l'agent des visas a commis une erreur en décidant que le demandeur avait droit à dix points d'appréciation pour ses études—2) Pour répondre à la question de savoir si l'agent des visas a commis une erreur dans son appréciation de la personnalité ou a autrement manqué à son obligation d'agir avec équité, il est nécessaire de s'interroger sur l'usage que l'on peut faire des notes SITCI de l'agent des visas dans les cas où elles ne sont pas appuyées par un affidavit souscrit par leur auteur—Suivant l'arrêt *Wang c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1991] 2 C.F. 165 (C.A.); et le jugement *Qiu c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), (2000), 4 Imm. L.R. (3d) 247 (C.F. 1^{re} inst.), bien qu'elles soient admissibles et qu'elles puissent être versées au dossier comme preuve des motifs de la décision à l'examen, les notes SITCI n'établissent pas les faits sous-jacents qu'elles constatent et sur lesquels elles reposent—Toute inférence de fiabilité est fonction de la rapidité avec laquelle les notes sont enregistrées dans le système SITCI—Le retard inexplicable qu'a accusé l'enregistrement des notes et l'absence de tout élément de preuve au sujet de la provenance du contenu exact des notes amènent à conclure que les notes ne peuvent en l'espèce être considérées comme fiables—Les notes ne satisfont pas aux conditions de nécessité et de fiabilité de la méthode d'analyse de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire fondée sur des principes et elles ne constituent pas une déclaration faite dans l'exercice d'une fonction et il n'a pas été démontré qu'elles remplissent les conditions d'admissibilité applicables aux dossiers d'entreprise—Les assertions formulées par le demandeur dans son affidavit doivent être considérées comme attestant la véracité de ce qui s'est passé à l'entrevue—Aucune valeur n'est accordée à l'inscription finale des notes SITCI suivant laquelle les motifs du refus

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

de la demande ont été exposés et suivant laquelle le demandeur s'est vu accorder la possibilité de répondre—L'agent des visas a commis une erreur en n'exprimant pas ses préoccupations et en n'accordant pas au demandeur la possibilité d'y répondre—En moyenne, une appréciation de la personnalité se situe entre cinq et six points—Il n'est pas inconcevable que l'agent des visas aurait attribué sept points au demandeur—Mais comme la Cour l'a fait remarquer dans le jugement *Lin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 171 F.T.R. 289 (C.F. 1^{re} inst.), les tribunaux saisis de demandes de contrôle judiciaire ne doivent pas refuser d'accorder une réparation en raison d'un manquement à l'obligation d'agir avec équité parce qu'il est dangereux de spéculer sur ce qui aurait pu arriver si une personne avait pu présenter un élément de preuve et à cause de l'importance des valeurs sous-jacentes à l'obligation d'agir avec équité—La demande est accueillie parce que le demandeur a été privé de cette possibilité—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, annexe I (mod. par DORS/93-412, art. 17).

DU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2229-00, 2001 CFPI 485, juge Dawson, 15-5-01, 10 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

Requête en radiation d'une action fondée sur l'incompétence de la Cour fédérale—Les fiduciaires d'une fiducie constituée aux fins de la gestion de sommes d'argent se rapportant à des terres dues en vertu d'un traité poursuivaient leurs banquiers en alléguant que ces derniers avaient violé l'accord de fiducie, qu'ils avaient manqué à leur obligation fiduciaire et qu'ils avaient fait preuve de négligence—L'action avait été intentée devant la Cour fédérale conformément à une clause d'un accord connexe par laquelle les parties qui avaient constitué la fiducie s'engageaient à reconnaître la compétence de la Cour fédérale—Les banquiers, qui n'étaient pas parties à cet accord, contestaient la compétence de la Cour fédérale—Les conditions énoncées dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752 aux fins de la compétence de la Cour fédérale n'étaient pas remplies—1) Absence d'attribution d'une compétence à la Cour fédérale par une loi du Parlement fédéral, l'action ici en cause opposant des particuliers et se rapportant à des biens meubles situés en Saskatchewan détenus par une fiducie dont les fiduciaires résidaient en Saskatchewan—2) et 3) Il n'y avait pas d'ensemble de règles de droit fédérales constituant le fondement de l'attribution légale de compétence et aucune loi du Canada ne donnait naissance à la demande—Le litige portait sur les droits de bandes indiennes sur lesquels la Cour fédérale a

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Suite

parfois compétence, mais il n'était pas lié d'une façon inextricable aux règles de droit fédérales—Le droit régissant les fiducies qui était en litige se rapportait à une fiducie située en Saskatchewan, dont les fiduciaires étaient en Saskatchewan et dont l'objet se rapportait à des biens meubles, à savoir de l'argent ou des comptes—Dans la mesure où le droit régissant les fiduciaires ou le droit en matière de négligence étaient en cause, «la Couronne, en tant que partie à une action, [n'était] pas régie» par ces règles de droit et il ne s'agissait pas de règles de droit fédérales à ces fins—À première vue, l'affaire ne relevait pas de la compétence de la Cour fédérale, mais les demandeurs avaient signalé des accords conclus entre la Couronne fédérale, la Couronne provinciale et la Première nation des Saulteux, qui créaient le lien nécessaire avec la compétence de la Cour fédérale, en particulier par suite d'une disposition des accords par laquelle les parties s'engageaient à ce que tout différend se rapportant à l'interprétation et à l'application des accords soit réglé par la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada—L'accord-cadre en matière de droits fonciers issus de traités en Saskatchewan servait de fondement aux fins de la conclusion de tous les accords subséquents en matière de droits fonciers issus de traités entre les Couronnes fédérale et provinciale et les bandes individuelles—Les parties se sont entendues sur une vaste gamme de questions—L'accord-cadre et les accords types destinés à être utilisés aux fins de la conclusion d'accords entre les Couronnes fédérale et provinciale et les bandes individuelles ayant droit à des terres faisaient foi de l'accord—À l'accord-cadre était joint un accord particulier et un accord de fiducie type—L'accord particulier était destiné à incorporer les dispositions de l'accord-cadre dans un accord entre la Couronne fédérale, la Couronne provinciale et une bande individuelle—L'accord-cadre renfermait également une clause prévoyant que le règlement de tout différend relevait de la compétence de la Cour fédérale—La Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan a été édictée afin de donner effet à l'accord-cadre—Étant donné que la Loi n'incorpore pas l'accord-cadre, la clause de reconnaissance continue à être uniquement de nature contractuelle plutôt que législative—Après que la Loi eut été édictée, la Couronne fédérale et la Couronne provinciale ont conclu l'accord sur les droits fonciers issus de traités des Saulteux avec la Première nation des Saulteux—Cet accord renfermait également une clause reconnaissant la compétence de la Cour fédérale—Aucune disposition de la Loi ne confère la compétence voulue à la Cour fédérale à l'égard de l'objet de la Loi—La cause d'action ne découlait pas d'une loi du Canada puisque les droits du fiduciaire étaient fermement ancrés dans l'accord de fiducie plutôt que dans une loi fédérale ou dans la common law fédérale—Toutefois, l'art. 17(3)b) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que la Section de première instance a compétence *exclusive*, en première instance, pour toute question de droit, de fait ou mixte à trancher, aux termes d'une convention écrite à

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Fin

laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale—La clause de reconnaissance figurant dans l'accord en matière de droits fonciers issus de traités concernant les Saulteux est une convention écrite entre la Couronne et une autre personne conférant la compétence voulue à la Cour fédérale à l'égard de l'interprétation et de l'application de l'accord particulier qui, de son côté, incorpore par renvoi l'accord de fiducie—Il semble qu'entre la Couronne et la bande, pareille convention ait pour effet de conférer la compétence voulue à la Cour à l'égard de l'accord particulier, mais l'art. 17(3) doit être interprété compte tenu de l'art. 17(1), qui confère une compétence concurrente à la Cour fédérale dans les cas de demande de réparation contre la Couronne—Par conséquent, l'importance de l'art. 17(3) découle du fait qu'il confère une compétence exclusive—L'effet de l'art. 17(3) n'est pas d'élargir la compétence de la Cour fédérale, mais d'éliminer la compétence de la Cour supérieure provinciale—Les arrêts semblent dire que la compétence ne peut pas être acquise sur consentement, du moins lorsque la compétence d'un tribunal découle d'une loi—La compétence acquise sur consentement à l'art. 17(3) est la compétence exclusive à l'égard d'une demande sur laquelle la Cour aurait par ailleurs une compétence concurrente—La Couronne et les banquiers ne pourraient pas conférer la compétence voulue à la Cour au moyen d'une convention écrite parce qu'en l'espèce, il n'y a rien qui relève de la compétence de la Cour—Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle une réparation est demandée à l'encontre de la Couronne—Il ne s'agit pas d'une demande de contrôle judiciaire au sens de l'art. 18—Il ne s'agit pas d'une demande opposant des administrés «en vertu du droit canadien» ne ressortant pas à un tribunal au sens de l'art. 25 de la Loi sur la Cour fédérale—La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a compétence sur le litige—Requête accueillie, déclaration rejetée pour défaut de compétence—Loi sur les droits issus de traités en Saskatchewan, L.C. 1993, ch. 11—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 25.

THOMAS C. PEACE HILLS TRUST CO. (T-284-01, 2001 CFPI 443, juge Pelletier, ordonnance en date du 8-5-01, 18 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a maintenu la cotisation relative à la taxe sur les produits et services (TPS) du ministre contre l'appelante pour la période allant du 1^{er} janvier 1991 au 31 juillet 1994—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'appelante effectuait une fourniture taxable d'assurance, de carburant, d'huile et de permis pour lesquels elle n'a pas perçu ni versé de TPS en vertu de la Loi sur la taxe d'ac-

DOUANES ET ACCISE—Fin

cise—L'appelante, qui est une société de la Colombie-Britannique, exploite une entreprise de transport de marchandises qui emploie environ 24 chauffeurs pour transporter des marchandises uniquement pour ses clients—Elle offre à ses tractionnaires la possibilité d'acheter de l'assurance, des permis d'utilisation d'un véhicule automobile et de transporteur à prix réduit—La manière dont l'appelante a fourni les biens à prix réduit aux tractionnaires est au cœur de l'appel—Le juge de la Cour de l'impôt disposait d'une preuve claire sur laquelle il pouvait fonder sa conclusion selon laquelle l'assurance, le carburant, l'huile et les permis étaient des fournitures taxables accordées par l'appelante à ses tractionnaires et donc taxables en vertu de la Loi—L'art. 165(1) de la Loi assujettit toutes les opérations à la TPS à moins que celles-ci soient exonérées en vertu d'autres dispositions de la Loi—Le juge de la Cour de l'impôt n'avait pas à conclure que l'appelante délivrait ou fournissait des permis en soi—Il lui suffisait d'être convaincu que les arrangements concernant les permis entre l'appelante et ses tractionnaires pouvaient être qualifiés de «fournitures» en vertu de la Loi—Une contrepartie valable était payée par les tractionnaires à l'appelante, et la TPS aurait dû être perçue et versée sur cette contrepartie—Il s'agissait aussi de savoir si le ministre proposait un nouveau fondement en s'appuyant sur l'art. 178 de la Loi—Le ministre a fondé sa cotisation sur l'hypothèse selon laquelle l'appelante effectuait une fourniture—Autoriser le ministre à s'appuyer sur l'art. 178 ne modifie pas le fondement original, étant donné que l'art. 178 traite d'une fourniture—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 165 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 31; 1997, ch. 10, art. 17, 160), 178 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; abrogé par L.C. 1997, ch. 10, art. 27).

VANEX TRUCK SERVICE LTD. C. CANADA (A-831-99, 2001 CAF 159, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 29-5-01, 11 p.)

DROIT MARITIME**CONTRATS**

La demanderesse cherchait à obtenir de la défenderesse Amican Navigation Inc. la somme de 240 382,36 \$ qu'elle avait facturée à l'égard de services d'arrimage fournis au cours du chargement et de l'arrimage de véhicules militaires et de farine à bord du *N.M. Cosmos* à Montréal au mois de mai 1995 ainsi que de bois à bord du *N.M. Fernando Pessoa* à Halifax au mois de juillet 1995—Les deux navires avaient fait l'objet d'un affrètement à temps de la part de Pegasus Lines S.A.; Amican agissait comme mandataire général de Pegasus à Montréal en 1995—Amican avait nié être responsable envers Logistec en affirmant que, pendant la période pertinente et à la connaissance de Logistec, elle agissait comme mandataire général de Pegasus Lines Ltd. et,

DROIT MARITIME—Suite

partant, qu'elle ne pouvait pas être personnellement considérée comme partie à un contrat d'arrimage, le cas échéant, passé avec la demanderesse pour le compte de Pegasus—Dans les deux cas, Pegasus s'était défendue contre la réclamation de Logistec en plaidant que Logistec avait effectué l'arrimage d'une façon défectueuse ou inadéquate—Il s'agissait principalement de savoir si Amican était personnellement responsable du paiement des frais d'arrimage de Logistec—Action accueillie—Amican avait communiqué avec Logistec sur du papier à en-tête d'Amican sur lequel était inscrit la mention: «Amican Navigation Inc.» et où figurait en bas, dans une case, un cheval ailé et, à côté de la case, les mots [TRADUCTION] «mandataire général, Pegasus Lines Ltd. S.A.»—Dans les autres communications, Amican n'était pas toujours désignée à titre de mandataire général de Pegasus—Application de *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Limited*, [1989] 2 R.C.S. 683: le droit maritime applicable se trouve dans les principes de common law en matière de contrats et de mandats; question relevant de l'interprétation du contrat en cause; il est important que le mandataire précise qu'il agit comme mandataire d'un mandant—Eu égard aux faits, Amican avait contracté à titre de mandant plutôt qu'à titre de mandataire dans chacun des contrats passés avec Logistec ou, si elle avait contracté à titre de mandataire, elle l'avait fait de façon à continuer à être personnellement responsable du paiement des frais d'arrimage de Logistec—La mention d'Amican à titre de mandataire général de Pegasus était plus une mention descriptive que des mots visant à limiter la responsabilité—Amican n'a jamais divulgué oralement au moment de la formation des contrats qu'elle agissait uniquement à titre de mandataire—C'est au moment de la formation du contrat qu'il convient de faire savoir qu'une personne agit uniquement à titre de mandataire; il n'est fait aucun cas des communications subséquentes dans des documents renfermant les mots: [TRADUCTION] «À titre de mandataire de Pegasus Lines S.A.»—En 1993, lorsqu'Amican et Logistec avaient traité ensemble à l'égard du transport d'une cargaison militaire, Amican avait payé les frais d'arrimage—La responsabilité d'Amican était également fondée sur le fait qu'Amican n'avait pas divulgué l'existence du mandat pendant les négociations relatives au contrat—Dans le contexte du transport maritime, une personne raisonnable aurait expressément divulgué qu'Amican agissait uniquement à titre de mandataire—La demanderesse a le droit d'obtenir conjointement et solidairement d'Amican et de Pegasus la somme de 240 383,36 \$ avec dépens, plus les intérêts avant et après jugement au taux annuel équivalant au taux commercial préférentiel moyen, fixé à 6,42 p. 100.

LOGISTEC STEVEDORING INC. C. AMICAN NAVIGATION INC. (T-2311-95, 2001 CFPI 681, juge Lemieux, ordonnance en date du 21-6-01, 41 p.)

Appel de la décision ([2001] 1 C.F. 192) par laquelle le protonotaire avait rejeté une requête en jugement sommaire

DROIT MARITIME—Suite

présentée par le demandeur Dryburgh—La requête en jugement sommaire portait sur une question de droit, à savoir si une clause de non-responsabilité figurant dans un contrat d'amarrage exonérait les défendeurs Oak Bay Marina Ltd. (Oak Bay) et Robert Wright (cadre et propriétaire actif de la société) de toute responsabilité—Le yacht du demandeur avait été endommagé pendant qu'il était amarré dans la marina d'Oak Bay, près de Victoria (Colombie-Britannique), lorsque le quai s'était détaché et s'était échoué—Le demandeur avait réclamé des dommages-intérêts en alléguant entre autres que le quai s'était détaché à cause de lacunes dans la conception, la construction, l'entretien et la supervision—Le contrat d'amarrage renfermait une clause de non-responsabilité (prévoyant que l'utilisation des installations, l'entreposage et l'amarrage étaient aux seuls risques des propriétaires)—Le protonotaire a conclu que la clause exonérait les deux défendeurs de toute responsabilité—Les demandeurs ont contesté la validité et l'interprétation de la clause de non-responsabilité—Une question plus difficile était de savoir si la clause de non-responsabilité s'étendait au défendeur Robert Wright et l'exonérait de toute responsabilité à l'égard du demandeur—Le protonotaire a conclu qu'en l'espèce, M. Wright ne pouvait pas se prévaloir des exceptions au principe du lien contractuel, qui sont fondées sur la fiducie et le mandat, mais il a tiré une conclusion favorable à celui-ci en se fondant sur l'exception au principe énoncée par la C.S.C. dans *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299—Dans cet arrêt, la majorité de la C.S.C. avait statué que pour que les employés bénéficient d'une clause de limitation de responsabilité figurant dans un contrat entre l'employeur et un client, deux conditions doivent être remplies: la clause de non-responsabilité doit expressément ou implicitement s'appliquer aux employés qui cherchent à l'invoquer; les employés qui invoquent la clause devaient agir dans l'exercice de leurs fonctions et exécuter les services même visés par le contrat entre l'employeur et le client au moment où la perte est survenue—Le protonotaire a tiré la bonne conclusion en statuant que la première condition de *London Drugs* était remplie en l'espèce (la clause s'appliquait implicitement à M. Wright)—La Cour partageait les doutes exprimés par le juge McLachlin (tel était alors son titre): le mot «entreposateur» employé dans ce cas-là ne comprenait pas les employés—De même, en l'espèce, il était loin d'être évident que le mot «société» comprenait les employés d'Oak Bay—Toutefois, selon la règle qui s'applique maintenant, en l'absence d'une intention claire montrant que la clause de non-responsabilité ou de limitation de responsabilité ne s'applique pas aux employés, la Cour devrait déduire que ces derniers sont protégés—Quant à la deuxième condition, le protonotaire a également eu raison de tirer une conclusion favorable à M. Wright—Le demandeur s'attendait à ce que les postes d'amarrage soient construits et entretenus de façon adéquate et sécuritaire, de façon à pouvoir résister à toutes les conditions météorologiques et de mer raisonnablement prévisibles—Il fallait donc examiner les travaux de réaména-

DROIT MARITIME—Fin

gement et de reconstruction de M. Wright—La conduite négligente alléguée n'a pas à comprendre tous les services visés par le contrat—Appel rejeté.

DRYBURGH C. OAK BAY MARINA (1992) LTD.
(T-841-97, 2001 CFPI 671, juge Nadon, ordonnance en date du 18-6-01, 18 p.)

PRATIQUE

Le demandeur a intenté une action devant la Cour fédérale ainsi qu'en Turquie pour que lui soient reconnues la possession et la propriété d'un navire—Il y a litispendance entre ces deux actions—Se fondant sur la décision *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. c. La compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1981] 1 C.F. 293, la défenderesse a demandé à la Cour de contraindre le demandeur à se désister de son recours en Turquie, y compris la levée de la saisie ou la détention du navire dans ce pays—Rien ne laisse croire que la défenderesse Sheppard pourrait être tentée de se soustraire à la juridiction de la Cour advenant que le demandeur ait gain de cause—L'octroi de la requête de la défenderesse ne porterait pas atteinte au mérite de l'affaire ni ne mettrait en danger l'autorité de la Cour sur le navire—Il n'y a aucun motif légitime en faveur du maintien des procédures entreprises par le demandeur en Turquie—Le remède recherché par la défenderesse Sheppard lui est accordé—Il ne s'agit pas de la situation traditionnelle où c'est le demandeur qui recherche une injonction contre la partie défenderesse—Il n'est donc pas nécessaire de qualifier d'injonction le remède recherché par la défenderesse.

SEPTEMBER (LE) C. CANADA (T-109-97, 2001 CFPI 595, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 6-6-01, 5 p.)

ENVIRONNEMENT

Contrôle judiciaire de la décision du ministre de l'Environnement de faire procéder à un examen d'un projet de route express par une commission aux termes de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (la LCEE)—Le projet se rapportait à la construction et à l'exploitation d'une route express nord-sud reliant deux routes express est-ouest existantes à accès limité (le Queen Elizabeth Way ou le QEW et la route 403) à Hamilton (Ontario)—En 1977, dans une étude de tous les tracés de rechange pour la portion nord-sud de la route express, on recommandait la route proposée qui passait par la Red Hill Creek Valley—La Municipalité régionale de Hamilton-Wentworth (la Région) avait autorisé la route en 1979—Une commission mixte composée de membres de la Commission des affaires municipales de l'Ontario et de la Commission des évaluations environnementales de l'Ontario avait autorisé l'auto-route proposée et le projet avait obtenu toutes les autorisations provinciales—Toutefois, le gouvernement provincial a retiré l'engagement de financer la portion nord-sud de la

ENVIRONNEMENT—Suite

route express qui avait été pris en 1990—Les travaux de construction de la portion de la route express située au bas de l'Escarpement du Niagara dans la Red Hill Valley ont été arrêtés, mais la construction du segment est-ouest de la route express et de la portion nord-sud de la route express au haut de l'Escarpement du Niagara s'est poursuivie—Lorsque le financement a été rétabli en 1995, la Région a entamé des consultations en vue de savoir si la conception originale pouvait être améliorée—En 1997, la Région a soumis une ébauche de rapport sommaire (l'ERS)—Le MPO a informé la Région que la proposition pourrait avoir un impact néfaste sur le poisson et l'habitat du poisson, ce qui était prohibé en vertu de l'art. 35(1) de la Loi sur les pêches, de sorte qu'il fallait obtenir une autorisation en vertu de l'art. 35(2), ce qui déclenchait par ailleurs l'application de la LCEE—Le 6 mai 1999, à la demande du ministre des Pêches, le ministre de l'Environnement a renvoyé le projet à une commission conformément à l'art. 25 de la LCEE—Le 5 juillet 1999, le ministre de l'Environnement a fixé le mandat et a nommé les membres de la commission—Le 9 juillet 1999, la Région a fait savoir qu'elle refusait de participer au processus prévu par la LCEE—Le 4 août, la Région a présenté, dans le dossier T-1400-99, une demande en vue de contester la décision du 5 juillet et la Chambre de commerce a présenté, dans le dossier T-1401-99, une demande visant à contester la nomination de Sally Lerner à la commission—Le 15 octobre 1999, la commission a publié des Lignes directrices sur l'énoncé des incidences environnementales (l'EIE)—Le 15 novembre, la Région a présenté, dans le dossier T-1991-99, une demande dans laquelle elle contestait l'examen du projet en vertu de la LCEE, la nomination de Nick Mulder et la délivrance des Lignes directrices—La commission a suspendu l'examen en attendant que la Région soumette son EIE—La Région a soulevé les questions suivantes, à savoir si le renvoi du projet à la commission ou le mandat de la commission étaient valides, sur le plan constitutionnel ou légal, si les Lignes directrices étaient valides sur le plan légal, si le ministre avait compétence pour faire procéder à un examen par une commission, pour nommer les membres de la commission et pour fixer le mandat de la commission, si la LCEE s'appliquait au projet et si la commission était habile à exercer ses fonctions compte tenu de la nomination de M. Mulder—Les questions préliminaires étaient de savoir si l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale empêchait de contester les décisions des 4 et 6 mai 1999 et s'il était possible, compte tenu du retard, de soulever les questions invoquées par la Région au sujet de l'applicabilité de la LCEE—Étant donné que ni un consentement ni un retard ne peuvent conférer le pouvoir d'agir en dehors des limites imposées par la loi, les ministres défendeurs ne pouvaient pas faire procéder à un examen du projet par la commission ou appliquer la LCEE en dehors des limites qui y étaient prévues—Par conséquent, rien n'empêchait d'invoquer les arguments portant sur les limites imposées par la loi—Si la LCEE ne s'applique pas en droit au projet, tout renvoi effectué en vertu de cette loi est nul parce que le ministre

ENVIRONNEMENT—Suite

qui a renvoyé le projet à la commission n'aurait pas compétence à cet égard—Les exigences légales doivent être satisfaites et l'omission de contester une mesure antérieure ne change rien à ces exigences—La réparation primordiale visait à empêcher la commission d'effectuer l'examen—Les demandes se rapportaient à des actes accomplis et envisagés visant à donner effet à la décision antérieure de faire procéder à un examen par la commission—Conformément à *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.), les mesures de mise à exécution sont susceptibles de révision—La Région pouvait soutenir que la LCEE ne s'appliquait pas soit à cause de l'effet de l'art. 74(4) soit parce qu'il ne s'agissait pas d'un «projet» auquel la LCEE s'appliquait parce que la LCEE ne peut pas s'appliquer en dehors des limites qui y sont prévues—Il était trop tard pour contester, en se fondant sur d'autres motifs que des motifs liés à la compétence, la nécessité d'obtenir une autorisation en vertu de la Loi sur les pêches—Indépendamment de la question de savoir si la LCEE s'applique au projet, la Région devait se conformer au processus prévu par la Loi sur les pêches en l'absence d'un motif lié à la compétence—1) L'art. 74(4) de la LCEE prévoit que dans les cas où la construction ou l'exploitation d'un ouvrage ou la réalisation d'une activité concrète a été entamée avant le 22 juin 1984, la Loi ne s'applique à la délivrance d'une autorisation à l'égard du projet que si telle mesure entraîne une modification—Étant donné que la route express était un «ouvrage», les mots «ou la réalisation d'une activité concrète» figurant à l'art. 74(4) ne s'appliquent pas—Par conséquent, il fallait se demander, en ce qui concerne la route express, a) si la construction ou l'exploitation d'un ouvrage avait été entamée avant le 22 juin 1984 ou b) si la délivrance d'une autorisation entraînait une modification—a) La LCEE vise à exiger que le promoteur d'un projet envisage, et soit prêt à justifier, des choses telles que la nécessité du projet, ses solutions de rechange et les autres moyens permettant de mettre en œuvre le projet, au stade de la planification du projet, avant la prise d'une décision irrévocable—Le mot «construction» tel qu'il est employé à l'art. 74(4), comprend une série d'événements tels que le fait d'acquérir et de défricher un terrain, d'imposer des restrictions à la construction et de se procurer les fonds et les autorisations nécessaires, ces événements visant tous à permettre d'entreprendre les travaux de construction eux-mêmes et constituant des conditions préalables—Pour déterminer si une étape fait partie du moment où la construction est entamée au sens de l'art. 74(4), il faut absolument se demander si la mesure en question est à la fois une condition nécessaire pour que la «pelle soit enfoncée dans le sol» et si elle vise un projet particulier, de sorte qu'elle manifeste une décision irrévocable de procéder à la réalisation du projet—Les mesures que la Région et son prédécesseur ont prises, à savoir la désignation de l'emplacement et de l'emprise de la route sur le plan officiel, l'acquisition de terrains aux fins de l'autoroute, la démolition d'immeubles en prévision du couloir routier, la restriction à l'aménagement du territoire, l'acquisition de servitudes et l'imposition

ENVIRONNEMENT—Suite

de normes d'aménagement à l'égard de ce couloir, indique que la construction de l'ouvrage, et notamment la réalisation du projet en cause, avait été entamée—La construction avait été entamée avant le 22 juin 1984—b) Aux fins de l'applicabilité de l'art. 74(4) de la LCEE, les défendeurs étaient liés par la façon dont ils avaient déterminé la portée du projet—L'examen que la commission devait effectuer ne se rapportait pas à une «modification» éliminant l'effet d'antériorité de l'art. 74(4)—La LCEE ne s'appliquait pas à l'ouvrage proposé parce que, avant l'entrée en vigueur de la LCEE, la Région avait pris des décisions irrévocables au sujet du couloir de transport proposé—Demandes de contrôle judiciaire dans les dossiers T-1400-99 et T-1993-99 accueillies et jugement déclaratoire rendu, portant que la LCEE ne s'applique pas au projet et qu'aucun examen n'est nécessaire en vertu de la LCEE—Demande de contrôle judiciaire dans le dossier T-1401-99 rejetée—2) Le ministre des Pêches a demandé au ministre de l'Environnement de renvoyer à une commission le projet, telle que sa portée avait été déterminée par le MPO, compte tenu de la préoccupation manifestée par le public—Question de savoir si le soi-disant exercice du pouvoir fédéral de renvoyer l'affaire à une commission en vertu de la LCEE est lié à la compétence que possède le ministre à l'égard des oiseaux migrateurs, ou s'il est par ailleurs fondé compte tenu des préoccupations du public—Les ministres défendeurs ont soutenu que la Convention concernant les oiseaux migrateurs confère au palier fédéral la compétence voulue en ce qui concerne la protection de l'habitat, dans la mesure où certains effets sur l'habitat peuvent menacer directement des oiseaux migrateurs, leurs nids et leurs œufs—Étant donné que la commission est principalement chargée d'examiner d'une façon indépendante la nécessité réelle du projet, il n'existe pas de lien suffisant entre les questions relatives aux oiseaux migrateurs et le fait d'établir d'une façon indépendante la nécessité de la route express—L'évaluation environnementale doit être liée au pouvoir de réglementation qui peut déclencher l'application de la LCEE—Le pouvoir fédéral, en ce qui concerne les oiseaux migrateurs n'était pas le renvoi du projet à une commission—La compétence dans la demande de l'environnement doit être liée à un chef de compétence—Ce principe s'applique aux dispositions de la LCEE autorisant le ministre de l'Environnement à faire procéder à l'examen d'un projet par une commission compte tenu des préoccupations du public—Tout renvoi effectué pour ce motif doit être fondé sur la préoccupation du public au sujet des effets environnementaux liés à un chef de compétence fédéral—Le fait que la préoccupation du public était axée sur la nécessité du projet et sur ses solutions de rechange, soit des questions relevant exclusivement de la compétence provinciale exclusive, ne peut pas étayer l'exercice du pouvoir fédéral lorsqu'il s'agit de renvoyer le projet à une commission—La décision du ministre de l'Environnement de renvoyer le projet à une commission n'était pas étayée par un chef valide de compétence fédérale et elle était donc invalide—Loi canadienne sur l'évaluation

ENVIRONNEMENT—Fin

environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 25, 74(4)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2) (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35.

HAMILTON-WENTWORTH (MUNICIPALITÉ RÉGIONALE) C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-1400-99, T-1401-99, T-1993-99, 2001 CFPI 381, juge Dawson, jugement en date du 24-4-01, 82 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt entérinant la décision du ministre du Revenu national de prélever des cotisations patronales à l'égard d'allocations de déplacement versées par la demanderesse à ses employés—La demanderesse a soutenu que les allocations de déplacement ainsi calculées étaient raisonnables et ne faisaient que compenser ses employés pour les frais encourus par ces derniers pour l'utilisation de leur véhicule-moteur dans le cadre de leurs fonctions—Le juge de la Cour de l'impôt a disposé du litige en se fondant sur l'art. 6(1)b(x) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Il ne pouvait faire autrement que de tenir compte de la présomption créée par cette disposition pour décider du caractère raisonnable des allocations en vertu de l'art. 6(1)b(vii.1) de la Loi—La demanderesse n'a pas tenu compte du fait que ce qui distingue une allocation d'un remboursement de dépenses, c'est la nature des montants versés et non le moment où ces montants sont calculés—Une allocation est calculée indépendamment du coût réel de la dépense qu'elle cherche à compenser et, si le bénéficiaire doit démontrer qu'il a posé le geste y donnant droit, il n'a pas, cependant, à démontrer l'utilisation de la somme octroyée—Un remboursement de dépenses par contre est calculé selon la dépense réellement encourue et s'effectue sur production de pièces justificatives—C'est à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la présomption de l'art. 6(1)b(x) était applicable de sorte que les allocations payées par la demanderesse étaient réputées ne pas être raisonnables—Le système mis en place par la demanderesse ne satisfait pas à l'exigence de l'art. 6(1)b(x) de la Loi, ni à celle de l'art. 6(1)b(vii.1) selon lequel seules les allocations «raisonnables» peuvent être exclues dans le calcul du revenu—Demande rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 6 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 3; *idem*, ann. VIII, art. 1; L.C. 1994, ch. 21, art. 2; 1995, ch. 3, art. 1; ch. 21, art. 1; 1997, ch. 10, art. 267; 1998, ch. 19, art. 68; 1999, ch. 22, art. 2).

BEAUPORT (VILLE) C. M.R.N. (A-756-99, 2001 CAF 198, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 11-6-01, 12 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin*Déductions*

Appel du rejet par la Cour de l'impôt de la réclamation d'un contribuable pour obtenir la déduction de ses frais de déménagement, en vertu de l'art. 62(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, lorsqu'il est revenu vivre au Canada en 1994 après avoir vécu et travaillé au Texas pendant plusieurs années—L'art. 62(1) autorise la déduction des frais de déménagement engagés relativement à une réinstallation admissible—L'art. 250 porte qu'une personne est réputée avoir résidé au Canada tout au long d'une année d'imposition si elle a séjourné au Canada pendant 183 jours ou plus—Le juge de la Cour de l'impôt a eu raison de conclure que le contribuable n'avait pas séjourné au Canada pendant les 183 jours requis, pour obtenir l'avantage conféré par l'art. 250, mais qu'il est devenu résident au Canada dès son retour—Le terme séjourné est défini dans l'arrêt *Thomson v. Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 209 comme [TRADUCTION] «[être] dans un lieu où l'on demeure exceptionnellement, occasionnellement ou par intermittence»; c'est le caractère temporaire qui prédomine—Dans l'ouvrage *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1997), les professeurs Hogg et Magee expliquent que [TRADUCTION] «le terme séjourné implique quelque chose de moins fixe qu'une résidence»; dans la plupart des cas, une personne qui fait un séjour ne demeure au Canada que pendant une courte période—En l'instance, le contribuable ne faisait pas un séjour au Canada lorsqu'il y est revenu, mais il y a repris sa résidence et ne peut donc se prévaloir de l'art. 250—L'art. 64.1 (les règles d'application des art. 63 et 64 au contribuable qui est absent du Canada mais qui y réside) ne s'appliquent pas, étant donné que lorsque le contribuable était absent du Canada il n'était pas résident ici—La question de savoir si les contribuables qui se réinstallent au Canada après un séjour à l'étranger devraient pouvoir déduire leurs frais de déménagement concerne le législateur et non la Cour—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 62 (mod. par L.C. 1999, ch. 22, art. 17), 64.1 (mod., *idem*, art. 19), 250 (mod., *idem*, art. 82).

DIXON C. CANADA (A-221-99, 2001 CAF 216, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 22-6-01, 6 p.)

INJONCTIONS

Requête en injonction interlocutoire présentée par les demandeurs en vue de faire interdire aux défendeurs d'exercer le rôle de chef et de conseil de la Bande indienne Anishinabe de Roseau River, une bande ojibway du sud du Manitoba—Un conseil coutumier représente les intérêts de chaque famille—Le 4 janvier 2001, le conseil coutumier a reçu une demande de modification de la loi électorale de la part d'un représentant d'une famille—Le 29 janvier 2001, l'agente d'élection a convoqué une élection—Le 26 février 2001, le juge Gibson a rejeté une requête en injonction

INJONCTIONS—Fin

interlocutoire déposée par les demandeurs en vue d'empêcher la tenue de l'élection—Les défendeurs ont été élus le 2 mars 2001—Les défendeurs soutenaient que l'affaire avait été tranchée le 26 février 2001, lorsque le juge Gibson a refusé de délivrer l'injonction pour empêcher la tenue de l'élection—Il faut présumer que le juge Gibson, en refusant d'accorder l'injonction, a compris que l'élection aurait lieu et que les gagnants entreraient en fonction—La décision du juge Gibson était finale—Le juge Hansen a permis aux demandeurs de joindre le chef et le conseil élus en qualité de défendeurs à l'instance—La requête n'est pas devenue une première demande de réparation contre les nouvelles parties—Le simple ajout du nom des personnes qui ont gagné l'élection n'a rien changé au fait que les défendeurs avaient des intérêts communs—Les nouveaux défendeurs joints, en leur qualité de candidats à l'élection, étaient directement touchés par l'issue de l'audition du 26 février 2001; ils sont donc des ayants droit des défendeurs initiaux—Le principe de la chose jugée s'applique à une requête en injonction interlocutoire—Les demandeurs ne se sont pas déchargés du fardeau de démontrer que de nouveaux éléments de preuve auraient eu une incidence sur la décision du juge Gibson de refuser de délivrer l'injonction—La preuve d'un préjudice irréparable était hypothétique—Aucun nouvel élément de preuve n'aurait eu pour effet que la décision du juge Gibson de rejeter la requête initiale en injonction interlocutoire aurait été modifiée ou infirmée—Requête rejetée—Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.

HAYDEN C. PREMIÈRE NATION ANISHINABE DE ROSEAU RIVER (MEMBRE DU CONSEIL COUTUMIER) (T-285-01, 2001 CFPI 787, juge Muldoon, ordonnance en date du 11-7-01, 13 p.)

PRATIQUE**ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Demande pour que soit rendue en vertu de la règle 221(1a) une ordonnance radiant la déclaration des demandeurs au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action valable—Les demandeurs sont la veuve et les enfants de l'officier Frank Carriere, qui s'est noyé le 30 novembre 1997 dans l'exercice de ses fonctions de plongeur de la GRC—À la suite du décès, la veuve a reçu des pensions en application de la Loi sur la pension de retraite de la GRC et de la Loi sur les pensions—En novembre 1998, les demandeurs ont déposé une déclaration dans laquelle ils alléguaient que la défenderesse avait commis une faute et que cette faute avait entraîné le décès de l'officier Carriere—La Couronne a soutenu que l'action des demandeurs dépassait la compétence de la Cour parce qu'elle était irrecevable en vertu de l'art. 32(2) de la Loi sur la pension de retraite de

PRATIQUE—Suite

la GRC de l'art. 111 de la Loi sur les pensions, et de l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—En vertu de ces dispositions, l'action des demandeurs est irrecevable dans la mesure où les demandeurs ont reçu des pensions versées sur le Trésor «relativement au» décès prématuré de l'officier Carriere, puisque dans leur action présente ils demandent aussi réparation pour le même préjudice—Demande accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221—Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-11, art. 32 (mod. par L.C. 1998, ch. 11, art. 1(1)(F), (2))—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-7, art. 111—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 9.

CARRIERE C. CANADA (T-2205-98, 2001 CFPI 569, juge Rouleau, ordonnance en date du 1-6-01, 6 p.)

APPELS ET NOUVEAUX PROCÈS

Appel de la décision du juge Hugessen rejetant la requête des appelants pour obtenir une ordonnance obligeant un agent de la Couronne à se présenter à l'interrogatoire préalable en vertu de la règle 97—Le fondement de l'ordonnance du 5 avril 2001 est que les documents sur lesquels l'interrogatoire préalable devait porter ne sont pas pertinents dans le cadre de la première partie du procès—Il y a controverse quant au contenu du dossier d'appel qui doit être préparé dans le cadre de l'appel de l'ordonnance du 5 avril 2001—Le critère permettant de décider quels documents doivent être placés dans le dossier d'appel se trouve à la règle 343(2)—En principe, une cour d'appel n'examinera pas une preuve qui n'a pas été présentée à la cour d'instance inférieure dont il est fait appel—La Couronne veut inclure dans le dossier d'appel la «série de documents portant les numéros de production 2446 à 2559»—Les appelants s'objectent à ce qu'on insère ces documents dans le dossier d'appel parce qu'ils n'ont pas été soumis au juge Hugessen lorsqu'il a rendu son ordonnance du 5 avril 2001, ce qui fait qu'ils ne devraient pas être soumis à la Cour dans un appel de l'ordonnance—Les appelants n'ont pas commis de faute en ne présentant pas ces documents au juge Hugessen—La preuve est loin d'établir que ces documents peuvent raisonnablement être considérés comme faisant partie du dossier dont le juge Hugessen était saisi lorsqu'il a prononcé la décision portée en appel—Les documents ne doivent pas être intégrés dans le dossier d'appel—La Couronne désire aussi faire intégrer au dossier d'appel des copies de certaines prétentions écrites des avocats utilisées dans la préparation de l'ordonnance de séparation du 10 janvier 2001—Il n'y a pas lieu d'intégrer au dossier d'appel des copies des prétentions écrites liées à l'ordonnance du 5 avril 2001 ou à l'ordonnance de séparation du 10 janvier 2001—L'avis d'intention de modifier un acte de procédure déposé par la Couronne en novembre 2000, ainsi que

PRATIQUE—Suite

certaines questions et réponses présentées à l'occasion de l'interrogatoire préalable écrit d'un agent de la Couronne ne peuvent être utiles à la Cour dans le traitement du présent appel—Ces documents ne seront pas intégrés au dossier d'appel—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 97, 343.

BANDE DE MONTANA C. CANADA (A-231-01, 2001 CAF 176, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 31-5-01, 11 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Requête en vertu de la règle 229 pour obtenir la production des documents contenus dans l'annexe «2» à l'affidavit de documents présenté par les défendeurs, ainsi que le nom du contribuable qui a obtenu une décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu en 1991—Les défendeurs s'opposent à l'octroi de l'ordonnance, en s'appuyant sur le privilège au vu de l'intérêt public prévu à l'art. 37(2) de la Loi sur la preuve au Canada—Le demandeur est membre d'un organisme d'intérêt public ne jouissant pas de la personnalité juridique, qui s'intéresse à la justice sociale et aux questions fiscales—L'identité du contribuable est-elle pertinente dans la poursuite de cette action?—Les renseignements demandés font l'objet d'une réclamation de privilège de la part de la Couronne—Suite à la réclamation de privilège, le demandeur n'a pas été informé de l'identité du contribuable ou de tout renseignement à ce sujet jusqu'ici—La déclaration soutient qu'on a accordé une préférence indue et un bénéfice particulier à un contribuable non identifié par suite de la décision anticipée en matière d'impôt rendue le 24 décembre 1991—La question de la pertinence doit être décidée au vu du lien entre les renseignements recherchés et la cause d'action soulevée dans la procédure—L'identité du contribuable n'est pas pertinente dans la poursuite de l'action—De même, l'identité de ses conseillers professionnels n'est pas pertinente et elle ne sera pas divulguée—Les défendeurs se fondent sur une mauvaise interprétation de l'objectif et de l'effet de l'art. 37(2) de la Loi en soutenant que le privilège au vu de l'intérêt public doit être examiné en rapport avec les documents révisés qu'ils ont présentés—Le privilège au vu de l'intérêt public doit être examiné par rapport aux documents originaux—Les parties qui demandent la divulgation doivent faire une «preuve apparente» en faveur de cette divulgation avant que la Cour puisse examiner les documents—L'existence des facteurs d'admissibilité et d'utilité des documents sont démontrés en faveur du demandeur—Il ne s'agit pas d'une communication de documents en général ou d'une recherche à l'aveuglette—L'intérêt public qui porte sur la confiance dans le régime en général, y compris le respect de la confidentialité et la franchise dans la communication de renseignements nécessaires au régime en général, doit en l'instance primer l'intérêt public déterminé dont les défendeurs font état—Les documents dont la liste se trouve à l'annexe «2» doivent être divulgués, à l'exception de

PRATIQUE—Suite

certain qui sont protégés par un privilège de non-divulgaration—Il n'y a aucune raison de ne pas mettre fin aux ordonnances de confidentialité du 20 décembre 2000—Les documents de la liste à l'annexe «2» de l'affidavit de documents des défendeurs seront divulgués au demandeur et à ses avocats, dans la forme révisée déjà déposée par l'avocat des défendeurs—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 229—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37(2).

HARRIS C. CANADA (T-2407-96, 2001 CFPI 498, juge Heneghan, ordonnance en date du 16-5-01, 21 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Annulation ou modification*

Requête présentée par Sa Majesté en vue d'obtenir une ordonnance annulant ou modifiant l'ordonnance par laquelle le juge en chef adjoint Jerome a interdit à Sa Majesté de prendre d'autres mesures en vue de résilier le bail ou d'expulser le demandeur—Le père du demandeur a conclu en 1978 un bail de 21 ans avec Sa Majesté pour louer un lot situé dans la réserve indienne de Whitefish River—En 1991, le bail a été cédé à la Première nation de Whitefish River au moyen d'un addenda au bail—En 1994, le ministre a envoyé une lettre au demandeur pour l'informer que la Première nation de Whitefish River avait assumé le pouvoir délégué du ministre de gérer les terres situées dans la réserve—En 1997, le demandeur a introduit une action en vue d'obtenir une injonction provisoire interdisant à Sa Majesté de prendre d'autres mesures en vue de résilier le bail ou d'expulser l'intimé—Le juge en chef adjoint Jerome a rejeté la requête en jugement sommaire de Sa Majesté et a suspendu l'action jusqu'à ce que l'affaire n° T-234-92 de la Cour fédérale ait été tranchée définitivement; il a aussi prononcé une injonction provisoire interdisant à la défenderesse de prendre toute autre mesure en vue de résilier le bail—Le bail a expiré en 1998—Ni Sa Majesté, ni la Première nation n'ont reconduit ou prolongé le bail—Le demandeur affirme toutefois qu'en vertu de la clause du bail lui permettant de le faire, il a informé le locataire de son intention de reconduire le bail en lui envoyant un préavis de douze mois avant l'expiration du bail—Sa Majesté invoque les dispositions du bail permettant au ministre de déclarer le bail expiré et de résilier le bail si le locataire fait défaut de payer le loyer exigible ou s'il fait faillite et elle allègue que le demandeur doit des arriérés de loyer et qu'il a fait une cession de faillite sans jamais en aviser le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien ou la bande—Le ministre a accepté que le bail soit résilié, mais le juge en chef adjoint Jerome lui a interdit de le faire—Le jugement dans l'action n° T-234-92 a été rendu le 16 juillet 1998; l'appel de ce jugement a été entendu le 4 avril 2001 mais aucun jugement n'avait encore été rendu en date du 8 juin 2001—La règle 399(2a) des Règles de la Cour fédérale (1998) permet à la Cour d'annuler ou de modifier une ordonnance dans le cas où des faits nouveaux

PRATIQUE—Suite

son survenus ou ont été découverts après le prononcé de l'ordonnance—Le défaut du demandeur de payer le loyer exigible et sa cession de faillite sont des faits nouveaux qui ont été découverts après le prononcé de l'ordonnance du juge en chef adjoint et la requérante n'aurait pas pu, avec une diligence raisonnable, les découvrir plus tôt—La question est celle de savoir si ces faits nouveaux sont suffisants pour modifier ou annuler l'ordonnance du juge en chef adjoint Jerome—Dans l'arrêt *Chappell v. Times Newspapers Ltd.*, [1975] W.L.R. 482 (C.A.), le tribunal a affirmé que la partie à un contrat qui sollicite une réparation doit être disposée à fournir sa propre prestation—La Cour n'est pas convaincue que le demandeur avait l'intention de payer son loyer; même si le bail indiquait que le montant dû pour chaque année était de 2 078 \$, le demandeur a décidé que le montant qu'il devait payer était de 1 265 \$—Addenda au bail prévoyant un renvoi à la Cour fédérale si le locataire n'est pas d'accord avec le loyer fixé; le locataire doit payer le loyer et se plaindre après—De plus, le demandeur envoyait toujours ses chèques en retard et les faisait toujours parvenir au ministère des Affaires indiennes, malgré le fait qu'il était avisé dans les termes les plus nets depuis 1994 qu'il devait les envoyer à la bande, et il ne transmettait jamais à cette dernière les chèques qui lui étaient retournés—Le demandeur n'a pas respecté les modalités du bail—Il est évident que, se fondant sur la décision du juge en chef adjoint Jerome, le demandeur a décidé de ne pas remplir les obligations que le bail mettait à sa charge—Les faits nouveaux sont suffisants pour justifier l'annulation de l'ordonnance du juge en chef adjoint Jerome et pour donner gain de cause à Sa Majesté—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 399(2)a.

MILES C. PREMIÈRE NATION DE WHITEFISH RIVER (T-747-97, 2001 CFPI 610, juge Blais, ordonnance en date du 8-6-01, 17 p.)

Suspension de l'exécution

Requête en suspension de l'exécution d'une mesure de renvoi prise contre le requérant dont le renvoi en Égypte était prévu pour le 5 juin 2001—Question sérieuse à trancher—Le droit fondamental en cause en l'espèce était la liberté d'expression—Le requérant a demandé la protection des autorités policières égyptiennes, mais il a été chassé du poste de police—Dans le cadre d'une enquête sur les meurtres de deux chrétiens, les policiers ont détenu, maltraité et torturé des centaines de citoyens, dont la plupart étaient chrétiens—Le requérant risquait de subir un préjudice irréparable s'il était renvoyé du Canada—La prépondérance des inconvénients était favorable à la suspension de l'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à ce que la Cour se prononce sur le fond de la demande d'autorisation et, si l'autorisation était accordée, jusqu'à l'issue de la demande de contrôle judiciaire.

MOUSSA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2638-01, 2001 CFPI 869, juge Muldoon, ordonnance en date du 8-8-01, 5 p.)

PRATIQUE—Suite

PARTIES

Requête visant à obtenir, en vertu des règles 113 et 114 des Règles de la Cour fédérale, une ordonnance permettant au chef élu de la Première Nation de Sioux Valley d'être le représentant successoral d'une vingtaine d'anciens combattants dans le cadre d'une action intentée contre la Couronne—Les demandeurs soutiennent qu'ils ont été illégalement privés d'avantages destinés aux anciens combattants auxquels ils avaient droit par suite de leur participation à la Première Guerre mondiale, à la Seconde Guerre mondiale ou à la Guerre de Corée en raison de l'application de lois, de politiques et de pratiques qui seraient discriminatoires sur le plan racial—La règle 113 autorise la Cour à nommer une personne à titre de représentant de la succession du *de cuius*—C'est au requérant qu'il incombe de convaincre le tribunal qu'il y a lieu d'accorder la réparation demandée—La Cour a le pouvoir discrétionnaire, dans les circonstances appropriées, de nommer une personne pour contester l'instance au nom de la partie à l'instance qui est décedée, que l'action ait été introduite avant ou après le décès de celle-ci—Le droit d'ester en justice s'éteint en règle générale avec le décès—Ce principe est bien reconnu en common law—La règle 113 ne change rien au fond du droit—Il ne permet pas à un représentant (autre qu'un fiduciaire, un exécuteur ou un administrateur) d'introduire une action au nom d'une personne décedée—La première condition prévue à la règle 113 n'a pas été remplie—Les demandeurs doivent également établir que «la succession [de la personne décedée] n'a pas de représentant»—Les affidavits déposés au nom des demandeurs n'établissent pas suffisamment que les déclarants étaient au courant de l'état de la représentation de la succession de leur parent défunt—Ils ne sont d'aucune utilité pour la Cour—La preuve ne permet pas de conclure que le chef Whitecloud était au courant de l'état d'esprit des anciens combattants décedés lorsqu'ils ont choisi, il y a plusieurs dizaines d'années, de réclamer des prestations—La preuve ne permet pas non plus de penser que le chef Whitecloud a un intérêt légitime à soutenir le procès en faveur des héritiers des anciens combattants décedés—L'art. 113 ne peut être appliqué de manière à usurper le rôle des fiduciaires, des exécuteurs et des administrateurs qui sont ceux qui sont en dernière analyse appelés à soulever les avantages et les inconvénients d'un éventuel procès—L'ordre public commande de ne pas accorder une réparation aussi absolue que celle qui est réclamée dans la requête—La requête est rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 113, 114.

TACAN C. CANADA (00-T-13, 2001 CFPI 574, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 1-6-01, 10 p.)

Qualité pour agir

Requête présentée en vertu de la règle 14 des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue d'être constitué partie à des

PRATIQUE—Suite

demandes de contrôle judiciaire de jugements de la Cour de l'impôt—Margot Erdmann a été imposée en vertu de Loi de l'impôt sur le revenu et de la Loi sur la taxe d'accise au motif que des biens lui avaient été transférés pour une contrepartie inférieure à leur juste valeur marchande par John Swift, qui était alors son époux et qui devait de l'argent en vertu des deux lois—La seule question litigieuse soulevée dans les appels à la Cour canadienne de l'impôt était celle de savoir si Sa Majesté avait calculé correctement la juste valeur marchande des biens transférés—La Cour de l'impôt a rejeté les appels—M. Swift affirme qu'il a un intérêt dans les présentes instances parce qu'il aurait l'obligation légale ou morale de rembourser M^{me} Erdmann si les demandes de contrôle judiciaire échouent—La règle 114 porte sur les recours collectifs—Les présentes demandes de contrôle judiciaire ne sauraient donner lieu à un recours collectif—M. Swift n'aurait pas pu être désigné comme partie à la présente instance en vertu de la règle 303—Il n'a pas été régulièrement constitué partie aux présentes instances pour la simple raison que les cotisations ont été établies en fonction du montant d'impôt dont il était redevable—Il n'existe pas de disposition spécifique permettant à un non-juriste de représenter un plaideur qui est une personne physique—En présumant qu'elle a le pouvoir inhérent de permettre à un non-juriste de représenter un plaideur si l'intérêt de la justice l'exige, la Cour ne serait pas portée à exercer cette compétence en l'espèce—M. Swift ne saisit pas bien la nature du contrôle judiciaire ou la procédure à suivre—Sa participation comme représentant de M^{me} Erdmann n'aiderait probablement pas la Cour à statuer sur les points litigieux soulevés par les demandes—M^{me} Erdmann doit se charger elle-même de la poursuite de l'instance ou retenir les services d'un avocat—La requête est rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 114, 119, 303—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-5.

ERDMANN C. CANADA (A-168-01, 2001 CAF 138, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 3-5-01, 5 p.)

REPRÉSENTATION PAR AVOCAT

Requête en retrait du procureur de la demanderesse (M^c Robbins) et de son cabinet du dossier—La décision *Imperial Oil Ltd. c. Lubrizol Corp.* (1999), 86 C.P.R. (3d) 331 (C.F. 1^{re} inst.) se reporte à la décision *Heck v. Royal Bank* (1993), 52 C.P.R. (3d) 372 (C. div. Ont.), dans laquelle ont dit que les tribunaux devraient ordonner le retrait des procureurs seulement dans des cas manifestes; la demande de retrait peut être présentée au juge de première instance lorsqu'il est certain qu'il y a un problème—Cette décision fait également appel à l'application d'un critère souple pour juger toute requête en retrait—Toute demande visant à retirer du dossier un cabinet d'avocats inscrit à titre de procureurs ne devrait être accueillie que si la Cour est convaincue qu'il est certain ou très probable que l'avocat de

PRATIQUE—Suite

ce cabinet va témoigner: *International Business Machines Corp. c. Printech Ribbons Inc.*, [1994] 1 C.F. 692 (1^{re} inst.)—Aux fins de la requête en l'instance, le dossier est encore à un stade préliminaire—La Cour n'est pas convaincue qu'il devrait y avoir retrait du procureur—Premièrement, les défendeurs soutiennent que le courriel envoyé à M^c Robbins constitue un élément de preuve selon lequel ils ont toujours agi avec transparence et honnêteté à l'égard de la demanderesse, mais les procureurs de cette dernière ne reconnaissent pas avoir reçu le courriel—Les défendeurs veulent donc interroger M^c Robbins à cet effet—Il n'est pas certain que M^c Robbins doive être interrogé pour établir si la demanderesse a eu vent de l'intention annoncée par les procureurs des défendeurs dans ce courriel—On peut recourir à d'autres moyens: par exemple, en vertu de la règle 255 des Règles de la Cour fédérale (1998), les défendeurs pourraient envoyer à la demanderesse une mise en demeure pour reconnaître l'authenticité du courriel et la véracité des faits entourant la connaissance de ce courriel par la demanderesse—Il est également possible que des concessions ou admissions soient faites lors de l'interrogatoire de la demanderesse—De plus, comme le site web est accessible au public, la demanderesse elle-même peut répondre à des questions à cet égard—Deuxièmement, les défendeurs vont peut-être vouloir interroger M^c Robbins au sujet des documents cités dans la déclaration ou la défense, mais qui ne sont pas énumérés dans l'affidavit de documents, car ils sont joints à son affidavit—Il faut d'abord établir que cet affidavit a été souscrit à l'appui d'une demande d'injonction interlocutoire présentée par la demanderesse—Tout ce qui entoure cette demande d'injonction relève de la chose jugée—L'affidavit n'a pas été souscrit à l'appui du mérite de l'action à venir puisque la preuve de la demanderesse devra se faire par témoins entendus de vive voix—En outre, le procureur de la demanderesse n'entend pas faire appel au témoignage ou à l'affidavit de M^c Robbins au stade du mérite—Il n'est pas certain que ce dernier témoignera à l'audience au mérite—Plus précisément, les défendeurs ont fait référence à une lettre envoyée à un collègue de M^c Robbins—M^c Robbins s'est associé à la production de cette lettre aux fins de l'injonction—Cette étape est révolue—M^c Robbins ou son cabinet ne devrait pas être forcé à se retirer du dossier pour une lettre qu'il n'a pas écrite mais qui le fut par la partie défenderesse—Sa présentation éventuelle à titre d'élément de preuve ne passera pas nécessairement par le témoignage de M^c Robbins ou de son collègue—Troisièmement, en ce qui concerne les documents inclus dans l'affidavit, ce qui a été dit auparavant quant au contexte passé de cet affidavit s'applique ici aussi—Il n'existe aucun lien significatif avec M^c Robbins—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 255.

WEIGHT WATCHERS INTERNATIONAL, INC. C. VALE PRINTING LTD. (T-238-00, 2001 CFPI 578, notaire Morneau, ordonnance en date du 1-6-01, 8 p.)

PRATIQUE—Suite

Appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt—Appel antérieur interjeté dans la même affaire accueilli en raison d'une absence d'équité procédurale dans l'instance ayant conduit au jugement du 4 février 1997 de la Cour de l'impôt—Le présent appel devrait également être accueilli—L'appelant soutient que l'avocat qui occupait pour lui devant la Cour de l'impôt agissait sans son autorisation—Il l'a autorisé à déposer un avis d'appel—L'avocat avait le pouvoir de signer les ententes du 28 avril 1995 et du 25 mai 1995—Le demandeur est par conséquent lié par ces ententes—La question du pouvoir de son avocat de les conclure n'est pas une question que la Cour de l'impôt doit réexaminer—L'appel concerne un «club de placement».

SOURANI C. CANADA (A-177-97, 2001 CAF 185, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 4-6-01, 3 p.)

Synchronics, Inc. a intenté une action contre la société de personnes appelée Synchronics—La société a tenté de se défendre contre l'action sans être représentée par un avocat—Selon la règle 120 des Règles de la Cour fédérale (1998), une société de personnes se fait représenter par un avocat dans toute instance, à moins que la Cour, à cause de circonstances particulières, ne l'autorise à se faire représenter par un de ses dirigeants, associés ou membres—Le 23 mars 1999, la société de personnes a demandé une ordonnance autorisant les associés Brown et Leech à agir en son nom, requête qui a été rejetée—La requête en vue de faire réexaminer la décision a été rejetée et un délai de 15 jours a été accordé à la société en vue de retenir les services d'un avocat, à défaut de quoi un jugement par défaut serait rendu—La société n'a pas retenu les services d'un avocat—L'appel contre les trois ordonnances rendues a été annulé pour le motif qu'il avait été interjeté en dehors du délai imparti et, étant donné que l'ordonnance ne pouvait pas faire l'objet d'un appel, les appels des deux ordonnances qui en dépendaient ne pouvaient pas être maintenus—L'appel interjeté par la société contre l'ordonnance relative au jugement par défaut et la demande d'autorisation de permettre à Brown et Leech de la représenter ont été rejetés—Un appel a été formé contre cette ordonnance, indiquant que la société conteste encore la décision initiale du 23 mars 1999 lui refusant l'autorisation d'être représentée par MM. Brown et Leech, et conteste par ailleurs la validité juridique de la règle 120—Il est allégué dans l'avis d'appel que la Cour fait injustement preuve de partialité envers les plaideurs non représentés et que l'adjudication de dépens au montant de 1 500 \$ est de nature punitive—La requête présentée par Synchronics, Inc. en vue de faire annuler l'appel est accordée, pour le motif que l'avis d'appel soulève des questions qui ont déjà été réglées lors d'une instance antérieure et qu'il y a donc chose jugée—Le

PRATIQUE—Fin

principe applicable est résumé dans la décision *Thomas v. Trinidad and Tobago (Attorney General)* (1990), 115 N.R. 313 (P.C.); dans l'arrêt *Canada c. Chevron Canada Resources Ltd.*, [1999] 1 C.F. 349 (C.A.), au par. 36—L'ordonnance refusant la permission de se faire représenter par Brown et Leech aurait pu être portée en appel si l'appel avait été interjeté en temps opportun—Tout argument visant à contester la validité juridique de la règle 120 aurait dû être soulevé dans le cadre de la requête initiale qui a donné lieu à la délivrance de l'ordonnance du 23 mars 1999—Cependant, aucun fondement ne permet d'empêcher la société de poursuivre l'appel se rapportant à l'adjudication des dépens—L'appel doit être rejeté, sauf en ce qui concerne l'adjudication des dépens—Des affidavits ont été déposés avec le dossier de requête le 30 avril 2001, déclarant que la société de personnes n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat—La Cour accorde de sa propre initiative à Brown et Leech conjointement l'autorisation de représenter la société de personnes dans l'appel relatif à l'adjudication des dépens—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 120.

SYNCHRONICS LTD. C. SYNCHRONICS, INC. (A-225-01, 2001 CAF 172, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 31-5-01, 7 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire de la décision du Conseil canadien des relations industrielles d'accréditer la Section locale 938 de la Fraternité internationale des Teamsters comme agent négociateur d'une unité comprenant certains entrepreneurs—Maritime-Ontario soutient que le Conseil a commis une erreur en accréditant la Section locale 938 sans d'abord prendre les mesures nécessaires pour s'assurer qu'une majorité des employés de l'unité proposée désiraient être représentés par l'intimée—Le Conseil a-t-il commis une erreur en délivrant l'ordonnance d'accréditation?—Tout argument présenté quant à l'aspect suffisant de la preuve portant sur l'appui au syndicat doit être fondé sur la preuve présentée au Conseil—La façon appropriée d'obtenir cette preuve est d'en faire la demande au Conseil en vertu de la règle 317—Si le Conseil produit la preuve en question, Maritime-Ontario n'aura plus de motif de plainte—La requête de Maritime-Ontario est rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 317.

MARITIME-ONTARIO FREIGHT LINES LTD. C. SECTION LOCALE 938 DE LA FRATERNITÉ INTERNATIONALE DES TEAMSTERS (A-574-00, 2001 CAF 184, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 1-6-01, 4 p.)

If undelivered, return COVER ONLY to
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Coeur 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-Coeur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9