



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1993, Vol. 2, Part 3**

**1993, Vol. 2, 3<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [1993] 2 F.C., 351-514**

**Renvoi [1993] 2 C.F., 351-514**

---



Published by  
PIERRE GARCEAU, Q.C.  
Commissioner for Federal Judicial Affairs

Publié par  
PIERRE GARCEAU, c.r.  
Commissaire à la magistrature fédérale

---

Editorial Board

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

---

Bureau des arrêstistes

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

---

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

---

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

Production Staff

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

Services techniques

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

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

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

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

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

---

## CONTENTS

Digests ..... D-23

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd. (C.A.) ..... 425

Judges and courts — *Per C.J. (dissenting)*: Whether all discretionary decisions of prothonotaries to be reviewed *de novo* (based on F.C.A. decision in *Canada v. "Jala Godavari" (The)*) or reviewed for error only in some cases — Issue of great importance as affecting efficient dispatch of Court business, utilization of judicial resources — Intention of Parliament in authorizing appointment of prothonotaries — General direction issued by A.C.J. as to powers of Senior Prothonotary, A.S.P. — Historical development of Master system in England — Canadian practice giving Masters larger discretion — Exhaustive review and exposition of law relating to Masters — Constitutional issues — Proper standard of review of discretionary orders of F.C. prothonotaries — Necessity for balanc-

---

## SOMMAIRE

Fiches analytiques ..... F-27

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd. (C.A.) ..... 425

Juges et tribunaux — Le juge en chef (dissident): La question se pose de savoir si toutes les décisions discrétionnaires des protonotaires sont susceptibles de révision *de novo* par application de l'arrêt *Canada c. «Jala Godavari» (Le)* de la Cour d'appel fédérale, ou si elles ne sont susceptibles de révision que pour erreur dans certains cas — La question revêt une grande importance puisqu'elle affecte l'exécution des travaux de la Cour et l'utilisation des ressources judiciaires — But poursuivi par le législateur lorsqu'il autorisait la nomination des protonotaires — Directive générale du juge en chef adjoint sur les pouvoirs du protonotaire en chef et du protonotaire adjoint — Évolution du système des protonotaires en Angleterre — Pratique canadienne accordant aux protonotaires des

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

ing judicial due process on questions vital to final issue of case with administrative expedition in routine matters — Authority of prothonotaries should not be limited as suggested in *Canada v. "Jala Godavari" (The)*.

Practice — Dismissal of proceedings — Want of prosecution — Appeal from Order of Motions Judge setting aside A.S.P.'s denial of order staying or dismissing Crown's action for want of prosecution — Action commenced in 1986, delayed more than three years — Delay inordinate, inexcusable, likely to cause prejudice to respondent.

### Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police) (Re) (T.D.) ..... 351

RCMP — Complaint concerning conduct of RCMP Commissioner within jurisdiction of RCMP Public Complaints Commission — Not excluding commissioner's conduct consistent with case law on evolving principles of accountability under rule of law — Not within jurisdiction of Commission to consider complaint concerning conduct of Deputy Commissioner who retired before initiation of complaint — Within jurisdiction of Commission to consider complaint concerning conduct of person who retires or ceases to be appointed under Act after initiation of complaint but before resolution.

### Canada (Minister of Employment and Immigration) v. De Decaro (C.A.) ..... 408

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from decision of Immigration and Refugee Board upholding Adjudicator's decision granting respondent permanent residence — Respondent granted immigrant visa as "accompanying dependant" — Husband died before coming to Canada — Respondent found to be inadmissible as no longer "accompanying dependant" under Immigration Regulations, s. 2(1) — Requirements for issuance of visa under Regulations, s. 12 not met — Meaning of "valid" visa — Difference of wording between English and French versions of s. 12 — Jurisdiction of Appeal Division under Act, ss. 70, 73.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

pouvoirs discrétionnaires plus étendus — Évocation et exposé exhaustifs des règles de droit relatives aux protonotaires — Questions constitutionnelles — Norme appropriée de révision des ordonnances discrétionnaires des protonotaires de la Cour fédérale — Nécessité de réaliser l'équilibre entre l'équité procédurale concernant les questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause et l'expédition administrative des matières courantes — Il ne faut pas limiter les pouvoirs des protonotaires comme le suggère l'arrêt *Canada c. «Jala Godavari» (Le)*.

Pratique — Rejet des procédures — Défaut de poursuivre — Appel formé contre l'ordonnance du juge des requêtes infirmant la décision du protonotaire adjoint qui a refusé de rendre une ordonnance portant rejet ou suspension de l'action de la Couronne pour défaut de poursuivre — Action intentée en 1986, retardée de plus de trois années — Retard excessif, inexcusable, susceptible de causer un grave préjudice à l'intimée.

### Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada) (Re) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 351

GRC — La Commission des plaintes du public contre la GRC est compétente pour connaître de la plainte concernant la conduite du commissaire de la GRC — Ne pas exclure la conduite du commissaire est conforme à la jurisprudence sur l'évolution, fondée sur la primauté du droit, des principes en matière de responsabilité — La Commission n'est pas compétente pour connaître de la plainte concernant la conduite du sous-commissaire qui a pris sa retraite avant le dépôt de la plainte — La Commission est compétente pour connaître de la plainte concernant la conduite de toute personne qui a pris sa retraite ou qui a cessé d'être une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi, après le dépôt de la plainte mais avant son règlement.

### Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. De Decaro (C.A.) ..... 408

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié confirmant la décision de l'arbitre accordant à l'intimée la résidence permanente — L'intimée a obtenu un visa d'immigrant à titre de «personne à charge qui l'accompagne» — Le mari est décédé avant de venir au Canada — On a jugé que l'intimée était inadmissible parce qu'elle n'était plus, aux termes de l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration, une «personne à charge qui l'accompagne» — Les conditions de délivrance d'un visa en vertu de l'art. 12 du Règlement n'ont pas été respectées — Signification de l'expression visa «en cours de validité» — L'expression est différente dans les versions anglaise et française de l'art. 12 — Compétence de la section d'appel en vertu des art. 70 et 73 de la Loi.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

**Canada (Minister of Employment and Immigration)  
v. Sidhu (C.A.)..... 483**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Sponsored application for girl purportedly adopted in India — Immigration and Refugee Board lacking jurisdiction to grant adoptive status not valid under foreign law on basis latter discriminatory and contrary to public order in Canada — Foreign legislation may be disregarded *in toto* as offensive to public policy, but cannot be redrafted — Parliament adopting by reference foreign legislation on adoption — Board to determine whether foreign adoption occurred in accordance with foreign law.

Conflict of laws — Immigration and Refugee Board granting adoptive status and refusing to apply foreign legislation invalidating adoption as latter discriminatory and contrary to public order in Canada — Immigration Regulations, 1978, defining “adopted” as meaning “adopted in accordance with the laws of . . . any country other than Canada” — Visa officer, Board to determine whether adoption occurred according to foreign law — No conflicting substantive laws since no federal legislation on adoption for immigration purposes — No conflict in sense of law which must apply to protect political, social and economic organization of Canada to exclusion *in toto* of foreign law normally applicable.

**Leckie v. Canada (C.A.)..... 473**

Public Service — Selection process — Merit principle — Applicants holding incumbent-oriented positions, i.e. position level changed when incumbent meets criteria for next level — Although met criteria for promotion, not promoted because of departmental quota — Numerical quotas on promotions of holders of incumbent-oriented positions not offending merit principle — Merit principle applies only after Treasury Board authorizing promotion and providing necessary funds — Quota system not affecting relative merit, merely circumscribing scope of opportunities for promotion — Appeal board lacking jurisdiction in absence of appointment.

**Petit v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 505**

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application for stay of removal order pending disposition of application for leave to apply for judicial review of decision insufficient humanitarian and compassionate grounds to permit landing application from within Canada — Purpose of enacting Fed-

## SOMMAIRE (Suite)

**Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c.  
Sidhu (C.A.)..... 483**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demande parrainée au nom d'une fille censément adoptée en Inde — La Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'a pas la compétence d'accorder un état civil d'enfant adoptif invalide en droit étranger au motif que celui-ci était discriminatoire et contraire à l'ordre public au Canada — Une loi étrangère peut être complètement exclue comme étant contraire à l'ordre public mais elle ne peut être rédigée de nouveau — Le Parlement a adopté par renvoi la loi étrangère sur l'adoption — La Commission devait se demander si l'adoption étrangère avait eu lieu conformément à la loi étrangère.

Conflict des lois — La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a accordé un état civil d'enfant adoptif et a refusé d'appliquer une loi étrangère qui invalidait l'adoption vu que cette loi était discriminatoire et contraire à l'ordre public au Canada — En vertu du Règlement sur l'immigration de 1978, l'expression «adopté» signifie «adopté conformément aux lois de . . . tout pays autre que le Canada» — L'agent des visas et la Commission devaient se demander si l'adoption avait eu lieu conformément à la loi étrangère — Il n'y a pas de règle importante de conflit puisqu'il n'existe pas de loi fédérale sur l'adoption aux fins de l'immigration — Il n'y a pas de conflit en ce sens qu'il n'y a pas de loi qui doit s'appliquer de façon à protéger l'organisation politique, sociale et économique du Canada à l'exclusion du droit étranger normalement applicable.

**Leckie c. Canada (C.A.)..... 473**

Fonction publique — Procédure de sélection — Principe du mérite — Les requérants occupent des postes axés sur les titulaires, c.-à-d. dont les niveaux changent au fur et à mesure que les titulaires respectent les critères applicables au niveau suivant — Bien qu'ils aient respecté les critères nécessaires à une promotion, les requérants n'ont pas été promus en raison d'un contingentement ministériel — Les contingentements numériques imposés à la promotion de ceux qui occupent des postes axés sur les titulaires ne violent pas le principe du mérite — Le principe du mérite ne s'applique qu'après que le Conseil du Trésor ait autorisé une promotion et fourni les fonds nécessaires — Le système de contingentement ne diminue pas le mérite respectif des intéressés, il restreint simplement les limites de leurs possibilités d'avancement — Le comité d'appel n'a pas compétence lorsqu'il n'y a pas nomination.

**Petit c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.)..... 505**

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant qu'il soit statué sur une demande d'autorisation de demander le contrôle judiciaire d'une décision portant qu'il n'existait pas de considérations humanitaires

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

eral Court Act, s.18.2 — Within jurisdiction under, s. 18.2 to grant stay of removal order in context of judicial review proceeding to preserve *status quo* — Divergence of opinion in T.D. requiring resolution by F.C.A.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Interview to determine *bona fides* of applicant's marriage to Canadian citizen held on eve of deportation despite applicant's requests to determine matter earlier — No opportunity to challenge decision — Reasons for decision on *bona fides* not communicated to applicant — Arguable case, balance of convenience favouring applicant, irreparable harm to applicant as respondent largely responsible for unfair situation, even though no threat of physical harm in Trinidad.

### Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council) (T.D.) 391

Access to information — Application to review refusal, pursuant to Access to Information Act, ss. 35, 16(1)(c), to disclose communications between PCO and Information Commissioner concerning earlier complaints — Neither s. 35 nor s. 16(1)(c) valid basis for refusal to disclose herein — S. 35 applies “in the course of an investigation or complaint”, not after conclusion of Commissioner's investigation — Meaning of “representations” in s. 35 — S. 16(1)(c) not justifying confidentiality of investigative process of Information Commissioner, but confidentiality relating to records arising in individual cases.

### Vatanabadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) ..... 492

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Iranian applicant granted refugee status, international travel documents by Sweden — Now claiming Convention refugee status against Iran and Sweden — Adjudicator and Refugee Division member holding not within s. 46.01(1)(a), eligible to have claim decided by Refugee Division — Upon realizing overlooking s. 46.01(2), deciding to “revisit” eligibility question, conduct inquiry into credible basis of claim against Sweden — Not *functus officio* — No final “decision”, merely “determination”.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

suffisantes pour que le droit d'établissement puisse être revendiqué au Canada — Objet de l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale — L'art. 18.2 est attributif de compétence pour accorder, aux fins de maintenir le statu quo, le sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi dans le contexte d'une procédure de contrôle judiciaire — La divergence d'opinions au niveau de la Section de première instance nécessite que la Cour d'appel fédérale tranche.

Citoyenneté et immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — L'entrevue visant à déterminer si le mariage de la requérante avec un citoyen canadien avait été contracté de bonne foi n'a eu lieu qu'à la veille de l'expulsion, bien que la requérante ait demandé plusieurs fois qu'une décision soit rendue antérieurement — Aucune possibilité de contester la décision — Les motifs de la décision sur la question de la bonne foi n'ont pas été communiqués à la requérante — Un argument soutenable a été présenté, la prépondérance des inconvénients joue en faveur de la requérante et celle-ci subira un préjudice irréparable, et ce même s'il n'existe pour elle aucune menace de préjudice physique à la Trinité, car c'est surtout à l'intimé qu'est imputable l'injustice de la situation.

### Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé) (1<sup>re</sup> inst.) 391

Accès à l'information — Demande de révision du refus, fondé sur les art. 35, 16(1)c) de la Loi sur l'accès à l'information, de divulguer les communications échangées entre le BCP et le Commissaire à l'information concernant des plaintes antérieures — Ni l'art. 35 ni l'art. 16(1)c) ne constituent des motifs valables du refus de communication en l'espèce — L'art. 35 s'applique «au cours de l'enquête [menée sur la plainte]» et non après la conclusion de l'enquête du Commissaire — Sens du terme «observations» figurant à l'art. 35 — L'art. 16(1)c) justifie non pas la confidentialité à l'égard du processus d'enquête du Commissaire à l'information mais la confidentialité qui se rapporte aux documents relatifs à des cas particuliers.

### Vatanabadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) ..... 492

Citoyenneté et immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Le requérant, citoyen iranien, s'était vu reconnaître le statut de réfugié et délivrer un titre de voyage international en Suède — Il revendique maintenant le statut de réfugié au sens de la Convention vis-à-vis de l'Iran et de la Suède — L'arbitre et le membre de la section du statut avaient conclu qu'il ne tombait pas sous le coup de l'art. 46.01(1)(a) et que sa revendication était recevable par la section du statut — S'étant aperçus qu'ils n'avaient pas fait attention à l'art. 46.01(2), ils ont décidé de revenir sur la question de la recevabilité et de prononcer sur le minimum de fondement de la revendication vis-à-vis de la Suède — Il n'y a pas eu dessaisissement — Il n'y a pas eu «décision» définitive, juste des «conclusions».

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Judicial review — Adjudicator and Refugee Division member determining applicant eligible to have claim dealt with by Refugee Division — Revisiting eligibility question when realizing error in overlooking statutory provision — Whether *functus officio* — Applicant's argument positing division of inquiry into separate, watertight compartments consecutive in time one to the other — Approach not that mandated by S.C.C. as to *functus officio* in case of administrative tribunals — Policy favouring finality of proceedings — *Functus officio* principle to be given flexible application to tribunals whose decisions appealable on point of law only.

## SOMMAIRE (Fin)

Contrôle judiciaire — L'arbitre et le membre de la section du statut avaient conclu que la revendication du requérant était recevable par la section du statut — Ils sont revenus sur la question de la recevabilité, s'étant aperçus qu'ils n'avaient pas fait attention à une disposition de la Loi — Il échet d'examiner s'il y a eu dessaisissement — L'argument du requérant pose en principe la division de l'enquête en deux procédures hermétiquement compartimentées qui se suivent l'une l'autre — Cette manière de voir n'est pas conforme à l'approche prescrite par la Cour suprême du Canada pour ce qui est de la règle du dessaisissement des tribunaux administratifs — Considérations de principe favorisant l'irrévocabilité des procédures — L'application du principe du dessaisissement doit être plus souple vis-à-vis des tribunaux administratifs dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit.



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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1993, Vol. 2, Part 3**

**1993, Vol. 2, 3<sup>e</sup> fascicule**



T-2417-91

**IN THE MATTER OF** Parts VI and VII of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, as amended;

**IN THE MATTER OF** a complaint, dated August 8, 1990, made to the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission by John Ross Colvin in respect of alleged conduct of Norman Inkster, the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police;

**IN THE MATTER OF** a complaint, dated August 13, 1990, made to the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission by John Ross Colvin in respect of alleged conduct of Henry Jensen, a former Deputy Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police;

**AND IN THE MATTER OF** an application by way of special case stated for opinion of the Federal Court, Trial Division pursuant to paragraph 17(3)(b) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

*INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF THE ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (RE) (T.D.)*

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, April 13, 1992 and February 23, 1993.

*RCMP — Complaint concerning conduct of RCMP Commissioner within jurisdiction of RCMP Public Complaints Commission — Not excluding commissioner's conduct consistent with case law on evolving principles of accountability under rule of law — Not within jurisdiction of Commission to consider complaint concerning conduct of Deputy Commissioner who retired before initiation of complaint — Within jurisdiction of Commission to consider complaint concerning conduct of person who retires or ceases to be appointed under Act after initiation of complaint but before resolution.*

In August 1990, a member of the public filed complaints with the RCMP Public Complaints Commission pursuant to Part VII of the *Royal Canadian Mounted Police Act* concerning the alleged conduct of Norman Inkster, the Commissioner of the RCMP, and of Henry Jensen, former Deputy Commissioner of the RCMP (who had retired in December 1989), with respect to the investigation and laying of charges in connection with the premature disclosure of highlights of the Federal Budget in April, 1989. The Commissioner and Deputy Com-

T-2417-91

**AFFAIRE INTÉRESSANT** les parties VI et VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, modifiée;

<sup>a</sup> **ET** une plainte, datée du 8 août 1990, déposée par John Ross Colvin auprès de la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada, concernant la conduite alléguée de Norman Inkster, commissaire de la Gendarmerie royale du Canada;

<sup>c</sup> **ET** une plainte, datée du 13 août 1990, déposée par John Ross Colvin auprès de la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada, concernant la conduite alléguée de Henry Jensen, ex-sous-commissaire de la Gendarmerie royale du Canada;

<sup>d</sup> **ET** une demande par voie de mémoire spécial visant à obtenir l'opinion de la Section de première instance de la Cour fédérale, en application de l'alinéa 17(3)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

*RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (RE) (1<sup>re</sup> INST.)*

<sup>f</sup> Section de première instance, juge MacKay—Ottawa, 13 avril 1992 et 23 février 1993.

<sup>g</sup> *GRC — La Commission des plaintes du public contre la GRC est compétente pour connaître de la plainte concernant la conduite du commissaire de la GRC — Ne pas exclure la conduite du commissaire est conforme à la jurisprudence sur l'évolution, fondée sur la primauté du droit, des principes en matière de responsabilité — La Commission n'est pas compétente pour connaître de la plainte concernant la conduite du sous-commissaire qui a pris sa retraite avant le dépôt de la plainte — La Commission est compétente pour connaître de la plainte concernant la conduite de toute personne qui a pris sa retraite ou qui a cessé d'être une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi, après le dépôt de la plainte mais avant son règlement.*

<sup>i</sup> En août 1990, un membre du public a déposé des plaintes auprès de la Commission des plaintes du public contre la GRC en application de la partie VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, concernant la conduite alléguée de Norman Inkster, commissaire de la GRC et de Henry Jensen, ex-sous-commissaire de la GRC (qui avait démissionné en décembre 1989), au sujet de l'enquête menée et des accusations portées relativement à la divulgation prématurée des points principaux du budget fédéral en avril 1989. Selon les allégations, le com-

missionner were alleged to have permitted subordinate officers of the RCMP to lay charges against Douglas Small and two other men when they knew or ought to have known that there was no basis for the charges. The charges were in fact later stayed by the Trial Judge on the ground that continuing the prosecution would be an abuse of process. The complainant alleged that the three men were subjected unnecessarily, without reasonable and probable cause, to embarrassment, inconvenience and great expense.

The Commissioner argued that Part VII of the Act did not grant the Commission jurisdiction to deal with complaints concerning the Commissioner's conduct. The former Deputy Commissioner argued that Part VII did not grant the Commission jurisdiction to deal with the complaint against him since, at the time of the initiation of the complaints, he had ceased to be a "member" of the RCMP.

This was a special case stated for the opinion of the Federal Court, Trial Division pursuant to paragraph 17(3)(b) of the *Federal Court Act*. The Court was asked (1) whether the Commission, in connection with Parts VI and VII of the RCMP Act, had jurisdiction to entertain the Inkster complaint, having regard to the fact that he was Commissioner of the RCMP; (2) whether the Commission, in connection with Parts VI and VII of the RCMP Act and having regard to the Jensen complaint, had jurisdiction to entertain complaints concerning alleged conduct of a member of the RCMP or other person appointed or employed under the authority of the Act who (i) had retired or ceased to be appointed or employed under the authority of the Act prior to the initiation of the complaint; or (ii) had retired or ceased to be appointed or employed under the authority of the Act after the initiation of the complaint but prior to its resolution.

*Held*, questions (1) and (2)(ii) should be answered in the affirmative and question (2)(i), in the negative.

The preliminary query as to whether notice ought to be given to provincial attorneys general in accordance with section 57 of the *Federal Court Act* was answered in the negative. The Court was asked to construe the RCMP Act in a manner consistent with the Charter, and there was no direct request for the Court to rule on the validity, applicability or operability, in a constitutional sense, of the Act.

#### The Inkster complaint

The question was whether the Commissioner was included in the words "any member or other person appointed or employed under the authority of this Act" within subsection 45.43(1), in view of the special role of the Commissioner both in regard to the process for dealing with complaints (reception, investigation and final decision taken with respect to any complaint) and in regard to his other special duties under the Act (management, disciplinary process, discharge and demotion). A complaint against a member includes a complaint about the Commissioner within the meaning of "any member" unless the context and the statute as a whole clearly require otherwise.

missaire et le sous-commissaire auraient autorisé des agents subordonnés de la Gendarmerie à inculper Douglas Small et deux autres hommes bien qu'ils aient su (ou auraient dû savoir) que les accusations étaient sans fondement. Or, le juge du procès a suspendu les accusations, parce que la poursuite du procès aurait constitué un abus de procédure. D'après le plaignant, les trois hommes ont été inutilement, sans motif raisonnable et probable, mis dans l'embarras, dérangés et obligés de faire beaucoup de frais.

Le commissaire a soutenu que la partie VII de la Loi n'attribuait pas à la Commission la compétence pour statuer sur les plaintes concernant sa conduite. L'ex-sous-commissaire Jensen a soutenu que la partie VII n'attribuait pas à la Commission la compétence pour statuer sur la plainte le concernant car, au moment du dépôt de la plainte, il avait cessé d'être «membre» de la GRC.

La Section de première instance de la Cour fédérale était appelée à émettre son opinion sur des questions exposées dans un mémoire, en application de l'alinéa 17(3)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Cour devait décider (1) si la Commission était compétente, relativement aux parties VI et VII de la Loi sur la GRC, pour connaître de la plainte concernant Inkster, eu égard au fait qu'il était commissaire de la GRC; (2) si la Commission était compétente, relativement aux parties VI et VII de la Loi et eu égard à la plainte concernant Jensen, pour connaître des plaintes touchant la conduite alléguée d'un membre de la GRC ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la Loi qui (i) avait pris sa retraite ou avait cessé d'être une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi, avant le dépôt de la plainte, ou qui (ii) avait pris sa retraite ou avait cessé d'être une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi, après le dépôt de la plainte mais avant son règlement.

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

La Cour a répondu par la négative à la question préliminaire, savoir s'il convenait de donner un avis aux procureurs généraux des provinces en conformité avec l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*. On a demandé à la Cour d'interpréter la Loi sur la GRC d'une manière compatible avec la Charte; on ne lui a pas demandé directement de statuer sur la validité, l'applicabilité ou le caractère opérant de la Loi, du point de vue constitutionnel.

#### La plainte concernant Inkster

Il s'agissait de décider si le commissaire était visé par les mots «un membre ou ... toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la Loi», employés au paragraphe 45.43(1), étant donné le rôle spécial du commissaire relativement à la procédure de règlement des plaintes (son rôle relativement à toute plainte déposée, à l'enquête sur celle-ci et à son règlement définitif) et relativement aux autres fonctions particulières que la Loi lui attribue (gestion, discipline, renvoi et rétrogradation). Une plainte concernant un membre inclut une plainte concernant le commissaire à titre de «membre», sauf si le contexte et la Loi dans son ensemble exigent claire-



The context and the statute do not so require. Neither the Commissioner's other duties under the Act nor his duties in relation to the public complaints process require, or lead to the implication that Parliament intended, his exclusion from the words "any member" used in relation to public complaints.

The Commissioner has the same obligations to meet the standards established for the conduct of "every member" under section 37 of the Act, including the responsibility "to respect the rights of all persons . . . to maintain the integrity of the law, law enforcement and the administration of justice . . . to ensure that any improper or unlawful conduct of any member is not concealed or permitted to continue; to be incorruptible, never accepting or seeking special privilege in the performance of . . . duties". Since the Commission was created to consider public complaints against the conduct of members of the Force for having, in effect, violated those standards, it would be for Parliament to exclude, expressly or in a manner not open to doubt, the conduct of the Commissioner or any other member of the Force from scrutiny by the Commission. To exclude the Commissioner would seriously undermine public confidence in the process of the Commission and in the RCMP itself. Furthermore, inclusion of the Commissioner's conduct within the authority of the Commission to investigate is consistent with the evolving principles of accountability under the rule of law demonstrated by recent judicial decisions, particularly of the Supreme Court of Canada.

#### The Jensen complaint

The complaint against Jensen raised two questions of jurisdiction: cases of retirement before initiation of the complaint and cases of retirement after initiation of the complaint but before its resolution. The former Deputy Commissioner had retired from the Force before the initiation of the complaint.

The questions here raised for determination the issue of when the status of membership in the Force, or employment under the Act, is essential for purposes of the public complaint process.

In *Maurice v. Priel*, the Supreme Court of Canada established the principle that jurisdiction of a special statutory tribunal in relation to discipline matters, concerning alleged misconduct of a member of a group subject to the tribunal's jurisdiction, requires membership in the group not only when the alleged misconduct is said to have occurred but also at the time the complaint is initiated.

Part VII requires that the conduct be related to the performance of duties or functions under the Act, which implicitly requires that the person whose conduct is the subject of complaint be acting under the authority of the Act, and that at the time the complaint is initiated the person whose conduct is the

ment un sens différent. Le contexte et la Loi ne l'exigent pas. Les autres fonctions particulières que la Loi lui attribue et son rôle au regard de la procédure de règlement des plaintes du public n'exigent pas que le commissaire soit exclu du champ d'application des mots «un membre» employés relativement aux plaintes du public, ni ne permettent d'inférer que le législateur avait l'intention de l'en exclure.

Le commissaire a les mêmes obligations que «chaque membre» pour ce qui est de respecter les normes établies à l'article 37 de la Loi à l'égard de sa conduite, dont celle «de respecter les droits de toutes personnes . . . de maintenir l'intégrité du droit et de son application ainsi que de l'administration de la justice . . . de veiller à ce que l'inconduite des membres ne soit pas cachée ou ne se répète pas . . . d'être incorruptible, de ne pas rechercher ni accepter des avantages particuliers dans l'exercice de ses fonctions». Puisque le but pour lequel la Commission a été créée est d'examiner les plaintes du public contre la conduite des membres de la Gendarmerie qui n'auraient pas respecté ces normes, c'est au législateur qu'il appartient de soustraire, expressément ou d'une manière qui ne laisse planer aucun doute, la conduite du commissaire ou de tout autre membre de la Gendarmerie au pouvoir de la Commission d'enquêter sur une plainte. Exclure la conduite du commissaire minerait sérieusement la confiance du public dans la procédure suivie par la Commission et dans la GRC elle-même. Interpréter le pouvoir d'enquêter de la Commission comme s'étendant à la conduite du commissaire est conforme à l'évolution, fondée sur la primauté du droit, des principes en matière de responsabilité, telle qu'elle se dégage de la jurisprudence récente, en particulier des arrêts de la Cour suprême du Canada.

#### La plainte concernant Jensen

La plainte contre Jensen soulevait deux questions de compétence: au regard des personnes qui prennent leur retraite avant le dépôt de la plainte et au regard de celles qui prennent leur retraite après le dépôt de la plainte mais avant son règlement. L'ex-sous-commissaire Jensen avait pris sa retraite de la GRC avant le dépôt de la plainte.

Les questions posées en l'espèce obligeaient la Cour à décider à quel moment le statut de membre de la Gendarmerie ou d'employé de la GRC sous le régime de la Loi est essentiel au regard des objectifs de la procédure de règlement des plaintes du public.

Dans l'arrêt *Maurice c. Priel*, la Cour suprême du Canada a établi le principe que la compétence d'attribution d'un tribunal spécialisé, en matière disciplinaire, en ce qui a trait à l'inconduite alléguée d'un membre d'un groupe relevant de la compétence du tribunal, exige que cette personne soit un membre non seulement au moment où l'inconduite alléguée se serait produite, mais encore au moment où la plainte a été déposée.

La partie VII exige que la conduite se rattache à l'exercice de fonctions prévues à la Loi, ce qui exige implicitement que la personne dont la conduite fait l'objet de la plainte ait agi en vertu de la Loi et qu'au moment où la plainte est déposée, la personne dont la conduite fait l'objet de la plainte soit un

subject of complaint be a member or a person appointed or employed under the Act. A complaint about the conduct of a person who has retired or ceased to be a member of the RCMP prior to the initiation of the complaint is therefore excluded from the authority of the Commission to investigate, and from the public complaint process generally.

Finally, the jurisdiction of the Commission to deal with a complaint does not terminate by subsequent retirement or cessation of employment of the person whose conduct has given rise to the complaint. This finding is consistent with the result in *Samuels v. Council of College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1966), 57 W.W.R. 385 (Sask. Q.B.) where it was found that the College did not lose jurisdiction to hear allegations of professional misconduct against a doctor who, after preliminary inquiries and initial hearings on the allegations, did not pay his annual fees and under the statute was required to be struck off the register of the College.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 11(f), 15.

*Commissioner's Standing Orders (Public Complaints)*, SOR/88-522.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17(3)(b), 57 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 19).

*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11.

*Judges Act*, R.S.C. 1970, c. J-1.

*National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 55(1),(2).

*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, Parts VI, VII (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), ss. 2 (as am. *idem*, s. 1), 5 (as am. *idem*, s. 2), 12.1 (as enacted *idem*, s. 7), 21 (as am. *idem*, s. 12), 24.1 (as enacted *idem*, s. 15), 37 (as am. *idem*), 42(6) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 66), 45.14 to 45.46 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.16, 45.24, 45.26, 45.28, 45.35, 45.36, 45.37, 45.38, 45.39, 45.40, 45.41, 45.43, 45.45, 45.46.

*Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-36, s. 19.

*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, R. 32 (as am. by SOR/91-347, s. 17).

*The Legal Profession Act*, R.S.S. 1978, c. L-10.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re)*, [1991] 1 F.C. 529; (1990), 34 F.T.R. 1; 123 N.R. 120 (C.A.); *Maurice v. Priel*, [1989] 1 S.C.R. 1023; (1989), 58 D.L.R. (4th) 736; [1989] 3 W.W.R. 673; 77 Sask. R. 22; 36 Admin. L.R. 169; 96 N.R. 178; affg (1987), 46 D.L.R. (4th) 416; [1988] 1 W.W.R. 491; 60 Sask. R. 241 (C.A.);

membre ou une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi. En conséquence, une plainte concernant la conduite d'une personne qui a pris sa retraite ou qui a cessé d'être membre de la GRC avant le dépôt de la plainte est soustraite au pouvoir d'enquêter de la Commission et à la procédure de règlement des plaintes du public dans l'ensemble.

En dernier lieu, la retraite ou la cessation d'emploi de la personne dont la conduite fait l'objet de la plainte ne met pas fin à la compétence de la Commission pour connaître de la plainte. Cette conclusion est compatible avec le résultat de l'affaire *Samuels v. Council of College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1966), 57 W.W.R. 385 (B.R. Sask.), dans laquelle la Cour a décidé que le College of Physicians and Surgeons de la province était compétent pour entendre des allégations de faute professionnelle contre un médecin qui, après les enquêtes préliminaires et les audiences initiales, n'avait pas versé sa cotisation annuelle et aurait donc dû en vertu de la Loi, être radié du tableau de l'ordre.

#### 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*, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 11(f), 15.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(3)(b), 57 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).

*Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, ch. N-4, art. 55(1),(2).

*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, parties VI, VII (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16), art. 2 (mod., *idem*, art. 1), 5 (mod., *idem*, art. 2), 12.1 (édicte, *idem*, art. 7), 21 (mod., *idem*, art. 12), 24.1 (édicte, *idem*, art. 15), 37 (mod., *idem*), 42(6) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 66), 45.14 à 45.46 (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16), 45.16, 45.24, 45.26, 45.28, 45.35, 45.36, 45.37, 45.38, 45.39, 45.40, 45.41, 45.43, 45.45, 45.46.

*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11.

*Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, ch. J-1.

*Ordres permanents du Commissaire (plaintes du public)*, DORS/88-522.

*Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-36, art. 19.

*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, Règle 32 (mod. par DORS/91-347, art. 17).

*The Legal Profession Act*, R.S.S. 1978, ch. L-10.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re)*, [1991] 1 C.F. 529; (1990), 34 F.T.R. 1; 123 N.R. 120 (C.A.); *Maurice c. Priel*, [1989] 1 R.C.S. 1023; (1989), 58 D.L.R. (4th) 736; [1989] 3 W.W.R. 673; 77 Sask. R. 22; 36 Admin. L.R. 169; 96 N.R. 178; conf. (1987), 46 D.L.R. (4th) 416; [1988] 1 W.W.R. 491; 60 Sask. R. 241

*Samuels v. Council of College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1966), 57 W.W.R. 385 (Sask. Q.B.).

## CONSIDERED:

*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686; (1982), 141 D.L.R. (3d) 395; 68 C.P.R. (2d) 145; 44 N.R. 571; *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; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; (1989), 60 D.L.R. (4th) 609; 41 Admin. L.R. 1; 37 C.P.C. (2d) 1; 71 C.R. (3d) 358; 42 C.R.R. 1; 98 N.R. 321; 35 O.A.C. 161; *Rutherford v. The Queen* (1983), 4 C.M.A.R. 262; 26 C.R.R. 255 (C.M.A.C.).

## REFERRED TO:

*Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 1110; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

SPECIAL STATED CASE to determine (1) whether the RCMP Public Complaints Commission had jurisdiction to entertain a complaint about the conduct of the Commissioner of the RCMP; and (2) whether the Commission had jurisdiction to entertain a complaint about the conduct of a person who (i) had retired or ceased to be appointed or employed under the RCMP Act before the initiation of the complaint or who (ii) had retired or ceased to be appointed or employed under the RCMP Act after the initiation of the complaint but before its resolution. Questions (1) and (2)(ii) should be answered in the affirmative; question (2)(i) should be answered in the negative.

## COUNSEL:

*E. A. Cronk* and *James C. MacPherson* for Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission.

*Brian A. Crane* for Attorney General of Canada.

*Leslie A. Vandor* for Henry Jensen.

(C.A.); *Samuels v. Council of College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1966), 57 W.W.R. 385 (B.R. Sask.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686; (1982), 141 D.L.R. (3d) 395; 68 C.P.R. (2d) 145; 44 N.R. 571; *Operation Dismantle 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; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; (1989), 60 D.L.R. (4th) 609; 41 Admin. L.R. 1; 37 C.P.C. (2d) 1; 71 C.R. (3d) 358; 42 C.R.R. 1; 98 N.R. 321; 35 O.A.C. 161; *Rutherford c. La Reine* (1983), 4 C.M.A.R. 262; 26 C.R.R. 255 (T.A.C.M.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1989] 2 R.C.S. 1110; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

MÉMOIRE SPÉCIAL visant à déterminer si, premièrement, la Commission des plaintes du public contre la GRC était compétente pour connaître de la plainte concernant le commissaire de la GRC; deuxièmement, si la Commission était compétente pour connaître de la plainte concernant la conduite de toute personne qui (i) avait pris sa retraite ou avait cessé d'être une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi sur la GRC, avant le dépôt de la plainte, ou qui (ii) avait pris sa retraite ou avait cessé d'être une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi sur la GRC, après le dépôt de la plainte mais avant son règlement. Il y a lieu de répondre aux questions (1) et (2)(ii) par l'affirmative, et à la question 2(i) par la négative.

## AVOCATS:

*E. A. Cronk* et *James C. Macpherson* pour la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada.

*Brian A. Crane* pour le procureur général du Canada.

*Leslie A. Vandor* pour Henry Jensen.

## SOLICITORS:

*Fasken, Campbell, Godfrey*, Toronto, and *Osgoode Hall Law School*, North York, Ontario, for Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission.

*Deputy Attorney General of Canada* for Attorney General of Canada.

*McMaster Meighen*, Ottawa, for Henry Jensen.

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

MAC KAY J.:

Introduction

This is a special case stated for the opinion of the Federal Court, Trial Division, pursuant to paragraph 17(3)(b) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 as amended. The case is stated by agreement between the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (the "Commission") and the Attorney General of Canada. It raises certain questions set out below concerning the jurisdiction of the Commission to entertain complaints concerning alleged conduct of the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (the "RCMP") and concerning the alleged conduct of a member of the RCMP or other person appointed under the authority of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10 as amended,\* who has ceased to be a member of the Force or employed under the Act.

Agreed Statement of Facts

The following is the agreed statement of facts submitted to the Court in this case:

WHEREAS questions have arisen regarding the jurisdiction of the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (the "Commission"), established pursuant to the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, as amended by S.C. 1986, c. 11 (the "Act"), to entertain certain complaints received by it;

AND WHEREAS the Commission and the Attorney General of Canada have agreed, pursuant to paragraph 17(3)(b) of

\* Parts VI and VII, as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16.

## PROCUREURS:

*Fasken, Campbell, Godfrey*, Toronto et *Osgoode Hall Law School*, North York (Ontario), pour la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le procureur général du Canada.

*McMaster Meighen*, Ottawa, pour Henry Jensen.

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

LE JUGE MAC KAY:

c Introduction

La Section de première instance de la Cour fédérale est appelée à émettre son opinion sur des questions exposées dans un mémoire, en application de l'alinéa 17(3)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, modifiée. Les questions à trancher ont fait l'objet d'une convention entre la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (la «Commission») et le procureur général du Canada. Ces questions, qui sont exposées plus bas, portent sur la compétence de la Commission pour connaître des plaintes concernant la conduite alléguée du commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (la «GRC») et la conduite alléguée d'un membre de la GRC ou d'une autre personne nommée sous le régime de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, modifiée\*, qui a cessé d'être membre de la Gendarmerie ou d'être employée sous le régime de la Loi.

Exposé conjoint des faits

Voici l'exposé conjoint des faits soumis à la Cour:

[TRADUCTION] ATTENDU que des questions ont été soulevées au sujet de la compétence de la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (la «Commission»), constituée conformément à la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, modifiée par L.C. 1986, ch. 11 (la «Loi»), pour connaître de certaines plaintes qu'elle a reçues;

ET ATTENDU que la Commission et le procureur général du Canada sont convenus, en conformité avec l'alinéa 17(3)b)

\* Parties VI et VII, édictées par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16.

the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 (the "*Federal Court Act*"), to state the questions regarding the jurisdiction of the Commission for opinion of the Federal Court, Trial Division;

#### A. BACKGROUND TO THE COMPLAINTS

1. Part VI of the *Act* establishes the Commission. Part VI was proclaimed into force on December 18, 1986.

2. Part VII of the *Act*, proclaimed into force on September 30, 1988, authorizes the Commission to entertain complaints made by members of the public concerning the conduct, in the performance of any duty or function under the *Act*, of any member of the Royal Canadian Mounted Police (the "RCMP") or other person appointed or employed under the authority of the *Act*.

3. One of the methods under Part VII of the *Act* by which the Commission may become involved with such complaints is by a member of the public making a complaint directly to the Commission pursuant to subsection 45.35(1) of the *Act*.

4. On August 8, 1990, John Ross Colvin of Ottawa, as a member of the public, filed a complaint with the Commission pursuant to subsection 45.35(1) of Part VII of the *Act* in respect of alleged conduct of Norman Inkster, the Commissioner of the RCMP. The text of this complaint is attached as Schedule "A" (the "Inkster Complaint").

5. On August 13, 1990, Mr. Colvin filed a second complaint with the Commission pursuant to subsection 45.35(1) of Part VII of the *Act* in respect of alleged conduct of Henry Jensen, a former Deputy Commissioner of the RCMP. The text of this complaint is attached as Schedule "B" (the "Jensen Complaint").

6. The Inkster and Jensen Complaints arose out of the investigation and laying of charges in connection with the premature disclosure of highlights of the Federal Budget in April, 1989.

7. Following the disclosure of highlights of the Budget, the RCMP began an intensive criminal investigation. Charges were laid by the Attorney General of Ontario on May 29, 1989 against Douglas Small, John Appleby and Normand Belisle. Charges were also laid on May 29, 1989 against Brian McCuaig and Johan Mares.

8. In a decision dated July 16, 1990 in *R. v. Appleby, Belisle and Small* (1990), 78 C.R. (3d) 282 (Ont. Prov. Ct.), His Honour Judge Fontana granted a defence motion to stay all the charges against these accused on the ground that continuing the prosecution would be an abuse of process.

9. In a decision dated October 18, 1989 in *R. v. McCuaig*, His Honour Judge Nadelle convicted Brian McCuaig of possession of property having a value of less than \$1,000.00 obtained by the commission of an indictable offence. Judge Nadelle subsequently imposed a fine of \$500.00. The charges against Johan Mares were withdrawn.

de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, (la «*Loi sur la Cour fédérale*»), de formuler les questions relatives à la compétence de la Commission sur lesquelles l'opinion de la Section de première instance de la Cour fédérale est sollicitée;

#### <sup>a</sup> A. CONTEXTE DES PLAINTES

1. La Commission est constituée par la Partie VI de la *Loi*. La Partie VI a été proclamée en vigueur le 18 décembre 1986.

<sup>b</sup> 2. La Partie VII de la *Loi*, proclamée en vigueur le 30 septembre 1988, autorise la Commission à connaître des plaintes déposées par des membres du public concernant la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la *Loi*, d'un membre de la Gendarmerie royale du Canada (la «GRC») ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la *Loi*.

<sup>c</sup> 3. La Commission peut être saisie de telles plaintes en vertu de la Partie VII de la *Loi* entre autres quand un membre du public dépose une plainte directement auprès de la Commission, en conformité avec le paragraphe 45.35(1) de la *Loi*.

<sup>d</sup> 4. Le 8 août 1990, John Ross Colvin d'Ottawa, membre du public, a déposé une plainte auprès de la Commission en application du paragraphe 45.35(1) de la Partie VII de la *Loi*, concernant la conduite alléguée de Norman Inkster, commissaire de la GRC. Le texte de cette plainte forme l'annexe «A» des présentes (la «plainte concernant Inkster»).

<sup>e</sup> 5. Le 13 août 1990, M. Colvin a déposé une seconde plainte auprès de la Commission, en application du paragraphe 45.35(1) de la Partie VII de la *Loi*, concernant la conduite alléguée de Henry Jensen, ex-sous-commissaire de la GRC. Le texte de cette plainte forme l'annexe «B» des présentes (la «plainte concernant Jensen»).

<sup>f</sup> 6. Les plaintes concernant Inkster et Jensen découlent de l'enquête menée et des accusations portées relativement à la divulgation prématurée des points principaux du budget d'avril 1989.

<sup>g</sup> 7. Après que les points principaux du budget eurent été divulgués, la GRC a commencé une enquête intensive. Des accusations ont été portées par le procureur général de l'Ontario le 29 mai 1989 contre Douglas Small, John Appleby et Normand Belisle. D'autres l'ont également été contre Brian McCuaig et Johan Mares, le 29 mai 1989.

<sup>h</sup> 8. Le 16 juillet 1990, dans l'affaire *R. v. Appleby, Belisle and Small* (1990), 78 C.R. (3d) 282 (C.P. Ont.), le juge Fontana de la Cour provinciale de l'Ontario a fait droit à une requête de la défense, suspendant toutes les accusations contre les accusés parce que la poursuite du procès constituerait un abus de procédure.

<sup>i</sup> 9. Le 18 octobre 1989, dans l'affaire *R. v. McCuaig*, le juge Nadelle a déclaré Brian McCuaig coupable d'avoir eu en sa possession un bien d'une valeur inférieure à 1 000 \$ qui avait été obtenu par la perpétration d'un acte criminel. Le juge Nadelle lui a imposé une amende de 500 \$. Les accusations contre Johan Mares ont été retirées.

10. Mr. Colvin, in the Inkster Complaint, alleged that:

In May, 1989, Mr. Inkster permitted subordinate officers of the Force to charge Small although he knew (or ought to have known) that no crime had been committed. He knew this because Staff Sergeant Richard Jordan and later Inspector Jean-Pierre Witty, both of the RCMP, told him that there was no basis for the charges. Judge Fontana's decision in July, 1990, supported their action and the judge called the laying of charges vexatious and an abuse of process.

As a result of these charges, all three men were subjected unnecessarily, without reasonable and probable cause, to embarrassment, inconvenience and great expense. Because of Mr. Inkster's improper conduct, prudent Canadians may (and will) say to themselves: "There but for the grace of God, go I". No law-abiding citizen of Canada ought to be subject to this form of harassment.

11. In the Jensen Complaint, Mr. Colvin alleged that:

In May of 1989, Henry Jensen, Deputy Commissioner in charge of Operations, RCMP, Ottawa permitted subordinate officers of the force to charge Mr. Douglas Small, and two other men with a criminal offence, although he knew or ought to have known that no crime had been committed.

Mr. Jensen knew or ought to have known that no crime had been committed because Staff Sergeant Rick Jordan and later Inspector Jean-Pierre Witty, both of the RCMP, told him that there was no basis for the charges. Eventually, His Honour Judge James A. Fontana described the laying of the charges as vexatious and an abuse of due process.

Given these circumstances, Deputy Commissioner Henry Jensen's conduct was improper.

12. Part VII of the *Act* provides for the investigation by the RCMP of complaints received by the Commission from members of the public concerning the conduct, in the performance of any duty or function under the *Act*, of any member of the RCMP or other person appointed or employed under the authority of the *Act*. However, subsection 45.43(1) of the *Act* authorizes the Chairman of the Commission to investigate a complaint where the Chairman considers it advisable in the public interest to do so.

13. The Chairman of the Commission formed the opinion that the public might consider that an internal investigation by the RCMP of its own two most senior members would not be impartial, based on the nature of the Complaints and the highly public character of the events giving rise to the Complaints. As a result, the Chairman of the Commission informed the Commissioner of the RCMP, pursuant to subsection 45.43(1) of the *Act*, that the Chairman would investigate the Inkster and Jensen Complaints.

14. On March 25, 1991 the Commission Chairman released a report concerning the status of the Commission's investigation of the Inkster and Jensen Complaints. A copy of that report is attached as Schedule "C" (the "Chairman's Status Report").

10. Dans la plainte concernant Inkster, M. Colvin a allégué ce qui suit:

En mai 1989, M. Inkster a autorisé des agents subordonnés de la Gendarmerie à inculper Small bien qu'il ait su (ou aurait dû savoir) qu'aucun crime n'avait été commis. Il le savait parce que le sergent d'état-major Richard Jordan et, plus tard, l'inspecteur Jean-Pierre Witty, deux gendarmes, lui avaient dit qu'il n'y avait pas lieu de porter d'accusation. Dans sa décision rendue en juillet 1990, le juge Fontana leur a donné raison et a estimé que leur inculpation était vexatoire et constituait un abus de procédure.

Par suite de ces accusations, les trois hommes ont été inutilement, sans motif raisonnable et probable, mis dans l'embarras, dérangés et obligés de faire beaucoup de frais. À cause de l'inconduite de M. Inkster, les Canadiens prudents peuvent (et vont) se dire: «Je ne m'y hasarderais sous aucun prétexte.» Aucun citoyen canadien respectueux des lois ne doit être soumis à cette forme de harcèlement.

11. Dans la plainte concernant Jensen, M. Colvin a allégué ce qui suit:

En mai 1989, Henry Jensen, ex-sous-commissaire aux opérations, GRC, Ottawa, a autorisé des agents subordonnés de la Gendarmerie à inculper M. Douglas Small et deux autres hommes d'une infraction criminelle, bien qu'il ait su (ou aurait dû savoir) qu'aucun crime n'avait été commis.

M. Jensen savait ou aurait dû savoir qu'aucun crime n'avait été commis parce que le sergent d'état-major Rick Jordan et, plus tard, l'inspecteur Jean-Pierre Witty, deux gendarmes, lui avaient dit qu'il n'y avait pas lieu de porter d'accusation. Par la suite, le juge Fontana a estimé que leur inculpation était vexatoire et constituait un abus de procédure.

Étant donné ces circonstances, le sous-commissaire Henry Jensen pouvait se voir reprocher son inconduite.

12. La partie VII de la *Loi* porte que la GRC enquête sur les plaintes déposées auprès de la Commission par tout membre du public, concernant la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la *Loi*, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la *Loi*. Toutefois, le paragraphe 45.43(1) de la *Loi* habilite le président de la Commission à tenir une enquête sur une plainte, s'il estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte.

13. Le président de la Commission a émis l'avis que le public pourrait juger qu'une enquête interne menée par la GRC sur la conduite de ses deux principaux dirigeants ne serait pas impartiale, vu la nature des plaintes et le caractère hautement public des faits sur lesquels les plaintes étaient fondées. Par conséquent, le président de la Commission a informé le commissaire de la GRC, en conformité avec le paragraphe 45.43(1) de la *Loi*, qu'il enquêterait sur les plaintes concernant Inkster et Jensen.

Le 25 mars 1991, le président de la Commission a publié un rapport sur l'état de l'enquête sur les plaintes concernant Inkster et Jensen. On trouvera à l'annexe «C» des présentes une copie de ce rapport («rapport du président sur l'état de l'enquête»).

B. THE INKSTER COMPLAINT

15. The Chairman of the Commission by letter dated October 19, 1990 requested Mr. Inkster, the Commissioner of the RCMP, to provide the Chairman with information concerning the Commissioner's involvement in the budget disclosure investigations and the laying of the charges.

16. By letter dated December 10, 1990 the Commissioner of the RCMP replied to the Chairman of the Commission. He indicated that he had sought legal advice of the Department of Justice on the application of Part VII of the *Act* to complaints concerning his conduct as Commissioner. His letter stated that it was the view of the Deputy Minister of Justice that Part VII did not grant the Commission jurisdiction to deal with complaints concerning the Commissioner's conduct.

C. THE JENSEN COMPLAINT

17. As noted, the Jensen Complaint was made to the Commission by Mr. Colvin on August 13, 1990. It concerns conduct of Mr. Jensen, in his then capacity as Deputy Commissioner of the RCMP, which conduct allegedly took place shortly after the Budget disclosure in April, 1989. In December 1989, some eight months before the initiation of the Jensen Complaint by Mr. Colvin, Mr. Jensen retired both as a member and as a Deputy Commissioner of the RCMP.

18. By letter dated February 10, 1991 Deputy Commissioner R.G. Moffatt of the RCMP wrote the Chairman of the Commission informing him that the advice of the Department of Justice had been sought with respect to the application of Part VII of the *Act* to the conduct of former Deputy Commissioner Jensen. Mr. Moffatt stated that it was the opinion of the Department of Justice that Part VII did not grant the Commission jurisdiction to deal with the Jensen Complaint since, at the time of initiation of the Complaint, the Deputy Commissioner had ceased to be a "member" of the RCMP.

D. GENERAL

19. The RCMP has thus taken the position, through the correspondence of Commissioner Inkster and Deputy Commissioner Moffatt with the Chairman of the Commission, that the Commission lacks jurisdiction under Part VII of the *Act* to entertain the Inkster and Jensen Complaints. This has prevented the Commission Chairman from obtaining any further information from the RCMP relevant to these Complaints.

20. The Commission Chairman, in the Chairman's Status Report dated March 25, 1991, stated (at page 8) "... I am not in the position to make findings and recommendations on the basis of the information I now have".

21. The important legal issues raised in this case concerning the jurisdiction of the Commission are relevant to complaints other than those made by Mr. Colvin. In particular, a number of complaints have been made under Part VII of the *Act* with respect to RCMP members who retired from, or otherwise

B. PLAINTE CONCERNANT INKSTER

15. Par lettre datée du 19 octobre 1990, le président de la Commission a demandé à M. Inkster, commissaire de la GRC, de lui fournir des renseignements au sujet de sa participation à l'enquête sur la divulgation du budget et aux inculpations.

16. Par lettre datée du 10 décembre 1990, le commissaire de la GRC a répondu au président de la Commission. Il a indiqué qu'il avait consulté les services juridiques du ministère de la Justice au sujet de l'application de la Partie VII de la *Loi* aux plaintes relatives à sa conduite en qualité de commissaire. D'après cette lettre, le sous-ministre de la Justice était d'avis que la Partie VII n'attribuait pas à la Commission la compétence pour statuer sur les plaintes concernant la conduite du commissaire.

C. PLAINTE CONCERNANT JENSEN

17. Comme on l'a dit, la plainte concernant Jensen a été déposée auprès de la Commission par M. Colvin le 13 août 1990. Elle porte sur la conduite de M. Jensen en qualité de sous-commissaire de la GRC, laquelle aurait eu lieu peu après la divulgation du budget en avril 1989. En décembre 1989, quelque huit mois avant le dépôt de la plainte concernant Jensen par M. Colvin, M. Jensen a pris sa retraite tant à titre de membre que de sous-commissaire de la GRC.

18. Par lettre datée du 10 février 1991, R.G. Moffatt, sous-commissaire de la GRC, a informé le président de la Commission que le ministère de la Justice avait été consulté au sujet de l'application de la Partie VII de la *Loi* à la conduite de l'ex-sous-commissaire Jensen. M. Moffatt a dit que, de l'avis du ministère de la Justice, la Partie VII n'attribuait pas à la Commission la compétence pour statuer sur la plainte concernant Jensen car, au moment du dépôt de la plainte, le sous-commissaire avait cessé d'être «membre» de la GRC.

D. FAITS GÉNÉRAUX

19. Il ressort donc de la correspondance entre le commissaire Inkster et le président de la Commission, et entre le sous-commissaire Moffatt et ce dernier, que la GRC soutient que la Commission n'est pas compétente, en vertu de la Partie VII de la *Loi*, pour connaître des plaintes concernant Inkster et Jensen. C'est ce qui a empêché le président de la Commission d'obtenir de la GRC d'autres renseignements pertinents par rapport à ces plaintes.

20. Dans son rapport sur l'état de l'enquête en date du 25 mars 1991, le président de la Commission a dit (à la page 8): «... je ne suis pas en mesure de faire des constatations et des recommandations à partir de l'information dont je dispose.»

21. Les importantes questions de droit soulevées dans la présente espèce, relativement à la compétence de la Commission, sont pertinentes par rapport à d'autres plaintes que celles déposées par M. Colvin. En particulier, nombre de plaintes ont été déposées en application de la Partie VII de la *Loi* concernant

ceased to be a member of, the RCMP after the date of the incidents giving rise to the complaints concerning their conduct.

#### E. FURTHER RECITALS

22. AND WHEREAS it is the Commission Chairman's view that the Commission will be unable to complete its investigation into the Inkster and Jensen Complaints until the issue of the Commission's jurisdiction to entertain such Complaints has been determined;

23. AND WHEREAS it appears to the Commission and the Attorney General of Canada that the question of the Commission's jurisdiction to entertain the Inkster and Jensen Complaints is a question of importance and that it is in the public interest for the jurisdictional issues raised by the Complaints, as set out in the Stated Case, to be resolved;

24. AND WHEREAS the questions set out in the Stated Case are complex ones which raise substantive issues of law;

25. AND WHEREAS, in light of the position taken by the RCMP, as set out in paragraphs 15 and 17 hereof [it is presumed the reference here intended was to paragraphs 16 and 18], a decision by the Commission on the questions set out in the Stated Case likely would be subject to challenge;

26. THE COMMISSION AND THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA hereby agree that the questions set out in the Stated Case should be stated for opinion of the Federal Court, Trial Division, pursuant to paragraph 17(3)(b) of the *Federal Court Act*.

#### Stated case

The case stated for the opinion of this Court is the following.

1. Does the Commission, in connection with Parts VI and VII of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, as amended by S.C. 1986, c. 11 (the "*Act*") have jurisdiction to entertain the Inkster Complaint, as set out in the Agreed Statement of Facts, having regard to the fact that this Complaint concerns alleged conduct of the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (the "RCMP")?

2. Does the Commission, in connection with Parts VI and VII of the *Act* and having regard to the Jensen Complaint, as set out in the Agreed Statement of Facts, have jurisdiction to entertain complaints concerning alleged conduct of a member of the RCMP or other person appointed or employed under the authority of the *Act* who:

(i) retired from, or otherwise ceased to be a member of the RCMP, or ceased to be appointed or employed under the authority of the *Act*, prior to initiation of the complaint; or

(ii) retired from, or otherwise ceased to be a member of, the RCMP, or ceased to be appointed or employed under the authority of the *Act*, after initiation of the complaint but prior to its resolution?

des membres de la GRC qui ont pris leur retraite, ou qui ont cessé d'être membres de la Gendarmerie, après la date des faits générateurs des plaintes concernant leur conduite.

#### E. AUTRES MOTIFS

22. ET ATTENDU que le président de la Commission est d'avis que celle-ci ne sera pas en mesure de terminer son enquête sur les plaintes concernant Inkster et Jensen tant que n'aura pas été tranchée la question touchant la compétence de la Commission pour connaître de ces plaintes;

23. ET ATTENDU qu'il semble à la Commission et au procureur général du Canada que la question de la compétence de la Commission pour connaître des plaintes concernant Inkster et Jensen présente de l'importance et qu'il y va de l'intérêt public que soient tranchés les moyens déclinatoires tels qu'exposés dans le mémoire spécial, relativement aux plaintes;

24. ET ATTENDU que les questions exposées dans le mémoire spécial sont complexes et soulèvent des questions de droit de fond;

25. ET ATTENDU que, étant donné la position prise par la GRC, énoncée aux paragraphes 15 et 17 des présentes [il faut présumer qu'on entendait faire référence ici aux paragraphes 16 et 18], toute décision de la Commission sur les questions exposées dans le mémoire spécial serait vraisemblablement contestée;

26. LA COMMISSION ET LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA sont convenus par les présentes de solliciter l'opinion de la Section de première instance de la Cour fédérale sur les questions exposées dans le mémoire spécial, en conformité avec l'alinéa 17(3)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

#### f Mémoire spécial

L'opinion de la présente Cour est sollicitée sur les questions suivantes:

1. La Commission est-elle compétente, relativement aux Parties VI et VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, modifiée par L.C. 1986, ch. 11 (la «*Loi*»), pour connaître de la plainte concernant Inkster, énoncée dans l'exposé conjoint des faits, eu égard au fait que cette plainte porte sur la conduite alléguée du commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (la «GRC»)?

2. La Commission est-elle compétente, relativement aux Parties VI et VII de la *Loi* et eu égard à la plainte concernant Jensen, énoncée dans l'exposé conjoint des faits, pour connaître des plaintes touchant la conduite alléguée d'un membre de la GRC ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la *Loi* qui:

(i) a pris sa retraite ou a cessé d'être membre de la GRC, ou a cessé d'être une personne nommée ou employée sous le régime de la *Loi*, avant le dépôt de la plainte;

(ii) a pris sa retraite ou a cessé d'être membre de la GRC, ou a cessé d'être une personne nommée ou employée sous le régime de la *Loi*, après le dépôt de la plainte mais avant son règlement?



Intervention by Mr. Jensen: Constitutional issues and section 57 of the *Federal Court Act*

Mr. Henry Jensen, through counsel, participated in argument of this special case, in accord with arrangements made by order of my colleague Mr. Justice Cullen for the hearing of the case. Mr. Jensen was Deputy Commissioner at the time of events giving rise to the complaints underlying the stated case. As noted in paragraph 17 of the agreed statement of facts he had retired from that office and from the RCMP, in the normal course, before the complaint concerning his part in those events was initiated. The circumstances in question 2(i) of the stated case are similar to those of Mr. Jensen. His counsel made submissions, supportive of those of the Attorney General, that question 2(i) should be answered in the negative.

In relation to Mr. Jensen's intervention counsel raised a preliminary query about the application of section 57 of the *Federal Court Act*, as enacted by S.C. 1990, c. 8, section 19 (in force February 1, 1992 (SI/92-6)). That query was whether in the circumstances of this case notice ought to be given to provincial attorneys general in accord with that section which provides in part:

57. (1) Where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of any province, or of regulations thereunder, is in question before the Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

(2) Except where otherwise ordered by the Court or the federal board, commission or other tribunal, the notice referred to in subsection (1) shall be served at least ten days before the day on which the constitutional question described in that subsection is to be argued.

(3) The Attorney General of Canada and the attorney general of each province are entitled to notice of any appeal or application for judicial review made in respect of the constitutional question described in subsection (1).

That question arises in light of the argument raised on behalf of Mr. Jensen that interpretation of the RCMP Act should be consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982,

Intervention de M. Jensen: questions constitutionnelles et article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*

M. Henry Jensen a pris part, par l'entremise de son avocat, au débat sur le présent exposé des faits, conformément aux mesures indiquées dans l'ordonnance rendue par mon collègue le juge Cullen concernant l'audition du mémoire spécial. M. Jensen était sous-commissaire au moment des faits générateurs des plaintes qui font l'objet du mémoire spécial. Comme il appert du paragraphe 17 de l'exposé conjoint des faits, il avait pris sa retraite à ce titre et à titre de membre de la GRC, en temps normal, avant le dépôt de la plainte concernant sa participation aux faits en cause. La situation décrite dans la question 2(i) du mémoire spécial est analogue à celle de M. Jensen. Son avocat a fait valoir, à l'instar du procureur général, qu'il y a lieu de répondre à la question 2(i) par la négative.

Quant à l'intervention de M. Jensen, l'avocat a soulevé une question préliminaire au sujet de l'application de l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, édicté par L.C. 1990, ch. 8, article 19 (en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1992 (TR/92-6)). Il s'est demandé si, dans un cas comme celui-ci, il convenait de donner un avis aux procureurs généraux des provinces en conformité avec cet article, dont voici un extrait:

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ou un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2).

(2) L'avis est, sauf ordonnance contraire de la Cour ou de l'office fédéral en cause, signifié au moins dix jours avant la date à laquelle la question constitutionnelle qui en fait l'objet doit être débattue.

(3) Les avis d'appel et de demande de contrôle judiciaire portant sur une question constitutionnelle sont à signifier au procureur général du Canada et à ceux des provinces.

Cette question se pose parce qu'on a fait valoir, au nom de M. Jensen, que l'interprétation de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* doit être compatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de*

c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and that an interpretation which would result in a positive answer to question 2(i) would be discriminatory and contrary to section 15 of the Charter. In this case notice had not been given to provincial attorneys general that a constitutional question was raised for consideration of the Court.

Counsel for all parties were helpful in dealing with this matter, as they were in relation to the issues raised in the stated case. Counsel for the Attorney General of Canada referred to practice of the Supreme Court of Canada under that Court's Rule 32 [Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74 (as am. by SOR/91-347, s. 17)] which provides for notice of a constitutional question, in the following terms.

32. (1) A constitutional question may be stated by the Chief Justice or a judge on a motion brought by one of the parties within 60 days after the filing of the notice of appeal where the appeal raises a question of

(a) the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of regulations made thereunder; or

(b) the inoperability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of regulations made thereunder.

(2) The parties to a reference under section 53 of the Act shall follow the procedure set out in subsection (1).

(4) On a motion, the Chief Justice or a judge may state the question or questions and direct service of the question or questions upon the Attorney General of Canada and the attorneys general of all the provinces within the time fixed by the Chief Justice or judge, together with notice that any of them who intends to intervene . . . shall . . . file a notice of intervention . . .

As I understand the Supreme Court's practice, a constitutional question under the Charter is treated the same as any other constitutional question, and a constitutional question is stated under Rule 32 only when the constitutional validity, or the constitutional applicability of a statute or of regulations is raised or the inoperability of a statute or regulation is urged. A question is not stated under the Rule where there is not an attack on the validity, applicability or inoperability of legislation and where all the Court is being asked is to construe a law in light of a section of the

1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et qu'une interprétation qui entraînerait une réponse affirmative à la question 2(i) serait discriminatoire et contraire à l'article 15 de la Charte. En l'espèce, l'avis relatif à une question constitutionnelle dont la Cour a été saisie n'a pas été signifié aux procureurs généraux des provinces.

L'aide des avocats de chacune des parties a été utile pour régler cette question, comme pour trancher les points exposés dans le mémoire spécial. L'avocat du procureur général du Canada m'a prié de me reporter à la pratique devant la Cour suprême du Canada suivant la Règle 32 [Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74 (mod. par DORS/91-347, art. 17)] de la plus haute cour, qui prévoit la signification d'un avis d'une question constitutionnelle et qui est ainsi conçue:

32. (1) Une question constitutionnelle peut être formulée par le juge en chef ou par un juge sur requête présentée par l'une ou l'autre des parties dans les 60 jours après le dépôt de l'avis d'appel lorsque:

a) la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale ou de l'un de leurs règlements d'application est contestée;

b) le caractère inopérant d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale ou de l'un de leurs règlements d'application est plaidé.

(2) Les parties à un renvoi aux termes de l'article 53 de la Loi doivent suivre la procédure visée au paragraphe (1).

(4) Sur requête, le juge en chef ou un juge peut formuler la question et en ordonner la signification, dans le délai qu'il fixe, au procureur général du Canada et aux procureurs généraux de toutes les provinces, avec avis que ceux qui veulent intervenir . . . doivent déposer . . . un avis d'intervention . . .

Si je ne m'abuse, la pratique de la Cour suprême veut qu'une question constitutionnelle sous le régime de la Charte soit assimilée à toute autre question constitutionnelle et qu'une question constitutionnelle ne soit formulée, en application de la Règle 32, que si la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi ou de l'un de ses règlements d'application est contestée ou si le caractère inopérant d'une loi ou de l'un de ses règlements d'application est plaidé. Il ne convient pas de formuler une question en application de la Règle si la validité, l'applicabilité ou le caractère

Charter (*Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 1110).

Counsel for the Commission and for the Attorney General of Canada here joined in a submission, after hearing argument on behalf of Mr. Jensen, that in this case this Court was urged to construe the RCMP Act in a manner said to be consistent with the Charter and that the Court was not asked to rule on the constitutional validity, applicability or operability of a statute or regulation within the meaning of those words as used in section 57.

At the end of the hearing I reserved decision in relation to the query raised in order to give the matter brief consideration, with arrangements that counsel would be advised through the Registry if, in my opinion, I considered section 57 applicable in this case, in which event counsel for Mr. Jensen would give notice to provincial (and territorial) attorneys general and an opportunity would be provided for any of them interested in intervening to have the record and a transcript of proceedings in this matter and to be heard before the Court reached judgment in the stated case. After brief consideration, the Registry was directed to advise counsel that I concluded section 57 was not applicable in this case.

That conclusion is based on reasons underlying the submission made jointly for the original parties to this case. Here the Court is asked to construe the RCMP Act in a manner consistent with the Charter, a Charter argument which was not supported by all counsel, and there was no direct request for the Court to rule on the validity, applicability or operability, in a constitutional sense, of the Act. In those circumstances, in my view, section 57 does not apply and notice is not required to be provided to all attorneys general. I note that this judgment includes no ruling of the sort described in section 57 in relation to the statute of Parliament here in issue, the RCMP Act.

opérant d'un texte de loi n'est pas attaqué et si tout ce que la Cour est appelée à décider, c'est l'interprétation d'une loi au regard d'une disposition de la Charte (arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1989] 2 R.C.S. 1110).

Les avocats de la Commission et du procureur général du Canada ont soutenu conjointement en l'espèce, après avoir entendu les arguments de M. Jensen, que la présente Cour était exhortée, d'après eux, dans le cas présent à interpréter la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* d'une manière compatible avec la Charte et non à statuer sur la validité, l'applicabilité ou le caractère opérant d'une loi, ou d'un règlement au sens où ces termes sont employés à l'article 57.

À la fin de l'audition, j'ai réservé ma décision relativement à la question soulevée afin d'étudier le point brièvement, en informant les avocats que le greffe les aviserait si, à mon avis, je jugeais l'article 57 applicable en l'espèce; dans l'affirmative, M. Jensen signifierait un avis aux procureurs généraux des provinces (et des territoires) et ceux qui seraient intéressés à intervenir auraient la possibilité d'obtenir le dossier et la transcription des débats en l'espèce et de plaider avant que la Cour n'ait rendu jugement sur le mémoire spécial. Après un bref examen, j'ai donné au greffe l'ordre d'informer les avocats que j'avais conclu que l'article 57 n'était pas applicable en l'espèce.

Cette conclusion repose sur les motifs qui sous-tendent l'argument présenté conjointement au nom des parties initiales à la présente espèce. On demande à la Cour d'interpréter la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* d'une manière compatible avec la Charte—argument fondé sur la Charte qui n'a pas reçu l'appui de tous les avocats; on ne lui a pas demandé directement de statuer sur la validité, l'applicabilité ou le caractère opérant de la Loi, du point de vue constitutionnel. Vu ces circonstances, à mon avis, l'article 57 ne s'applique pas et il n'est pas obligatoire de donner l'avis à tous les procureurs généraux. Je tiens à faire remarquer que ce jugement ne comporte aucune conclusion du genre prévu à l'article 57 relativement à la loi en cause, soit la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*.

The legislative regime and the purposes of Part VII of the RCMP Act

In the course of argument reference was made by counsel to numerous sections of the *Royal Canadian Mounted Police Act* including in particular Part VII of the Act which provides the process for dealing with public complaints.

The interpretation of one provision, section 45.43\* included in Part VII, in my view, is central to answers to the questions posed in the stated case. Under this provision the Commission Chairman proceeded to deal with the two complaints concerning the conduct of the Commissioner and of former Deputy Commissioner Jensen. That section provides as follows:

45.43 (1) Where the Commission Chairman considers it advisable in the public interest, the Commission Chairman may investigate, or institute a hearing to inquire into, a complaint concerning the conduct, in the performance of any duty or function under this Act, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act, whether or not the complaint has been investigated, reported on or otherwise dealt with by the Force under this Part.

(2) Notwithstanding any other provision of this Part, where the Commission Chairman investigates, or institutes a hearing to inquire into, a complaint pursuant to subsection (1), the Force is not required to investigate, report on or otherwise deal with the complaint before the report under subsection (3) or the interim report under subsection 45.45(14) with respect to the complaint has been received by the Commissioner.

(3) On completion of an investigation under paragraph 45.42(3)(c) or subsection (1), the Commission Chairman shall prepare and send to the Minister and the Commissioner a report in writing setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission Chairman sees fit unless the Commission Chairman has instituted, or intends to institute, a hearing to inquire into the complaint under that paragraph or subsection.

That section is not the only provision for dealing with public complaints. Indeed, it does not provide for the most usual process for complaints from or on behalf of a member of the public. The more regular process is for initiation of a complaint by a member of the public to the Commission, to the RCMP itself or to provincial authorities under subsection 45.35(1). The two complaints which led to this stated case were initiated in accord with that section. An

\* Sections 45.1 to 45.47 were enacted by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 8, s. 16.

Le régime législatif et les objectifs de la partie VII de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada

Au cours des plaidoiries, les avocats se sont référés à plusieurs dispositions de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, dont en particulier la partie VII de la Loi qui établit la procédure relative aux plaintes du public.

À mon avis, l'interprétation d'une disposition, soit l'article 45.43\* de la partie VII, est la clef de voûte des questions posées dans le mémoire spécial. Conformément à cette disposition, le président de la Commission a procédé à l'examen des deux plaintes concernant la conduite du commissaire et de l'ex-sous-commissaire Jensen. Cet article est ainsi conçu:

45.43 (1) Le président de la Commission peut, s'il estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte, tenir une enquête ou convoquer une audience pour enquêter sur une plainte portant sur la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de celle-ci, que la Gendarmerie ait ou non enquêté ou produit un rapport sur la plainte, ou pris quelque autre mesure à cet égard en vertu de la présente partie.

(2) Par dérogation aux autres dispositions de la présente partie, en cas d'enquête ou de convocation d'une audience conformément au paragraphe (1), la Gendarmerie n'est pas tenue d'enquêter ou de produire un rapport sur la plainte, ou de prendre quelque autre mesure à cet égard avant que le commissaire n'ait reçu le rapport visé au paragraphe (3) ou le rapport provisoire visé au paragraphe 45.45(14).

(3) Au terme de l'enquête prévue à l'alinéa 45.42(3)c) ou au paragraphe (1), le président de la Commission établit et transmet au ministre et au commissaire un rapport écrit énonçant les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées, à moins qu'il n'ait déjà convoqué une audience, ou se propose de le faire, pour faire enquête en vertu de cet alinéa ou paragraphe.

Cet article n'est pas la seule disposition touchant le règlement des plaintes du public. En effet, il n'établit pas la procédure la plus courante de règlement des plaintes déposées par le public ou en son nom. La procédure plus habituelle consiste, pour tout membre du public, à déposer une plainte auprès de la Commission, de la GRC elle-même ou des autorités provinciales, en application du paragraphe 45.35(1). Les deux plaintes à l'origine du présent mémoire spécial

\* Les articles 45.1 à 45.47 ont été édictés par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16.

alternative for initiation of a complaint is for it to be made by the Chairman of the Public Complaints Commission under subsection 45.37(1). In both cases, if the complaint is not dealt with by the Chairman under section 45.43, the matter is first considered within the RCMP itself in accord with processes provided in Part VII of the Act. Both of the provisions relating to the initiation of complaints (i.e., subsections 45.35(1) and 45.37(1)) use the same words as are found in section 45.43, "a complaint concerning the conduct, in the performance of any duty or function under this Act, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act".

An overview of the statutory arrangements for dealing with public complaints in Part VII, is set out by Mr. Justice MacGuigan J.A. in *Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re)*, [1991] 1 F.C. 529 (C.A.) at pages 556-558 in the following terms.

As I indicated at the outset, the Commission is established by Part VI of the Act. Part VII then begins (subsection 45.35(1)) with the right of any member of the public having a complaint concerning the conduct, in the performance of any duty or function under the Act, of any member or other person appointed or employed under the Act, to make a complaint to the Commission, to any member or other person appointed or employed under the Act, or to any provincial authority responsible for complaints by the public against police. Complaints may also be initiated by the Commission Chairman.

The Commission must notify the Commissioner of every complaint received, and he must deal with every complaint, either informally (on consent) or with an investigation, or without an investigation if he does not deem it warranted or reasonably practicable. Where a complaint has been initiated by the Commission Chairman, the Commissioner must investigate it.

Forthwith upon being notified of a complaint, the Commissioner must notify the person complained against, unless, in his opinion, to do so might adversely affect an investigation.

A complainant who is dissatisfied with the disposition of a complaint by the RCMP may, pursuant to section 45.41, refer the complaint to the Commission. Upon such referral of a complaint, the Commission is obliged to review the complaint unless it has already investigated it or instituted an inquiry into the matter.

In addition to this duty to review complaints that have been referred, the Chairman has also, by virtue of section 45.43, the

ont été déposées en vertu de ce paragraphe. Il est également possible qu'une plainte soit portée par le président de la Commission des plaintes du public, en conformité avec le paragraphe 45.37(1). Dans les deux cas, si le président n'a pas donné suite à la plainte conformément à l'article 45.43, l'affaire est d'abord examinée par la GRC elle-même suivant la procédure établie dans la partie VII de la Loi. Les deux dispositions relatives au dépôt des plaintes (c'est-à-dire les paragraphes 45.35(1) et 45.37(1)) contiennent les mêmes mots que l'article 45.43, «une plainte portant sur la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de celle-ci».

Dans l'affaire *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re)*, [1991] 1 C.F. 529 (C.A.), aux pages 556 à 558, le juge MacGuigan, J.C.A., donne un aperçu des mesures prévues à la partie VII de la Loi en ce qui a trait aux plaintes du public:

Comme je l'ai précisé au départ, la Commission est constituée aux termes de la partie VI de la Loi. La partie VII commence ensuite (paragraphe 45.35(1)) avec le droit de tout membre du public qui a un sujet de plainte concernant la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues par la Loi, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la Loi, de déposer une plainte auprès de la Commission, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la Loi, ou de l'autorité provinciale compétente pour recevoir des plaintes et faire enquête. Le président de la Commission peut également porter plainte.

La Commission doit aviser le commissaire du dépôt de chaque plainte, et le commissaire doit instruire chaque plainte, en la réglant à l'amiable (de consentement), en procédant à une enquête, ou en refusant de procéder à une enquête s'il est d'avis qu'une telle mesure n'est pas justifiée ou qu'elle n'est pas raisonnablement praticable. Le commissaire est tenu d'enquêter sur les plaintes portées par le président de la Commission.

Dès qu'il est avisé d'une plainte, le commissaire doit aviser la personne dont la conduite fait l'objet de la plainte pour autant qu'il soit d'avis qu'une telle mesure ne risque pas de nuire à la conduite d'une enquête.

Le plaignant qui n'est pas satisfait du règlement de sa plainte par la GRC peut, en vertu de l'article 45.41, renvoyer sa plainte devant la Commission. La Commission est tenue d'examiner la plainte qui lui est renvoyée, à moins qu'elle n'ait déjà fait enquête ou convoqué une audience pour faire enquête sur la question.

Outre cette obligation d'examiner les plaintes qui font l'objet d'un renvoi, le président a également le pouvoir, en vertu de

power to investigate or institute a hearing into a complaint, whether or not it has been investigated or reported on or otherwise dealt with by the Commissioner where he "considers it advisable in the public interest."

Where the Chairman decides to institute a hearing, the Chairman assigns a member or members of the Commission to conduct it. For purposes of the hearing, this member or these members are then deemed to be the Commission. There are formalities of notice, and the Commission has the powers conferred on a board of inquiry, including the power of subpoena. The complainant, the RCMP, and the person complained against all have the right to present evidence, to cross-examine witnesses, to make representations, and to be represented by counsel.

The Commission does not have any power to issue a binding order or direction, but it must, on completion of a hearing, report in writing to the Commissioner and the Solicitor General, "setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission sees fit."

The Commissioner is required to review the complaint in the light of the findings and recommendations set out in the report, and reply to the Solicitor General and the Chairman what action, if any, he will take, or with reasons for not acting, if his decision is not to act.

The last word belongs to the Chairman, who must make a final report in writing to the parties, the Solicitor General, and the Commissioner.

Prior to the amending Act, there was no statutory scheme in place for the investigation of public complaints. There was only an internal review procedure, established by an administrative act of the Commissioner. . . .

The complaints which led to this stated case were addressed to the Commission. Its Chairman concluded, for the reasons set out in paragraph 13 of the agreed statement of facts, that he would investigate the two complaints, pursuant to section 45.43 of the Act, and he so advised the Commissioner of the RCMP. When action is taken under that section, in the public interest as determined by the Chairman, the RCMP is not required to investigate, report or otherwise deal with the complaint until the Chairman has reported upon completion of his investigation, or of a hearing. Investigation by the Chairman, or hearings to inquire into the matter, are conducted independently of any consideration of the matter by the RCMP itself.

The purposes of Part VII of the Act are described by Mr. Justice MacGuigan J.A. in *Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re)*, *supra*, at pages 555-

l'article 45.43, de tenir une enquête ou de convoquer une audience pour enquêter sur une plainte, que le commissaire ait ou non enquêté ou produit un rapport sur la plainte, ou pris quelque autre mesure à cet égard, s'il «estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte».

<sup>a</sup> Le président de la Commission, s'il décide de convoquer une audience, désigne le ou les membres de la Commission qui tiendront l'audience. À l'audience, le ou les membres qui tiennent l'audience sont réputés être la Commission. Des formalités de préavis sont prévues, et la Commission a les pouvoirs qui sont conférés à une commission d'enquête, y compris le pouvoir d'assigner des témoins. Le plaignant, la GRC et la personne qui fait l'objet de la plainte ont tous le droit de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins, de faire des observations et d'être représentés par un avocat.

<sup>b</sup> La Commission n'a pas le pouvoir de rendre des décisions obligatoires, mais elle doit, au terme de l'audience, établir et transmettre au commissaire et au solliciteur général un rapport écrit «énonçant les conclusions et les recommandations qu'elle estime indiquées».

<sup>c</sup> Le commissaire est tenu de réviser la plainte à la lumière des conclusions et des recommandations énoncées au rapport et d'aviser le solliciteur général et le président des mesures qu'il prendra ou de leur exposer les raisons pour lesquelles il ne prendra pas de mesure, si telle est sa décision.

<sup>d</sup> Le dernier mot revient au président, qui doit établir et transmettre aux parties, au solliciteur général, et au commissaire, un rapport écrit final.

<sup>e</sup> Avant l'entrée en vigueur de la Loi modificative, il n'existait pas de mécanisme législatif d'enquête au sujet des plaintes portées par de simples citoyens. Il existait seulement une procédure interne d'examen, qui avait été établie en vertu d'un texte administratif du commissaire. . . .

<sup>f</sup> Les plaintes à l'origine du présent mémoire spécial ont été adressées à la Commission. Son président a conclu, pour les motifs énoncés au paragraphe 13 de l'exposé conjoint des faits, qu'il enquêterait sur les deux plaintes, en conformité avec l'article 45.43 de la Loi, et il en a informé le commissaire de la GRC. Quand une mesure est prise en vertu de cet article, dans l'intérêt public selon ce que juge le président, la GRC n'est pas tenue d'enquêter ou de produire un rapport sur la plainte, ou de prendre quelque mesure à cet égard avant que le président n'ait terminé son enquête ou que l'audience n'ait eu lieu. L'enquête que mène le président ou l'audience tenue pour enquêter sur la plainte sont indépendantes de tout examen que la GRC elle-même fait de l'affaire.

<sup>g</sup> Dans l'affaire *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re)*, précitée, aux pages 555 et 556, les objectifs de la partie VII de la Loi sont exposés

556, when discussing the amending Act by which the public complaints procedure was established, in the following passage:

It is common ground that the genesis of the amending Act is to be found in *The Report of the Commission of Inquiry Relating to Public Complaints, Internal Discipline and Grievance Procedure within the Royal Canadian Mounted Police*, Information Canada, Ottawa, 1976 (The Marin Commission Report). That Report recommended the creation of a public complaint system operationally and functionally distinct from the disciplinary system.

The mischief aimed at by the amending Act is undoubtedly accurately expressed by the following statement of the Marin Commission (at page 97):

The need for an independent authority to review the actions of the Force in handling public complaints is not one based on any discovery of a history of abuse or neglect. On the contrary, we have not found many cases where the Force was not both thorough in its investigation and fair in its disposition of complaints. The need in question is based on perceptions held by many who have difficulty in understanding how the Force can be both the supervisor and final arbiter for public complaints. Complainants, members involved in complaints and Canadians in general are entitled to an unqualified confidence in the Royal Canadian Mounted Police. In our view, the introduction of an independent review authority will ensure that such confidence is attainable.

As drawn to the Court's attention by the respondent, this view was echoed by the then Solicitor General in moving second reading of the amending legislation, (*Debates of the House of Commons*, September 11, 1985, at page 6518):

I see the establishment of the public complaints commission as an amendment of paramount importance. It is a contemporary response to a need for objective, open and fair handling of complaints against RCMP members in a manner which will command public confidence.

One purpose of the legislation, then, deduced from the mischief at which it was directed, is the protection of the public from having its complaints investigated privately. But it is evident from other clarifying words of the Solicitor General that there is another mischief to be guarded against as well, viz., the pillorying of members of the Force (*Debates*, September 11, 1985, at page 6519):

The recommendations of the Marin Commission are substantially implemented in this Act and considerable time and effort has been invested in developing revisions that will support and further the work of the RCMP and adequately preserve the delicate balance between the protection of the rights of the public and the individual members of the RCMP.

par le juge MacGuigan, J.C.A., dans le passage qui suit, relatif à la loi modificative qui a établi la procédure de règlement des plaintes du public:

Il est constant que la genèse de la Loi modificative se trouve dans le *Rapport de la Commission d'enquête sur les plaintes du public, la discipline interne et le règlement des griefs au sein de la Gendarmerie royale du Canada*, Information Canada, Ottawa, 1976 (le rapport de la Commission Marin). Les auteurs de ce rapport recommandaient la création d'un système de traitement des plaintes du public qui soit distinct, tant sur le plan opérationnel que sur le plan fonctionnel, du système disciplinaire.

La situation que la Loi modificative visait à réformer est indubitablement exprimée avec exactitude dans la déclaration suivante de la Commission Marin (à la page 107):

La nécessité qu'il y ait un organisme indépendant afin de réviser les mesures prises par la Gendarmerie dans le traitement des plaintes du public n'est pas fondée sur quelque histoire d'abus ou de négligence. Au contraire, nous n'avons pas trouvé beaucoup d'affaires dans lesquelles la Gendarmerie n'a pas mené une enquête approfondie ou réglé une plainte d'une façon injuste. Mais il demeure néanmoins que de nombreuses personnes peuvent difficilement comprendre comment la Gendarmerie peut à la fois agir à titre de surveillant et d'arbitre en dernier ressort en ce qui a trait aux plaintes du public. Les plaignants, les membres impliqués dans les plaintes et les Canadiens en général sont en droit d'aspirer à une confiance sans réserve à l'égard de la Gendarmerie royale du Canada. À notre avis, l'implantation d'un organisme indépendant de révision permettrait de satisfaire à de telles aspirations.

Comme l'intimée nous l'a fait remarquer, le solliciteur général de l'époque a fait écho à cette manière de voir en proposant la deuxième lecture de la Loi modificative (*Débats de la Chambre des communes*, 11 septembre 1985, à la page 6518):

Je vois l'établissement de la Commission des plaintes du public comme une modification de première importance. C'est une solution contemporaine à la nécessité de traiter de façon objective, ouverte et juste les plaintes formulées contre des agents de la GRC, solution qui méritera la confiance de la population.

Ainsi donc, un objet de la loi qu'on peut dégager de la situation qu'elle visait à réformer est de protéger le public contre la tenue d'enquêtes secrètes sur ses plaintes. Mais il ressort à l'évidence d'autres éclaircissements fournis par le solliciteur général que l'on voulait aussi se protéger contre un autre abus, à savoir la mise au pilori des membres de la Gendarmerie (*Débats*, 11 septembre 1985, à la page 6519):

Ce projet de loi donne suite à la plupart des recommandations de la commission Marin et l'on a passé beaucoup de temps à préparer des révisions qui aideront la GRC dans son travail tout en préservant le délicat équilibre entre la protection des droits du public et celle des membres de la GRC.

This comment would indicate that both mischiefs are being equally guarded against.

Jurisdiction of the Commission in regard to a complaint concerning conduct of the Commissioner, RCMP: question 1, the Inkster complaint

The Commission submits that its Chairman and the Commission have jurisdiction under section 45.43 to investigate, or conduct a hearing, in regard to a complaint concerning conduct of the Commissioner as a member of the RCMP in the performance of his duty or function under the Act, by the express words of that section. That interpretation is said to be supported by the general purposes of Part VII, by the general context of the Act as it relates to the Commissioner and to the Commission and by the general thrust of decisions of the Supreme Court in recent years which have reflected what counsel describes as evolving principles of accountability, for those in public office, which have narrowed immunities from application of the principle.

The Attorney General of Canada, on the other hand, submits that Parliament could not have intended to comprehend or include the Commissioner in the words "any member or other person appointed or employed under the authority of this Act" within subsection 45.43(1). That conclusion, it is said, is based upon the unique role of the Commissioner in relation to public complaints, a role only the Commissioner can perform, and upon his special role within the RCMP, a para-military operation.

The Commissioner is acknowledged to be accountable, but not in relation to any complaint made to the Commission. Rather, accountability is ensured through other forums, for example, the appointment as Commissioner is made by the Governor in Council pursuant to section 5 [as am. *idem*, s. 2], at pleasure, and he is subject to removal; and in relation to his management of the RCMP the Commissioner is accountable either before the Standing Committee of Justice and Legal Affairs of the House of Commons or in the course of presentation of estimates of the Solicitor General. Under section 24.1 [as enacted *idem*, s. 15] of the Act the Minister may appoint a board of inquiry to investigate and report on any matter relating to the organization, training, conduct,

Cette observation indique que l'on se prémunit également contre les deux abus.

Compétence de la Commission à l'égard d'une plainte concernant la conduite du commissaire de la GRC: première question, la plainte concernant Inkster

La Commission soutient que l'article 45.43 attribue expressément à son président et à elle-même la compétence pour tenir une enquête ou une audience à l'égard d'une plainte concernant la conduite du commissaire, à titre de membre de la GRC, dans l'exercice de ses fonctions prévues à la Loi. On dit que cette interprétation est corroborée par les objectifs généraux de la partie VII, par le contexte général de la Loi en ce qui concerne le commissaire et la Commission, et par l'essentiel de la jurisprudence récente de la Cour suprême qui traduit, au dire des avocats, une évolution des principes en matière de responsabilité des titulaires de charges publiques, savoir la limitation des immunités au regard de l'application du principe.

Le procureur général du Canada, en revanche, soutient que le législateur n'a pas pu vouloir que le commissaire soit visé par les mots «un membre ou [...] toute autre personne nommée ou employée sous le régime de [la Loi]», employés au paragraphe 45.43(1). Cette conclusion, dit-il, repose sur le rôle exceptionnel du commissaire relativement aux plaintes du public, rôle que lui seul peut jouer, et sur son rôle spécial au sein de la GRC, organisme paramilitaire.

On reconnaît que le commissaire doit rendre des comptes, mais non par rapport à toute plainte déposée auprès de la Commission. Son obligation de rendre compte est sanctionnée par d'autres mécanismes, par exemple, la nomination du commissaire à titre amovible par le gouverneur en conseil, en vertu de l'article 5 [mod., *idem*, art. 2]; de plus, le commissaire doit rendre des comptes au Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes ou dans le cadre de la présentation du Budget des dépenses du solliciteur général. En vertu de l'article 24.1 [édicte, *idem*, art. 15] de la Loi, le ministre peut désigner une commission chargée d'enquêter et de faire rapport sur toute question liée à l'organisation, la formation, la conduite, l'exercice



performance of duties, discipline, administration or government of the Force. Moreover, the *Inquiries Act* [R.S.C., 1985, c. I-11] provides a means whereby the Governor in Council may appoint an inquiry, if there appears to be any necessity.

These various means by which the Commissioner may be accountable for performance of his duties are not unimportant, but they are common for many senior public servants, and they do not assist in responding to the question posed in the stated case, whether a public complaint against the Commissioner is within the jurisdiction of the Commission under Part VII of the Act. Nor does the fact that his position may be analogous to that of Deputy Ministers or the Chief of the Defence Staff, who may not be answerable for alleged misconduct in any process like that established for dealing with public complaints under Part VII of the Act.

As earlier noted all of the provisions of Part VII that relate to initiation of a complaint from the public are in similar terms. In all cases there must be a complaint, it must concern the conduct in performance of a duty or function under the Act and the conduct must be that of a member or other person appointed or employed under the Act.

There is no difference between the parties that the complaints here concern conduct in the performance of his duty of the Commissioner and that he is a member of the RCMP. The only difference is whether he is a "member" of the Force, as that term is used in Part VII where reference is made to the initiation of complaints, particularly subsection 45.43(1) under which the Chairman here determined to act.

Section 2 [as am. *idem*, s. 1] of the Act defines "member" in the following terms:

2. ...

"member" means any person

(a) who has been appointed as an officer or other member of the Force under section 5 or paragraph 6(3)(a) or 7(1)(a), and

des fonctions, la discipline et la bonne administration de la Gendarmerie. Au surplus, la *Loi sur les enquêtes* [L.R.C. (1985), ch. I-11] prévoit un moyen pour le gouverneur en conseil de faire procéder à une enquête, si cela lui semble nécessaire.

Ces divers moyens par lesquels le commissaire est tenu de rendre compte de l'exécution de ses fonctions ne sont pas sans importance, mais ils visent aussi nombre de hauts fonctionnaires, et ils ne sont d'aucun secours pour répondre à la question posée dans le mémoire spécial, savoir si une plainte du public contre le commissaire ressortit à la compétence de la Commission sous le régime de la partie VII de la Loi. Et n'est d'aucun secours le fait que ses fonctions sont semblables à celles des sous-ministres ou du chef d'état-major de la Défense, qui n'ont peut-être pas à rendre compte d'une prétendue faute commise dans l'exercice de leurs fonctions dans le cadre d'une procédure comme celle établie à l'égard des plaintes du public dans la partie VII de la Loi.

Je le répète, toutes les dispositions de la partie VII qui se rapportent au dépôt de plaintes du public sont couchées dans les mêmes termes. Dans chaque cas, une plainte doit avoir été déposée, elle doit concerner la conduite d'une personne dans l'exercice de ses fonctions prévues à la Loi et cette personne doit être un membre ou une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi.

Les parties s'entendent pour dire que les plaintes en l'espèce concernent la conduite du commissaire dans l'exercice de ses fonctions et qu'il est un membre de la GRC. Leurs points de vue divergent seulement sur la question de savoir s'il est un «membre» de la Gendarmerie, au sens de ce terme dans la partie VII où il est question de dépôt de plaintes, en particulier au paragraphe 45.43(1), en application duquel le président a décidé d'agir.

L'article 2 [mod., *idem*, art. 1] de la Loi définit ainsi le mot «membre»:

2. ...

«membre»

a) Personne nommée en qualité d'officier ou à tout autre titre en vertu de l'article 5 ou des alinéas 6(3)a) ou 7(1)a);

(b) who has not been dismissed or discharged from the Force as provided in this Act, the regulations or the Commissioner's standing orders;

The definition of "officer" similarly refers to an appointee under section 5. Subsection 5(1) provides for the appointment by the Governor in Council of an officer as the Commissioner of the RCMP, responsible under direction of the Minister for control and management of the Force. Thus the statutory meaning of the word "member" as used in Part VII in those provisions relating to the initiation of complaints, including subsection 45.43(1), includes the Commissioner, unless the context of the Act, and its purposes dictate another meaning.

Counsel for the Attorney General of Canada concedes that the Commissioner is a member of the Force, but argues that Parliament could not have intended to include him, to comprehend him, within the word "member" as used in those sections providing for initiation of complaints under Part VII, and complaints against conduct of the Commissioner would not be within the jurisdiction of the Public Complaints Commission.

The basis for the Attorney General's argument is said to be the special role of the Commissioner both in regard to the process for dealing with complaints, and in regard to his other special duties under the Act. There is no doubt that the Commissioner does play a significant role in the process of dealing with public complaints. Within the Force he is responsible for the administration and management of that process, and, subject to the authority of the Minister, for the disposition of those complaints, including the responsibility to act, or not to act, on recommendations made by the Public Complaints Commission.

The Commissioner's responsibilities in relation to the process are numerous. He is to be notified of every complaint from a member of the public (subsections 45.35(3), 45.37(2) and paragraph 45.41(2)(a)) and he notifies in writing every member or other person whose conduct is the matter of the complaint, unless in his opinion this may adversely affect or hinder an investigation (subsections 45.35(4), 45.37(3)). He considers whether the complaint can be disposed of informally with consent of the complainant and the person whose conduct is the

b) personne non congédiée ni renvoyée de la Gendarmerie dans les conditions prévues à la présente loi, à ses règlements ou aux consignes du commissaire.

De la même façon, l'«officier» est défini comme un membre nommé conformément à l'article 5. Aux termes du paragraphe 5(1), le gouverneur en conseil nomme un officier commissaire de la GRC, investi de la pleine autorité sur la Gendarmerie. Par conséquent, le mot «membre» employé dans les dispositions de la partie VII relatives au dépôt de plaintes, dont le paragraphe 45.43(1), vise le commissaire, sauf si un sens différent doit être inféré du contexte de la Loi et de ses objectifs.

L'avocat du procureur général du Canada concède que le commissaire est un membre de la Gendarmerie, mais prétend que le législateur n'a pas pu vouloir qu'il soit inclus, compris dans le mot «membre» utilisé dans ces articles touchant le dépôt de plaintes en conformité avec la partie VII et que les plaintes concernant la conduite du commissaire échappent à la compétence de la Commission sur les plaintes du public.

On dit que l'argument du procureur général repose sur le rôle spécial du commissaire tant au regard de la procédure de règlement des plaintes qu'au regard de ses autres fonctions spéciales prévues à la Loi. Il n'y a pas de doute que le commissaire joue un rôle important dans la procédure de règlement des plaintes du public. Au sein de la Gendarmerie, il est responsable de l'administration et de la gestion de ce processus et, sous l'autorité du ministre, du règlement de ces plaintes, y compris la décision de donner suite ou non aux recommandations faites par la Commission des plaintes du public.

Les fonctions du commissaire, relativement au processus, sont nombreuses. Toutes les plaintes du public sont portées à son attention (paragraphes 45.35(3), 45.37(2), alinéa 45.41(2)a) et il avise par écrit le membre ou l'autre personne, dont la conduite fait l'objet de la plainte, pour autant qu'il soit d'avis qu'une telle mesure ne risque de nuire à la conduite d'une enquête (paragraphes 45.35(4), 45.37(3)). Il considère si la plainte peut être réglée à l'amiable, moyennant le consentement du plaignant et de la personne visée par la plainte (para-

subject-matter of the complaint (subsection 45.36(1)). Where the complaint is not settled informally it is to be investigated by the RCMP in accord with rules made by the Commissioner (subsection 45.36(4) and section 45.38), but he may direct that there be no investigation or that an investigation be terminated for certain defined reasons as he judges them, giving notice to the complainant and the person whose conduct is the basis of the complaint (subsections 45.36(5) and (6)). He has a responsibility to report periodically to the parties on the course of an investigation (section 45.39) and on completion of an investigation within the Force (section 45.4). Finally, the Commissioner plays a unique role even in relation to complaints investigated by or reported upon by the Public Complaints Commission or the Chairman. Thus, he provides information on any prior investigation or report, about the matter complained of, within the Force (paragraph 45.41(2)(b)); he reviews and considers the report and recommendations of the Chairman or the Commission, and reports to the Chairman and the Minister upon action that has been or will be taken, and if he does not act he is to report reasons for so deciding (section 45.46).

The last responsibility, to review and report upon the reports and recommendations of the Commission or the Chairman, and the authority to make rules under the Act including rules relating to the processing of public complaints within the RCMP, are specifically excluded from the general authority of the Commissioner to delegate any of his duties or functions under subsection 5(2). Thus, it is urged by counsel for the Attorney General that the Commissioner's role in reviewing and reporting in relation to the Chairman's reports is one to be discharged by him personally.

In light of that particular and ultimate responsibility to act or not to act in response to investigations of public complaints it is urged that Parliament did not intend to include the Commissioner in the words "any member or other person appointed or employed under . . . this Act", as used in those sections concerning the initiation of public complaints, whether in relation to a complaint from a member of the public (subsection 45.35(1)), or a complaint initiated by the Commission Chairman (subsection 45.37(1)), or a

graphie 45.36(1)). À défaut de règlement amiable, la plainte fait l'objet d'une enquête par la GRC selon les règles établies par le commissaire (paragraphe 45.36(4), article 45.38), mais il peut refuser qu'une plainte fasse l'objet d'une enquête ou mettre fin à une enquête s'il estime que certains motifs définis le justifient, et transmet un avis au plaignant et à la personne dont la conduite fait l'objet de la plainte (paragraphe 45.36(5) et (6)). Il a l'obligation de faire rapport périodiquement aux parties sur l'état de l'enquête (article 45.39) et au terme de l'enquête menée au sein de la Gendarmerie (article 45.4). Finalement, le commissaire joue un rôle exceptionnel même par rapport aux plaintes sur lesquelles la Commission des plaintes du public ou son président font enquête ou rapport. Ainsi, il fournit des renseignements sur toute enquête ou rapport antérieur, relatif à la plainte, sous la responsabilité de la Gendarmerie (alinéa 45.41(2)(b)); il révisé et examine le rapport et les recommandations du président ou de la Commission, et avise le président et le ministre des mesures prises ou devant l'être et, s'il ne prend pas de mesure, il motive sa décision (article 45.46).

Cette dernière fonction, réviser les rapports et recommandations de la Commission ou du président, et aviser les personnes compétentes de sa décision, ainsi que le pouvoir d'établir des règles, en application de la Loi, relativement à la procédure de règlement des plaintes du public au sein de la GRC, sont expressément exclus du pouvoir général du commissaire de déléguer ses pouvoirs ou fonctions, que lui attribue le paragraphe 5(2). En conséquence, l'avocat du procureur général fait valoir que le commissaire doit s'acquitter personnellement de son rôle, lorsqu'il s'agit de réviser les rapports du président et d'aviser les personnes compétentes.

Vu cette fonction particulière du commissaire, à qui il appartient de mettre le point final aux enquêtes sur les plaintes du public, on fait valoir que le législateur n'avait pas l'intention de viser le commissaire en employant, dans les articles touchant le dépôt de plaintes par le public, les mots «un membre ou [. . .] toute autre personne nommée ou employée sous le régime de [la Loi]», que ce soit relativement à une plainte d'un membre du public (paragraphe 45.35(1)), à une plainte portée par le président de la

complaint that the Chairman decides in the public interest that he will investigate, or that he will institute a hearing to inquire into the matter (subsection 45.43(1)).

In summing up this argument for exclusion of the Commissioner from investigation of a complaint concerning the conduct of his responsibilities under the Act the Attorney General submits by written memorandum that:

... under the *Act* the Commissioner exercises a statutory role in relation to the receipt, investigation and, ultimately, the final decision taken with respect to any complaint, whether or not that complaint is investigated by the Public Complaints Commission. The *Act* does not contemplate that the holder of the office of Commissioner shall be subject to investigation pursuant to the public complaints procedure. Nor does the *Act* contemplate that the Chairman and other members of the Public Complaints Commission should be subject to investigation notwithstanding that the Chairman and other members of the Commission are, on a technical reading of s. 45.35, "other persons appointed or employed under the authority of the *Act*".

The latter reference, to the comparable position of the Chairman and members of the Commission in relation to any complaint about their conduct, is noted as an anomaly in the 1989-90 Report of the Commission itself, one that it is there suggested might best be addressed by legislative amendment excluding them from the public complaints process. In my view, the reference by analogy to the positions of Chairman and members of the Commission does not assist in resolving the issue concerning the application of the process to complaints from a member of the public concerning the Commissioner's conduct.

Moreover, the Attorney General submits that, aside from Part VII, the Act as a whole lends support to the exclusion of the alleged conduct of the Commissioner from being the subject of investigation under the public complaints process. In respect to discipline of members of the Force he is the final authority for appeals in relation to certain appeals from informal disciplinary action and in relation to decisions of an adjudicating board in formal discipline proceedings (subsections 42(6) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 66], 45.14(1) and 45.16(1)-(7)). He has authority to suspend from duty any member who has contravened or is suspected of contravening the Code

Commission (paragraphe 45.37(1)) ou à une plainte sur laquelle le président enquête ou à l'égard de laquelle il convoque une audience parce qu'il estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte (paragraphe 45.43(1)).

Pour résumer son argument que le commissaire échappe à toutes enquêtes sur des plaintes concernant l'exercice de ses fonctions prévues à la Loi, le procureur général soutient ce qui suit, dans son mémoire:

[TRADUCTION] ... la *Loi* attribue au commissaire un rôle relativement à toute plainte déposée, à l'enquête sur celle-ci et à son règlement définitif, qu'elle ait ou non fait l'objet d'une enquête par la Commission des plaintes du public. La *Loi* ne dit pas que le titulaire de la charge de commissaire peut être l'objet d'une enquête suivant la procédure applicable aux plaintes du public. Elle ne dit pas non plus que le président et les autres membres de la Commission des plaintes du public peuvent être visés par une enquête, en dépit du fait que le président et les autres membres de la Commission sont, si l'on interprète strictement l'art. 45.35, compris dans l'expression «toute autre personne nommée ou employée sous le régime de [la *Loi*]».

Quant à ce dernier aspect, savoir la situation comparable du président et des membres de la Commission par rapport à toute plainte concernant leur conduite, la Commission elle-même, dans son rapport pour 1989-1990, signale qu'il s'agit d'une anomalie et que le meilleur moyen de la corriger serait une modification de la Loi tendant à les soustraire à la procédure de règlement des plaintes du public. À mon avis, arguer de l'analogie de la situation du président et des membres de la Commission n'est d'aucun secours pour trancher la question relative à l'application de la procédure aux plaintes d'un membre du public concernant la conduite du commissaire.

Par surcroît, le procureur général soutient qu'outre la partie VII, la Loi dans son ensemble nous autorise à conclure que la conduite alléguée du commissaire ne saurait faire l'objet d'une enquête suivant la procédure de règlement des plaintes du public. En matière de discipline, le commissaire constitue le dernier niveau de la procédure d'appel relativement aux appels interjetés contre certaines mesures disciplinaires simples et relativement aux décisions du comité d'arbitrage sur un cas de mesures disciplinaires graves (paragrapes 42(6) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 66], 45.14(1) et 45.16(1) à (7)). Il a le pouvoir de suspendre tout membre qui a contre-

of Conduct or a statute of Parliament or of a legislature (section 12.1) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 7]. He is the final authority for appeals from a recommendation for discharge or demotion which has been affirmed by a discharge and demotion board of the Force (subsection 45.24(1), 45.26(1)-(7)). Finally, the Commissioner constitutes the final level in the grievance process. In all of these proceedings his decisions are not subject to appeal except by way of an application for judicial review.

In light of these particular responsibilities, it is submitted that as the senior officer and manager of the Force, taking into account the unique para-military structure of the Force, the Commissioner is himself not subject to internal processes for informal or formal discipline or for discharge or dismissal, and for the same reason he is not subject to the public complaints procedures provided in Part VII of the Act.

I am not persuaded that the position of the Commissioner in relation to processes that are internal to the RCMP, provides a ready answer to the question posed concerning jurisdiction of the Public Complaints Commission to deal with a complaint about his conduct. The Commission is a body set up by Parliament, under the Act it is true, but to act independently of the Force itself in dealing with complaints from members of the public or initiated by the Chairman. It is a body independent of the internal operations of the RCMP. Just as the Commissioner's status in relation to other external bodies would not be determined by his status within the Force, in my opinion, it should not be so determined in relation to the Public Complaints Commission.

The two arguments advanced by the Attorney General are not persuasive, in my view, that Parliament intended to exempt from the authority of the Commission or its Chairman a complaint concerning the conduct of the Commissioner in performance of his statutory responsibilities. It is agreed that he is a member of the Force. A complaint against his alleged

venu ou qui est soupçonné de contrevenir au code de déontologie ou à une loi fédérale ou provinciale (article 12.1) [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 7]. Il constitue le dernier niveau de la procédure d'appel relativement à la recommandation de renvoi ou de rétrogradation formulée par la commission de licenciement et de rétrogradation de la Gendarmerie (paragraphes 45.24(1), 45.26(1) à (7)). Enfin, le commissaire constitue le dernier niveau de la procédure applicable aux griefs. Dans toutes ces procédures, ses décisions ne sont pas susceptibles d'appel sauf par voie de demande de révision judiciaire.

Étant donné ses fonctions particulières, on affirme qu'à titre de commandant en chef et de directeur de la Gendarmerie, compte tenu de la structure paramilitaire exceptionnelle de la Gendarmerie, le commissaire est lui-même soustrait aux processus internes touchant les mesures disciplinaires simples et les mesures graves, ou le renvoi ou le licenciement, et pour la même raison, ne saurait faire l'objet des procédures prévues à la partie VII de la Loi relativement aux plaintes du public.

Je ne suis pas persuadé que la situation du commissaire par rapport aux processus internes de la GRC apporte une réponse facile à la question posée au sujet de la compétence de la Commission des plaintes du public pour connaître d'une plainte concernant sa conduite. Il est vrai que le législateur a créé la Commission par cette Loi, mais il l'a habilitée à agir librement, sans droit de regard de la Gendarmerie, lorsqu'elle entend des plaintes déposées par des membres du public ou portées par le président. C'est un organisme autonome, qui échappe à la régie interne de la GRC. Tout comme la situation juridique du commissaire par rapport à d'autres organismes extérieurs ne dépend pas de sa situation au sein de la Gendarmerie, sa situation juridique par rapport à la Commission des plaintes du public, à mon sens, ne doit pas non plus en dépendre.

Les deux arguments avancés par le procureur général ne sont pas convaincants, à mon avis, quant à l'intention du législateur de soustraire à la compétence de la Commission ou de son président une plainte concernant la conduite du commissaire dans l'exercice de ses fonctions attribuées par la Loi. Tous sont d'accord pour dire qu'il est un membre de la Gendar-

conduct, whether it be initiated by a member of the public under section 45.35, by the Chairman under section 45.37, or whether it be one which the Chairman considers advisable in the public interest to investigate or to institute a hearing for purposes of an inquiry under section 45.43, includes a complaint about the Commissioner within the words "any member" unless the context and the statute as a whole clearly require a meaning of those words which would exclude a complaint about his conduct as a matter for inquiry. In my view, the context and the statute do not so require. His important roles in relation to various processes under the Act, for management, for the disciplinary process, for discharge and demotion, and even his important role in the management within the Force of the process for dealing with public complaints, do not require, or lead to the implication that Parliament intended, his exclusion from the words "any member" used in relation to public complaints.

The Commissioner's role in management, within the Force, of the public complaints process, important as it is, is not a basis for finding that Parliament intended complaints about his conduct should be excluded from the jurisdiction of the Commission to investigate. Most of his duties in relation to the process can be, and no doubt are, delegated to others in the Force. Where a complaint about his conduct reaches the Force otherwise than under section 45.43, if there is any sense that the complaint is not frivolous, it may be that it should be referred to the Commission for the Chairman to determine whether in the public interest it should be investigated by the Chairman or by hearing of the Commission.

If the Chairman decides in the public interest that a complaint should be investigated by him or by hearing of the Commission, subsection 45.43(2) makes clear that any consideration of the matter internally by the Force is irrelevant. The Commissioner's only role under the statute in a case dealt with by the Chairman in this way, aside from receiving the complaint and providing information, comes at the con-

merie. Une plainte touchant sa conduite alléguée, qu'elle ait été déposée par un membre du public en conformité avec l'article 45.35 ou portée par le président en vertu de l'article 45.37, ou qu'il s'agisse d'une plainte sur laquelle le président enquête ou à l'égard de laquelle il convoque une audience parce qu'il estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte (article 45.43), inclut une plainte concernant le commissaire à titre de «membre», sauf si le contexte et la Loi dans son ensemble exigent clairement que soit donné au mot «membre» un sens qui exclut la possibilité qu'une plainte concernant sa conduite puisse être l'objet d'une enquête. À mon avis, le contexte et la Loi n'exigent pas cela. Ses rôles importants par rapport à divers processus prévus par la Loi, en matière de gestion, de mesures disciplinaires, de renvoi et de rétrogradation, et même son rôle important au niveau de la gestion du processus interne de règlement des plaintes du public, n'exigent pas qu'il soit exclu du champ d'application des mots «un membre» employés relativement aux plaintes du public, ni ne permettent d'inférer que le législateur avait l'intention de l'en exclure.

Le rôle du commissaire dans la gestion, au sein de la Gendarmerie, du processus de règlement des plaintes du public, si important soit-il, ne nous autorise pas à conclure que le législateur voulait que les plaintes concernant sa conduite soient soustraites au pouvoir d'enquêter de la Commission. Pour la plupart, ses fonctions relativement au processus peuvent être, et sont sans aucun doute, déléguées à d'autres membres. Si une plainte concernant sa conduite est soumise à la Gendarmerie sans que l'article 45.43 ait été invoqué, et qu'il soit le moins avéré que la plainte n'est pas frivole, il se peut qu'elle doive être renvoyée à la Commission afin que le président détermine s'il est dans l'intérêt public qu'il enquête sur celle-ci ou que la Commission tiennne une audience pour enquêter sur celle-ci.

Si le président décide qu'il y a lieu, dans l'intérêt public, qu'il tiennne une enquête ou qu'une audience par la Commission soit convoquée, il ressort clairement du paragraphe 45.43(2) que tout examen de la plainte par la Gendarmerie est sans importance. Quand le président agit de la sorte, le seul rôle que la Loi attribue au commissaire, en plus de recevoir la plainte et de fournir des renseignements, c'est l'obli-

clusion of the investigation when the Chairman or the Commission submits its report to the Commissioner and the Minister, to which the Commissioner then has a duty to respond (subsections 45.45(14), 45.46(1) and (2)).

The Commissioner's ultimate involvement in reviewing a report from the Commission or its Chairman, in considering what, if any, action should be taken upon it and reporting to the Commission and the Minister, does not in itself mean that his conduct was intended to be beyond the scrutiny of the Commission in dealing with public complaints. Ultimately the responsibility for management of the Force, even in this regard, is his, subject to the direction of the Minister. The Chairman and the Commission play the role of ombudsman, with ultimate authority to report publicly on their work in dealing with complaints. The Chairman and the Commission report to the Commissioner and the Minister on particular complaints, and publicly on their work in general. The Commission has no executory authority except in relation to investigation and reporting on complaints from the public.

The Commissioner has the same obligations to meet the standards established for conduct of "every member" under section 37 of [as am. *idem*] the Act including the responsibility "to respect the rights of all persons; [. . .] to maintain the integrity of the law, law enforcement and the administration of justice; . . . to ensure that any improper or unlawful conduct of any member is not concealed or permitted to continue; to be incorruptible, never accepting or seeking special privilege in the performance of . . . duties" (paragraphs 37(a), (b), (e), (f)). Having created a Public Complaints Commission to consider public complaints against the conduct of members of the Force, complaints which, if justified, may ultimately reflect inability to meet the standards established by the Act and regulations, it would be for Parliament to exclude, expressly or in a manner not open to doubt, the conduct of the Commissioner or any other member of the Force from the authority of that Commission. To infer that the Commissioner's conduct is excluded, where the words of the Act do not say so and the context, in my view, does not require it, creates the anomalous result that only the person at the head of the Force, the Commissioner, of all serving

gation de répondre au rapport que le président ou la Commission lui transmet ou transmet au ministre au terme de l'enquête ou de l'audience (paragraphes 45.45(14), 45.46(1) et (2)).

a

La participation du commissaire, en bout de ligne, lorsqu'il révisé un rapport de la Commission ou de son président, lorsqu'il décide des mesures à prendre, s'il en est, et qu'il en avise la Commission et le ministre, ne signifie pas en soi qu'on entendait que sa conduite ne puisse être l'objet d'une enquête de la Commission à la suite de plaintes du public. En fin de compte, il lui incombe de diriger la Gendarmerie, même sous cet aspect, sous la direction du ministre. Le président et la Commission jouent le rôle d'ombudsman et sont, fondamentalement, investis du pouvoir de présenter un rapport d'activité public relativement aux plaintes. Le président et la Commission transmettent un rapport au commissaire et au ministre au sujet des plaintes déposées et présente un rapport public au sujet de leur travail en général. La Commission n'a aucun pouvoir d'exécution sauf quant aux enquêtes et aux rapports sur les plaintes du public.

b

c

d

e

Le commissaire a les mêmes obligations que «chaque membre» pour ce qui est de respecter les normes établies à l'article 37 de la Loi à l'égard de sa conduite, dont celle «de respecter les droits de toutes personnes; [. . .] de maintenir l'intégrité du droit et de son application ainsi que de l'administration de la justice; [. . .] de veiller à ce que l'inconduite des membres ne soit pas cachée ou ne se répète pas; [. . .] d'être incorruptible, de ne pas rechercher ni accepter des avantages particuliers dans l'exercice de ses fonctions» (alinéas 37a), b), e) et f)). Puisque c'est le législateur qui a créé une Commission des plaintes du public, chargée d'examiner les plaintes du public contre la conduite des membres de la Gendarmerie, lesquelles, si elles sont fondées, peuvent en fin de compte refléter l'incapacité de respecter les normes établies dans la Loi et le règlement, c'est au législateur qu'il appartient de soustraire, expressément ou d'une manière qui ne laisse planer aucun doute, la conduite du commissaire ou de tout autre membre de la Gendarmerie au pouvoir de cette Commission. Inférer que la conduite du commissaire est exclue, alors que le texte de la Loi ne le dit pas et que le contexte, à mon avis, ne l'exige pas, aboutit au résul-

f

g

h

i

j

members of the RCMP, would be excluded from the Commission's scrutiny where there is a complaint by a member of the public about his conduct in performance of his duties. While he may also be accountable for his conduct in other forums, it seems to me his exclusion from scrutiny by the Commission would render the Public Complaints Commission's role less valuable for the primary purpose for which it was created.

That purpose, as articulated by Mr. Justice MacGuigan J.A. and noted earlier, was to provide for objective, open and fair handling of complaints against RCMP members in a manner which will command public confidence, supporting and furthering the work of the RCMP and adequately preserving the delicate balance between the protection of the rights of the public, from having its complaints investigated privately, and the rights of individual members of the RCMP.

It seems to me that in connection with this purpose, section 45.43 plays a critical role, for the work of the Commission and its Chairman are reported upon publicly and hearings conducted under its aegis are public, unlike the internal processes of the Force for dealing with discipline or grievances or public complaints, which are not public processes. Under the Act it is for the Chairman to determine whether, in the public interest, a complaint should be investigated by him or be subject to a hearing by the Commission. If that authority does not comprehend a complaint about the conduct of the Commissioner, as the Attorney General urges, in my view this would seriously undermine the public confidence in the process of the Commission and indeed in the RCMP itself. I do not agree with the submission of the Attorney General that excluding the Commissioner from scrutiny under the public complaint process will not adversely affect that process. Moreover, when leaders are not subject to the same public review of complaints about their conduct as those they lead, not only is public confidence undermined but confidence in their leadership on the part of those they lead will suffer.

tat anormal que seul le chef de la Gendarmerie, le commissaire, parmi tous les membres de la GRC en activité de service, serait soustrait au pouvoir de la Commission d'enquêter sur une plainte déposée par un membre du public concernant sa conduite dans l'exercice de ses fonctions. Certes, il doit rendre compte de sa conduite à d'autres autorités, mais il me semble qu'en le faisant ainsi échapper à l'enquête menée par la Commission, on diminue la valeur du rôle de la Commission des plaintes du public en ce qui a trait à l'objectif principal que visait sa création.

Cet objectif, comme l'a décrit le juge MacGuigan, J.C.A., dans le passage précité, était de traiter de façon objective, ouverte et juste les plaintes formulées contre des agents de la GRC, et mériter ainsi la confiance de la population, et d'aider la GRC dans son travail tout en préservant le délicat équilibre entre la protection du public contre la tenue d'enquêtes secrètes sur ses plaintes et la protection des membres de la GRC.

Il me semble que, pour ce qui est de cet objectif, l'article 45.43 joue un rôle critique, car l'activité de la Commission et de son président fait l'objet de rapports publics et les audiences tenues sous son égide sont publiques, par contraste avec les processus internes de la Gendarmerie relatifs à la discipline et au règlement des griefs ou des plaintes du public, qui ne sont pas publics. Sous le régime de la Loi, il revient au président de décider si, dans l'intérêt public, il doit enquêter sur une plainte ou convoquer une audience de la Commission. Si ce pouvoir ne s'étendait pas aux plaintes concernant la conduite du commissaire, comme le soutient le procureur général, cela minerait sérieusement la confiance du public dans la procédure suivie par la Commission, voire dans la GRC elle-même. Je ne souscris pas à l'argument du procureur général selon lequel, en soustrayant le commissaire à la procédure de règlement des plaintes du public, on ne porte pas atteinte à cette procédure. Au surplus, quand les dirigeants ne sont pas soumis au même mécanisme public de règlement des plaintes concernant leur conduite que ceux qu'ils dirigent, non seulement cela mine la confiance du public, mais encore cela bat en brèche la confiance qu'ont, dans leur leadership, ceux qu'ils dirigent.



I conclude that the statutory meaning of the word "member" in Part VII of the Act as including the Commissioner, is supported by the purposes of Parts VI and VII of the Act, and complaints about his alleged conduct, from a member of the public or initiated by the Chairman, are within the jurisdiction of the Commission.

For the Commission it was argued that inclusion of the Commissioner's conduct within the authority of the Commission to investigate is consistent with what was described as the evolving principles of accountability under the rule of law demonstrated by judicial decisions, particularly of the Supreme Court of Canada, in recent years. Public accountability, it is urged, helps to ensure that those persons holding public office exercise the significant powers reposed in them in a manner which accords with the rule of law and commands public respect for the integrity of our system of justice. In this vein, it is said that decisions of the Supreme Court have refused to recognize claims of immunity asserted by persons who occupy special office or exercise special powers. The decisions referred to were in relation to disparate issues: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, dealing with a claim of a provincial premier and attorney general to unrestricted discretion concerning the administration of a provincial statute; *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686 which held a provincial premier to be a compellable witness to testify and produce documents in proceedings of a federal trade practices tribunal; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441 where the Court declined to accept that all Cabinet decisions were beyond the scope of judicial review; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637 which held that a claimed Crown privilege does not protect all Cabinet documents from production in a civil action; and *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, which held a provincial attorney general and Crown attorneys did not have absolute immunity from civil suit for malicious prosecution.

The cases cited do not, of course, answer the question for determination here, though it is clear my

Je conclus que le mot «membre», utilisé à la partie VII de la Loi, s'entend du commissaire; cette conclusion repose sur les objectifs des parties VI et VII de la Loi. Les plaintes concernant sa conduite alléguée, déposées par un membre du public ou portées par le président, relèvent de la compétence de la Commission.

Au nom de la Commission, on a affirmé qu'interpréter le pouvoir d'enquêter de la Commission comme s'étendant à la conduite du commissaire est conforme à ce qu'on a appelé l'évolution, fondée sur la primauté du droit, des principes en matière de responsabilité, telle qu'elle se dégage de la jurisprudence, en particulier des arrêts de la Cour suprême depuis quelques années. La responsabilité publique, soutient-on, contribue à faire en sorte que les titulaires de charges publiques exercent les pouvoirs importants dont ils sont investis d'une manière qui soit conforme à la primauté du droit et qui permette de gagner la confiance du public dans l'intégrité de notre système judiciaire. Dans cet esprit, on dit que la Cour suprême a refusé, dans certains arrêts, de faire droit à la revendication de l'immunité par des titulaires de charges ou de pouvoirs spéciaux. Les arrêts cités portaient sur diverses questions: arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, traitant du pouvoir discrétionnaire, illimité, que revendiquait le premier ministre et procureur général pour l'application d'une loi provinciale; arrêt *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686, qui a décidé que le premier ministre d'une province pouvait être contraint à témoigner et à produire des documents dans une instance devant un tribunal fédéral des pratiques restrictives du commerce; arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, dans lequel la Cour a refusé d'accepter que toutes les décisions du Cabinet échappaient au pouvoir de contrôle judiciaire; arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, selon lequel un privilège de la Couronne invoqué ne protège pas tous les documents du Cabinet contre la production dans une action au civil; arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, selon lequel un procureur général provincial et les procureurs de la Couronne ne jouissent pas de l'immunité absolue contre les actions au civil pour poursuites abusives.

Les arrêts cités n'apportent, bien sûr, pas de solution à la question à trancher en l'espèce, quoique ma

answer to question 1 of the stated case is consistent with the application of the general principle said to underline these decisions. While the argument against inclusion in the Commission's authority of complaints about the Commissioner's conduct is not expressed in terms of claiming immunity from the application of the law, the effect of the interpretation urged by the Attorney General would produce a similar result. Such a result is not warranted unless it is clear that the intent of Parliament is to exclude the Commissioner's conduct from investigation by the Commission or its Chairman. That intent is not here expressed, and I find it is not clearly implied from Part VII of the Act, in the words used, in the context of Part VII, within the Act as a whole, and from the purposes of Parts VI and VII.

In my view, the answer to question 1 of the stated case is yes. The Commission has jurisdiction to entertain the Inkster Complaint.

Jurisdiction of the Commission to consider a complaint concerning conduct of a person who retires or ceases to be appointed under the Act before initiation of the complaint, or after it is initiated but before the complaint is resolved: question 2(i), the Jensen complaint, and question 2(ii)

I commence consideration of both questions 2(i) and 2(ii) in the stated case together. Though they deal with different circumstances, for the Attorney General it is submitted both should be answered in the negative and for the Commission it is submitted both should be answered in the affirmative. Counsel for Mr. Jensen, whose intervention was directed to the issue of the Commission's jurisdiction in regard to a complaint concerning conduct of a member who has ceased to be a member or appointed under the Act prior to the initiation of the complaint, supported the position of the Attorney General, that question 2(i) be answered in the negative, but for somewhat different reasons.

In dealing with these two questions the positions of the Commission and the Attorney General are the reverse of the positions adopted in regard to question

réponse à la première question du mémoire spécial soit compatible avec l'application du principe général qui sous-tendrait ces arrêts. Certes, l'argument que les plaintes concernant la conduite du commissaire ne relèvent pas de la compétence de la Commission n'est pas fondé sur la notion d'immunité à l'égard de l'application de la loi, mais l'interprétation préconisée par le procureur général aurait le même effet. Or, un tel résultat n'est pas justifié sauf s'il est clair que le législateur avait l'intention de soustraire la conduite du commissaire au pouvoir d'enquêter de la Commission ou de son président. Il n'a pas exprimé cette intention dans le cas présent et je conclus que celle-ci n'est pas clairement implicite dans la partie VII de la Loi, dans les mots employés, dans le contexte de la partie VII, dans la Loi dans son ensemble, ni dans les objectifs des parties VI et VII.

À mon avis, il faut répondre par l'affirmative à la première question du mémoire spécial. La Commission est compétente pour connaître de la plainte concernant Inkster.

Compétence de la Commission à l'égard d'une plainte concernant la conduite d'une personne qui prend sa retraite ou cesse d'être une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi avant le dépôt de la plainte, ou après le dépôt de celle-ci mais avant son règlement: question 2(i), la plainte concernant Jensen, et question 2(ii)

J'étudie les questions 2(i) et 2(ii) du mémoire spécial ensemble. Bien qu'elles portent sur des situations différentes, on soutient au nom du procureur général qu'il convient de répondre à toutes deux par la négative et, au nom de la Commission, qu'il faut répondre à toutes deux par l'affirmative. L'avocat de M. Jensen, dont l'intervention avait pour objet la question de la compétence de la Commission pour entendre les plaintes concernant la conduite d'un membre qui a pris sa retraite ou qui n'est plus une personne nommée sous le régime de la Loi avant le dépôt de la plainte, a appuyé la thèse du procureur général selon laquelle il y a lieu de répondre à la question 2(i) par la négative, mais pour des motifs un peu différents.

À propos de ces deux questions, les positions prises par la Commission et par le procureur général sont l'inverse de celles qu'ils ont défendues dans le

1, at least in relation to their reliance upon the statutory meaning to be ascribed to the words of the Act used in sections 45.35, 45.37 and 45.43 concerning a complaint. The Attorney General here relies upon the statutory definition of "member" while the Commission urges that the statutory definition has application only with relation to the time of events giving rise to a complaint. The words used in the sections referred to are that a complaint be "concerning the conduct, in the performance of any duty or function under this Act, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act".

It is submitted for the Attorney General that for both circumstances set out in questions 2(i) and 2(ii) the statutory definition of "member" clearly means that the public complaints process only applies to complaints concerning serving members of the Force and has no application to complaints concerning persons who have retired from and are not thereafter members of the RCMP. The statutory language relied upon includes the full definition of "member" in subsection 2(1), particularly paragraph (b) of that definition. As we have seen a member is any person

2. . . .

(a) who has been appointed as an officer or other member of the Force . . . and

(b) who has not been dismissed or discharged from the Force as provided in this Act, the regulations or the Commissioner's standing orders;

The Act also provides in section 21 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 12] that the Governor in Council may make regulations respecting the administrative discharge of members (paragraph 21(1)(a)) and that subject to the Act and regulations the Commissioner may make rules respecting the administrative discharge of members (paragraph 21(2)(a)). Under the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988* [SOR/88-36] section 19 provides for administrative discharge as follows:

19. A member, other than an officer, may be discharged from the Force, and it may be recommended that an officer be discharged from the Force, on any of the following grounds, namely,

cas de la première question, du moins en ce qui concerne le sens qu'ils donnent aux mots utilisés aux articles 45.35, 45.37 et 45.43 de la Loi relativement à une plainte. Le procureur général s'appuie dans ce cas-ci sur la définition donnée au mot «membre» dans la Loi, tandis que la Commission fait valoir que cette définition ne s'applique qu'au regard du moment précis où s'est produit le fait générateur de la plainte. Les mots employés dans ces articles sont les suivants: «concernant la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de celle-ci».

On soutient au nom du procureur général qu'à l'égard des deux situations visées aux questions 2(i) et 2(ii), la définition du mot «membre» donnée dans la Loi signifie clairement que la procédure de règlement des plaintes du public ne s'applique qu'aux plaintes concernant les membres de la Gendarmerie en activité de service et ne s'applique pas aux plaintes concernant les personnes qui ont pris leur retraite et ne sont plus membres de la GRC. Le texte de la Loi sur lequel on se fonde comprend la définition complète du mot «membre» au paragraphe 2(1), en particulier l'alinéa b) de la définition. Je répète qu'un membre s'entend d'une personne

f 2. . . .

a) . . . nommée en qualité d'officier ou à tout autre titre [ . . . ]

b) . . . non congédiée ni renvoyée de la Gendarmerie dans les conditions prévues à la présente loi, à ses règlements ou aux consignes du commissaire.

Aux termes de l'article 21 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 12] de la Loi, le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant le renvoi, par mesure administrative, des membres (alinéa 21(1)a)) et, sous réserve des autres dispositions de la Loi et de ses règlements, le commissaire peut établir des règles concernant le renvoi, par mesure administrative, des membres (alinéa 21(2)a)). L'article 19 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)* [DORS/88-36] traite du renvoi par mesure administrative:

19. Le membre autre qu'un officier peut être renvoyé de la Gendarmerie, et l'officier peut faire l'objet d'une recommandation de renvoi de la Gendarmerie, pour l'un des motifs suivants:

- (a) physical or mental disability;
- (b) the serving of a term of imprisonment for an offence imposed by a court in or outside of Canada;
- (c) the promotion of economy and efficiency in the Force;
- (d) voluntary retirement;
- (e) resignation;
- (f) abandonment of post;
- (g) the reaching of retirement age;
- (h) death; or
- (i) irregular appointment.

In relation to certain of those grounds other regulations provide processes for voluntary retirement upon qualifying for pension benefits, for resignation upon acceptance of that intent by the Commissioner, and for discharge upon the death of a member. The Act also provides in section 45.28, in connection with formal disciplinary proceedings, that a discharge and demotion board may offer a member, against whom a ground of unsuitability has been established, the opportunity of resigning from the Force. Resignation, in this as in other cases, would be subject to approval by the Commissioner under the regulations.

These statutory provisions and the Supreme Court of Canada decision in *Maurice v. Priel*, [1989] 1 S.C.R. 1023, it is submitted, clearly indicate that the Public Complaints Commission has no authority to deal with a complaint concerning the conduct of a member who has retired and who is not a member of the Force in either of the circumstances set out in questions 2(i) and (ii).

For the Commission it is urged that in both cases the authority of the Commission to deal with a complaint should be upheld, essentially on the ground that in light of the purposes of Parts VI and VII of the Act there is reason to construe the words used in the statute as meaning that the time of events giving rise to the complaint, the only time of significance to the complainant, is the only time when membership in the Force is relevant. If a member subsequently retires or otherwise leaves the Force, even before the complaint arising from those events is initiated, the Commission should retain jurisdiction to deal with the matter if the purposes for which it was created are to be served, that is, an opportunity for an independent, open process of review of complaints from the

- a) incapacité physique ou mentale;
- b) incarcération par suite d'une sentence imposée par un tribunal canadien ou étranger;
- c) mesure d'économie ou d'efficacité de la Gendarmerie;
- a d) retraite volontaire;
- e) démission;
- f) abandon de poste;
- g) atteinte de l'âge de la retraite;
- h) décès;
- b i) nomination irrégulière.

Relativement à certains de ces motifs, d'autres dispositions du Règlement portent sur les mécanismes régissant la retraite volontaire du membre qui a droit à une pension de retraite, la démission du membre, sur avis accepté par le commissaire, et le renvoi en cas de décès. L'article 45.28 de la Loi dispose, au sujet des mesures disciplinaires graves, que la commission de licenciement et de rétrogradation peut offrir au membre contre qui un motif d'inaptitude a été établi la possibilité de démissionner de la Gendarmerie. La démission, dans ce cas comme dans les autres, devrait être acceptée par le commissaire conformément au Règlement.

Ces dispositions de la Loi et du Règlement, ainsi que l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Maurice c. Priel*, [1989] 1 R.C.S. 1023, soutient-on, indiquent clairement que la Commission des plaintes du public n'est pas compétente pour entendre une plainte concernant la conduite d'un membre qui a pris sa retraite et qui n'est pas un membre de la Gendarmerie dans l'un et l'autre des cas prévus dans les questions 2(i) et (ii).

On fait valoir au nom de la Commission que, dans les deux cas, il convient de confirmer la compétence de la Commission pour connaître d'une plainte, essentiellement parce qu'étant donné les objectifs des parties VI et VII de la Loi, il est légitime d'interpréter les mots employés dans la Loi comme signifiant que le moment où se sont produits les faits générateurs de la plainte, le seul qui présente de l'importance pour le plaignant, est le seul moment où le statut de membre de la Gendarmerie est pertinent. Si un membre prend sa retraite ou cesse d'être membre de la Gendarmerie, même avant le dépôt de la plainte découlant de ces faits, la Commission doit rester compétente pour connaître de l'affaire si l'on veut atteindre les objectifs pour lesquels elle a été créée, c'est-à-dire un examen

public. Moreover, it is urged that in the course of investigation and review of complaints, the interests of the Force may be significant, more so even than those of the parties involved, wherever administrative or other processes of the Force are considered in relation to a complaint.

In my view, the last argument, emphasizing the possibility of benefits to the Force from an investigation which may inevitably involve consideration of administrative or other processes, is collateral to the purposes of the public complaint process. That process is to investigate and report upon complaints about conduct of particular members or others employed under the Act. Moreover, any complaint, even if it not be considered a formal public complaint clearly included within Part VII, may lead to administrative reviews within the RCMP. That is where responsibility for administrative policies and general practices of the Force rests.

For Mr. Jensen, counsel relied in part upon the same argument as the Attorney General concerning the meaning of the statutory language here used, in particular the definition of "member", excluding those discharged from the Force, as Mr. Jensen was, upon his retirement in the normal process. Here there was no question of his separation from the RCMP to avoid an inquiry by the Commission. Voluntary withdrawal from membership after an investigation has begun is not here in issue.

Counsel for Mr. Jensen also urged that an interpretation of the Act which would include within the Commission's jurisdiction the Jensen complaint, which was initiated after Mr. Jensen's retirement in the normal course, would result in discrimination, contrary to section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which guarantees equality before the law. It was urged that if complaints concerning the conduct of a member could be considered even where the member had retired before initiation of the complaint, this would create inequalities between classes of retired members of the Force. Those who retired before Part VII came into force in

impartial, ouvert, des plaintes du public. Au surplus, on fait valoir que, dans le cadre des enquêtes sur les plaintes, les intérêts de la Gendarmerie peuvent être importants, même encore plus que ceux des parties en cause, chaque fois que des processus administratifs ou autres de la Gendarmerie sont pris en considération au regard d'une plainte.

À mon avis, le dernier argument, qui met en lumière la possibilité que la Gendarmerie puisse retirer des avantages d'une enquête qui supposera inévitablement la prise en compte de processus administratifs ou autres, se rattache aux objectifs de la procédure de règlement des plaintes du public. Celle-ci comporte une enquête et des rapports sur les plaintes concernant la conduite de membres ou d'autres personnes employées sous le régime de la Loi. Par surcroît, toute plainte, même si elle n'est pas tenue pour une plainte officielle du public clairement visée à la partie VII, peut conduire à des enquêtes administratives au sein de la GRC. Cela ressortit à la responsabilité de la Gendarmerie au chapitre des politiques administratives et des pratiques générales.

L'avocat de M. Jensen a invoqué en partie le même argument que le procureur général au sujet de la signification du texte de la Loi en l'occurrence, en particulier la définition du mot «membre», qui exclurait ceux qui ont été renvoyés de la Gendarmerie, comme l'a été M. Jensen, au moment où il a pris sa retraite suivant le processus normal. En l'espèce, il n'est pas question que sa cessation d'emploi à la GRC ait eu pour but d'éviter une enquête menée par la Commission. Il ne s'agit pas d'un cas de départ volontaire après le début d'une enquête.

L'avocat de M. Jensen a aussi fait valoir qu'interpréter la Loi d'une façon qui rende la Commission compétente pour connaître de la plainte concernant Jensen, qui a été déposée après qu'il eut normalement pris sa retraite, entraînerait une discrimination interdite par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantit l'égalité devant la loi. D'après lui, si les plaintes concernant la conduite d'un membre pouvaient être examinées même quand il a pris sa retraite avant le dépôt des plaintes, cela créerait des inégalités entre des catégories de membres retraités. Ceux qui ont pris leur retraite avant l'entrée en vigueur de la partie VII, en 1988, ne

1988 would not be subject to scrutiny for alleged conduct while in the RCMP (*Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re)*, *supra*) while those who retired thereafter would be so subject. Even if this were the result, I am not persuaded that this would constitute discrimination contrary to section 15 of the Charter in terms of the test set out by Mr. Justice McIntyre in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, a test which has come to be the standard for considering issues concerning alleged breaches of section 15. That section does not assist in answering the questions here posed.

Another issue raised by counsel for Mr. Jensen concerns what he described as the equities of the case, urging that the purposes of the public complaints process had already been met by the hearing before His Honour Judge Fontana in the criminal prosecution of Mr. Small and others. Finally it was urged that the complainant in this case, Mr. Colford, had no personal interest affected by the conduct alleged; he had no civil remedy at law and ought not to be able to raise matters by the public complaint process that he could not raise through civil judicial processes. The last argument is without significance in light of the specific words of subsection 45.35(1) which provide "[A]ny member of the public having a complaint . . . may, whether or not that member of the public is affected by the subject-matter of the complaint, make the complaint". In view of my conclusion, it is unnecessary to deal further with these issues.

Neither the arguments of the Attorney General nor those of the Commission lead directly to the answers to the questions posed, nor do they necessarily support the same answer to both questions, as counsel urged. Answers to the questions depend not only on the definition of "member" about which there can be no real debate in regard to Mr. Jensen. Under that definition he continued to be a member of the Force until the date of his retirement in December 1989, but thereafter he was not a member. The questions here raise for determination the issue of when the status of membership in the Force, or employment under the Act, is essential for purposes of the public complaint process.

pourraient faire l'objet d'une enquête portant sur leur conduite alléguée durant leur service à la GRC (arrêt *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re)*, précité), tandis que ceux qui ont pris leur retraite plus tard, le pourraient. Même si tel était le cas, je ne suis pas persuadé que cela constituerait une discrimination interdite par l'article 15 de la Charte selon le critère énoncé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, critère qui est devenu la norme applicable aux cas de violation alléguée de l'article 15. Cet article n'est d'aucun secours pour répondre aux questions posées en l'espèce.

Une autre question soulevée par l'avocat de M. Jensen concerne ce qu'il a appelé les facteurs d'équité de l'affaire; il a fait valoir que les objectifs de la procédure de règlement des plaintes du public avaient déjà été atteints grâce à l'audience tenue devant le juge Fontana dans le cadre des poursuites pénales engagées contre M. Small et d'autres. En dernier lieu, il a fait valoir que la conduite alléguée ne portait atteinte à aucun intérêt personnel de M. Colford, plaignant en l'espèce; il ne pouvait demander aucune réparation au civil et ne devait pas être autorisé à soulever au moyen de la procédure de règlement des plaintes du public des questions qu'une action au civil ne lui permettrait pas de soulever. Le dernier argument est sans importance, étant donné le texte explicite du paragraphe 45.35(1) qui dit: «[T]out membre du public qui a un sujet de plainte . . . peut, qu'il en ait ou non subi un préjudice, déposer une plainte». Vu ma conclusion, il n'est pas nécessaire de s'arrêter davantage à ces questions.

Ni les arguments du procureur général, ni ceux de la Commission, ne nous conduisent directement aux réponses aux questions posées, et ils ne permettent pas nécessairement d'apporter la même solution aux deux questions, malgré ce qu'ont soutenu les avocats. Les réponses aux questions ne dépendent pas seulement de la définition du mot «membre», laquelle ne saurait vraiment être débattue, dans le cas de M. Jensen. Selon cette définition, il a continué d'être membre de la Gendarmerie jusqu'à la date de sa retraite en décembre 1989, mais il n'était plus membre par la suite. Les questions posées en l'espèce nous obligent à décider à quel moment le statut de membre de la Gendarmerie ou d'employé de la GRC

In the exercise of his authority under section 45.38 of the Act the Commissioner has made rules respecting public complaints in the form of standing orders (SOR/88-522) [*Commissioner's Standing Orders (Public Complaints)*], which include the following provision.

10. An investigation into a complaint shall continue to conclusion whether or not the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint resigns or terminates employment with the Force.

The Commission submits that this is indicative of a position adopted by the Commissioner himself that termination of membership or employment in the RCMP ought not to bar conclusion of investigation of a complaint about the conduct of a person who is a member or employed at the time of events giving rise to a complaint. Counsel for Mr. Jensen, on the other hand, urges that this Rule clearly implies that it is applicable only in circumstances where a complaint has been initiated and is under consideration before termination of membership.

Three cases discussed by counsel in argument provide some assistance. They are *Maurice v. Priel*, supra, *Rutherford v. The Queen* (1983), 4 C.M.A.R. 262 (C.M.A.C.), and *Samuels v. Council of College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1966), 57 W.W.R. 385 (Sask. Q.B.).

In *Maurice v. Priel* the Supreme Court dismissed an appeal from the Saskatchewan Court of Appeal [(1987) 46 D.L.R. (4th) 416] which had granted an order prohibiting a committee of the provincial law society from hearing, in disciplinary proceedings, complaints concerning the conduct of one who was a practising lawyer at the time of the alleged events but who had been appointed to the bench some years before the complaint was initiated. *The Legal Profession Act* of Saskatchewan [R.S.S. 1978, c. L-10] provided for review and possible hearing of "any complaint or allegation . . . which raises the suggestion that any member of the society has been guilty of conduct unbecoming a barrister and solicitor." Speaking for the majority of the Saskatchewan Court

sous le régime de la Loi est essentiel au regard des objectifs de la procédure de règlement des plaintes du public.

a En vertu du pouvoir que lui attribue l'article 45.38 de la Loi, le commissaire a établi des règles relatives aux plaintes du public sous forme d'ordres permanents (DORS/88-522) [*Ordres permanents du Commissaire (plaintes du public)*], qui renferment la disposition suivante:

b 10. Toute enquête sur une plainte doit être menée à terme, même si le membre ou l'autre personne dont la conduite fait l'objet de la plainte quitte la Gendarmerie.

c La Commission soutient que cela indique que le commissaire lui-même a adopté le point de vue selon lequel le fait que la personne visée a cessé d'être membre ou d'être employée par la GRC ne doit pas empêcher que l'enquête soit menée à bonne fin, si elle était un membre ou un employé au moment où se sont produits les faits générateurs de la plainte. L'avocat de M. Jensen, en revanche, fait valoir que cette Règle implique nettement qu'elle s'applique seulement en cas de dépôt et d'examen d'une plainte avant que la personne visée ait cessé d'être membre.

d Trois précédents cités par les avocats lors des plaidoiries nous apportent un peu d'aide. Ce sont: l'arrêt *Maurice c. Priel*, précité, l'affaire *Rutherford c. La Reine* (1983), 4 C.M.A.R. 262 (T.A.C.M.) et l'affaire *Samuels v. Council of College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1966), 57 W.W.R. 385 (B.R. Sask.).

e Dans l'arrêt *Maurice c. Priel*, la Cour suprême a rejeté le pourvoi contre le jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan [(1987) 46 D.L.R. (4th) 416] qui avait rendu une ordonnance interdisant à un comité du barreau de la province d'entendre, dans une procédure en matière disciplinaire, des plaintes concernant la conduite d'une personne qui était un avocat en exercice au moment où se sont produits les faits allégués mais qui était devenue juge quelques années avant le dépôt de la plainte. *The Legal Profession Act* de la Saskatchewan [R.S.S. 1978, ch. L-10] contenait des dispositions relatives à l'examen et à l'audition possible de [TRADUCTION] «toute plainte ou allégation . . . qui reproche à un membre du barreau une conduite indigne d'un avocat». Au nom de la

of Appeal, Bayda C.J.S. found that the Law Society did not have jurisdiction to conduct a hearing because the person in question was not a member of the society. In dissent on this issue Tallis J.A. concluded the Society did have jurisdiction, for the Act required only that the person against whom the complaint was lodged be a member at the time of the alleged misconduct. In the Supreme Court of Canada Mr. Justice Cory, construing *The Legal Profession Act* and the *Judges Act* [R.S.C. 1970, c. J-1], found that the person ceased to be a member of the Society upon his appointment to the judiciary and that upon his construction of *The Legal Profession Act*, the Society was without jurisdiction to deal with the matter. Implicitly, membership in the Society at the time the complaint was initiated was essential if the Society was to have jurisdiction over allegations of misconduct occurring at a time when the person against whom the complaint was made was a member of the Society. Speaking in relation to argument based upon the implications of the conclusion reached earlier by Tallis J.A. in his dissenting opinion, Cory J. said (at page 1032):

That argument cannot be accepted. If it were, it would mean that discipline proceedings could be instituted against deceased members or those who had been retired for many years. It was contended that if the Court did not agree with the submission "once a member always a member" it could lead to abuses as members could resign from the Law Society just before discipline hearings were commenced. In light of the determination that a judge is not a member of the Law Society of Saskatchewan, it is not necessary to deal with this somewhat *in terrorem* argument. In any event, it should be noted that the Act has now been amended to provide that a member cannot resign from the Law Society without approval of the Benchers.

For the Commission it is urged that *Maurice v. Priel* is distinguishable in that the case involved legislation with the purpose of imposing discipline and penalties on members found guilty of misconduct, that the Act was concerned with future conduct to be limited by those penalties and that it was primarily concerned with persons and not with misconduct. Here it is said the legislation provides no executory power to impose penalties by the Commission, which serves solely as an advisory body, to investigate and report, and which is concerned only with past con-

majorité des juges de la Cour d'appel de la Saskatchewan, le juge en chef Bayda a conclu que la *Law Society* n'avait pas compétence pour tenir une audition puisque la personne en cause n'était pas membre de ladite *Society*. Dissident sur ce point, le juge Tallis, J.C.A. a décidé que la *Society* avait compétence parce que la Loi exigeait seulement que la personne contre qui la plainte est portée soit un membre de la *Law Society* à l'époque de l'inconduite alléguée. Interprétant *The Legal Profession Act* et la *Loi sur les juges* [S.R.C. 1970, ch. J-1], le juge Cory de la Cour suprême du Canada a conclu que la personne cessait d'être membre de la *Law Society* lors de sa nomination à la magistrature et que, selon son interprétation de *The Legal Profession Act*, la *Society* n'était pas compétente pour entendre l'affaire. Implicitement, le fait d'avoir fait partie de la *Society* au moment où la plainte a été déposée était essentiel pour conférer à la *Society* compétence à l'égard de l'inconduite dont la personne qui fait l'objet de la plainte aurait fait preuve pendant qu'elle était membre de la *Society*. Au sujet de l'argument fondé sur les conséquences de la conclusion du juge Tallis, J.C.A., dissident, le juge Cory a dit ce qui suit (à la page 1032):

Cet argument ne saurait être accepté. S'il en était ainsi, il s'en suivrait qu'il serait possible d'engager des procédures disciplinaires contre des membres décédés ou qui sont à la retraite depuis plusieurs années. On a soutenu que si la Cour devait rejeter l'argument «membre un jour, membre toujours», cela pourrait mener à des abus puisque quelqu'un pourrait démissionner comme membre de la *Law Society* juste avant une audition en matière de discipline. Vu la conclusion qu'un juge n'est pas membre de la *Law Society* of Saskatchewan, il n'est pas nécessaire de traiter cet argument quelque peu fondé sur la crainte. De toute façon, il convient de souligner que la Loi a été modifiée de manière à ce qu'une personne ne puisse démissionner comme membre de la *Law Society* sans l'autorisation de son conseil.

Au nom de la Commission, on fait valoir qu'il convient d'établir une distinction d'avec l'arrêt *Maurice c. Priel* puisque cette affaire-là portait sur une loi dont l'objet était l'imposition de sanctions disciplinaires à des membres déclarés coupables d'inconduite, que la Loi concernait la conduite future que les sanctions visaient à limiter et qu'elle concernait d'abord les personnes et non l'inconduite. On affirme qu'en l'espèce, la législation n'attribue à la Commission aucun pouvoir d'imposer des sanctions, celle-ci étant un organisme consultatif, chargé d'enquêter et



duct alleged, not with remedies, penalties, persons or future conduct. In my view, the distinction is too finely drawn. It is true the Commission's authority is to report with recommendations as it sees fit, not to impose penalties or sanctions. Yet the purpose of the Public Complaints Commission is to address complaints from the public about conduct of persons with a view to ultimate resolution of the complaints. Inevitably, resolution in many well-founded cases may ultimately result in apologies which reflect adversely upon some members of the Force, or there may be disciplinary proceedings within the RCMP's own processes, or even criminal or civil actions. The fact that the ultimate result is not finally determined by the Commission does not mean that its investigations and reports are not a significant part of the process of addressing well-founded complaints. Surely it was not intended by Parliament that the elaborate arrangements for dealing with public complaints would simply result in a public report. That report and the Commission's value lie in the inherent ability of what is said to persuade those with ongoing administrative responsibilities to act to redress well-founded complaints.

In connection with his Charter argument, counsel for Mr. Jensen referred to *Rutherford v. The Queen*, *supra*, a decision of the Court Martial Appeal Court in which President Mahoney, for the majority of the Court, allowed an appeal from conviction by a disciplinary court martial on several charges under the *National Defence Act* [R.S.C. 1970, c. N-4] which were initiated some months after the accused was released from the armed services. All of the charges arose out of his alleged conduct while he was serving in the Armed Forces. At the time of the alleged offences he was subject to the Code of Service Discipline under subsection 55(1) of the *National Defence Act*, but he was not at the time he was charged and tried except for subsection 55(2) of that Act. This provided that a person subject to the Code of Service Discipline at the time of alleged commission by him of a service offence continues to be liable to be charged, dealt with and tried under that Code notwithstanding he may have, since the commission of the offence, ceased to be subject to the Code. Consti-

de faire rapport, et dont les attributions n'intéressent que les allégations touchant la conduite passée et non la réparation, les sanctions, les personnes ou la conduite future. À mon avis, cette distinction est trop subtile. Il est vrai que les fonctions de la Commission consistent à transmettre un rapport énonçant les recommandations qu'elle estime indiquées, et non pas à imposer des sanctions. Pourtant, l'objet de la Commission des plaintes du public est d'examiner et de régler les plaintes du public concernant la conduite de certaines personnes. Inévitablement, le règlement dans bien des cas où la plainte est fondée peut aboutir à des excuses qui font tort à certains membres de la Gendarmerie ou donner lieu à des procédures disciplinaires régies par les mécanismes internes de la GRC, voire à des poursuites au pénal ou au civil. Le fait que le résultat en bout de ligne n'est pas décidé par la Commission ne signifie pas que ses enquêtes et ses rapports ne représentent pas un élément important du processus de règlement des plaintes fondées. Le législateur n'a certainement pas voulu que les mécanismes complexes de règlement des plaintes du public n'aient pour aboutissement qu'un rapport public. La valeur de ce rapport et de la Commission réside dans la capacité inhérente de ce qui y est dit en vue de persuader les titulaires de fonctions administratives d'agir pour donner suite aux plaintes fondées.

Par rapport à son argument fondé sur la Charte, l'avocat de M. Jensen s'est référé à l'affaire *Rutherford c. La Reine*, précitée; il s'agit d'une décision de la Cour d'appel des cours martiales dans laquelle le président Mahoney, au nom de la majorité, a fait droit à un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale disciplinaire à l'égard de plusieurs chefs portés en conformité avec la *Loi sur la défense nationale* [S.R.C. 1970, ch. N-4], plusieurs mois après que l'accusé eut été libéré des forces armées. Toutes les accusations se rapportaient à sa conduite alléguée au moment où il était en activité de service. Au moment où il aurait perpétré les infractions, il était justiciable du Code de discipline militaire en vertu du paragraphe 55(1) de la *Loi sur la défense nationale*, mais il ne l'aurait pas été au moment où il a été accusé et jugé, n'eût été le paragraphe 55(2) de cette Loi. Aux termes de ce paragraphe, quiconque était justiciable du Code de discipline militaire au moment où il aurait commis une infraction d'ordre militaire peut être accusé, pour-

tutional issues were there raised in light of section 15 and paragraph 11(f) of the then new Charter, which became law only in the year before the decision was rendered. In this case three of the charges related to offences under the Code of Service Discipline which were not offences cognizable by a civil court, and the other two involved offences which were matters for criminal prosecution if committed outside the military service, and there a right to trial by jury was secured by paragraph 11(f) of the Charter. Mahoney P. construed subsection 55(2) as requiring demonstration that application of military law to a civilian is necessary in order to avoid adverse effect upon the general standard of discipline and efficiency of the military service, which was not established in that case. Of course, this case is not directly relevant, but it is an illustration of the principle applied in *Maurice*, that jurisdiction of a special statutory tribunal in relation to discipline matters, concerning alleged misconduct of a member of a group subject to the tribunal's jurisdiction, requires membership in the group not only when the alleged misconduct is said to have occurred but also at the time the complaint is initiated.

suivi et jugé pour cette infraction sous le régime de ce Code, même s'il a cessé, depuis que l'infraction a été commise, d'en être justiciable. Des questions constitutionnelles ont été soulevées dans cette affaire au regard de l'article 15 et de l'alinéa 11f) de la Charte, laquelle venait d'entrer en vigueur, un an seulement avant que la décision soit rendue. Dans cette affaire, trois des accusations se rapportaient à des infractions au code de discipline militaire qui n'étaient pas de la compétence d'un tribunal civil. Les deux autres concernaient des infractions qui sont justiciables des tribunaux criminels si elles sont perpétrées par quiconque n'appartient pas au service; elles étaient donc visées par l'alinéa 11f) de la Charte, qui garantit le droit de bénéficier d'un procès avec jury. Le président Mahoney a interprété le paragraphe 55(2) comme exigeant la preuve que l'application du droit militaire à un civil est nécessaire pour éviter une atteinte à la norme générale de discipline et à l'efficacité du service; or, cela n'a pas été prouvé dans cette affaire. Bien sûr, cette affaire n'est pas directement pertinente, mais elle illustre le principe appliqué dans l'arrêt *Maurice*, que la compétence d'attribution d'un tribunal spécialisé, en matière disciplinaire, en ce qui a trait à l'inconduite alléguée d'un membre d'un groupe relevant de la compétence du tribunal, exige que cette personne soit un membre non seulement au moment où l'inconduite alléguée se serait produite, mais encore au moment où la plainte a été déposée.

In the third case referred to by counsel, *Samuels*, *supra*, Disbery J. found that the provincial College of Physicians and Surgeons did not lose jurisdiction to hear and determine allegations of professional misconduct made against a doctor who participated with counsel in preliminary inquiries and initial hearings of the College's discipline committee, and who, having sought and been granted adjournment of the hearing in order to prepare to answer to complaints, then did not pay his annual professional fees and under the statute was required to be struck off the register of the college. This deals with circumstances analogous to those raised in question 2(ii) though, admittedly, in *Samuels* the person whose conduct was already under review, ceased to be a member by his own election in circumstances which led to the conclusion he was

Dans la troisième affaire citée par les avocats, soit l'affaire *Samuels*, précitée, le juge Disbery a conclu que le *College of Physicians and Surgeons* de la province était compétent pour entendre et juger des allégations de faute professionnelle contre un médecin qui avait participé avec un avocat aux enquêtes préliminaires et aux audiences initiales du comité de discipline de l'association et qui, après avoir demandé et obtenu l'ajournement de l'audience afin de se préparer à répondre aux plaintes, n'avait pas versé sa cotisation annuelle et avait donc dû être radié du tableau de l'ordre. Il s'agit là d'une situation analogue à celle visée à la question 2(ii), encore qu'il faille reconnaître que, dans l'affaire *Samuels*, la personne dont la conduite faisait déjà l'objet d'une enquête avait cessé d'être membre de son plein gré dans des circons-

seeking to avoid completion of the discipline proceedings.

There is a final factor I would advert to, which I draw from the decision of MacGuigan J.A. in *Royal Canadian Mounted Police Act (Can) (Re)*, *supra*. In finding that Part VII of the Act had no retrospective effect and did not apply to complaints arising from events occurring prior to that Part coming into force in 1988, a factor negating any implied Parliamentary intent that the legislation have retrospective effect was the fact that it “imposes disabilities and obligations on a new group, never before scrutinized, i.e., non-members” (at page 563). That group is the group of persons appointed or employed under the authority of the Act, in addition to members of the Force, any of whom may be responsible for conduct giving rise to a complaint from a member of the public. To find that membership in the RCMP, or appointment or employment under the Act, at the time of events giving rise to a complaint is the only time that membership is required for a complaint to be dealt with under the processes of Part VII would mean that “the disabilities and obligations” referred to by MacGuigan J.A. continue thereafter indefinitely even though there be no complaint made until after termination of membership or employment under the Act. Members and others employed with the RCMP would thus carry obligations after their service ends which have no ready counterpart for those who have left other careers in the public service. If that was intended by Parliament it would, in my view, require clear expression of such an unusual purpose. I do not consider that such a result was intended by Parliament in enacting Part VII of the Act. In my view, the underlying principle of *Maurice v. Priel*, *supra*, applies. Membership in the group subject to oversight at the time the supervising body has reason to investigate or review the conduct of a member, that is when a complaint is initiated, is essential, unless the statute creating the supervising regime is construed to provide otherwise.

tances qui donnaient à penser qu'elle cherchait à éviter que les procédures disciplinaires ne fussent menées à terme.

a Il reste un facteur auquel je ferai allusion. Je le tire des motifs du juge MacGuigan, J.C.A., dans l'affaire *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re)*, précitée. Pour conclure que la partie VI de la Loi n'avait pas d'effet rétrospectif et ne s'appliquait pas aux plaintes découlant de faits qui s'étaient produits avant l'entrée en vigueur de cette partie, en 1988, il a tenu compte d'un facteur qui interdisait de conclure que l'intention implicite du législateur était d'adopter une loi rétroactive: le fait que cette loi «impose des incapacités et des obligations à un nouveau groupe dont la conduite n'a jamais été scrutée, à savoir des personnes étrangères à la GRC» (à la page 563). Ce groupe est formé des personnes nommées ou employées sous le régime de la Loi, outre les membres de la Gendarmerie, dont l'une ou l'autre peut se voir reprocher une conduite donnant lieu à une plainte d'un membre du public. Conclure qu'il suffit, pour que la plainte soit visée par la procédure de la partie VII, que la personne qui en fait l'objet ait été membre de la GRC, ou ait été nommée ou employée sous le régime de la Loi, au moment où se sont produits les faits générateurs de la plainte, signifierait que les «incapacités et [l]es obligations» mentionnées par le juge MacGuigan, J.C.A., continuent par la suite indéfiniment, même si aucune plainte n'est déposée avant que la personne n'ait cessé d'être membre ou d'être employée sous le régime de la Loi. Les membres et les autres personnes employées par la GRC devraient, après leur départ, s'acquitter d'obligations qui n'ont pas d'équivalent manifeste pour ceux qui ont quitté d'autres postes de la fonction publique. Si telle était l'intention du législateur, il s'agit, selon moi, d'un objectif tout à fait inhabituel qu'il aurait dû exprimer clairement. J'estime que le législateur n'a pas voulu un tel résultat en édictant la partie VII de la Loi. À mon avis, le principe qui soutient l'arrêt *Maurice c. Priel*, précité, s'applique. Il est essentiel que la personne qui fait l'objet de la plainte appartienne au groupe soumis à la surveillance au moment où l'organisme qui exerce la surveillance a des raisons de mener une enquête sur sa conduite, c'est-à-dire au moment où la plainte est déposée, sauf si l'on donne une interprétation contraire à la loi qui établit le régime de surveillance.

In my view the words used in Part VII of the statute describing a complaint are to be construed consistently with what I consider the intent of Parliament, that the conduct, first, be related to the performance of duties or functions under the Act, which implicitly requires that the person whose conduct is the subject of complaint be acting under the authority of the Act, and second, that at the time the complaint is initiated the person whose conduct is the subject of complaint be a member or a person appointed or employed under the Act.

Thus, in my opinion, the words in question are to be construed as excluding from the authority of the Commission to investigate, and from the public complaint process generally, a complaint about the conduct of a person who has retired or ceased to be a member of the RCMP prior to initiation of the complaint. Since Mr. Jensen was not a member or otherwise appointed under the Act in August 1990, when the complaint about his alleged conduct was initiated, this was not a complaint within the authority of the Commission to investigate.

This does not mean that a complaint about conduct of a former member or employee will not be of interest to the RCMP itself, even if it is not required to be dealt with as a public complaint within the terms of Part VII. Such a complaint may still raise issues of serious import and of concern to the Force and the Commissioner, and if well-founded may lead to internal change, or if serious, to possible criminal prosecution or, within the applicable statute of limitations, to civil action.

I turn to the final question, that is, the jurisdiction of the Commission in relation to a complaint concerning conduct of a member or other person appointed or employed under the Act who retires from or otherwise ceases to be a member, or appointed or employed, after initiation of the complaint but prior to its resolution.

The question arising in these circumstances may be asked another way. Does the jurisdiction of the Commission to deal with a complaint terminate by

À mon avis, les mots employés dans la partie VII de la Loi relativement aux plaintes doivent être interprétés d'une manière compatible avec ce que j'estime être l'intention du législateur, c'est-à-dire que, premièrement, la conduite se rattache à l'exercice de fonctions prévues à la Loi, ce qui exige implicitement que la personne dont la conduite fait l'objet de la plainte ait agi en vertu de la Loi; deuxièmement, qu'au moment où la plainte est déposée, la personne dont la conduite fait l'objet de la plainte soit un membre ou une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi.

En conséquence, à mon avis, les mots en question doivent être interprétés comme soustrayant au pouvoir d'enquêter de la Commission et à la procédure de règlement des plaintes du public dans l'ensemble, une plainte concernant la conduite d'une personne qui a pris sa retraite ou qui a cessé d'être membre de la GRC avant le dépôt de la plainte. Comme M. Jensen n'était pas un membre ni, par ailleurs, nommé sous le régime de la Loi en août 1990, au moment où la plainte concernant sa conduite alléguée a été déposée, il ne s'agit pas d'une plainte relevant de la compétence de la Commission.

Cela ne signifie pas qu'une plainte concernant la conduite d'un ex-membre ou ex-employé n'aurait aucun intérêt pour la GRC elle-même, même si la partie VII n'exige pas qu'elle soit traitée comme une plainte du public. Une telle plainte peut tout de même soulever des questions de grande importance qui intéressent la Gendarmerie et le commissaire; si elle est fondée, elle peut entraîner des changements internes, ou si elle est grave, des poursuites au pénal ou, pourvu qu'elle ne soit pas prescrite, une action en justice.

J'arrive à la dernière question, savoir la compétence de la Commission à l'égard d'une plainte concernant la conduite d'un membre ou d'une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi qui prend sa retraite ou cesse d'être un membre ou d'être nommée ou employée après le dépôt de la plainte mais avant son règlement.

La question qui se pose en pareil cas peut être formulée autrement. La retraite ou la cessation d'emploi de la personne dont la conduite fait l'objet de la

subsequent retirement or cessation of employment of the person whose conduct has given rise to the complaint?

My answer to this question is no, even though following retirement or employment under the Act the person whose conduct is in question may be beyond the reach of internal processes of the Force. Neither voluntary nor involuntary separation from the Force terminates the jurisdiction of the Commission, unless perhaps in the case of death of the person whose conduct is in question, a circumstance upon which I do not here comment.

This finding is consistent with the result in *Samuels*, though the circumstances there were different, relating to a situation where the person concerned was considered to be withdrawing from membership to avoid disciplinary action. In my view, it is consistent with the intent of Parliament in enacting Parts VI and VII of the Act, to provide a process for dealing with public complaints including possible external review by the independent Commission. When the complaint is within its jurisdiction, the Commission should conclude its investigation and report. That role should not be terminated by change in status of the person whose conduct gives rise to the complaint. Investigations and hearings take time, certain complaints may be so serious that those whose conduct is at issue may face criminal or other proceedings which could complicate and delay investigation or hearings by the Commission. Events, unrelated to the complaint, which would in the ordinary course lead to a change in status, and severance of ties, with the Force or with employment under the Act, ought not to result in loss of the Commission's jurisdiction to deal with a complaint initiated before those events occur.

My conclusions in relation to questions 2(i) and 2(ii) are that, in a case such as that relating to Mr. Jensen, where the complaint concerns conduct of a member or person employed or appointed under the Act who retires or ceases service before a complaint is initiated, the Commission has no authority to deal with the complaint; Part VII of the Act does not

plainte met-elle fin à la compétence de la Commission pour connaître de la plainte?

a Je réponds non, quand bien même la personne dont la conduite est en cause échappe, après sa retraite ou la cessation de son emploi, aux mécanismes internes de la Gendarmerie. Ni le départ volontaire, ni le départ involontaire de la Gendarmerie ne mettent fin à la compétence de la Commission, sauf peut-être en cas de décès de la personne dont la conduite est en cause, situation au sujet de laquelle je ne ferai aucune observation.

c Cette conclusion est compatible avec le résultat de l'affaire *Samuels*, quoique les circonstances aient été différentes dans cette affaire-là, puisqu'il s'agissait d'une personne dont on a jugé qu'elle avait choisi de cesser d'être membre pour éviter des mesures disciplinaires. À mon sens, elle est compatible avec l'intention du législateur, quand il a adopté les parties VI et VII de la Loi, c'est-à-dire établir une procédure de règlement des plaintes du public qui englobe un examen externe possible par une commission indépendante. Quand la plainte est de sa compétence, la Commission doit mener son enquête à bonne fin et présenter un rapport. Le changement de statut de la personne dont la conduite fait l'objet de la plainte ne doit pas mettre fin à ce rôle. Les enquêtes et les audiences prennent du temps, certaines plaintes peuvent être tellement graves que ceux dont la conduite est en cause peuvent avoir à répondre à des accusations ou à des poursuites qui compliqueraient et retarderaient l'enquête ou l'audience de la Commission. Des faits, sans rapport avec la plainte, qui d'ordinaire provoqueraient un changement de statut et la rupture des liens avec la Gendarmerie ou la cessation de l'emploi sous le régime de la Loi, ne doivent pas priver la Commission de la compétence pour connaître d'une plainte déposée avant que ces faits ne se soient produits.

i Quant aux questions 2(i) et (ii), je conclus que, dans un cas comme celui de M. Jensen, lorsque la plainte concerne la conduite d'un membre ou d'une personne employée ou nommée sous le régime de la Loi qui prend sa retraite ou cesse d'être employée avant qu'une plainte n'ait été déposée, la Commission n'est pas habilitée à entendre la plainte; la partie

apply to it. However, once a complaint is initiated concerning the conduct of a member or person appointed or employed under the Act at the time of the complaint, as well as at the time of events giving rise to the complaint, the jurisdiction of the Commission is not terminated, and Part VII continues to apply, even if thereafter the member or other person ceases service with the RCMP before the complaint is resolved.

#### Conclusion

For the reasons set out, a judgment goes setting out the questions in the stated case and the following answers.

Question 1—the answer is Yes.

Question 2(i)—the answer is No.

Question 2(ii)—the answer is Yes.

This is not a case for the award of costs.

VII de la Loi ne s'y applique pas. Toutefois, une fois qu'une plainte a été déposée à l'égard de la conduite d'une personne qui était un membre ou une personne nommée ou employée sous le régime de la Loi au moment du dépôt de la plainte, ainsi qu'au moment où les faits générateurs de la plainte se sont produits, la compétence de la Commission ne prend pas fin et la partie VII continue de s'appliquer, même si par la suite le membre ou l'autre personne quitte la GRC avant le règlement de la plainte.

#### Conclusion

Pour les motifs énoncés aux présentes, jugement sera rendu reproduisant les questions posées dans le mémoire spécial et les réponses suivantes:

Première question—la réponse est oui.

Question 2(i)—la réponse est non.

Question 2(ii)—la réponse est oui.

Il n'y a pas d'adjudication de dépens.

T-2922-91

T-2922-91

**Ken Rubin (Applicant)****Ken Rubin (requérant)**

v.

c.

**The Clerk of the Privy Council (Respondent)****a Greffier du Conseil privé (intimé)***INDEXED AS: RUBIN v. CANADA (CLERK OF THE PRIVY COUNCIL) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: RUBIN c. CANADA (GREFFIER DU CONSEIL PRIVÉ) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Rothstein J.—Ottawa, January 13 and March 2, 1993.

Section de première instance, juge Rothstein—Ottawa, 13 janvier et 2 mars 1993.

*Access to information — Application to review refusal, pursuant to Access to Information Act, ss. 35, 16(1)(c), to disclose communications between PCO and Information Commissioner concerning earlier complaints — Neither s. 35 nor s. 16(1)(c) valid basis for refusal to disclose herein — S. 35 applies “in the course of an investigation or complaint”, not after conclusion of Commissioner’s investigation — Meaning of “representations” in s. 35 — S. 16(1)(c) not justifying confidentiality of investigative process of Information Commissioner, but confidentiality relating to records arising in individual cases.*

*Accès à l’information — Demande de révision du refus, fondé sur les art. 35, 16(1)c) de la Loi sur l’accès à l’information, de divulguer les communications échangées entre le BCP et le Commissaire à l’information concernant des plaintes antérieures — Ni l’art. 35 ni l’art. 16(1)c) ne constituent des motifs valables du refus de communication en l’espèce — L’art. 35 s’applique «au cours de l’enquête [menée sur la plainte]» et non après la conclusion de l’enquête du Commissaire — Sens du terme «observations» figurant à l’art. 35 — L’art. 16(1)c) justifie non pas la confidentialité à l’égard du processus d’enquête du Commissaire à l’information mais la confidentialité qui se rapporte aux documents relatifs à des cas particuliers.*

This was an application to review the refusal to disclose communications between the Privy Council Office (PCO) and the Information Commissioner and any internal memos regarding the applicant’s complaints about two earlier refusals of requests for information about remuneration of government appointees. The request was denied under *Access to Information Act*, subsection 35(2) which provides that “In the course of an investigation of a complaint . . . no one is entitled as of right . . . to have access to . . . representations made to the Commissioner by any other person”. In upholding that refusal, the Information Commissioner indicated that paragraph 16(1)(c) also applied. Paragraph 16(1)(c) provides that the head of a government institution may refuse to disclose any record that contains information, the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations. The applicant argued that section 35 did not apply because it was not located within that part of the Act which lists specific grounds for refusing access to information under government control. He also submitted that once the Commissioner’s investigation is complete, section 35 does not afford any protection. It was further argued that “representations” means only the actual documents forwarded to the Commissioner by the government institution, and not any of the internal or draft documents that were generated before the representations were prepared in final form. He also objected to the “untimely citation” of paragraph 16(1)(c), as he had not been informed that it was to be relied upon as an alternative ground for refusing access until he received the Commissioner’s letter. He submitted that the government institution named in an access request was bound to rely only on the grounds it originally stated in its notice of refusal.

Il s’agit d’une demande de révision du refus de divulguer les communications échangées entre le Bureau du Conseil privé (BCP) et le Commissaire à l’information et les notes de service internes concernant les plaintes du requérant au sujet de deux rejets antérieurs des demandes de renseignements sur le traitement des personnes nommées par le gouvernement. La demande a été rejetée en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur l’accès à l’information* qui prévoit que «Au cours de l’enquête [menée sur la plainte] . . . nul n’ayant le droit absolu . . . lorsqu’une autre personne présente des observations au Commissaire à l’information, . . . d’en recevoir communication». En confirmant ce refus, le Commissaire à l’information a fait savoir que l’alinéa 16(1)c) s’appliquait également. Cet alinéa prévoit que le responsable d’une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d’enquêtes licites. Le requérant prétend que l’article 35 ne s’applique pas parce qu’il ne fait pas partie de la section de la Loi qui énumère des motifs précis permettant de refuser de communiquer des renseignements de l’administration fédérale. Il soutient également que dès que le Commissaire a terminé son enquête, l’article 35 n’accorde plus aucune protection. Il est allégué en outre que le terme «observations» ne désigne que les documents effectivement transmis au Commissaire par l’institution fédérale et non les documents internes ou projets de documents qui ont été rédigés avant la rédaction de la version définitive des observations. Il s’oppose également à la «citation inopportune» de l’alinéa 16(1)c), parce qu’il n’a été mis au courant du fait que cet alinéa était invoqué comme moyen subsidiaire pour refuser l’accès demandé que lorsqu’il a reçu la lettre du Commissaire. Il fait

The issue was whether either section 35 or 16 provided a valid basis for refusing the access request.

*Held*, the application should be allowed. The record should be disclosed, except for three pages pertaining to applicant's prior disclosure application which was refused under other provisions of the Act.

Neither section 35 nor paragraph 16(1)(c) was a valid basis for refusing the access request. "Representations" must include the documents leading to the submissions that are ultimately made to the Information Commissioner. That term is wide enough to include all drafts and supporting documentation generated within the government institution for the purpose of communicating with the Information Commissioner. Communications from the Information Commissioner to a government institution would also be covered if they deal with submissions made by the government institution. Most proceedings are governed by the dictates of the rules of natural justice and procedural fairness. They must be open and parties should know the case of the other side to be able to respond to it. Access to information proceedings are different because they deal with whether or not information which is the subject of the proceeding should or should not be kept confidential. Open discussion of the merits of whether or not the information should be kept confidential could disclose the subject information. This is one reason for section 35. A second reason relates to the role of the Information Commissioner. A credible and effective Information Commissioner should have significant persuasive power to encourage voluntary resolution of requests for information under government control. An important aspect of the development of that credibility and effectiveness is the maintenance of strict confidentiality of information that is given to the Commissioner. Enhancing the persuasive influence of the Commissioner is consistent with the objective that access requests should be resolved quickly and at minimal cost. Forced disclosure of representations could result in the role of the Information Commissioner becoming more formal and the process less effective. This is not in the interest of timely access to information under government control which is the rationale for the legislation. In spite of these observations, and the perception that Parliament intended the Office of the Information Commissioner to be an efficient and effective mediator in disputes involving access to information under government control, section 35 clearly applies only "in the course of an investigation of a complaint", and not after the conclusion of the investigation. The prohibition to access is not limited to "sensitive" documents.

The confidentiality justified by paragraph 16(1)(c) relates to records that arise in individual cases. Paragraph 16(1)(c) is not

valoir que l'institution fédérale nommée dans une demande de communication n'est tenue de se fonder que sur les motifs qu'elle a initialement énoncés dans son avis de refus.

La question se pose de savoir si les articles 35 et 16 prévoient un motif valable pour rejeter la demande de communication.

*Jugement*: la demande doit être accueillie. Le document doit être communiqué, sauf trois pages se rapportant à la demande de communication antérieure du requérant qui a été rejetée en vertu d'autres dispositions de la Loi.

Ni l'article 35 ni l'alinéa 16(1)c ne constituent des motifs valables pour refuser la demande de communication. On doit assimiler aux «observations» les documents menant aux observations finalement présentées au Commissaire à l'information. Ce mot est suffisamment large pour comprendre toutes les versions provisoires et tous les documents d'appui qui sont rédigés au sein d'une institution fédérale dans le but de communiquer avec le Commissaire à l'information. Les communications préparées par le Commissaire à l'information à l'intention d'une institution fédérale seraient également visées si elles portaient sur des observations formulées par l'institution fédérale. La plupart des procédures sont régies par les règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale. Elles doivent être publiques, et les parties devraient connaître les arguments de l'autre partie afin d'y répondre. Les procédures en matière d'accès à l'information sont différentes, parce qu'elles portent sur la question de savoir si les renseignements qui font l'objet de la procédure devraient ou non être gardés confidentiels. Une discussion ouverte sur l'opportunité de garder ou non les renseignements confidentiels pourrait révéler les renseignements confidentiels. C'est l'une des raisons qui explique l'existence de l'article 35. Une seconde raison se rapporte au rôle du Commissaire à l'information. Un commissaire crédible et efficace devrait avoir un pouvoir de persuasion suffisamment important pour encourager le règlement volontaire des demandes de renseignements qui se trouvent entre les mains de l'administration fédérale. Un aspect important du développement de cette crédibilité et de cette efficacité est le respect de la stricte confidentialité des renseignements qui sont communiqués au Commissaire. L'amélioration du pouvoir de persuasion du Commissaire à l'information s'accorde avec l'objectif qui veut que l'on règle rapidement et à peu de frais les demandes de communication. La divulgation forcée des observations pourrait rendre le rôle du Commissaire à l'information plus formel et diminuer l'efficacité du processus. Cela ne favorise pas l'accès rapide aux renseignements de l'administration fédérale, lequel accès constitue la raison d'être de la Loi. Malgré ces remarques et le fait que le législateur fédéral voulait que le Bureau du Commissaire à l'information soit un médiateur efficace et efficace dans les différends portant sur l'accès aux renseignements de l'administration fédérale, il est clair que l'article 35 s'applique seulement «au cours de l'enquête [menée sur la plainte]», et non après la conclusion de l'enquête. L'interdiction de communication n'est pas limitée aux documents «délicats».

La confidentialité justifiée par l'alinéa 16(1)c se rapporte aux documents relatifs à des cas particuliers. L'alinéa 16(1)c



a a procedural provision that justifies confidentiality in respect of the investigative process of the Information Commissioner. To so interpret paragraph 16(1)(c) would render much of section 35 redundant.

Three pages of the requested record appeared to contain confidential information pertaining to the subject-matter of the applicant's prior substantive access application respecting remuneration of government appointees. That matter had not yet been heard and determined by the Court. Disclosure of those pages as a result of these proceedings would result in the release of some information which may be the subject of the applicant's prior application without it being determined on its merits. An access request should not be a back-door means of obtaining access to information that is the subject of another proceeding. Nor should the process result in the same information having to be considered in three separate hearings. Access to information proceedings involving requests for representations to the Information Commissioner should not, unless special circumstances warrant, be heard and determined before determination on the substantive access request that gave rise to the Information Commissioner proceedings. This would not rule out consolidating the original application and the application for representations in an appropriate case.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4, 16(1)(c), 21(1), 35, 36 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187), 41, 61, 62, 64.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1992] 1 F.C. 77; (1991), 46 F.T.R. 206 (T.D.); *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341; (1989), 36 Admin. L.R. 251; 47 C.C.C. (3d) 104; 24 C.P.R. (3d) 129; 98 N.R. 126 (C.A.).

APPLICATION to review the refusal under *Access to Information Act*, subsection 35(2) and paragraph 16(1)(c) to disclose communications between the Privy Council Office and the Information Commissioner and any internal memos regarding the applicant's complaints about two earlier refusals of requests for information. Application allowed, except

n'est pas une disposition procédurale qui justifie la confidentialité à l'égard du processus d'enquête du Commissaire à l'information. Interpréter ainsi l'alinéa 16(1)(c) rendrait superflues la plupart des dispositions de l'article 35.

Trois pages du document demandé semblent renfermer des renseignements confidentiels se rapportant à l'objet de la demande de communication que le requérant a présentée au sujet du traitement des personnes nommées par le gouvernement. Cette question doit d'abord être entendue et tranchée par la Cour. La divulgation de ces pages à la suite de la présente instance entraînerait la communication de certains renseignements qui peuvent faire l'objet de la demande antérieure du requérant sans que cette demande antérieure soit tranchée au fond. On ne devrait pas se servir d'une demande de communication comme moyen détourné pour obtenir la communication de renseignements qui font l'objet d'une autre procédure. Le processus ne devrait pas non plus se solder par l'examen des renseignements dans le cadre de trois audiences distinctes. Les procédures d'accès à l'information qui renferment des demandes de communication d'observations présentées au Commissaire à l'information ne devraient pas, à moins que des circonstances spéciales ne le justifient, être entendues et tranchées avant que ne soit jugée la demande substantielle d'accès à l'origine de l'instance qui se déroule devant le Commissaire à l'information. Cela n'exclut pas la possibilité de combiner la demande initiale et la demande de communication d'observations dans certaines circonstances.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 4, 16(1)(c), 21(1), 35, 36 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187), 41, 61, 62, 64.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1992] 1 C.F. 77; (1991), 46 F.T.R. 206 (1<sup>re</sup> inst.); *Davidson c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 341; (1989), 36 Admin. L.R. 251; 47 C.C.C. (3d) 104; 24 C.P.R. (3d) 129; 98 N.R. 126 (C.A.).

DEMANDE de révision du refus, fondé sur le paragraphe 35(2) et l'alinéa 16(1)(c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, de divulguer les communications échangées entre le Bureau du Conseil privé et le Commissaire à l'information et les notes de service internes concernant les plaintes formulées par le requérant au sujet de deux rejets antérieurs de

for three pages relating to applicant's prior application.

APPEARANCE:

Ken Rubin on his own behalf.

COUNSEL:

*Barbara McIsaac* for respondent.

APPLICANT ON HIS OWN BEHALF:

Ken Rubin, Ottawa.

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

ROTHSTEIN J.: This application is made pursuant to section 41 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the "Act"). In this application Ken Rubin has applied to this Court to review the refusal by the Privy Council Office (PCO) to accommodate his November 1, 1990 access to information request in which he sought:

correspondence/communications records between yourselves and the Information Commissioner or their office regarding my complaint re PCO request 108-2/896060 and request 108-2/886055, and any internal memos/briefing notes/correspondence.

Mr. Rubin's November 1, 1990, request makes reference to two earlier access to information requests. One is a previous request of his (#896060) and the other, that of another individual, Don Sellar (#886055). These previous requests sought information relating to *per diem* rates/ranges for government appointees and specifically, the remuneration of Allan Gotlieb, Chairman of the Canada Council under order in council P.C. 1988-2584. Both of these previous access requests were refused by the PCO. Following these refusals, Mr. Rubin and Mr. Sellar filed complaints with the Office of the Information Commissioner ("the Commissioner"). That office found that the refusals by the PCO were well founded. While it appears that Mr. Sellar did not pur-

demandes de renseignements. Demande accueillie, excepté trois pages se rapportant à la demande antérieure du requérant.

a ONT COMPARU:

Ken Rubin pour son propre compte.

AVOCATS:

b *Barbara McIsaac* pour l'intimé.

LE REQUÉRANT POUR SON PROPRE COMPTE:

Ken Rubin, Ottawa.

c PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE ROTHSTEIN: La présente requête est fondée sur l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la «Loi»). Dans la présente requête, Ken Rubin demande à notre Cour de réviser la décision par laquelle le Bureau du Conseil privé (BCP) a refusé la demande d'accès à l'information qu'il a présentée le 1<sup>er</sup> novembre 1990 en vue d'obtenir:

f [TRADUCTION] les documents contenant la correspondance et les communications échangées entre vous-mêmes et le Commissaire à l'information ou votre bureau relativement à la plainte que j'ai déposée au sujet des demandes 108-2/896060 et 108-2/886055 du BCP, ainsi que toute note de service, note d'information et correspondance internes.

Dans sa demande du 1<sup>er</sup> novembre, M. Rubin mentionne deux demandes antérieures d'accès à l'information. L'une d'entre elles concerne une demande qu'il a déjà présentée (la demande n° 896060) et l'autre, celle d'une autre personne, Don Sellar (demande n° 886055). Ces demandes antérieures visaient à obtenir des renseignements concernant les échelles et les taux quotidiens de rémunération de personnes nommées par le gouvernement et, plus précisément, le traitement que touchait Allan Gotlieb, le président du Conseil des arts du Canada, aux termes du décret C.P. 1988-2584. Ces deux demandes antérieures d'accès à l'information ont été refusées par le BCP. À la suite de ces refus, M. Rubin et M. Sellar ont déposé une plainte auprès du Bureau du Commis-

sue his request further, Mr. Rubin, following the procedure as laid out in the Act, took a further step and filed an application for a review of the PCO's denial of his request (#896060), with this Court. (That application for review has not yet come before the Court).

On November 1, 1990, Mr. Rubin filed a fresh request with the PCO in which he sought the communications between the PCO and the Commissioner with respect to his and Mr. Sellar's prior requests.

By letter dated December 17, 1990, the PCO advised Mr. Rubin that his request was being denied by virtue of section 35 of the Act. Upon receipt of this letter, Mr. Rubin filed a complaint with the Commissioner. On October 8, 1991, the Commissioner wrote to Mr. Rubin to advise him that it was the Commissioner's opinion that the PCO's refusal, based on section 35 of the Act, was well founded. The Commissioner also indicated that paragraph 16(1)(c) of the Act was a "proper means" for withholding disclosure. It is a review of this November 1, 1990 request which is now before the Court.

## ISSUES

This application for review raises two issues:

(a) Is section 35 of the Act a valid basis for refusing the access request in this case?

(b) Is section 16 of the Act a valid basis for refusing the access request in this case?

## STATUTORY REFERENCES

The relevant portion of section 16 of the Act provides:

16. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

. . .

saire à l'information («le Commissaire»). Ce bureau a conclu que les refus formulés par le BCP étaient bien fondés. Bien qu'il semble que M. Sellar n'ait pas poussé sa demande plus loin, M. Rubin, suivant la procédure énoncée dans la Loi, a entrepris une autre démarche et a déposé devant notre Cour une demande de révision de la décision par laquelle le BCP avait refusé sa demande (n° 896060) (la Cour n'a pas encore été saisie de cette demande de révision).

Le 1<sup>er</sup> novembre 1990, M. Rubin a déposé auprès du BCP une nouvelle demande dans laquelle il a réclamé les communications échangées entre le BCP et le Commissaire au sujet de sa première demande et de celle de M. Sellar.

Par lettre datée du 17 décembre 1990, le BCP a informé M. Rubin que sa demande était refusée en vertu de l'article 35 de la Loi. Sur réception de cette lettre, M. Rubin a déposé une plainte auprès du Commissaire. Le 8 octobre 1991, le Commissaire a écrit à M. Rubin pour l'informer que le Commissaire était d'avis que le refus du BCP, qui reposait sur l'article 35 de la Loi, était bien fondé. Le Commissaire a également précisé que l'alinéa 16(1)c) de la Loi était un [TRADUCTION] «moyen approprié» de refuser la communication. La Cour est maintenant saisie d'une demande de révision de cette demande du 1<sup>er</sup> novembre 1990.

## QUESTIONS EN LITIGE

La présente demande de révision soulève deux points litigieux:

a) Peut-on valablement invoquer l'article 35 de la Loi dans le cas qui nous occupe pour refuser une demande de communication?

b) Peut-on valablement invoquer l'article 16 de la Loi dans le cas qui nous occupe pour refuser une demande de communication?

## DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

Voici les dispositions pertinentes de l'article 16 de la Loi:

16. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents:

. . .

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

- (i) relating to the existence or nature of a particular investigation,
- (ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or
- (iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation;

Section 35 of the Act provides:

35. (1) Every investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner shall be conducted in private.

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner, a reasonable opportunity to make representations shall be given to

- (a) the person who made the complaint,
- (b) the head of the government institution concerned, and
- (c) where the Information Commissioner intends to recommend under subsection 37(1) that a record or a part thereof be disclosed that contains or that the Information Commissioner has reason to believe might contain

- (i) trade secrets of a third party
- (ii) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
- (iii) information the disclosure of which the Information Commissioner could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of a third party,

the third party, if the third party can reasonably be located,

but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

## POSITION OF THE PARTIES

### Mr. Rubin

Mr. Rubin raised a number of separate points which, in my view, may be summarized by the two issues of this application.

### SECTION 35:

As to section 35 of the Act, Mr. Rubin argued that the PCO had erred by invoking the section as the reason for not allowing him access to the requested records. He submitted that section 35 could not be used in such a manner because it was not located

c) contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment:

- (i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,
- (ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,
- (iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

L'article 35 de la Loi dispose:

35. (1) Les enquêtes menées sur les plaintes par le Commissaire à l'information sont secrètes.

(2) Au cours de l'enquête, les personnes suivantes doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations au Commissaire à l'information, nul n'ayant toutefois le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au Commissaire à l'information, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet:

- a) la personne qui a déposé la plainte;
- b) le responsable de l'institution fédérale concernée;
- c) le tiers visé au paragraphe 27(1), si le Commissaire à l'information a l'intention de recommander, en vertu du paragraphe 37(1), la communication d'un document visé au paragraphe 27(1).

## THÈSE DES PARTIES

### M. Rubin

M. Rubin a soulevé plusieurs points distincts qui, à mon avis, peuvent être résumés par les deux questions en litige dans la présente demande.

### L'ARTICLE 35:

En ce qui concerne l'article 35 de la Loi, M. Rubin fait valoir que le BCP a commis une erreur en invoquant cet article pour justifier son refus de lui communiquer les documents demandés. Il prétend que l'article 35 ne pouvait être utilisé de cette manière

within the “EXEMPTIONS” part of the Act, this being a reference to sections 13 to 26 of the Act which list specific grounds for refusing access to information under government control. In his oral submission, he did allow that section 35 could be used as a ground for refusing to disclose “sensitive” records. However, he added that any material of a “sensitive” nature could also be exempted under one of the specific exemptions provided for in the Act.

In addition, he said that the term “[i]n the course of an investigation of a complaint” in section 35 must be interpreted such that once the Commissioner’s investigation is complete, any protection afforded submissions made during that investigation is ended. Further, he argued that the term “representations” must be interpreted as meaning only the actual documents forwarded to the Commissioner by the government institution and not any of the internal or draft documents that were generated before the representations were prepared in final form.

Mr. Rubin also asserted that by accepting the PCO’s invocation of section 35 as a proper ground for refusing his access request, the Commissioner was reversing the previous policy of that Office, and that by doing so, it would inhibit future access to information under government control. He produced a letter from the previous Commissioner in which she, in a case in which the government had invoked section 35 to resist disclosure, did not support the government’s use of section 35 as a ground for refusing an access request for representations made to the Commissioner.

#### PARAGRAPH 16(1)(c):

Mr. Rubin focused on what he called the “untimely citation” of paragraph 16(1)(c) of the Act. It was his position that the use of paragraph 16(1)(c) to resist disclosure was not initially indicated as the basis for the PCO’s refusal and that he was not informed of its use as an alternative ground for refusing access to the requested records until he received the Commissioner’s letter of October 8, 1991 supporting the PCO’s position refusing access.

parce qu’il ne fait pas partie de la section intitulée «EXCEPTIONS» de la Loi, c’est-à-dire des articles 13 à 26 de la Loi, qui énumèrent des motifs précis qui permettent de refuser de communiquer des renseignements de l’administration fédérale. Dans sa plaidoirie, il a effectivement reconnu que l’article 35 pouvait être invoqué comme motif de refus de communication de documents «délicats». Il a toutefois ajouté que tout élément d’information «délicat» pouvait également être exempté en vertu de l’une des exceptions spécifiques prévues par la Loi.

En outre, il affirme que l’expression «au cours de l’enquête [menée sur la plainte]» contenue à l’article 35 devait être interprétée de telle manière que dès que le Commissaire a terminé son enquête, toute protection dont bénéficient les observations présentées au cours de cette enquête prend fin. Il soutient aussi que l’on doit interpréter le terme «observations» comme ne désignant que les documents effectivement transmis au Commissaire par l’institution fédérale et non les documents internes ou projets de documents qui ont été rédigés avant la rédaction de la version définitive des observations.

M. Rubin affirme également qu’en acceptant que le BCP a eu raison d’invoquer l’article 35 pour refuser sa demande de communication, le Commissaire faisait volte-face en ce qui concerne la politique suivie jusque là par ce bureau, et que, ce faisant, il entraverait à l’avenir la communication de renseignements de l’administration fédérale. Il a produit une lettre de l’ancienne Commissaire dans laquelle celle-ci, dans un cas où le gouvernement avait invoqué l’article 35 pour s’opposer à la communication, n’avait pas considéré que le BCP avait raison d’invoquer l’article 35 pour refuser une demande de communication d’observations présentées à la Commissaire.

#### L’ALINÉA 16(1)(c):

M. Rubin s’est concentré sur ce qu’il a appelé la [TRADUCTION] «citation inopportune» de l’alinéa 16(1)(c) de la Loi. Il s’est dit d’avis que le BCP n’avait pas précisé au départ qu’il invoquait l’alinéa 16(1)(c) de la Loi pour s’opposer à la communication. M. Rubin a ajouté qu’il n’avait été mis au courant du fait que cet alinéa était invoqué comme moyen subsidiaire pour refuser la communication des documents demandés que lorsqu’il a reçu la lettre du 8 octobre

In support of this assertion, Mr. Rubin relied on *X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1992] 1 F.C. 77 (T.D.) and *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341 (C.A.). The main thrust of these authorities is found in the *Davidson* case, which, it was submitted, held that the government institution named in an access request is bound to rely only on the grounds it originally stated in its notice of refusal.

Mr. Rubin further contended that even if the use of paragraph 16(1)(c) is timely, the PCO had failed to discharge the onus of showing probable injury if the information were released.

## THE PCO

### SECTION 35:

Counsel for the PCO took the position that the words of section 35 are clear and provide that no one is entitled to representations made to the Information Commissioner. She provided the following rationale for this position:

i) In representations made to the Commissioner to justify denial of an access request, the records to which access is sought may be referred to in some detail. The release of representations made to the Commissioner would defeat the original refusal by the government institution and would deny the government institution the right to maintain confidentiality until a decision of the Court was made on the original refusal.

ii) The position of Commissioner is similar to that of an ombudsman or mediator. For him to effectively function in this capacity, candour of all parties is essential. Such candour will not be achieved unless the parties have complete confidence that information provided to the Commissioner will remain confidential.

Counsel for the PCO also submitted that the term "[i]n the course of an investigation of a complaint",

1991 dans laquelle le Commissaire a appuyé le BCP dans son refus de communiquer les renseignements demandés.

À l'appui de cette prétention, M. Rubin invoque le jugement *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1992] 1 C.F. 77 (1<sup>re</sup> inst.) et l'arrêt *Davidson c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.). L'idée maîtresse de ces précédents se trouve dans l'arrêt *Davidson*, dans lequel, prétend M. Rubin, il a été jugé que l'institution fédérale nommée dans une demande de communication n'est tenue de se fonder que sur les motifs qu'elle a initialement énoncés dans son avis de refus.

M. Rubin soutient en outre que même s'il a raison d'invoquer l'alinéa 16(1)c), le BCP ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il subirait probablement un préjudice si les renseignements étaient divulgués.

## LE BCP

### L'ARTICLE 35:

L'avocate du BCP s'est dite d'avis que le libellé de l'article 35 est clair et qu'il énonce que nul n'a le droit absolu de recevoir communication des observations présentées au Commissaire à l'information. Elle a justifié sa prétention de la façon suivante:

[TRADUCTION] (i) Il arrive que, dans les observations présentées au Commissaire pour justifier la décision de refuser une demande de communication, les documents dont on demande communication soient cités en détail. La communication d'observations présentées au Commissaire mettrait en échec le refus initial formulé par l'institution fédérale et nierait à celle-ci le droit de protéger la confidentialité jusqu'à ce que la Cour rende une décision sur le refus initial.

(ii) Le rôle du Commissaire est semblable à celui d'un protecteur du citoyen ou d'un médiateur. Pour qu'il puisse effectivement agir à ce titre, il est essentiel que tous fassent preuve de franchise. On ne pourra obtenir cette franchise que si les intéressés sont entièrement assurés que les renseignements fournis au Commissaire demeureront confidentiels.

L'avocate du BCP prétend également que l'expression «au cours de l'enquête [menée sur la plainte]» ne

does not limit the period of confidentiality solely to the time during which the investigation of the complaint by the Commissioner is being made. Rather, confidentiality of representations to the Information Commissioner must be permanently maintained.

As for the term “representations”, it was submitted that this must include all of the material created in the preparation of the government institution’s response to the Commissioner and any communications from the Commissioner to the government institution.

In response to the argument that exemptions from disclosure had to be justified by one of the provisions in the “EXEMPTIONS” part of the Act, counsel for the PCO submitted that the purpose of section 35 was not to protect specific substantive material but was to protect the process of the Commissioner’s investigation. It was, therefore, not intended to be invoked on the same basis as the specific exemptions in sections 13 to 26. In support of this position, counsel relied on section 4 of the Act which states that the right of access is “[s]ubject to this Act”. Section 35 of the Act is thus a legitimate constraint on the right of access to information under government control.

To further support her position, counsel for the PCO referred to a number of sections in the Act which require the maintenance of confidentiality by the Commissioner e.g., subsections 36(3) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187], 36(5), sections 61, 62 and 64. The result of these provisions, it was said, was that Parliament has gone to great lengths to ensure that information provided to the Commissioner over the course of an investigation remains confidential. To allow an individual access to the same material by simply initiating an access request, would be inconsistent with these provisions of the Act.

Counsel for the PCO also asserted that the Commissioner, based on the traditional ombudsman role, has extremely wide powers of investigation, but only the power of persuasion to effect his recommendations. Therefore, to be effective, the Commissioner must foster a sense of trust, candour and respect

limite pas la période de confidentialité à la seule période au cours de laquelle le Commissaire mène son enquête sur une plainte. La confidentialité des observations présentées au Commissaire à l’information doit plutôt être maintenue de façon permanente.

Quant au terme «observations», l’avocate prétend que doivent y être assimilés tous les éléments d’information que crée l’institution fédérale pour se préparer à répondre au Commissaire, ainsi que les communications envoyées par le Commissaire à l’institution fédérale.

En réponse à la prétention que les exceptions à la communication doivent être justifiées par l’une des dispositions de la partie de la Loi relative aux «EXCEPTIONS», l’avocate du BCP soutient que l’article 35 n’a pas pour objet de protéger des éléments d’information substantiels déterminés, mais de protéger le déroulement de l’enquête du Commissaire. Il n’est donc pas conçu de manière à être invoqué de la même manière que les exceptions précises énoncées aux articles 13 à 26. À l’appui de cette prétention, l’avocate invoque l’article 4 de la Loi, qui dispose que le droit d’accès est accordé «[s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi». L’article 35 de la Loi constitue donc une restriction légitime au droit d’accès aux renseignements de l’administration fédérale.

Pour étayer davantage sa thèse, l’avocate du BCP cite plusieurs articles de la Loi, qui obligent le Commissaire à préserver la confidentialité, par exemple les paragraphes 36(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187] et 36(5) et les articles 61, 62 et 64. Elle affirme qu’il ressort de ces dispositions que le législateur fédéral a bien pris soin de s’assurer que les renseignements fournis au Commissaire au cours d’une enquête demeurent confidentiels. Permettre à une personne d’avoir accès aux mêmes éléments d’information par le simple dépôt d’une demande de communication irait à l’encontre des dispositions en question de la Loi.

L’avocate du BCP affirme également que, conformément au rôle traditionnel de protecteur du citoyen, le Commissaire possède des pouvoirs d’enquête extrêmement étendus, mais qu’il n’a qu’un pouvoir de persuasion pour donner effet à ses recommandations. En conséquence, pour être efficace, le Commis-

between his office and the parties. This sort of relationship could only be achieved if the Commissioner could guarantee confidentiality to all parties involved. An expansive interpretation of section 35 was consistent with this objective.

#### PARAGRAPH 16(1)(c):

In response to Mr. Rubin's contention that paragraph 16(1)(c) of the Act was invoked in an "untimely" manner, counsel for the PCO argued that the rationale in *Davidson*, (*supra*), was that all defences to disclosure should be fully considered at all stages of proceedings (see page 348). Since paragraph 16(1)(c) was first raised as a ground for exemption by the Commissioner himself in this case, the issue must have been fully considered at the Information Commissioner stage.

As to the argument that there was no direct evidence of probable harm from disclosure of the specific representations in this case, counsel for the PCO said that paragraph 16(1)(c) was invoked to protect the Information Commissioner's process and for this reason it was not necessary to justify confidentiality on the basis of specific references to material in the record.

#### ANALYSIS

The *Access to Information Act* has as its purpose the creation of a right of access to information under government control. Exemptions are recognized but they are limited and specific. Under section 4, the right of access is made "[s]ubject to this Act". The right is thus not absolute.

Subsection 35(2) of the Act commences with the words:

35. . . .

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner . . .

and concludes with the words:

saire doit favoriser l'existence d'un climat de confiance, de franchise et de respect entre son bureau et les personnes intéressées. On ne peut obtenir ce type de relation que si le Commissaire peut garantir la confidentialité à tous les intéressés. Une interprétation libérale de l'article 35 s'accorde selon elle avec cet objectif.

#### L'ALINÉA 16(1)c):

En réponse à la prétention de M. Rubin suivant laquelle l'alinéa 16(1)c) de la Loi a été invoqué de manière «inopportune», l'avocate du BCP fait valoir que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Davidson*, précité, est que tous les motifs invoqués pour s'opposer à la communication devraient être examinés à fond à toutes les étapes de la procédure (voir page 348). Étant donné que l'alinéa 16(1)c) a été invoqué la première fois en l'espèce comme motif d'exemption par le Commissaire lui-même, la question doit avoir été examinée à fond à l'étape où le Commissaire à l'information était saisi de la question.

Quant à la prétention qu'il n'y a pas de preuve directe démontrant que la communication des observations précises causera probablement un préjudice en l'espèce, l'avocate du BCP affirme que l'alinéa 16(1)c) a été invoqué pour protéger le processus du Commissaire à l'information et que, pour cette raison, il n'est pas nécessaire de justifier la confidentialité en se fondant sur des éléments d'information déterminés contenus dans le document.

#### ANALYSE

La *Loi sur l'accès à l'information* a pour objet de créer le droit à la communication des renseignements de l'administration fédérale. Des exceptions sont reconnues mais elles sont limitées et précises. Aux termes de l'article 4, le droit d'accès est accordé «[s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi». Le droit n'est donc pas absolu.

Le paragraphe 35(2) de la Loi commence par les mots suivants:

35. . . .

(2) Au cours de l'enquête [menée sur la plainte par le Commissaire à l'information], . . .

Ce paragraphe renferme aussi la disposition suivante:



but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

The plain meaning of these words is that no person may have access as of right to representations made to the Commissioner in the course of an investigation.

As to Mr. Rubin's argument that this section only restricts access to sensitive documents, there are no words such as "sensitive" to limit the prohibition to access. It is clear that section 35 contemplates a private investigation by the Commissioner with no right of access by any person to representations made by any party.

Mr. Rubin also argued that the term "representations" does not cover the government institution's internal documents that may be generated in the process of preparing submissions to the Information Commissioner. In his view, there would be a right of access to draft submissions and internal memoranda commenting on the submissions. I do not find this to be a reasonable interpretation of the term representations in the context of, and having regard to the objectives of, section 35. In *American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88 (C.A.), Iacobucci C.J. (as he then was) stated, with respect to ascertaining the meaning of the words in a section, at page 96:

To ascertain the meaning of the words in the section one should look not only at the dictionary definition and the context but also at the nature of the matters being dealt with in the action as well as the overall objectives of the underlying legislation.

In my view, the term representations must, by necessary implication, include the documents leading to the submissions that are ultimately made to the Information Commissioner. Any other interpretation would defeat the purpose of section 35.

I am of the opinion that the term representations in section 35 is wide enough to include all drafts and

nul n'ayant toutefois le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au Commissaire à l'information, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet.

a Le sens de ces mots ne fait aucun doute: nul n'a de plein droit accès aux observations présentées au Commissaire au cours d'une enquête.

b Quant à la prétention de M. Rubin suivant laquelle cet article restreint uniquement l'accès aux documents délicats, l'interdiction de communication n'est restreinte par aucun mot comme le mot «délicat». Il est manifeste que l'article 35 envisage la situation dans laquelle le Commissaire mène une enquête secrète dans le cadre de laquelle nul n'a le droit de recevoir communication des observations présentées par qui que ce soit.

d M. Rubin fait également valoir que le mot «observations» n'englobe pas les documents internes d'une institution fédérale qui peuvent être produits à l'occasion de la préparation d'observations destinées à être présentées au Commissaire à l'information. Il existerait selon lui un droit d'accès à la version provisoire des observations et aux notes de service internes qui contiennent des commentaires sur les observations en question. Cela ne constitue pas selon moi une interprétation raisonnable du mot «observations» dans le contexte de l'article 35, compte tenu également des objectifs de l'article 35. Dans l'arrêt *American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88 (C.A.), voici ce qu'a déclaré le juge en chef Iacobucci (maintenant juge à la Cour suprême du Canada), au sujet de la détermination de la signification des mots utilisés dans une disposition, à la page 96:

h Pour connaître la signification des mots utilisés dans cette disposition, il y a lieu non seulement d'en vérifier la définition dans le dictionnaire et d'en examiner le contexte, mais également de tenir compte de la nature des questions soulevées dans l'action, ainsi que des objectifs globaux de la loi.

i À mon avis, on doit, par déduction nécessaire, assimiler aux «observations» les documents menant aux observations qui sont finalement présentées au Commissaire à l'information. Toute autre interprétation irait à l'encontre de l'objectif visé par l'article 35.

j Je suis d'avis que le mot «observations» à l'article 35 est suffisamment large pour comprendre toutes les

supporting documentation generated within the government institution for the purpose of communicating with the Information Commissioner. By the same reasoning, communications prepared by the Information Commissioner for a government institution would also be covered by the restriction to access in section 35 if they deal with submissions made by the government institution.<sup>1</sup>

Having said this, it must still be determined whether section 35 is to be interpreted as restricting access to representations only during the course of the investigation by the Information Commissioner or whether the restriction continues beyond that time.

Section 35 is an unusual provision. In most proceedings, rules of natural justice or procedural fairness dictate that, *inter alia*, the proceedings are open, that parties are entitled to know the case of the other side, to comment on it and respond to it. Access to information proceedings are different because the proceedings deal with whether or not information which is the subject of the proceeding should or should not be confidential. Open discussion of the merits of whether or not information should be kept confidential could itself, reasonably be expected to disclose the subject information. This is clearly one reason for section 35.

<sup>1</sup> S. 21(1) of the Act also pertains to such drafts and supporting documentation. S. 21(1) states:

**21.** (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown,
- (b) an account of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution, a minister of the Crown or the staff of a minister of the Crown,
- (c) positions or plans developed for the purpose of negotiations carried on or to be carried on by or on behalf of the Government of Canada and considerations relating thereto, or
- (d) plans relating to the management of personnel or the administration of a government institution that have not yet been put into operation,

if the record came into existence less than twenty years prior to the request.

versions provisoires et documents d'appui qui sont rédigés au sein d'une institution fédérale dans le but de communiquer avec le Commissaire à l'information. Suivant le même raisonnement, les communications préparées par le Commissaire à l'information à l'intention d'une institution fédérale seraient également visées par la restriction à l'accès prévue par l'article 35 si elles portaient sur des observations formulées par l'institution fédérale<sup>1</sup>.

Ceci étant dit, il nous reste encore à déterminer si l'article 35 doit être interprété comme limitant l'accès aux observations uniquement au cours de l'enquête menée par le Commissaire à l'information, ou si la restriction se poursuit au-delà de cette période.

L'article 35 est une disposition inusitée. Dans la plupart des procédures, les règles de la justice naturelle ou de l'équité procédurale exigent notamment que la procédure soit publique, que les parties aient le droit de connaître les arguments de l'autre partie, de formuler leurs commentaires au sujet de ceux-ci et d'y répondre. Les procédures en matière d'accès à l'information sont différentes parce qu'elles portent sur la question de savoir si les renseignements qui font l'objet de la procédure devraient ou non être confidentiels. On pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'une discussion ouverte sur l'opportunité de garder ou non les renseignements confidentiels puisse elle-même révéler les renseignements confidentiels.

<sup>1</sup> L'art. 21(1) de la Loi vise aussi les versions provisoires et les documents d'appui en question. L'art. 21(1) dispose:

**21.** (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents datés de moins de vingt ans lors de la demande et contenant:

- a) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre;
- b) des comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale, un ministre ou son personnel;
- c) des projets préparés ou des renseignements portant sur des positions envisagées dans le cadre de négociations menées ou à mener par le gouvernement du Canada ou en son nom, ainsi que des renseignements portant sur les considérations qui y sont liées;
- d) des projets relatifs à la gestion du personnel ou à l'administration d'une institution fédérale et qui n'ont pas encore été mis en œuvre.

A second reason for section 35 would appear to relate to the role of the Information Commissioner. While he has no power to order disclosure, a credible and effective Commissioner should have significant persuasive power to encourage voluntary resolution of requests for information under government control. In this context, it should be remembered that such information may be either government information, or information of private individuals or others that is under government control.

An important aspect of the development of that credibility and effectiveness is, in my view, the maintenance of strict confidentiality of information that is given to the Commissioner. Indeed, the provisions of the Act that require that the Information Commissioner maintain strict confidentiality on a continuing basis over information given to him, support this conclusion. Parties must have confidence that the Information Commissioner will not divulge the information given to him.

Enhancing the persuasive influence of the Information Commissioner is consistent with the objective that access requests should be resolved quickly and at minimal costs. Of course, in the event a dispute cannot be resolved at the Information Commissioner stage, a complainant can always have recourse to this Court. However, that is his last resort and would not likely be as satisfactory as a resolution at the Information Commissioner stage, because of the additional time and expense involved.

Forced disclosure of representations, it seems to me, may well result in the role of the Information Commissioner becoming more formal and the process thereby becoming less effective. This is not in the interest of the promotion of timely access to

C'est de toute évidence l'une des raisons qui explique l'existence de l'article 35.

Une seconde raison qui explique l'existence de l'article 35 semblerait se rapporter au rôle du Commissaire à l'information. Bien qu'il n'ait pas le pouvoir d'ordonner la communication, un Commissaire crédible et efficace devrait avoir un pouvoir de persuasion suffisamment important pour encourager le règlement volontaire des demandes de renseignements qui se trouvent entre les mains de l'administration fédérale. Dans ce contexte, on doit se rappeler que ces renseignements peuvent être soit des renseignements sur l'administration fédérale, soit des renseignements qui concernent des particuliers ou d'autres personnes et qui se trouvent entre les mains de l'administration fédérale.

Un aspect important du développement de cette crédibilité et de cette efficacité est, à mon avis, le respect de la stricte confidentialité des renseignements qui sont communiqués au Commissaire. D'ailleurs, les dispositions de la Loi qui exigent que le Commissaire à l'information assure de façon permanente la stricte confidentialité des renseignements qui lui sont communiqués appuient cette conclusion. Les intéressés doivent être assurés que le Commissaire à l'information ne divulguera pas les renseignements qui lui sont communiqués.

L'amélioration du pouvoir de persuasion du Commissaire à l'information s'accorde avec l'objectif qui veut que l'on règle rapidement et à peu de frais les demandes de communication. Évidemment, dans le cas où un différend ne pourrait être résolu à l'étape où le Commissaire à l'information est saisi de la question, l'auteur de la plainte peut toujours s'adresser à notre Cour. Cependant, c'est une solution de dernier recours qui ne donnerait probablement pas un résultat aussi satisfaisant qu'un règlement à l'étape de la procédure qui se déroule devant le Commissaire à l'information, à cause du temps et des dépenses supplémentaires que cela supposerait.

La divulgation forcée des observations pourrait fort bien, selon moi, rendre le rôle du Commissaire à l'information plus formel et diminuer en conséquence l'efficacité du processus. Cela ne favorise pas l'accès rapide aux renseignements de l'administration

information under government control which is the rationale for the legislation.

In spite of these observations and my perception that Parliament intended the Office of the Information Commissioner to be an efficient and effective mediator in disputes involving access to information under government control, I cannot accede to the argument made by counsel for the PCO in this case.

The words of section 35 are clear. Section 35 only applies "[i]n the course of an investigation of a complaint". There is nothing express or implied in section 35 that would suggest that it has application after the conclusion of an investigation by the Commissioner. For me to hold that section 35 is broad enough to require confidentiality even after the conclusion of the Commissioner's investigation would be tantamount to my adding words to the section.

Further, in my view, the confidentiality justified by paragraph 16(1)(c) relates to records that arise in individual cases. Subparagraphs 16(1)(c)(i) and (ii) refer to information:

16. (1)(c) . . .

. . .

- (i) relating to the existence or nature of a particular investigation;
- (ii) that would reveal the identity of a confidential source of information; or

It is clear that these provisions are intended to be invoked in particular investigations or where a specific confidential source may be revealed. Similarly, in subparagraph 16(1)(c)(iii) the investigation referred to, in my view, is a specific investigation where the disclosure of particular information would be injurious to the conduct of that specific investigation.

I do not read paragraph 16(1)(c) to be a procedural provision that justifies confidentiality in respect of the investigative process of the Information Commissioner. To interpret paragraph 16(1)(c) as an all-encompassing procedural exemption justifying confidentiality in all cases where representations are

fédérale, lequel accès constitue la raison d'être de la Loi.

Malgré ces remarques et le fait que j'estime que le législateur fédéral voulait que le Bureau du Commissaire à l'information soit un médiateur efficace et efficace dans les différends portant sur l'accès aux renseignements de l'administration fédérale, je ne peux retenir la prétention formulée par l'avocate du BCP en l'espèce.

Le libellé de l'article 35 est clair. L'article 35 ne s'applique qu'«[a]u cours d'une enquête [menée au sujet d'une plainte]». Il ne renferme aucune disposition expresse ou implicite qui permettrait de penser qu'il s'applique après la clôture d'une enquête menée par le Commissaire. Statuer que l'article 35 est suffisamment large pour exiger la confidentialité même après la conclusion de l'enquête menée par le Commissaire reviendrait à ajouter des mots à l'article en question.

J'estime en outre que la confidentialité justifiée par l'alinéa 16(1)c) se rapporte aux documents relatifs à des cas particuliers. Les sous-alinéas 16(1)c)(i) et (ii) s'appliquent à:

16. (1)c) . . .

. . .

- (i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,
- (ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle;

Il est manifeste que le législateur voulait que ces dispositions soient invoquées dans le cas d'enquêtes déterminées ou lorsque la communication des renseignements risquerait de permettre de remonter à une source de renseignements confidentielle. De même, l'enquête visée au sous-alinéa 16(1)c)(iii) est, à mon avis, une enquête déterminée dans le cas où la divulgation de renseignements déterminés nuirait au déroulement de cette enquête déterminée.

Je n'interprète pas l'alinéa 16(1)c) comme une disposition procédurale qui justifie la confidentialité à l'égard du processus d'enquête du Commissaire à l'information. Interpréter l'alinéa 16(1)c) comme une exception procédurale qui engloberait tous les cas et qui justifierait la confidentialité dans tous les cas où

sought would, to all intents and purposes, render much of section 35 redundant.

Had Parliament intended that representations made to the Information Commissioner indefinitely remain confidential, it could have removed such representations from the ambit of the Act or, it could have provided in section 35 that there would be no access to representations either during or after an investigation by the Information Commissioner. It did not do so. As I have stated, I do not think it is open to me to add words to, or delete words from, section 35. This would be the effect of interpreting section 35 or paragraph 16(1)(c) in the manner urged by counsel for the PCO.

I conclude that neither section 35 nor paragraph 16(1)(c) of the *Access to Information Act* are valid bases for refusing the access request in this case.

I have reviewed the thirty-two pages of the requested record. They consist of file memoranda, correspondence and attachments to some of the correspondence.

The first two pages of a September 19, 1989 letter from the Office of the Commissioner to the PCO and the second page of a memorandum for Marc Rochon dated October 5, 1989, appear to contain confidential information pertaining to the subject-matter of Mr. Rubin's prior substantive access application respecting remuneration of government appointees. That matter has yet to be heard and determined by this Court.

It is not for me in these proceedings to determine the merits of Mr. Rubin's prior application to this Court. However, it appears that if the three pages to which I have referred are disclosed as a result of these proceedings, some information which may be the subject of Mr. Rubin's prior application will be released without that prior application being determined on its merits.

Mr. Rubin said that disclosure of representations constitutes an inexpensive form of discovery respecting a previous access request. In my view, an access

la communication d'observations est demandée rendrait à toutes fins utiles la plupart des dispositions de l'article 35 superflues.

Si le législateur fédéral avait voulu que les observations présentées au Commissaire à l'information demeurent indéfiniment confidentielles, il aurait pu soustraire les observations en question à l'application de la Loi ou il aurait pu, à l'article 35, interdire la communication des observations pendant ou après la durée de l'enquête menée par le Commissaire. Or, il ne l'a pas fait. Ainsi que je l'ai déjà déclaré, je ne crois pas qu'il me soit loisible d'ajouter ou de retrancher des mots à l'article 35. C'est ce qui arriverait si j'interprétais l'article 35 ou l'alinéa 16(1)c) comme l'avocate du BCP m'exhorte à le faire.

Je conclus que ni l'article 35 ni l'alinéa 16(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* ne constituent des motifs valables pour refuser la demande de communication dans le cas qui nous occupe.

J'ai examiné les trente-deux pages du document demandé. Il est constitué de notes de service, de lettres et des pièces jointes à certaines de celles-ci.

Les deux premières pages d'une lettre adressée le 19 septembre 1989 par le Bureau du Commissaire au BCP et la deuxième page d'une note de service rédigée le 5 octobre 1989 par Marc Rochon semblent renfermer des renseignements confidentiels se rapportant à l'objet de la demande de communication que M. Rubin a déjà présentée au sujet du traitement des personnes nommées par le gouvernement. Cette question doit d'abord être entendue et tranchée par notre Cour.

Il ne m'appartient pas, dans le cadre de la présente instance, de statuer sur le fond de la demande que M. Rubin a déjà présentée à notre Cour. Il semble toutefois que si les trois pages que j'ai mentionnées sont divulguées à la suite de la présente instance, certains des renseignements qui peuvent faire l'objet de la demande antérieure de M. Rubin seront communiqués sans que cette demande antérieure ne soit tranchée au fond.

M. Rubin affirme que la divulgation des observations constitue une forme peu dispendieuse de communication préalable concernant une demande antérieure.

request for representations should not be a back-door means of obtaining access to information that is the subject of another proceeding. I do not think the process under the *Access to Information Act* was intended to be used in such manner or for such purpose. Nor should the process result in the same information having to be considered in three separate hearings.

Where an application for disclosure of representations to the Information Commissioner is being determined before the substantive application which gave rise to the Commissioner's proceedings, the Court hearing the application for representations to the Commissioner may be faced with the problem, as in this case, of having to deal with information that will be the subject of a substantive decision in another proceeding.

In my opinion, access to information proceedings involving requests for representations to the Information Commissioner should not, unless special circumstances warrant, be heard and determined before determination on the substantive access request that gave rise to the Information Commissioner proceedings. This, of course, would not rule out consolidating the original application and the application for representations in an appropriate case.

While I have found that the PCO was not justified in refusing to disclose the record in this case on the basis of section 35 and paragraph 16(1)(c) of the Act, I have not made a determination in respect of any other provision of the Act. The three pages to which I have referred appear to me to pertain to Mr. Rubin's prior application to which the PCO has refused disclosure under other provisions of the Act. In order to permit Mr. Rubin's prior application to be heard and determined on its merits by this Court, the three pages to which I have referred shall be dealt with in the following manner:

1. The PCO may, within fourteen (14) days of the date of this decision, move to have the three pages added to the record in Mr. Rubin's substantive appli-

riure d'information. À mon avis, on ne devrait pas se servir d'une demande de communication d'observations comme moyen détourné pour obtenir la communication de renseignements qui font l'objet d'une autre procédure. Je ne pense pas que le législateur voulait que la procédure prévue par la *Loi sur l'accès à l'information* soit utilisée d'une telle façon ou dans un tel but. Le processus ne devrait pas non plus se solder par l'examen des renseignements dans le cadre de trois audiences distinctes.

Lorsqu'une demande de communication d'observations présentées au Commissaire à l'information est tranchée avant la demande substantielle qui est à l'origine de l'instance qui se déroule devant le Commissaire, le tribunal qui entend la demande de communication des observations présentées au Commissaire peut être aux prises, comme en l'espèce, avec le problème de devoir examiner des renseignements qui feront l'objet de la décision rendue au fond dans le cadre d'une autre instance.

À mon avis, les procédures d'accès à l'information qui renferment des demandes de communication d'observations présentées au Commissaire à l'information ne devraient pas, à moins que des circonstances spéciales ne le justifient, être entendues et tranchées avant que ne soit jugée la demande substantielle d'accès à l'origine de l'instance qui se déroule devant le Commissaire à l'information. Cela n'exclut évidemment pas la possibilité de combiner la demande initiale et la demande de communication d'observations dans certaines circonstances.

Même si j'ai conclu que le BCP n'était pas justifié en l'espèce de refuser de communiquer le document en invoquant l'article 35 et l'alinéa 16(1)c) de la Loi, je ne me suis pas prononcé sur les autres dispositions de la Loi. Les trois pages que j'ai mentionnées semblent se rapporter à la demande antérieure de renseignements de M. Rubin dont le BCP a refusé la communication en invoquant d'autres dispositions de la Loi. Pour permettre à la demande antérieure de M. Rubin d'être entendue et tranchée par notre Cour, voici comment il sera disposé des trois pages que j'ai mentionnées:

1. Le BCP est autorisé, dans les quatorze (14) jours de la date de la présente décision, à présenter une demande en vue de faire ajouter les trois pages au

cation T-2651-90 for their disclosure to be resolved in that proceeding;

2. Should the PCO not choose to make such motion within fourteen (14) days of the date of this decision, the three pages shall be disclosed in accordance with the terms of this decision.

In respect of the balance of the record, the Clerk of the Privy Council is ordered to make disclosure to Mr. Rubin. The operation of the order is suspended pending appeal, in order not to render an appeal futile by immediate disclosure.

dossier de la demande substantielle présentée par M. Rubin dans la cause T-2651-90;

2. Dans le cas où le BCP ne déciderait pas de présenter cette requête dans les quatorze (14) jours de la date de la présente décision, les trois pages seront communiquées conformément aux conditions de la présente décision.

En ce qui concerne le reste du dossier, la Cour enjoint au greffier du Conseil privé de le communiquer à M. Rubin. L'application de l'ordonnance est suspendue jusqu'à l'expiration du délai imparti pour interjeter appel, afin que la communication immédiate rende tout appel inutile.

A-916-90

**Minister of Employment and Immigration**  
(Appellant)

v.

**Ireland Pizzaro De Decaro** (Respondent)

*INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. DE DECARO (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Létourneau J.J.A.—Montréal, January 19; Ottawa, March 1, 1993.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from decision of Immigration and Refugee Board upholding Adjudicator's decision granting respondent permanent residence — Respondent granted immigrant visa as "accompanying dependant" — Husband died before coming to Canada — Respondent found to be inadmissible as no longer "accompanying dependant" under Immigration Regulations, s. 2(1) — Requirements for issuance of visa under Regulations, s. 12 not met — Meaning of "valid" visa — Difference of wording between English and French versions of s. 12 — Jurisdiction of Appeal Division under Act, ss. 70, 73.*

This was an appeal from a decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board upholding an Adjudicator's decision granting the respondent leave to enter Canada and establish permanent residence. In October 1988 a visa officer issued an immigrant visa to the respondent's husband and to herself and their daughter as accompanying dependants. The husband died one month later before coming to Canada. At an inquiry, the case presenting officer took the position that she was deemed to be inadmissible to Canada in that one of her children was inadmissible and because she was no longer an accompanying dependant due to her husband's death. The Adjudicator ruled that the respondent held a valid immigrant's visa since her visa had been neither revoked by the proper authorities nor automatically invalidated by her husband's death. That decision was sustained by the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board. The issue was whether the respondent met the requirements for the issuance of a visa and had therefore the right to be admitted to Canada.

*Held* (Marceau J.A. concurring in part), the appeal should be allowed.

*Per Pratte J.A.:* It is clear from the definition of "accompanying dependant" in subsection 2(1) of the *Immigration Regulations, 1978* that the visa mentioned therein is issued solely to

A-916-90

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
(appellant)

a c.

**Ireland Pizzaro De Decaro** (intimée)

*RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) c. DE DECARO (C.A.)*

Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Létourneau, J.C.A.—Montréal, 19 janvier; Ottawa, 1<sup>er</sup> mars 1993.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié confirmant la décision de l'arbitre accordant à l'intimée la résidence permanente — L'intimée a obtenu un visa d'immigrant à titre de «personne à charge qui l'accompagne» — Le mari est décédé avant de venir au Canada — On a jugé que l'intimée était inadmissible parce qu'elle n'était plus, aux termes de l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration, une «personne à charge qui l'accompagne» — Les conditions de délivrance d'un visa en vertu de l'art. 12 du Règlement n'ont pas été respectées — Signification de l'expression visa «en cours de validité» — L'expression est différente dans les versions anglaise et française de l'art. 12 — Compétence de la section d'appel en vertu des art. 70 et 73 de la Loi.*

Il s'agissait en l'espèce d'un appel interjeté contre une décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié confirmant la décision d'un arbitre qui avait accordé à l'intimée l'autorisation d'entrer au Canada pour y établir sa résidence permanente. Au mois d'octobre 1988, un agent des visas émettait un visa d'immigrant au mari de l'intimée ainsi qu'à l'intimée et à leur fille, à titre de personnes à charge qui l'accompagnent. Le mari est mort un mois plus tard, avant de venir au Canada. Lors d'une enquête, l'agent chargé de présenter le cas précisa que l'on jugeait l'intimée inadmissible au pays parce que l'un de ses enfants était inadmissible et en outre, parce qu'elle n'était plus, depuis le décès de son mari, une personne à charge qui l'accompagne. L'arbitre jugea que l'intimée détenait un visa d'immigrant valide puisque son visa n'avait été ni révoqué par les autorités compétentes, ni automatiquement invalidé par le décès de son mari. Cette décision a été maintenue par la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. La question en litige était de savoir si l'intimée satisfaisait aux conditions relatives à la délivrance d'un visa et si elle avait par conséquent le droit d'être admise au Canada.

*Arrêt* (le juge Marceau, J.C.A., souscrivant en partie à ces motifs): l'appel doit être accueilli.

*Le juge Pratte, J.C.A.:* Il est évident, à la lumière de la définition de l'expression «personne à charge qui l'accompagne» figurant au paragraphe 2(1) du *Règlement sur l'immigration de*



enable its holder to accompany or follow another person to Canada. The holder of such a visa who applies for admission to the country without "the other person" accompanying or preceding him into Canada does not meet the requirements of subsection 9(1) of the *Immigration Act* any more than a holder of a visitor's visa who applies for admission as an immigrant does. Both did obtain a visa, but in each case the visa was conditional and met the requirements of section 9 only if the condition imposed was fulfilled when the holder of the visa applied for admission to Canada. After her husband's death, the respondent became inadmissible by virtue of section 12 of the Regulations. She did not discharge the burden of proving not only that she was eligible but also that she met all the conditions for obtaining a visa. The respondent had not fulfilled the duty imposed on her by section 12 of the Regulations to prove that she met all the requirements for a visa to be issued. Even assuming that in practice it is impossible for an immigrant to show in an examination at a port of entry that he meets the conditions for issuance of a visa other than the one he already holds, it cannot be concluded that this provision is devoid of meaning or effect since it is easy to conceive of cases in which the immigrant could establish that, despite the changed circumstances, he still meets the conditions for issuance of the visa he has already obtained. As to whether the Court should make the decision the Appeal Division ought to have made under paragraph 52(c) of the *Federal Court Act*, it must be decided whether the respondent, when she was the subject of the report under paragraph 20(1)(a) of the Act, was in possession of a "valid" visa. Before her husband's death, the respondent held a valid visa even though the visa was a conditional one; however, after that death it was impossible for the condition attached to the visa to be performed, so that the visa then ceased to have any validity. It was no longer a "valid" visa. The case was therefore one in which the Court could make the removal order which the Appeal Division should have made.

*Per Marceau J.A. (concurring in part): The Immigration Act and Immigration Regulations, 1978 do not make use of either the concept of a valid visa which can become invalid in certain circumstances or the concept of a conditional visa which, to be effective, requires that the condition actually be met. Wherever the word "valid" appears in the Act, it is used in the phrase "valid and subsisting", which undoubtedly gives it the sense of "not expired", a visa whose term has not yet expired. Neither the Act nor the Regulations makes any reference to visas which become invalid, are revoked or become ineffective. The technique used to cover cases of changes in the immigrant's status between the time the visa is issued and the time he or she arrives at the Canadian border is contained in section 12 of the Regulations. Issuing an immigrant visa does not confer a right of entry; it is the new requirements of section 12 of the Regulations that must be met.*

There is a discrepancy between the French and English versions as to one of the requirements of section 12; only the

1978, que le visa qui y est mentionné est délivré dans le seul but de permettre à son titulaire d'accompagner ou de suivre une autre personne au Canada. Le détenteur d'un pareil visa qui sollicite l'admission au pays sans que «l'autre personne» ne l'accompagne ou ne l'ait précédé au pays ne satisfait pas plus aux exigences du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration* que le détenteur d'un visa de visiteur qui demande l'admission à titre d'immigrant. L'un et l'autre ont bien obtenu un visa mais, dans chaque cas, il s'agit d'un visa conditionnel qui ne satisfait aux exigences de l'article 9 que si la condition dont il dépend est remplie lorsque son titulaire sollicite l'admission au Canada. Après le décès de son mari, l'intimée est devenue inadmissible par l'application de l'article 12 du Règlement. Elle ne s'est pas déchargée du fardeau de prouver non seulement qu'elle était admissible mais aussi qu'elle remplissait toutes les conditions pour obtenir un visa. L'intimée n'avait pas satisfait à l'obligation que lui imposait l'article 12 du Règlement de prouver qu'elle répondait à toutes les exigences relatives à la délivrance d'un visa. Même si l'on suppose qu'il est pratiquement impossible à un immigrant, lors d'un examen à un port d'entrée, de démontrer qu'il satisfait aux conditions de délivrance d'un visa autre que celui qu'il a déjà obtenu, on n'en peut déduire que cette disposition est dépourvue de sens ou d'effets, puisqu'il est facile d'imaginer des cas où l'immigrant pourra établir que, malgré le changement de circonstances, il remplit toujours les conditions de délivrance du visa qu'il a déjà obtenu. Quant à savoir si la Cour devrait rendre la décision que la section d'appel aurait dû rendre en vertu de l'alinéa 52c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, il faut trancher la question de savoir si l'intimée, au moment où elle a fait l'objet du rapport en vertu de l'alinéa 20(1)a) de la Loi, était titulaire d'un visa «en cours de validité». Avant la mort de son mari, l'intimée détenait un visa valide même s'il s'agissait d'un visa conditionnel; après ce décès cependant, il était impossible que la condition dont le visa était assorti soit remplie de sorte que ce visa était, dès lors, dénué de toute valeur. Ce n'était plus un visa «en cours de validité.» Il s'agissait donc d'un cas où la Cour pouvait rendre l'ordonnance de renvoi que la section d'appel aurait dû rendre.

Le juge Marceau, J.C.A. (souscrivant en partie à ces motifs): La *Loi sur l'immigration* et le *Règlement sur l'immigration de 1978* ne font usage ni de cette notion de visa valide pouvant devenir invalide selon les circonstances, ni de cette notion de visa conditionnel requérant, pour avoir effet, la réalisation actuelle de la condition. Chaque fois que le mot «valide» apparaît dans la Loi, il est utilisé dans l'expression «en cours de validité», ce qui lui attribue, sans doute, le sens de «non périmé» d'un visa dont le délai n'est pas encore expiré. Ni la Loi ni le Règlement ne font quelque référence à des visas devenus invalides, révoqués ou sans effet. On trouve à l'article 12 du Règlement la technique utilisée en cas de changements dans la situation de l'immigrant entre le moment de la délivrance de son visa et le moment de son arrivée à la frontière du Canada. La délivrance du visa d'immigration ne donne pas droit d'entrée; ce sont les exigences nouvelles de l'article 12 du Règlement qui doivent être respectées.

Il existe une discordance entre les versions française et anglaise quant à l'une des exigences de l'article 12. Seule la

English version can be taken literally. The French version, literally construed, implies an irrational system, contrary to general principles and obviously difficult to apply. In contrast, the English version, read literally, implies a perfectly logical system, in keeping with general principles and relatively easy to apply, as the underlying idea is simply that where a change occurs in facts which may have influenced the issuing of a visa, its holder at the point of entry must show that the change has not affected his or her ability to meet the requirements for granting the visa. The respondent could not establish that she met the requirements of section 12, since she was granted her visa in consideration of her husband's presence. However, since she was in possession of a valid visa, the matter should be returned to the Appeal Division, as the latter was still under the duty imposed on it by subsection 73(3) and paragraph 70(3)(b) of the Act to consider whether on compassionate or humanitarian grounds the respondent should not be removed from Canada.

version anglaise peut être prise à la lettre. La version française, interprétée littéralement, implique un système irrationnel, contraire aux principes généraux et de difficulté d'application évidente. Par contre, la version anglaise prise à la lettre témoigne d'un système parfaitement logique, conforme aux principes généraux et d'application pratique relativement aisée. Car l'idée mise en œuvre est tout simplement qu'advenant un changement dans les faits qui ont pu influencer sur la délivrance d'un visa, le titulaire à l'entrée doit démontrer que ce changement n'a pas affecté sa capacité de satisfaire aux exigences d'octroi du visa. L'intimée ne pouvait établir qu'elle satisfaisait aux exigences de l'article 12, puisque son visa lui avait été octroyé en considération de la présence de son mari. Seulement, puisqu'elle était en possession d'un visa en cours de validité, l'affaire devrait être renvoyée à la section d'appel, car il restait à celle-ci l'obligation qui lui incombe en vertu du paragraphe 73(3) et de l'alinéa 70(3)b) de la Loi de considérer si, pour des raisons d'ordre humanitaire, l'intimée ne devrait pas être renvoyée.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(c).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1), 12(1), 14 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 30, s. 47), 19(2)(b), 20(1)(a), 23, 27(1)(b), 32(5)(b) (as am. *idem*, c. 28, s. 11), 70(2),(3) (as am. *idem*, s. 18), 73(2),(3) (as am. *idem*), 83 (as am. *idem*, s. 19), 86(1), 89.1 (as enacted *idem*, s. 22), 91(2), 94.1 (as enacted *idem*, c. 29, s. 9), 94.2 (as enacted *idem*), 114(1)(g).  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, ss. 2(1), 12 (as am. by SOR/83-540, s. 2), 14 (as am. by SOR/89-38, s. 2), 23(1) (as am. by SOR/84-849, s. 3; 85-1038, s. 7; 88-517, s. 5; 89-38, s. 8; 90-750, s. 3), 50 (as am. by SOR/89-38, s. 22).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Kang v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 2 F.C. 807; (1981), 37 N.R. 551 (C.A.).

APPEAL from a decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board upholding an Adjudicator's decision granting the respondent leave to enter Canada and establish permanent residence. Appeal allowed.

#### COUNSEL:

*Johanne LeVasseur* for appellant.  
*Denis Buron* for respondent.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52c).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1), 12(1), 14 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 47), 19(2)b), 20(1)a), 23, 27(1)b), 32(5)b) (mod., *idem*, ch. 28, art. 11), 70(2),(3) (mod., *idem*, art. 18), 73(2),(3) (mod., *idem*), 83 (mod., *idem*, art. 19), 86(1), 89.1 (édicte, *idem*, art. 22), 91(2), 94.1 (édicte, *idem*, ch. 29, art. 9), 94.2 (édicte, *idem*), 114(1)g).  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2(1), 12 (mod. par DORS/83-540, art. 2), 14 (mod. par DORS/89-38, art. 2), 23(1) (mod. par DORS/84-849, art. 3; 85-1038, art. 7; 88-517, art. 5; 89-38, art. 8; 90-750, art. 3), 50 (mod. par DORS/89-38, art. 22).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Kang c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 2 C.F. 807; (1981), 37 N.R. 551 (C.A.).

APPEL interjeté contre une décision de la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié confirmant la décision d'un arbitre accordant à l'intimée l'autorisation d'entrer au Canada pour y établir sa résidence permanente. Appel accueilli.

#### AVOCATS:

*Johanne LeVasseur* pour l'appelant.  
*Denis Buron* pour l'intimée.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Denis Buron*, Montréal, for respondent.

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

PRATTE J.A.: This appeal brought pursuant to section 83 of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19)] is from a decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, dismissing an appeal by the Minister of Employment and Immigration from an Adjudicator's decision granting the respondent leave to enter Canada and establish permanent residence.

In October 1988 a visa officer of the Canadian Embassy in Bogotá, Columbia issued an immigrant visa to Ignazio DeCaro, the respondent's husband. At the same time, he also issued immigrant visas to two dependants who were to accompany Mr. DeCaro,<sup>1</sup> namely the respondent and her daughter Kristle Julie DeCaro.

Ignazio DeCaro died in November 1988 before coming to Canada. The respondent did come and arrived at Dorval on July 11, 1989 accompanied by her daughter Kristle Julie and another child, Kenny, who was born in the U.S. after his father's death and never obtained a visa. She then applied for landing residence for herself and her two children. This was denied on the ground that her admission to the country contravened paragraph 19(2)(d) of the *Immigration Act* because the respondent did not meet the

<sup>1</sup> S. 2(1) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172] contains the following definition:

2. (1) In these Regulations,

“accompanying dependant”, with respect to a person, means a dependant of that person to whom a visa is issued at the time a visa is issued to that person for the purpose of enabling the dependant to accompany or follow that person to Canada;

The visa obtained by the respondent clearly indicated that it was issued to her as a dependant accompanying her husband.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Denis Buron*, Montréal, pour l'intimée.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Cet appel, interjeté conformément à l'article 83 de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19)], est dirigé contre une décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant l'appel de la ministre de l'Emploi et de l'Immigration à l'encontre de la décision d'un arbitre accordant à l'intimée l'autorisation d'entrer au Canada pour y établir sa résidence permanente.

Au mois d'octobre 1988, un agent des visas de l'Ambassade du Canada à Bogota, en Colombie, émettait un visa d'immigrant à Ignazio DeCaro, le mari de l'intimée. Au même moment, il émit aussi des visas d'immigrants à deux personnes à charge devant accompagner<sup>1</sup> monsieur DeCaro, savoir à l'intimée et à sa fille Kristle Julie DeCaro.

Ignazio DeCaro mourut au mois de novembre 1988 avant de venir au Canada. L'intimée, elle, fit le voyage et arriva à Dorval le 11 juillet 1989 en compagnie de sa fille Kristle Julie et d'un autre enfant, Kenny, qui était né aux États-Unis après le décès de son père et n'avait jamais obtenu de visa. Elle sollicita alors le droit d'établissement pour elle-même et ses deux enfants. Ce droit lui fut refusé au motif que son admission au pays contreviendrait à l'alinéa 19(2)d) de la *Loi sur l'immigration* parce que l'inti-

<sup>1</sup> L'art. 2(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172] contient la définition suivante:

2. (1) Dans le présent règlement,

«personne à charge qui l'accompagne», par rapport à toute personne, désigne une personne à charge de cette personne qui obtient un visa lorsqu'un visa est délivré à cette personne afin de permettre à la personne à charge d'accompagner ou de suivre cette personne au Canada;

Le visa obtenu par l'intimée indiquait clairement qu'il lui avait été délivré à titre de personne à charge devant accompagner son mari.

requirements of subsection 9(1).<sup>2</sup> The immigration officer in charge of the case then prepared a report in accordance with paragraph 20(1)(a) of the Act. An inquiry was held during which the officer responsible for presenting the case stated that the respondent was deemed to be inadmissible to Canada on the following three grounds, namely:

1. her admission contravened paragraph 19(2)(d) of the Act and section 12 of the *Immigration Regulations, 1978* [as am. by SOR/83-540, s. 2]<sup>3</sup> since one of her dependants, her son Kenny, was not admissible;

2. her admission contravened paragraph 19(2)(d) of the Act because, since her husband's death, she no longer met the definition given by subsection 2(1) of

<sup>2</sup> These two provisions read as follows:

9. (1) Except in such cases as are prescribed, every immigrant and visitor shall make an application for and obtain a visa before that person appears at a port of entry.

19. . . .

(2) No immigrant . . . shall be granted admission if the immigrant . . . is a member of any of the following classes:

(d) persons who cannot or do not fulfil or comply with any of the conditions or requirements of this Act or the regulations or any orders or directions lawfully made or given under this Act or the regulations.

<sup>3</sup> This provision reads as follows:

12. An immigrant who has been issued a visa and who appears before an immigration officer at a port of entry for examination pursuant to subsection 12(1) of the Act is required

(a) if his marital status has changed since the visa was issued to him, or

(b) if any other facts relevant to the issuance of the visa have changed since the visa was issued to him or were not disclosed at the time of issue thereof,

to establish that at the time of the examination

(c) he and his dependants, whether accompanying dependants or not, where a visa was issued to him pursuant to subsection 6(1), section 9 or subsection 10(1), 11(3) or (4), or

(d) he and his accompanying dependants, in any other case,

meet the requirements of the Act, these Regulations, the *Indo-chinese Designated Class Regulations*, the *Self-Exiled Persons Class Regulations* or the *Political Prisoners and Oppressed Persons Designated Class Regulations*, including the requirements for the issuance of the visa.

mée ne satisfaisait pas aux exigences du paragraphe 9(1)<sup>2</sup>. L'agent d'immigration saisi de l'affaire rédigea alors un rapport conformément à l'alinéa 20(1)a) de la Loi. Une enquête s'ensuivit au cours de laquelle l'agent chargé de présenter le cas précisa que l'on jugeait l'intimée inadmissible au pays pour les trois motifs suivants, savoir:

1. son admission contreviendrait à l'alinéa 19(2)d) de la Loi et à l'article 12 [mod. par DORS/83-540, art. 2] du *Règlement sur l'immigration de 1978*<sup>3</sup> puisqu'une personne à sa charge, son fils Kenny, n'était pas admissible;

2. son admission contreviendrait à l'alinéa 19(2)d) de la Loi parce que, depuis le décès de son mari, elle ne répondait plus à la définition que donne le paragraphe

<sup>2</sup> Ces deux dispositions se lisent comme suit:

9. (1) Sauf cas prévus par règlement, les immigrants et visiteurs doivent demander et obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée.

19. . . .

(2) Appartiennent à une catégorie non admissible les immigrants . . . qui:

d) soit ne se conforment pas aux conditions prévues à la présente loi et à ses règlements ou aux mesures ou instructions qui en procèdent, soit ne peuvent le faire.

<sup>3</sup> Cette disposition se lit comme suit:

12. Un immigrant à qui un visa a été délivré et qui se présente pour examen devant un agent d'immigration à un point d'entrée, conformément au paragraphe 12(1) de la Loi, doit

a) si son état matrimonial a changé depuis la délivrance du visa, ou

b) si des faits influant sur la délivrance du visa ont changé depuis que le visa a été délivré ou n'ont pas été révélés au moment où le visa a été délivré,

établir

c) que lui-même et les personnes à sa charge, qu'elles l'accompagnent ou non, dans les cas où un visa a été délivré à l'immigrant conformément au paragraphe 6(1), à l'article 9 ou aux paragraphes 10(1) ou 11(3) ou (4), ou

d) que lui-même et les personnes à sa charge qui l'accompagnent, dans les autres cas,

satisfont, au moment de l'examen, aux exigences de la Loi, du présent règlement, du *Règlement sur la catégorie désignée d'Indochinois*, du *Règlement sur la catégorie désignée d'exilés volontaires* ou du *Règlement sur la catégorie désignée de prisonniers politiques et de personnes opprimées*, y compris les exigences relatives à la délivrance d'un visa.

the Regulations to the phrase “accompanying dependant”; and

3. her admission contravened subsection 9(1) of the Act because, as her husband was dead, the immigrant visa she had obtained was no longer valid at the time she appeared at a port of entry to apply for admission.

The Adjudicator found these allegations to be groundless. In his opinion the respondent, when she applied for admission to Canada, held a valid immigrant’s visa since her visa had not been revoked by the proper authorities. Her husband’s death did not automatically invalidate the visa. Further, the Adjudicator considered that there was no need to refer to section 12 of the Regulations because that provision did not enact a condition of admission: consequently, its infringement did not mean the respondent could not be admitted.

The Minister appealed from this decision to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board. The Division dismissed this appeal. In its view the respondent, before appearing at a port of entry, had duly obtained an immigrant visa which had never been revoked or cancelled by the proper authorities. That being so, she had the right to be admitted to Canada unless she was inadmissible on some other ground than the lack of a valid visa. According to the Division, the Minister did not specify or prove anything making the respondent inadmissible, and so it had to conclude that she was admissible to Canada and that the Adjudicator was right in granting her landing.

It seems clear to me that this decision must be set aside.

In order to arrive at this conclusion it is not necessary to say, as counsel for the appellant invited the Court to do, that an immigrant or visitor appearing at a port of entry must be in possession of a valid visa and that a visa ceases to be valid once its holder no longer meets the requirements for its issue. We need only refer to the definition of the phrase “accompanying dependant” given in subsection 2(1) to see that the visa issued to a person in this class is of a very special type which is issued solely to enable its holder to accompany or follow another person to

2(1) du Règlement de l’expression «personne à charge qui l’accompagne»; et

3. son admission contreviendrait au paragraphe 9(1) de la Loi parce que, étant donné le décès de son mari, le visa d’immigrant qu’elle avait obtenu n’était plus valide au moment où elle s’était présentée à un point d’entrée pour solliciter l’admission.

L’arbitre jugea ces allégations non fondées. À son avis, l’intimée, lorsqu’elle a sollicité l’admission au Canada, détenait un visa d’immigrant valide puisque son visa n’avait pas été révoqué par les autorités compétentes. Le décès de son mari n’avait pas automatiquement invalidé ce visa. D’autre part, il n’y avait pas lieu, suivant l’arbitre, de se référer à l’article 12 du Règlement parce que cette disposition n’édicterait pas une condition d’admission; sa violation, en conséquence, n’entraînerait pas l’inadmissibilité de l’intimée.

La ministre interjeta appel de cette décision à la section d’appel de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié. La section rejeta ce pourvoi. Suivant elle, l’intimée avait obtenu régulièrement, avant de se présenter à un point d’entrée, un visa d’immigrant qui n’avait jamais été révoqué ou annulé par les autorités compétentes. Cela étant, elle avait le droit d’être admise au Canada à moins d’être inadmissible pour un autre motif que celui de l’absence de visa valide. Or, suivant la section, la ministre n’ayant pas précisé ou prouvé ce qui rendait l’intimée inadmissible, il fallait conclure qu’elle était admissible au pays et que l’arbitre avait eu raison de lui accorder le droit d’établissement.

Il me paraît certain que cette décision doit être cassée.

Pour en arriver à cette conclusion, il n’est pas nécessaire de dire, comme l’avocate de l’appelante nous a invités à le faire, que l’immigrant ou le visiteur qui se présente à un point d’entrée doit être en possession d’un visa valide et qu’un visa cesse d’être valide dès lors que son titulaire ne satisfait plus aux exigences relatives à son émission. Il suffit, en effet, de se reporter à la définition que donne le paragraphe 2(1) de l’expression «personne à charge qui l’accompagne» pour constater que le visa délivré à une personne de cette catégorie en est un d’un genre bien

Canada. In my opinion, the holder of such a visa who applies for admission to the country without "the other person" accompanying or preceding him into Canada does not meet the requirements of subsection 9(1) of the Act any more than a holder of a visitor's visa who applies for admission as an immigrant does. Both did obtain a visa, but in each case the visa was conditional and met the requirements of section 9 only if the condition imposed was fulfilled when the holder of the visa applied for admission to Canada.

In view of the time spent discussing this point at the hearing of the appeal, I would add that after her husband's death the respondent also became inadmissible by virtue of section 12 of the Regulations. Her marital status had changed since she obtained her visa and, in order to be admitted to Canada, she had to establish not only that she was eligible but also that she met all the conditions for obtaining a visa. It is quite apparent that the respondent never discharged this burden of proof.

Counsel for the respondent argued that there is no basis for applying section 12 of the Regulations here because, he said, that provision does not impose a condition of admission. He relied on *Kang v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 2 F.C. 807 (C.A.), in support of this argument.

In *Kang* the Court held that the mere fact that an immigrant infringed some provision of the Act or Regulations did not necessarily have the effect of making him inadmissible under paragraph 19(2)(d) of the Act. The question in each case is whether the legislation or regulatory provision infringed imposes a condition for admission. If this question is asked about section 12 of the Regulations, the answer is easy. That provision requires that the immigrant establish certain facts at an examination under section 12 of the Act. As that examination is held solely to determine whether the immigrant in question may be admitted to Canada, the regulation would be devoid of meaning if the immigrant could be found admissible without the required evidence being presented.

particulier qui est délivré dans le seul but de permettre à son titulaire d'accompagner ou de suivre une autre personne au Canada. À mon avis, le détenteur d'un pareil visa qui sollicite l'admission au pays sans que «l'autre personne» ne l'accompagne ou ne l'ait précédé au pays ne satisfait pas plus aux exigences du paragraphe 9(1) de la Loi que le détenteur d'un visa de visiteur qui demande l'admission à titre d'immigrant. L'un et l'autre ont bien obtenu un visa mais, dans chaque cas, il s'agit d'un visa conditionnel qui ne rencontre les exigences de l'article 9 que si la condition dont il dépend est accomplie lorsque son titulaire sollicite l'admission au Canada.

J'ajouterai, étant donné le temps que l'on a consacré à discuter ce sujet lors de l'audition de l'appel, que l'intimée, après le décès de son mari, était aussi rendue inadmissible par l'article 12 du Règlement. Son état matrimonial avait changé depuis qu'elle avait obtenu son visa et elle devait, pour être admise au pays, établir non seulement qu'elle était admissible mais aussi qu'elle remplissait toutes les conditions pour obtenir un visa. Or, il est manifeste que l'intimée ne s'est jamais déchargée de ce fardeau de preuve.

L'avocat de l'intimée a plaidé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer ici l'article 12 du Règlement parce que cette disposition, d'après lui, ne prescrit pas une condition d'admission. Il a invoqué l'arrêt *Kang c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 2 C.F. 807 (C.A.), à l'appui de cette prétention.

Dans l'affaire *Kang*, la Cour a jugé que le seul fait qu'un immigrant ait violé une disposition quelconque de la Loi ou du Règlement n'a pas nécessairement pour effet de le rendre inadmissible par application de l'alinéa 19(2)d) de la Loi. La question, dans chaque cas, est de savoir si la disposition législative ou réglementaire qui a été violée impose une condition d'admission. Or, si on se pose cette question au sujet de l'article 12 du Règlement, la réponse est facile. Cette disposition exige que, lors d'un examen suivant l'article 12 de la Loi, l'immigrant établisse certains faits. Comme cet examen est tenu dans le seul but de déterminer si l'immigrant concerné est admissible au pays, la disposition réglementaire serait dépourvue de sens si l'immigrant pouvait être jugé admissible sans que la preuve exigée ne soit faite.

Counsel for the respondent also argued that the appellant was required to prove before the Appeal Division that the respondent was not entitled to a visa because every appellant has a duty to establish that the decision against which he is appealing is wrong. This argument is without merit. While it is true that before the Appeal Division the Minister had to establish that the Adjudicator's decision was wrong, it does not follow that she had the burden of establishing that the respondent could not be admitted and was unable to obtain a visa. What the appellant had to show, and what the record clearly indicated, was that the respondent had not fulfilled the duty imposed on her by section 12 of the Regulations to prove that she met all the requirements for a visa to be issued.

If I understood correctly, counsel for the respondent argued that section 12 of the Regulations cannot be applied. That section applies when the circumstances have changed between the time an immigrant obtains a visa and the time he appears at a port of entry. In such a case, section 12 permits the immigrant to show that, despite the change, he meets "the requirements for the issuance of the visa"; that means, according to counsel for the respondent, that an immigrant who has obtained a certain class of immigrant visa and, at the examination, no longer meets the requirements for his visa to be issued, may prove that he nevertheless meets the necessary conditions for an immigrant visa in another class. Counsel for the respondent further argued that such evidence is impossible to present since the immigration officer conducting the examination mentioned in section 12 of the Act is not a visa officer and, because of that, is not capable of deciding whether the person concerned meets the specified selection criteria for the new immigrant class to which he is claiming to belong.

This argument must also be dismissed. Even assuming that section 12 of the Regulations is to be interpreted as counsel for the respondent does<sup>4</sup> and that in practice it is impossible for an immigrant to show in an examination at a port of entry that he

<sup>4</sup> His interpretation does not take into account the English wording of s. 12, according to which the immigrant must establish that he meets the requirements for the visa he has already obtained rather than the requirements for the issuance of a visa.

L'avocat de l'intimée a aussi prétendu que l'appelante était tenue, devant la section d'appel, de prouver que l'intimée n'avait pas droit à un visa parce qu'il appartient à tout appelant d'établir que la décision qu'il attaque est mal fondée. Cet argument n'a aucun mérite. S'il est vrai que la ministre devait, devant la section d'appel, établir que la décision de l'arbitre était mal fondée, il ne s'ensuit pas qu'elle ait eu le fardeau d'établir l'inadmissibilité de l'intimée et l'impossibilité pour elle d'obtenir un visa. Ce que l'appelante devait établir, et ce que révélait clairement le dossier, c'est que l'intimée n'avait pas satisfait à l'obligation que lui imposait l'article 12 du Règlement de prouver qu'elle répondait à toutes les exigences relatives à l'émission d'un visa.

L'avocat de l'intimée a soutenu, si je l'ai bien compris, que l'article 12 du Règlement est d'application impossible. Cet article s'applique lorsque les circonstances ont changé entre le moment où un immigrant a obtenu un visa et celui où il se présente à un point d'entrée. En ce cas, l'article 12 permet à l'immigrant de prouver que, malgré ce changement, il satisfait «aux exigences relatives à la délivrance d'un visa»; cela signifie, d'après l'avocat de l'intimée, que l'immigrant qui a obtenu un visa à titre d'immigrant d'une certaine catégorie et qui, lors de l'examen, ne répond plus aux exigences relatives à l'émission de son visa, est autorisé à prouver qu'il remplit néanmoins les conditions requises pour obtenir un visa à titre d'immigrant d'une autre catégorie. Or—c'est toujours l'avocat de l'intimée qui parle—cette preuve est impossible à faire puisque l'officier d'immigration qui fait subir l'examen prévu à l'article 12 de la Loi n'est pas un agent des visas et n'est pas, à cause de cela, habilité à juger si la personne concernée satisfait aux critères de sélection prescrits pour la nouvelle catégorie d'immigrants à laquelle elle prétend appartenir.

Cet argument doit, lui aussi, être rejeté. Même si l'on suppose que l'article 12 du Règlement doit être interprété comme le fait l'avocat de l'intimée<sup>4</sup> et qu'il est pratiquement impossible à un immigrant, lors d'un examen à un point d'entrée, de démontrer

<sup>4</sup> Son interprétation, en effet, ne tient pas compte de la version anglaise de l'art. 12 suivant laquelle l'immigrant doit établir qu'il satisfait aux exigences du visa qu'il a déjà obtenu plutôt qu'aux exigences relatives à l'émission d'un visa.

meets the conditions for issuance of a visa other than the one he already holds, it cannot be concluded that this provision is devoid of meaning or effect since it is easy to conceive of cases in which the immigrant could establish that, despite the changed circumstances, he still meets the conditions for issuance of the visa he has already obtained.

I would therefore allow the appeal.

Foreseeing that the Court might arrive at this conclusion, counsel for the respondent asked that in such a case, rather than sending the matter back to the Appeal Division, the Court should make the decision the Division ought to have made.<sup>5</sup> This brings us to subsections 73(2) and (3) of the *Immigration Act* [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18], which indicates the decisions that the Appeal Division is authorized to make in the event of an appeal by the Minister.

73. . . .

(2) The Appeal Division may dispose of an appeal made pursuant to section 71

(a) by allowing it and making the removal order or conditional removal order that the adjudicator who was presiding at the inquiry should have made; or

(b) by dismissing it.

(3) Where the Appeal Division disposes of an appeal made pursuant to section 71 by allowing it and making a removal order or conditional removal order against the person concerned, that person shall, where the person would have had an appeal pursuant to this Act if the order had been made by an adjudicator after an inquiry, be deemed to have made an appeal to the Appeal Division pursuant to paragraph 70(1)(b) or 70(3)(b), as the case may be.

If the Division had made the decision it should have made, it would have made a removal order against the respondent. The Division would then under subsection 73(3) have automatically had before it an appeal by the respondent under paragraph 70(3)(b) [as am. *idem*]<sup>6</sup> if the removal order was appealable in the event that it was made by an adjudicator. This means that the Appeal Division

<sup>5</sup> Under s. 52(c) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] the Court, when it allows an appeal like the one at bar, may either "give the decision that should have been given" or "refer the matter back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate".

<sup>6</sup> The wording of ss. 70(2) and (3) may be recalled here:

(Continued on next page)

qu'il satisfait aux conditions d'émission d'un visa autre que celui qu'il a déjà obtenu, on n'en peut déduire que cette disposition est dépourvue de sens ou d'effets, puisqu'il est facile d'imaginer des cas où l'immigrant pourra établir que, malgré le changement de circonstances, il remplit toujours les conditions d'émission du visa qu'il a déjà obtenu.

Je ferais donc droit à l'appel.

Prévoyant que nous pourrions en arriver à cette conclusion, l'avocat de l'intimée a demandé que, en ce cas, plutôt que de renvoyer l'affaire devant la section d'appel, nous rendions la décision qu'elle aurait dû rendre<sup>5</sup>. Cela nous amène aux paragraphes 73(2) et (3) de la *Loi sur l'immigration* [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18] qui indiquent les décisions que la section d'appel est autorisée à rendre dans le cas d'un appel par le ministre:

73. . . .

(2) Ayant à statuer sur un appel interjeté dans le cadre de l'article 71, la section d'appel peut:

a) soit y faire droit en prenant la mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel que l'arbitre chargé de l'enquête aurait dû prendre;

b) soit le rejeter.

(3) Dans les cas où la section d'appel fait droit à l'appel visé à l'article 71 en prenant une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel qui, si elle avait été prise par un arbitre, aurait été susceptible d'appel, la personne visée est réputée avoir interjeté un appel fondé sur les alinéas 70(1)(b) ou 70(3)(b), selon le cas.

Si la section d'appel avait rendu la décision qu'elle aurait dû rendre, elle aurait donc prononcé une mesure de renvoi contre l'intimée. Et, alors, la section, en vertu du paragraphe 73(3), aurait été automatiquement saisie d'un appel de l'intimée en vertu de l'alinéa 70(3)(b) [mod., *idem*]<sup>6</sup> si la mesure de renvoi avait été susceptible d'appel dans l'hypothèse où elle aurait été prise par un arbitre. C'est dire que la sec-

<sup>5</sup> Suivant l'art. 52(c) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], la Cour, lorsqu'elle fait droit à un appel comme celui-ci, peut soit «rendre la décision qui aurait dû être rendue», soit «renvoyer l'affaire pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées».

<sup>6</sup> Il convient de rappeler ici le texte des art. 70(2) et (3):

(Suite à la page suivante)



would have had before it an appeal under subsection 73(3) if the respondent, at the time she was the subject of a report under paragraph 20(1)(a) of the Act, was in possession of a valid immigrant visa.

Was the respondent, when she was the subject of the report under paragraph 20(1)(a), in possession of a "valid" visa?<sup>7</sup> The word "valid" implies that a visa which is initially valid may subsequently cease to be so. Before her husband's death, the respondent certainly held a valid visa even though, as I said, the visa was a conditional one; however, after that death it was impossible for the condition attached to the visa to be performed, so that the visa then ceased to have any validity. It was no longer, in my opinion, a "valid" visa.

The case is therefore one in which the Court can make the removal order which the Appeal Division should have made.

I would allow the appeal, set aside the subject decision and the decision of the Adjudicator granting the respondent landing and, making the removal

*(Continued from previous page)*

70. . . .

(2) Subject to subsections (3) and (4), an appeal lies to the Appeal Division from a removal order or conditional removal order made against a person who

(a) has been determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee but is not a permanent resident; or

(b) seeks landing or entry and, at the time that a report with respect to the person was made by an immigration officer pursuant to paragraph 20(1)(a), was in possession of a valid immigrant visa, in the case of a person seeking landing, or a valid visitor's visa, in the case of a person seeking entry.

(3) An appeal to the Appeal Division under subsection (2) may be based on either or both of the following grounds:

(a) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

(b) on the ground that, having regard to the existence of compassionate or humanitarian considerations, the person should not be removed from Canada.

<sup>7</sup> This question must be asked as, if she was, we should refer the matter back to the Division for it to rule on the respondent's appeal under s. 73(3).

tion d'appel aurait été saisie d'un appel en vertu du paragraphe 73(3) si l'intimée, au moment où elle a fait l'objet d'un rapport en vertu de l'alinéa 20(1)a) de la Loi, était titulaire d'un visa d'immigrant «en cours de validité» (en anglais «*was in possession of a valid immigrant visa*»).

L'intimée était-elle, lorsqu'elle a fait l'objet du rapport en vertu de l'alinéa 20(1)a), titulaire d'un visa «en cours de validité»? L'expression «en cours de validité» laisse entendre qu'un visa, valide à l'origine, peut par la suite cesser de l'être. Avant la mort de son mari, l'intimée détenait certainement un visa valide même s'il s'agissait, comme je l'ai dit, d'un visa conditionnel; après ce décès, cependant, il était impossible que la condition dont le visa était assorti soit accomplie de sorte que ce visa était, dès lors, dénué de toute valeur. Ce n'était plus, à mon sens, un visa «en cours de validité».

Il s'agit donc d'un cas où nous pouvons rendre l'ordonnance de renvoi que la section d'appel aurait dû rendre.

Je ferais droit à l'appel, je casserais la décision attaquée et la décision de l'arbitre qui a accordé le droit d'établissement à l'intimée et, prononçant la

*(Suite de la page précédente)*

70. . . .

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (4), peuvent faire appel devant la section d'appel d'une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel:

a) les non-résidents permanents qui se sont vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention aux termes de la présente loi ou de ses règlements;

b) les personnes qui, ayant demandé l'admission, étaient titulaires d'un visa de visiteur ou d'immigrant, selon le cas, en cours de validité lorsqu'elles ont fait l'objet du rapport visé à l'alinéa 20(1)a).

(3) Les moyens que peuvent invoquer les appelants visés au paragraphe (2) sont les suivants:

a) question de droit, de fait ou mixte;

b) le fait que, pour des raisons d'ordre humanitaire, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada.

<sup>7</sup> Il faut nous poser cette question car, dans l'affirmative, nous devrions renvoyer l'affaire à la section pour qu'elle se prononce sur l'appel de l'intimée en vertu de l'art. 73(3).

order which the Adjudicator should have made under paragraph 32(5)(b) [as am. *idem*, s. 11] of the Act, I would order that the respondent be excluded from Canada.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

\* \* \*

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

MARCEAU J.A. (concurring in part): I regret that I cannot entirely agree with the approach taken by Pratte J.A. Like him, I feel that the Immigration and Refugee Board Appeal Division ("the Appeal Division") erred in upholding the Adjudicator's decision. The latter could not, as he did, grant the respondent landing in Canada. However, I do not arrive at this conclusion in the same way as my brother Judge: my understanding of the provisions implicated by the circumstances of the case differs so fundamentally from his that I would not finally dispose of the appeal in the way he suggests. I must of course explain this, but now that the facts are set out and the principal provisions of the Act and the Regulations have been noted, I can do so quite quickly.

The appellant argued that the Appeal Division erred in fact and in law in finding that there was no reason to doubt the validity of the visa, which had also never been revoked. She said that Mrs. Pizzaro De DeCaro's visa became invalid once the condition on which it was issued, namely that she accompany her husband, became impossible to fulfil. The invalidity was automatic and there was no need for cancellation. Pratte J.A. does not feel it is necessary to speak of validity, that one only has to remember that the visa was a very special kind of visa, issued to enable Mrs. De DeCaro to accompany her husband, and so a conditional visa which cannot meet the requirements of subsection 9(1) of the Act<sup>8</sup> unless the condition imposed on it is met when the holder applies for admission to Canada. With respect, I must

<sup>8</sup> Which reads as follows:

9. (1) Except in such cases as are prescribed, every immigrant and visitor shall make an application for and obtain a visa before that person appears at a port of entry.

mesure de renvoi que l'arbitre aurait dû prendre en vertu de l'alinéa 32(5)b) [mod., *idem*, art. 11] de la Loi, j'ordonnerais que l'intimée soit exclue du pays.

a

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je suis d'accord.

\* \* \*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE MARCEAU, J.C.A. (souscrivant en partie à ces motifs): Je regrette de ne pas partager pleinement la façon de voir de Monsieur le juge Pratte, J.C.A. Je crois, comme lui, que la section d'appel de la Commission de l'Immigration et du statut de réfugié («la section d'appel») a erré en confirmant la décision de l'arbitre. Ce dernier ne pouvait pas, comme il l'a fait, accorder à l'intimée le droit d'établissement au Canada. Mais je n'arrive pas à cette conclusion par les mêmes voies que mon collègue; ma compréhension des textes mis en cause par les circonstances de l'espèce diffère de la sienne. Tant et si bien que je ne disposerais pas de l'appel finalement de la manière qu'il suggère. Il me faut évidemment m'en expliquer, mais maintenant que les faits sont exposés et que les textes principaux de la Loi et du Règlement ont été rappelés, je pourrai le faire assez rapidement.

f

L'appelante soutient que la section d'appel a erré en fait et en droit en concluant qu'il n'y avait pas raison de douter de la validité du visa, qui, par ailleurs, n'avait jamais été révoqué. Le visa de Mme Pizzaro De DeCaro, dit-elle, est devenu invalide dès que la condition sous laquelle il avait été émis, soit: qu'elle se présente avec son mari, était devenue impossible de réalisation. L'invalidité était automatique, point n'était besoin de cancellation. Monsieur le juge Pratte, pour sa part, ne croit pas qu'il soit nécessaire de parler de validité, il suffit de réaliser que le visa en était un très particulier, délivré dans le but de permettre à Mme De DeCaro d'accompagner son mari, un visa conditionnel donc qui ne peut satisfaire aux exigences du paragraphe 9(1) de la Loi<sup>8</sup> que si la condition dont il dépend est accomplie lorsque son titulaire

<sup>8</sup> Qui se lit ainsi:

9. (1) Sauf cas prévus par règlement, les immigrants et visiteurs doivent demander et obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée.

take the liberty of questioning these two approaches, which in any case are so close to each other that in my opinion they amount almost to the same thing. The Act and the Regulations do not seem to me to make use of either the concept of a valid visa which can become invalid in certain circumstances or the concept of a conditional visa which, to be effective, requires that the condition actually be met.

I note first that the only places where there is any reference to a “valid visa” in the Act<sup>9</sup> are in sections 70(2) [as am. *idem*, s. 18], 86(1), 89.1 [as enacted *idem*, s. 22], 91(2), 94.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 9] and 94.2 [as enacted *idem*] and finally in paragraph 114(1)(q). Everywhere in each of these provisions, without exception, the word is used in the phrase “valid and subsisting”, which undoubtedly gives it the sense of “not expired”, a visa whose term has not yet expired. The situation could hardly be otherwise, given the context: apart from the first provision, all the others—which are found in Part V on the obligations of transportation companies, Part VI on offences and punishment and Part VII which contains general provisions—are designed to penalize a transportation company which brings a foreign national to Canada without having a “valid and subsisting” visa and anyone who otherwise induces or abets the coming into Canada of such a person: the carrier or the instigator could not be required to do more than check the date of expiry of the visa shown. As regards the first provision, that in subsection 70(2), there too the wording could not refer to anything but a delay in becoming effective, since it is used in cases which have given rise to reports under subsection 20(1), namely cases where substantive conditions for granting the visa have not been observed. Accordingly, neither the Act nor the Regulations, in which the word “valid” is encountered still more rarely (sections 14 [as am. by SOR/89-38, s. 2] and 50 [as am. *idem*, s. 22]), speaks of a valid visa in any sense other than that of an unexpired visa.

I would also note that no provision of the Act or the Regulations appears to support any concept of a

<sup>9</sup> I am using the Act as it stood before the amendments of February 1, 1993 came into effect (S.C. 1992, c. 49).

sollicite l'admission au pays. Je me permets avec égards de contester ces deux façons de voir, qui sont au reste si près l'une de l'autre qu'elles reviennent, je pense, à peu près au même. La Loi et le Règlement ne me semblent faire usage ni de cette notion de visa valide pouvant devenir invalide selon les circonstances, ni de cette notion de visa conditionnel requérant, pour avoir effet, la réalisation actuelle de la condition.

Je ferai remarquer d'abord que les seuls endroits où l'on parle de «visa valide» dans la Loi<sup>9</sup> se trouvent aux articles 70(2) [mod., *idem*, art. 18], 86(1), 89.1 [édicte, *idem*, art. 22], 91(2), 94.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 9] et 94.2 [édicte, *idem*] et enfin à l'alinéa 114(1)(q). Or, partout, sans exception, dans chacune de ces dispositions, le mot est utilisé dans l'expression «en cours de validité», ce qui lui attribue, sans doute, le sens de «non périmé», d'un visa dont le délai d'émission n'est pas expiré. Il ne saurait d'ailleurs en être autrement, étant donné le contexte: sauf la première disposition, toutes les autres—qui se trouvent à la Partie V relative aux obligations des transporteurs, à la Partie VI qui concerne les infractions et peines et à la Partie VII contenant des dispositions générales—visent à pénaliser le transporteur qui emmène au Canada un ressortissant étranger non muni d'un visa «en cours de validité» et celui qui incite ou encourage autrement une telle personne à entrer au Canada: on ne pourrait quand même pas requérir du transporteur ou de l'incitateur qu'il vérifie plus que la date d'expiration du visa exhibé. Et pour ce qui est de la première disposition, celle du paragraphe 70(2), l'expression là non plus ne saurait se rapporter à autre chose qu'au délai de mise en vigueur puisqu'elle est utilisée à propos de cas qui ont donné lieu à des rapports sous le paragraphe 20(1), soit des cas de non-respect des conditions de fond d'octroi du visa. Ni la Loi donc, ni le Règlement, où l'on retrouve le mot «validité» encore plus rarement (articles 14 [mod. par DORS/89-38, art. 2] et 50 [mod., *idem*, art. 22]) ne parlent de visa valide dans un sens autre que visa non périmé.

Je ferai remarquer ensuite qu'aucune disposition de la Loi ou du Règlement ne paraît sanctionner une

<sup>9</sup> Je me sers de la Loi telle qu'elle existait avant la mise en vigueur des amendements du 1<sup>er</sup> février 1993 (L.C. 1992, ch. 49).

conditional visa. Sections 14 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 30, s. 47] and 23 of the Act and subsection 23(1) [as am. by SOR/84-849, s. 3; 85-1038, s. 7; 88-517, s. 5; 89-38, s. 8; 90-750, s. 3] of the Regulations speak of terms and conditions, but with reference to the right of landing conferred by the visa, not the visa itself. In granting landing the officer imposes conditions which, if not eventually fulfilled, will lead to a report under paragraph 27(1)(b) of the Act.<sup>10</sup> I also do not see how this notion of a conditional visa can be drawn from the definition of the phrase "accompanying dependant" in subsection 2(1) of the Act. As to treating the holder of a visa issued to a dependant who appears at a border alone as similar to the holder of a visitor's visa applying for immigrant status for the purposes of subsection 9(1), I will simply say that the former holds an immigrant visa while the latter does not. This idea of a visa issued conditionally, which automatically loses its effect simply because a condition is not performed or becomes impossible to perform, seems to me, with all due respect to my brother Judge, to be extraneous to the Act.

Of course, I am not forgetting that Parliament has made distinctions as to the capacity and title on the basis of which a visa is issued, and that between the time it is issued outside of Canada and the time the immigrant appears at a port of entry that capacity or title may change. The case at bar is sufficient evidence of that. However, as I understand the system, the means of recognizing and sanctioning the change, if in fact it must be sanctioned, is not by the legal technique of invalidity, of revocation or of "loss of

<sup>10</sup> Which reads as follows:

27. (1) Where an immigration officer or a peace officer is in possession of information indicating that a permanent resident is a person who

(b) if that person was granted landing subject to terms and conditions, has knowingly contravened any of those terms or conditions,

the immigration officer or peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of such information.

quelconque notion de visa conditionnel. Aux articles 14 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 47] et 23 de la Loi et au paragraphe 23(1) [mod. par DORS/84-849, art. 3; 85-1038, art. 7; 88-517, art. 5; 89-38, art. 8; 90-750, art. 3] du Règlement, on parle de termes et conditions, mais en se référant au droit d'établissement que confère le visa, non au visa lui-même. L'officier, en accordant le droit d'établissement, impose des conditions qui, au cas de non-respect éventuel, donnent lieu à un rapport sous l'alinéa 27(1)(b) de la Loi<sup>10</sup>. Je ne vois pas, non plus, que l'on puisse tirer de la définition de l'expression «personne à charge qui l'accompagne» au paragraphe 2(1) de la Loi cette notion de visa conditionnel. Quant à assimiler, pour les fins d'application du paragraphe 9(1), le détenteur d'un visa émis à une personne à charge qui se présente seule à la frontière au détenteur d'un visa de visiteur qui demande l'admission à titre d'immigrant, je dirai simplement que le premier a en main un visa d'immigrant, l'autre n'en a pas. Cette notion de visa émis conditionnellement, qui perdrait son effet automatiquement par le seul fait de l'inexécution ou de l'impossibilité d'exécution d'une condition, me paraît, je le dis avec égards pour mon collègue, étrangère à la Loi.

Je n'oublie évidemment pas que le législateur a fait des distinctions quant à la qualité et au titre sur la base duquel un visa est émis et que, entre le moment d'émission en dehors du pays et le moment où l'immigrant se présente à l'entrée, cette qualité ou ce titre peut changer. Le cas ici en atteste suffisamment bien. Mais, selon ma compréhension du système, ce n'est pas par la technique juridique de l'invalidité, ni par celle de la révocation, ni par celle de la «perte d'effet», que le changement va être perçu et sanctionné,

<sup>10</sup> Qui se lit ainsi:

27. (1) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas:

b) a sciemment contrevenu aux conditions dont était assorti son droit d'établissement;

effect"; and the reasons prompting Parliament not to adopt such techniques are easy to imagine. First, the conditions and circumstances that may influence the issuing of a visa are many and diverse and it seems clear that fixing a classification in advance that may not take into account the circumstances of a particular case would not be a very good way of achieving the purpose of the system. Second, it should be quite apparent that a system of revocation would be very difficult if not impossible to implement. In any case, I repeat, I do not see any reference in the Act or Regulations to visas which become invalid, are revoked or become ineffective. The technique used to cover cases of changes in the immigrant's status between the time the visa is issued and the time he or she arrives at the Canadian border is contained in section 12 of the Regulations, which I take the liberty of setting out:

12. An immigrant who has been issued a visa and who appears before an immigration officer at a port of entry for examination pursuant to subsection 12(1) of the Act is required

(a) if his marital status has changed since the visa was issued to him, or

(b) if any other facts relevant to the issuance of the visa have changed since the visa was issued to him or were not disclosed at the time of issue thereof,

to establish that at the time of the examination

(c) he and his dependants, whether accompanying dependants or not, where a visa was issued to him pursuant to subsection 6(1), section 9 or subsection 10(1), 11(3) or (4), or

(d) he and his accompanying dependants, in any other case,

meet the requirements of the Act, these Regulations, the *Indochinese Designated Class Regulations*, the *Self-Exiled Persons Class Regulations* or the *Political Prisoners and Oppressed Persons Designated Class Regulations*, including the requirements for the issuance of the visa.

As we know, issuing an immigrant visa is not the granting of landing. Such issuance simply means that the visa officer has formed the opinion that the applicant meets the requirements of the Act and Regulations for admission to Canada. The granting of a visa is undoubtedly not simply an academic exercise with no practical value or effect. The visa is evidence of a conclusion by an immigration officer, whose function is to determine from outside Canada whether applicants are admissible, and that conclusion will usually

s'il y a effectivement lieu de le sanctionner. Et les raisons qui ont pu inciter à ne pas adopter de telles techniques sont faciles à imaginer. D'une part, les conditions et circonstances pouvant influencer l'émission d'un visa sont multiples et de portée diverse et il semble bien qu'en établir à l'avance une classification qui ne tiendrait pas compte des circonstances de chaque espèce ne satisferait pas très bien au but poursuivi. D'autre part, on ne pouvait pas ne pas réaliser qu'un système de révocation serait fort difficile sinon impossible de mise en œuvre. De toute façon, je le répète, je ne vois nulle part dans la Loi ou le Règlement quelque référence à des visas devenus invalides ou révoqués ou sans effet. La technique qu'on a utilisée pour couvrir les cas de changements dans la situation de l'immigrant entre le moment de délivrance du visa et le moment d'arrivée à la frontière du pays est contenue à l'article 12 du Règlement, que je me permets de reproduire:

12. Un immigrant à qui un visa a été délivré et qui se présente pour examen devant un agent d'immigration à un point d'entrée, conformément au paragraphe 12(1) de la Loi, doit

a) si son état matrimonial a changé depuis la délivrance du visa, ou

b) si des faits influant sur la délivrance du visa ont changé depuis que le visa a été délivré ou n'ont pas été révélés au moment où le visa a été délivré,

établir

c) que lui-même et les personnes à sa charge, qu'elles l'accompagnent ou non, dans les cas où un visa a été délivré à l'immigrant conformément au paragraphe 6(1), à l'article 9 ou aux paragraphes 10(1) ou 11(3) ou (4), ou

d) que lui-même et les personnes à charge qui l'accompagnent, dans les autres cas,

satisfont, au moment de l'examen, aux exigences de la Loi, du présent règlement, du *Règlement sur la catégorie désignée d'Indochinois*, du *Règlement sur la catégorie désignée d'exilés volontaires* ou du *Règlement sur la catégorie désignée de prisonniers politiques et de personnes opprimées*, y compris les exigences relatives à la délivrance d'un visa.

On sait que la délivrance du visa d'immigrant ne constitue pas l'octroi du droit d'établissement. Cette délivrance signifie simplement que l'agent des visas s'est formé l'opinion que le requérant satisfaisait aux exigences de la Loi et du Règlement pour pouvoir s'établir au Canada. Sans doute, l'octroi d'un visa n'est-il pas qu'un exercice académique sans aucune portée ni valeur pratique. Le visa témoigne de l'attestation d'un officier d'immigration dont c'est le rôle de vérifier de l'extérieur l'admissibilité des postu-

be accepted as such by his colleague at the port of entry. However, the rule is still that a foreign national arriving in Canada with a view to residing here must satisfy the immigration officer of his admissibility at the port of entry (subsection 12(1) of the Act).<sup>11</sup> This is the context in which section 12 of the Regulations applies. First, it imposes on an immigrant a duty to disclose any change in the facts which may have influenced the issuing of the visa which he holds, and if there has been such a change, it requires the immigrant to meet new requirements. The visa is not void, but as we know the visa in itself does not confer a right of entry; it is the new requirements of section 12 of the Regulations that must be met.

My brother Judge properly notes in his reasons the discrepancy between the French and English versions as to one of these requirements of section 12. Whereas the English version reads: "An immigrant who has been issued a visa . . . is required . . . to establish that at the time of the examination . . . he meet[s] the requirements . . . for the issuance of the visa" [underlining added], and the visa in question at the end is clearly the visa in question at the beginning, the French version reads "*Un immigrant à qui un visa a été délivré . . . doit . . . établir . . . [qu'il satisfait] . . . aux . . . exigences relatives à la délivrance d'un visa*" [underlining added], that is, it might be said, any visa in any circumstances and for any purpose, and my brother Judge indicates his preference for the English version, although as he sees the matter no more need be said.

I think that, in order to properly understand the technique chosen by Parliament to deal with these situations in which changes of conditions and circumstances occur between the time a visa is issued and the time it is shown at a port of entry, a firm position has to be taken on this difference of wording, and I

<sup>11</sup> The wording of which is recalled:

12. (1) Every person seeking to come into Canada shall appear before an immigration officer at a port of entry, or at such other place as may be designated by a senior immigration officer, for examination to determine whether that person is a person who shall be allowed to come into Canada or may be granted admission.

lants, et cette attestation sera normalement acceptée comme telle par son collègue à l'entrée. Mais le principe demeure que le ressortissant étranger qui arrive au pays pour s'y établir doit satisfaire l'agent d'immigration de son admissibilité au point d'entrée (paragraphe 12(1) de la Loi<sup>11</sup>). C'est dans ce contexte que joue l'article 12 du Règlement. Il impose d'abord à l'immigrant l'obligation de révéler tout changement dans les faits qui ont pu influencer sur la délivrance du visa dont il est titulaire et, s'il y a eu tel changement, il exige de l'immigrant qu'il satisfasse à des exigences nouvelles. Son visa n'est pas nul, mais on sait qu'en lui-même le visa ne donne pas droit d'entrée; ce sont les exigences nouvelles de cet article 12 du Règlement qui doivent être respectées.

Mon collègue note bien dans ses motifs la discordance entre les versions française et anglaise quant à l'une de ces exigences de l'article 12. Alors que la version anglaise se lit «*An immigrant who has been issued a visa . . . is required . . . to establish that at the time of the examination . . . he . . . meet[s] the requirements . . . for the issuance of the visa*» [soulignements ajoutés], le visa dont il est question à la fin étant manifestement le visa dont il a été question au début, la version française, elle, se lit «*Un immigrant à qui un visa a été délivré . . . doit . . . établir . . . [qu'il satisfait] . . . aux . . . exigences relatives à la délivrance d'un visa*» [soulignements ajoutés], soit, pourrait-on comprendre, n'importe quel visa dans n'importe quelles circonstances et pour n'importe quelle fin. Et mon collègue indique sa préférence pour la version anglaise, bien que, dans son optique, il ne croit pas nécessaire de dire plus.

Je pense que, pour bien apprécier la technique choisie par le législateur pour traiter de ces situations où des changements de conditions et de circonstances surviennent entre le moment d'émission d'un visa et le moment où il est exhibé au point d'entrée, il faut prendre partie de façon ferme sur cette différence de

<sup>11</sup> Dont je rappelle le texte:

12. (1) Quiconque cherche à entrer au Canada est tenu de se présenter devant un agent d'immigration à un point d'entrée ou à tout autre lieu désigné par l'agent principal en vue de l'interrogatoire visant à déterminer s'il est autorisé à entrer au Canada ou s'il peut y être admis.

believe that, on analysis, it is clear that only the English version can be taken literally.

The French version, literally construed, implies an irrational system, contrary to general principles and obviously difficult to apply: irrational, because there is no explanation of why an immigrant, on account of the change which has occurred, has the right to start again at the beginning and make use of all available opportunities; contrary to general principles, because it would conflict with the fundamental principle that the conditions for granting a visa should be verified outside Canada; finally, obviously difficult to apply because it would require immigration officers at the border to become visa officers in many cases compelled to redo an exhaustive examination of all the possibilities for granting the visa.

In contrast, the English version, read literally, implies a perfectly logical system, in keeping with general principles and relatively easy to apply, as the underlying idea is simply that where a change occurs in facts which may have influenced the issuing of a visa, its holder at the point of entry must show that the change has not affected his or her ability to meet the requirements for granting the visa, so that, even if the change had occurred before the visa application was considered, it would not have caused the responsible officer to reject the application. Logic is preserved, the significance of granting the visa remains and the verification undertaken by the officer at the port of entry is limited to what is strictly necessary.

That is how I understand the Act and Regulations, and why I said I differ somewhat from my brother Judge's opinion. In my view, it is clear in the case at bar that Mrs. Pizzaro De DeCaro, even disregarding the fact that she had a newborn infant with her, could not establish that she met the requirements of section 12, since she was granted her visa in consideration of her husband's presence. The Adjudicator accordingly was wrong to think that she met the conditions of admission set by the Regulations; and the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board could not confirm the Adjudicator's finding on the grounds that the Minister had not discharged her

texte et je soutiens, qu'à l'analyse, on ne peut que se rendre compte que seule la version anglaise peut être prise à la lettre.

a La version française, interprétée littéralement, impliquerait, en effet, un système irrationnel, contraire aux principes généraux et de difficulté d'application évidente. Irrationnel, parce qu'on ne pourrait expliquer pourquoi l'immigrant, à cause du changement intervenu, aurait alors le droit de recommencer à zéro et de se prévaloir de toutes les possibilités; contraire aux principes généraux, parce qu'on irait à l'encontre du principe fondamental qui veut que la vérification des conditions d'octroi d'un visa soit faite à l'extérieur du pays; enfin, de difficulté d'application évidente, parce qu'il exigerait que les officiers d'immigration à la frontière, dans de multiples cas, se transforment en agents de visa forcés de reprendre un examen exhaustif de toutes les possibilités d'octroi de visa.

e Au contraire, la version anglaise prise à la lettre témoigne d'un système parfaitement logique, conforme aux principes généraux et d'application pratique relativement aisée. Car l'idée mise en œuvre est tout simplement qu'advenant un changement dans les faits qui ont pu influencer sur la délivrance de son visa, le titulaire à l'entrée doit démontrer que ce changement n'a pas affecté sa capacité de satisfaire aux exigences d'octroi de son visa, de sorte que, même s'il était survenu avant l'examen de sa demande, il n'aurait pas conduit l'agent responsable à la refuser. La logique est sauvée, l'octroi du visa conserve une valeur, le travail de vérification de l'officier à l'entrée est limité au strict nécessaire.

h Voilà donc comment je comprends la Loi et le Règlement, et pourquoi je disais différer quelque peu d'opinion avec mon collègue. Il est clair ici, d'après moi, que Mme Pizzaro De DeCaro, même si on ne tenait pas compte du fait qu'elle avait avec elle un nouveau-né, ne pouvait établir qu'elle satisfaisait aux exigences de l'article 12, puisque son visa lui avait été octroyé en considération de la présence de son mari. L'arbitre a eu tort ainsi de penser qu'elle satisfaisait aux conditions d'admissibilité du Règlement. Et la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ne pouvait pas confirmer la conclusion de l'arbitre aux motifs que la ministre

burden of showing that Mrs. Pizzaro De DeCaro was inadmissible or that her visa had been cancelled, as the Minister was under no burden of proof and cancellation of the visa a concept that does not exist.

My essential conclusion is therefore the same as that of Pratte J.A.: the appeal should be allowed and the subject decision by the Appeal Division set aside. However, I consider that since in my opinion Mrs. Pizzaro De DeCaro was in possession of a valid visa, the matter should be returned to the Appeal Division, as the latter is still under the duty imposed on it by subsection 73(3) and paragraph 70(3)(b) of the Act<sup>12</sup> to consider another aspect of the problem, namely that of whether on compassionate or humanitarian grounds Mrs. Pizzaro De DeCaro should not be removed from Canada.

ne s'était pas déchargée de son fardeau de démontrer que Mme Pizzaro De DeCaro était inadmissible ou que son visa avait été annulé, la ministre n'ayant aucun fardeau de preuve et l'annulation du visa étant une notion qui n'existe pas.

Ma conclusion essentielle est donc la même que celle de Monsieur le juge Pratte: l'appel doit être accueilli et la décision contestée de la section d'appel doit être cassée. Seulement, je crois que, puisqu'à mon avis, Mme Pizzaro De DeCaro était en possession d'un visa en cours de validité, on se doit de retourner le dossier à la section d'appel, car il reste à celle-ci l'obligation qui lui incombe en vertu du paragraphe 73(3) et de l'alinéa 70(3)b) de la Loi<sup>12</sup> de considérer un autre aspect du problème, soit celui de savoir si, pour des raisons d'ordre humanitaire, Mme Pizzaro De DeCaro ne devrait pas ne pas être renvoyée.

<sup>12</sup> These provisions read as follows:

73. . . .

(3) Where the Appeal Division disposes of an appeal made pursuant to section 71 by allowing it and making a removal order or conditional removal order against the person concerned, that person shall, where the person would have had an appeal pursuant to this Act if the order had been made by an adjudicator after an inquiry, be deemed to have made an appeal to the Appeal Division pursuant to paragraph 70(1)(b) or 70(3)(b), as the case may be.

70. . . .

(3) An appeal to the Appeal Division under subsection (2) may be based on either or both of the following grounds:

(b) on the ground that, having regard to the existence of compassionate or humanitarian considerations, the person should not be removed from Canada.

<sup>12</sup> Ces textes se lisent comme suit:

73. . . .

(3) Dans les cas où la section d'appel fait droit à l'appel visé à l'article 71 en prenant une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel qui, si elle avait été prise par un arbitre, aurait été susceptible d'appel, la personne visée est réputée avoir interjeté un appel fondé sur les alinéas 70(1)b) ou 70(3)b), selon le cas.

70. . . .

(3) Les moyens que peuvent invoquer les appelants visés au paragraphe (2) sont les suivants:

b) le fait que, pour des raisons d'ordre humanitaire, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada.



A-1191-91

A-1191-91

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Aqua-Gem Investments Ltd.** (*Respondent*)

a

**Aqua-Gem Investments Ltd.** (*intimée*)*INDEXED AS: CANADA v. AQUA-GEM INVESTMENTS LTD. (CA.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. AQUA-GEM INVESTMENTS LTD. (CA.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Mahoney, MacGuigan, Décary and Robertson J.J.A.—Toronto, November 9, 1992; Ottawa, February 4, 1993.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Mahoney, MacGuigan, Décary et Robertson, J.C.A.—Toronto, 9 novembre 1992; Ottawa, 4 février 1993.

*Judges and courts — Per C.J. (dissenting): Whether all discretionary decisions of prothonotaries to be reviewed de novo (based on F.C.A. decision in Canada v. "Jala Godavari" (The)) or reviewed for error only in some cases — Issue of great importance as affecting efficient dispatch of Court business, utilization of judicial resources — Intention of Parliament in authorizing appointment of prothonotaries — General direction issued by A.C.J. as to powers of Senior Prothonotary, A.S.P. — Historical development of Master system in England — Canadian practice giving Masters larger discretion — Exhaustive review and exposition of law relating to Masters — Constitutional issues — Proper standard of review of discretionary orders of F.C. prothonotaries — Necessity for balancing judicial due process on questions vital to final issue of case with administrative expedition in routine matters — Authority of prothonotaries should not be limited as suggested in Canada v. "Jala Godavari" (The).*

c

*Juges et tribunaux — Le juge en chef (dissident): La question se pose de savoir si toutes les décisions discrétionnaires des protonotaires sont susceptibles de révision de novo par application de l'arrêt Canada c. «Jala Godavari» (Le) de la Cour d'appel fédérale, ou si elles ne sont susceptibles de révision que pour erreur dans certains cas — La question revêt une grande importance puisqu'elle affecte l'exécution des travaux de la Cour et l'utilisation des ressources judiciaires — But poursuivi par le législateur lorsqu'il autorisait la nomination des protonotaires — Directive générale du juge en chef adjoint sur les pouvoirs du protonotaire en chef et du protonotaire adjoint — Évolution du système des protonotaires en Angleterre — Pratique canadienne accordant aux protonotaires des pouvoirs discrétionnaires plus étendus — Évocation et exposé exhaustifs des règles de droit relatives aux protonotaires — Questions constitutionnelles — Norme appropriée de révision des ordonnances discrétionnaires des protonotaires de la Cour fédérale — Nécessité de réaliser l'équilibre entre l'équité procédurale concernant les questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause et l'expédition administrative des matières courantes — Il ne faut pas limiter les pouvoirs des protonotaires comme le suggère l'arrêt Canada c. «Jala Godavari» (Le).*

d

e

f

*Practice — Dismissal of proceedings — Want of prosecution — Appeal from Order of Motions Judge setting aside A.S.P.'s denial of order staying or dismissing Crown's action for want of prosecution — Action commenced in 1986, delayed more than three years — Delay inordinate, inexcusable, likely to cause prejudice to respondent.*

g

h

*Pratique — Rejet des procédures — Défaut de poursuivre — Appel formé contre l'ordonnance du juge des requêtes infirmant la décision du protonotaire adjoint qui a refusé de rendre une ordonnance portant rejet ou suspension de l'action de la Couronne pour défaut de poursuivre — Action intentée en 1986, retardée de plus de trois années — Retard excessif, inexcusable, susceptible de causer un grave préjudice à l'intimée.*

This was an appeal from an order of the Motions Judge setting aside the dismissal by the Associate Senior Prothonotary of respondent's motion for an order staying the proceeding under paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act* or dismissing it for want of prosecution under R. 440. The respondent, a firm which specializes in buying and reviving failing businesses, sought to treat certain types of expenses as "active business income" for its 1979, 1980 and 1981 taxation years. The Minister of National Revenue treated the amounts in question as "Canadian investment income", thus subjecting them to a higher tax liability. The respondent appealed the Minister's assessment to the Tax Court of Canada which ruled in its

i

j

Appel formé contre l'ordonnance par laquelle le juge des requêtes a infirmé le rejet, de la part du protonotaire adjoint, de la requête de l'intimée en ordonnance portant suspension de l'instance conformément à l'alinéa 50(1)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* ou portant rejet, en application de la Règle 440, de l'action pour défaut de poursuivre. L'intimée, qui est une firme spécialisée dans l'achat et la remise à flot d'entreprises en difficulté, avait essayé de faire rentrer certains types de dépenses dans le «revenu tiré d'une entreprise exploitée activement» pour les années d'imposition 1979, 1980 et 1981. Le ministre du Revenu national a traité ces sommes comme «revenu de placements au Canada», ce qui signifie un impôt

favour. The Minister appealed that decision and filed a statement of claim in the Federal Court, Trial Division in July 1986. For various reasons, the case was delayed until March 1988 and again until September 1991, at which time the Associate Senior Prothonotary heard the respondent's motion for an order dismissing the appellant's action for want of prosecution, and dismissed it. The Motions Judge allowed the appeal from that decision, pointing out that "the delay on the plaintiff's part has been of such substantial proportion as to likely cause prejudice to the defendant at trial". The main issue was whether the Motions Judge applied the proper standard of review to the discretionary decision of the Prothonotary when he relied upon the standard enunciated by the Federal Court of Appeal in *Canada v. "Jala Godavari" (The)*.

*Held* (Isaac C.J. and Robertson J.A. dissenting): the appeal should be dismissed.

*Per* MacGuigan J.A. (Mahoney and Décaré J.J.A. concurring): Discretionary orders of prothonotaries ought not to be disturbed on appeal to a judge unless 1) they are clearly wrong in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or 2) they raise questions vital to the final issue of the case. In such cases, a judge ought to exercise his own discretion *de novo*. In the *Jala Godavari* case, the Court of Appeal, contrary to a view so far adopted in the Trial Division that the prothonotary's discretion should be followed unless he had committed an error of law, ruled that a judge who hears an appeal from a prothonotary on a matter involving the exercise of discretion is called upon to exercise his own discretion and is not bound by the prothonotary's opinion. This case should not be read as meaning that the prothonotary's discretion should never be respected, but that it is subject to an overriding discretion by a judge where the question involved is vital to the final issue of the case. The question before the prothonotary herein can be considered interlocutory only because he decided it in favour of the appellant. If he had decided it for the respondent, it would have been a final decision in the case. A decision which can thus be either interlocutory or final depending on how it is decided, even if interlocutory because of the result, must nevertheless be considered vital to the final resolution of the case. The Motions Judge was right in following the *Jala Godavari* case and exercising his own discretion *de novo*. In concluding "solely on the grounds that the defendant had not complained of the plaintiff's tardiness or taken some action at an earlier date", the prothonotary made an error of law which prevented him from exercising his discretion properly. This would also justify the Motions Judge's exercise of discretion *de novo*. The prothonotary's fundamental error was in assuming that the respondent was under an obligation to take action in response to the draft statement of facts.

plus élevé. L'intimée a interjeté appel des cotisations établies par le ministre devant la Cour canadienne de l'impôt qui a prononcé en sa faveur. Le ministre a interjeté appel de cette décision et déposé sa déclaration auprès de la Section de première instance en juillet 1986. Pour diverses raisons, l'affaire a été reportée jusqu'en mars 1988 puis une nouvelle fois jusqu'en septembre 1991, date à laquelle le protonotaire adjoint a entendu et rejeté la requête de l'intimée en ordonnance portant rejet de l'action de l'appelante pour défaut de poursuivre. Le juge des requêtes a accueilli l'appel formé contre cette dernière décision en concluant que «le retard de la demanderesse était de nature à causer un préjudice à la défenderesse à l'instruction». Il échet d'examiner si le juge des requêtes a appliqué la norme appropriée en s'appuyant sur la norme définie par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada c. «Jala Godavari» (Le)* pour réviser la décision discrétionnaire du protonotaire.

*Arrêt* (le juge en chef Isaac et le juge Robertson, J.C.A., dissidents): l'appel doit être rejeté.

Le juge MacGuigan, J.C.A. (aux motifs duquel ont souscrit les juges Mahoney et Décaré, J.C.A.): Le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants: 1) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits, ou 2) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause. Dans ces deux cas, le juge doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début. Dans l'affaire *Jala Godavari*, la Cour d'appel, par contraste avec la vue qui avait cours à l'époque à la Section de première instance, savoir qu'il ne fallait pas toucher à la décision discrétionnaire du protonotaire sauf le cas d'erreur de droit, a décidé que le juge saisi de l'appel formé contre une décision discrétionnaire du protonotaire n'était pas lié par les conclusions de celui-ci et devait exercer son propre pouvoir discrétionnaire. Il ne faut pas interpréter cet arrêt comme signifiant que la décision discrétionnaire du protonotaire ne doit jamais être respectée, mais qu'elle est subordonnée à l'appréciation discrétionnaire d'un juge si la question visée a une influence déterminante sur l'issue de la cause principale. La matière soumise en l'espèce au protonotaire peut être considérée comme interlocutoire seulement parce qu'il a prononcé en faveur de l'appelante. Eût-il prononcé en faveur de l'intimée, sa décision aurait résolu définitivement la cause. Une décision qui peut être soit interlocutoire soit définitive selon la manière dont elle est rendue, même si elle est interlocutoire en raison du résultat, doit néanmoins être considérée comme déterminante pour la solution définitive de la cause principale. Le juge des requêtes avait raison d'appliquer la règle définie par l'arrêt *Jala Godavari* et d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début. En tirant sa conclusion «pour le seul motif que la défenderesse ne s'est pas plainte du retard de la demanderesse ni n'a agi plus tôt», le protonotaire a commis une erreur de droit qui l'a empêché d'exercer convenablement son pouvoir discrétionnaire. Ce fait justifie aussi l'exercice par le juge des requêtes de son pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*. L'erreur fondamentale du protonotaire consistait

The Motions Judge properly exercised his discretion by taking into consideration all relevant factors, including the question of whether the subsequent delay by the respondent was sufficient to excuse the appellant's failure to prosecute in a reasonable and timely manner. He did not find the respondent's lack of response to amount to condonation, acquiescence or waiver. Nor did he err in law in considering how serious was the prejudice caused by the delay and he raised the question properly in saying: "the defendant must show . . . that it will likely be seriously prejudiced by the delay". There was no manifest error of law on the Motions Judge's part such as would permit the Court to interfere with his exercise of discretion.

*Per Isaac C.J. (dissenting):* The first issue was whether the Motions Judge applied the proper standard of review to the discretionary decision of the Associate Senior Prothonotary. Any standard adopted must recognize Parliament's intention, embodied in section 12 of the *Federal Court Act*, that the office of prothonotary is designed to aid in "the efficient performance of the work of the Court". A standard of review which subjects all impugned decisions of prothonotaries to hearings *de novo* regardless of the issues involved in the decision or whether they decide the substantive rights of the parties would be inconsistent with the statutory objective. The standard of review laid down in *Jala Godavari* is incomplete; therefore, the Motions Judge, who relied on it, did not apply the proper standard of review to the discretionary order of the Associate Senior Prothonotary.

The second issue was whether the Motions Judge erred in allowing the respondent's appeal and setting aside the order of the Associate Senior Prothonotary. With respect to the first branch of the standard of review, whether the order of the Associate Senior Prothonotary was clearly wrong, there was no allegation that the latter misapprehended the facts. It was largely because he had taken into account the conduct of the respondent in the litigation that the Motions Judge found him to have been in error. In taking such conduct into account, the Associate Senior Prothonotary was acting in accordance with well-settled principles which have been accepted by the Federal Court. The level of litigious activity or inactivity on the part of the defendant is a relevant factor to be taken into account in determining whether a delay has been inordinate or inexcusable, and whether a party has been seriously prejudiced by it. In arriving at his conclusion, the Associate Senior Prothonotary did not act on a wrong principle and his order was not clearly wrong. As to the second branch of the standard, namely whether the order of the Prothonotary raised questions vital to the final issue of the case, the Motions Judge was not justified in refusing deference to the discretion of the Associate Senior Prothonotary and exercising his own. The order in question was interlocutory: it did not decide the substantive rights of the parties or any issue vital to the final issue of the litigation. Its sole effect was that the appellant was entitled to proceed to trial in accordance with the rules and practice of the Court. Delay in prosecution was not an issue in dispute in the

à présumer que l'intimée était tenue à l'obligation de donner suite à l'exposé conjoint des faits.

Le juge des requêtes a convenablement exercé son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de tous les facteurs pertinents, y compris la question de savoir si le retard subséquent de l'intimée était suffisant pour excuser le défaut de l'appelante de poursuivre dans des délais raisonnables. Il n'a pas conclu que l'inaction de l'intimée valait tolérance, acquiescement ou renoncement. Il n'a pas commis non plus une erreur de droit en pesant la gravité du préjudice causé par le retard, et a posé la question correctement: «la défenderesse doit établir . . . qu'elle sera vraisemblablement gravement lésée par ce retard». Le juge des requêtes n'a commis aucune erreur de droit manifeste qui permette à la Cour d'intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Le juge en chef Isaac (dissent): Il échet d'examiner en premier lieu si le juge des requêtes a appliqué le critère approprié pour réviser la décision discrétionnaire du protonotaire adjoint. La norme adoptée doit traduire la volonté du législateur, qu'exprime l'article 12 de la *Loi sur la Cour fédérale* selon lequel la charge de protonotaire est destinée à «l'exécution des travaux de la Cour». N'est pas compatible avec l'objectif de la loi la norme de révision qui soumet toutes les décisions de protonotaire attaquées à l'instruction *de novo* quelles que soient les questions concernées et peu importe si ces décisions statuent au fond sur les droits des parties. La norme de révision définie par l'arrêt *Jala Godavari* est incomplète; il s'ensuit que s'étant fondé sur elle, le juge des requêtes n'a pas appliqué la norme de révision appropriée à l'ordonnance discrétionnaire du protonotaire adjoint.

Il échet en second lieu d'examiner si le juge des requêtes a commis une erreur en accueillant l'appel de l'intimée et infirmant l'ordonnance du protonotaire adjoint. En ce qui concerne le premier volet de la norme, savoir si le protonotaire adjoint avait commis une erreur manifeste, on n'a pas prétendu qu'il ait fait une mauvaise appréciation des faits. C'était en grande partie parce qu'il avait tenu compte de la conduite de l'intimée dans le cours de la procédure que le juge des requêtes a conclu à une erreur de sa part. En tenant compte de cette conduite, le protonotaire adjoint a respecté les principes établis et acceptés par la Cour fédérale. La diligence ou l'inaction de la part du défendeur est un facteur à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'examiner si le retard a été excessif ou inexcusable et si une partie en a subi un grave préjudice. Pour parvenir à sa conclusion, le protonotaire adjoint ne s'est pas fondé sur un mauvais principe et son ordonnance n'était pas entachée d'erreur flagrante. En ce qui concerne le second volet de la norme, savoir si l'ordonnance du protonotaire adjoint portait sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause, le juge des requêtes n'était pas fondé à refuser de déférer au pouvoir discrétionnaire de ce dernier et à exercer le sien propre. L'ordonnance en cause était interlocutoire: elle ne prononçait pas au fond sur les droits des parties ou sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du litige. Elle avait pour seul effet de reconnaître à l'appelante le droit de donner suite à son action conformément aux règles et pratique de la Cour. Le retard dans la poursuite n'était pas un point liti-

action. The test to be applied in dismissing an action for want of prosecution is whether there has been an inordinate delay, whether that delay was inexcusable and whether the defendant is likely to be seriously prejudiced by the delay. The Associate Senior Prothonotary considered each element of this test in reaching his conclusion, albeit in different language. The Motions Judge erred in allowing the respondent's appeal and setting aside the order of the Prothonotary.

*Per* Robertson J.A. (dissenting): The Motions Judge erred in applying the test on which decisions to dismiss actions for want of prosecution must be based. The two-year delay was "inexcusable" and "inordinate" but it remained to be determined whether the respondent was "likely to be seriously prejudiced by the delay". One should not presume serious prejudice because the delay is deemed inordinate. Moreover, it is doubtful whether the "fading memory" rationale could be invoked as the sole basis on which to rest a decision to dismiss for want of prosecution. The burden of demonstrating sufficient prejudice is not easily met. Courts should not assess the likelihood of serious prejudice in a factual vacuum. The respondent offered no specific evidence which could reasonably be regarded as giving rise to a likelihood of serious prejudice. Its admission that "there was substantial evidence from the witness at the trial in the Tax Court" undermines the validity of the "fading memory" rationale and, if necessary, would rebut any presumption of prejudice. An order dismissing an action for want of prosecution is not intended to punish a plaintiff for its failure to proceed expeditiously. Its aim is to ensure that defendants are not exposed to "a substantial risk that a fair trial of the issues in the litigation will not be possible". The respondent failed to adduce the evidence necessary to demonstrate that it would be unable to obtain a fair trial on the issues.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act for the division of the Province of Lower-Canada, for amending the Judicature thereof, and for repealing certain Laws therein mentioned* [34 Geo. III, c. 6] 1793.
- An Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1920, c. 26, s. 3.
- An Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1957, c. 24, s. 1.
- An Act to amend "The Supreme and Exchequer Courts Act", and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown*, S.C. 1887, c. 16, s. 9.
- Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 41, 42, 44.1, 511.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.
- Courts of Justice Act*, R.S.Q. 1977, c. T-16, s. 4.
- Exchequer Court Act*, R.S.C. 1927, c. 34, s. 87(2).
- Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98.

gieux dans l'action. Le critère à appliquer pour décider s'il faut rejeter une action pour défaut de poursuivre revient à se demander s'il y a eu retard excessif, si ce retard est inexcusable et si le défendeur risque un préjudice grave en raison de ce retard. Le protonotaire adjoint a pris en considération chaque élément de ce critère pour parvenir à sa conclusion, encore que par un libellé différent. Le juge des requêtes a commis une erreur en faisant droit à l'appel de l'intimée et en infirmant l'ordonnance du protonotaire adjoint.

Le juge Robertson, J.C.A. (dissent): Le juge des requêtes a commis une erreur dans l'application de la norme régissant le rejet d'une action pour défaut de poursuivre. Le retard de deux ans était «inexcusable» et «excessif», mais il restait à examiner si l'intimée «était susceptible de subir un préjudice grave». Le préjudice grave ne se présume pas du seul fait que le retard est réputé excessif. D'autre part, il est douteux que le moyen du «souvenir diminué» puisse être invoqué comme seul motif à l'appui de la décision de rejet pour défaut de poursuivre. Il n'est pas facile de prouver le préjudice grave. Les tribunaux ne doivent pas considérer la probabilité de préjudice grave dans le vide. L'intimée n'a produit aucune preuve spécifique qui puisse être raisonnablement considérée comme un indice de probabilité de préjudice grave. Son aveu que «la déposition du témoin au procès devant la Cour de l'impôt était assez considérable» suffit à détruire la validité du moyen du «souvenir diminué» et, si nécessaire, à réfuter la présomption de préjudice. L'ordonnance portant rejet d'une action pour défaut de poursuivre ne vise pas à punir le demandeur pour défaut de faire diligence. Le but en est de protéger les défendeurs contre le retard qui «risque vraiment de rendre impossible le jugement équitable des points litigieux». L'intimée n'a pu produire les preuves nécessaires pour démontrer qu'il lui serait impossible d'obtenir un jugement équitable des points litigieux.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Acte à l'effet de modifier l'Acte des cours Suprême et de l'Échiquier, et d'établir de meilleures dispositions pour l'instruction des réclamations contre la Couronne*, S.C. 1887, ch. 16, art. 9.
- Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, art. 70.
- Acte qui divise la Province du Bas-Canada, qui amende la Judicature d'icelle, et qui rappelle certaines Lois y mentionnées* [34 Geo. III, ch. 6] 1793.
- Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 41, 42, 44.1, 511.
- Judicature Act*, S.N.S. 1972, ch. 2.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.
- Loi de la cour de l'Échiquier du Canada*, S.R.C. 1927, ch. 34, art. 87(2).
- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 175(3) (mod. par L.C. 1988, ch. 61, art. 21).

*Exchequer Court General Rules and Orders*, Rule 1A(4).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 3, 12, 46(1), 50(1).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 331A (as enacted by SOR/79-57, s. 6), 336, 440, 447(2), 460 (as am. by SOR/90-846, s. 15).  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, s. 175(3) (as am. by S.C. 1988, c. 61, s. 21).  
*Judicature Act*, S.N.S. 1972, c. 2.  
*The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11, s. 70.

*Loi modifiant la Loi de la cour de l'Échiquier*, S.C. 1920, ch. 26, art. 3.  
*Loi modifiant la Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.C. 1957, ch. 24, art. 1.  
*Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, ch. 98.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3, 12, 46(1), 50(1).  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q. 1977, ch. T-16, art. 4.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 331A (éditée par DORS/79-57, art. 6), 336, 440, 447(2), 460 (mod. par DORS/90-846, art. 15).  
*Règles et ordonnances générales de la Cour de l'Échiquier*, Règle 1A(4).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.); *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (C.A.); revg (1983), 33 C.P.C. 145 (Div. Ct.); *Canada v. "Jala Godavari" (The)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127; 135 N.R. 316 (F.C.A.); *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.); *The Queen v. Murphy and ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028; 99 N.R. 75 (F.C.A.); *Canadian National Railway Co. v. The Norango*, [1976] 2 F.C. 264 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*Adamson v. Adamson et al* (1888), 12 P.R. 469 (Ont. H.C.); *Odell v. Mulholland* (1891), 14 P.R. 180 (Ont. H.C.); *Quality Steels (London) Ltd. v. Atlas Steels Limited*, [1949] O.W.N. 110 (H.C.); *Marleen Investments Ltd. v. McBride et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 125; 13 C.P.C. 221; 27 Chitty's L.J. 69 (H.C.); *King v. Drysdale et al.* (1892), 24 N.S.R. 308 (S.C.); *Starratt v. White* (1913), 11 D.L.R. 488; 47 N.S.R. 163 (S.C.); *Alta. Wheat Pool v. Nahajowicz* (1930), 24 Alta. L.R. 400; [1930] 2 D.L.R. 759; [1930] 1 W.W.R. 483 (S.C.A.D.); *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh* (1977), 8 A.R. 394; 80 D.L.R. (3d) 671; 4 Alta. L.R. (2d) 173 (S.C.); 274099 *Alberta Ltd. v. West Edmonton Mall Shopping Centre Ltd. et al.* (1990), 114 A.R. 57; 75 Alta. L.R. (2d) 389 (C.A.); *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd.* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 188; 42 C.P.C. (2d) 25 (S.C.); *Re Solloway Mills & Co.*, [1935] O.R. 37; [1935] 2 D.L.R. 549 (C.A.); *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479; (1989), 25 C.P.R. (3d) 116; 27 F.T.R. 186 (T.D.); *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 240; 24 C.P.R. (3d) 66; 25 F.T.R. 226 (F.C.T.D.); *Do Carmo v. Ford Excavations Pty Ltd.*, [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.); overrd in part [1981] 2 N.S.W.L.R. 253 (C.A.); vard (1984), 58 A.L.J.R. 287 (Aust.H.C.); *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (C.A.); *Nichols v. Canada et al.* (1990), 36 F.T.R. 77 (F.C.T.D.); *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.); *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.); *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (C.A.); inf (1983), 33 C.P.C. 145 (C. Div.); *Canada c. «Jala Godavari» (Le)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127; 135 N.R. 316 (C.A.F.); *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.); *La reine c. Murphy et ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028; 99 N.R. 75 (C.A.F.); *La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Le Norango*, [1976] 2 C.F. 264 (C.A.F.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Adamson v. Adamson et al* (1888), 12 P.R. 469 (H.C. Ont.); *Odell v. Mulholland* (1891), 14 P.R. 180 (H.C. Ont.); *Quality Steels (London) Ltd. v. Atlas Steels Limited*, [1949] O.W.N. 110 (H.C.); *Marleen Investments Ltd. v. McBride et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 125; 13 C.P.C. 221; 27 Chitty's L.J. 69 (H.C.); *King v. Drysdale et al.* (1892), 24 N.S.R. 308 (S.C.); *Starratt v. White* (1913), 11 D.L.R. 488; 47 N.S.R. 163 (S.C.); *Alta. Wheat Pool v. Nahajowicz* (1930), 24 Alta. L.R. 400; [1930] 2 D.L.R. 759; [1930] 1 W.W.R. 483 (S.C.A.D.); *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh* (1977), 8 A.R. 394; 80 D.L.R. (3d) 671; 4 Alta. L.R. (2d) 173 (S.C.); 274099 *Alberta Ltd. v. West Edmonton Mall Shopping Centre Ltd. et al.* (1990), 114 A.R. 57; 75 Alta. L.R. (2d) 389 (C.A.); *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd.* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 188; 42 C.P.C. (2d) 25 (S.C.); *Re Solloway Mills & Co.*, [1935] O.R. 37; [1935] 2 D.L.R. 549 (C.A.); *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 C.F. 479; (1989), 25 C.P.R. (3d) 116; 27 F.T.R. 186 (1<sup>re</sup> inst.); *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 240; 24 C.P.R. (3d) 66; 25 F.T.R. 226 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Do Carmo v. Ford Excavations Pty Ltd.*, [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.); infirmée en partie [1981] 2 N.S.W.L.R. 253 (C.A.); modifiée (1984), 58 A.L.J.R. 287 (Aust.H.C.); *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (C.A.); *Nichols c. Canada et autres* (1990), 36 F.T.R. 77 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.); *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.).

## REFERRED TO:

*Ensité Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509; (1986), 33 D.L.R. (4th) 491; [1986] 2 C.T.C. 459; 86 DTC 6521; 70 N.R. 189; *Aqua-Gem Investments Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 2528; 86 D.T.C. 1392 (T.C.C.); *Sculthorpe v. Burn* (1866), 12 Gr. 427 (U.C.Ch); *Branche v. MacArthur et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 71; 30 D.L.R. (4th) 301; 11 C.P.C. (2d) 8; 16 O.A.C. 306 (Div. Ct.); *Wink (John) Ltd. v. Sico Inc.* (1987), 57 O.R. (2d) 705; 15 C.P.C. (2d) 187 (H.C.); *Das v. Coles* (1989), 71 O.R. (2d) 57; 64 D.L.R. (4th) 345 (H.C.); *Hart v. Kowall* (1990), 75 O.R. (2d) 306; 74 D.L.R. (4th) 126 (Gen. Div.); *L.C.D.H. Audio Visual Ltd. v. I.S.T.S. Verbatim Ltd. et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 425; 40 B.L.R. 128; 8 C.P.C. 141 (H.C.); *Fazzari et al. v. Pellizzari et al.* (1988), 28 O.A.C. 38 (Div. Ct.); *Lacaud c. Leblanc*, [1983] C.S. 555 (Que. S.C.); *Johnson Products Co. v. Truso Ltd.* (1987), 12 C.I.P.R. 22; 15 C.P.R. (3d) 76 (F.C.T.D.); *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260 (F.C.T.D.); *Westinghouse Electric Corp. et al. v. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (trading under name and style Bailey Controls et al.)* (1987), 15 C.P.R. (3d) 447; 15 F.T.R. 154 (F.C.T.D.); *Standal Estate v. Swecan International Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 298; 25 C.P.R. (3d) 104; 27 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 144; 24 C.P.R. (3d) 371; 28 F.T.R. 118 (F.C.T.D.); *Unilever PLC v. Proctor & Gamble Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 237; 24 C.P.R. (3d) 388 (F.C.T.D.); *David et al. v. Kluger et al.* (1991), 51 F.T.R. 234 (F.C.T.D.); *Prouvost S.A. v. Munsingwear Inc.*, [1992] 2 F.C. 541 (C.A.); *Canastrand Industries Ltd. v. Lara S (The)*, [1992] 3 F.C. 398 (T.D.); *Ruhrkohle Handel Inter GMBH v. Federal Calumet (The)*, [1992] 3 F.C. 98 (C.A.); *Norton Co. v. Lionite Abrasives Ltd.* (1975), 32 C.P.R. (2d) 270 (F.C.T.D.); *Minnesota Mining and Manufacturing Company v. Lorcon Inc.*, [1984] 1 F.C. 380; (1984), 73 C.P.R. (2d) 176 (T.D.); *McGregor and McGregor v. Canada* (1988), 20 F.T.R. 122 (F.C.T.D.); *Hendrickson v. Kallio*, [1932] O.R. 675 (C.A.); *Bozson v. Altrincham Urban Council*, [1903] 1 K.B. 547 (C.A.); *Walkley v. Precision Forgings Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 548 (H.L.); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corpn. Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.); *Paal Wilson & Co. A/S v. Parteneederei Hannah Blumenthal*, [1983] A.C. 854 (H.L.); *A-G of Canada v. S.F. Enterprises Inc. et al.* (1990), 90 DTC 6195; 107 N.R. 100 (F.C.A.); *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525; [1947] 3 D.L.R. 517 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Audet, Pierre E. *Les officiers de justice: des origines de la colonie jusqu'à nos jours*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1986.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Ensité Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509; (1986), 33 D.L.R. (4th) 491; [1986] 2 C.T.C. 459; 86 DTC 6521; 70 N.R. 189; *Aqua-Gem Investments Ltd. c. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 2528; 86 D.T.C. 1392 (C.C.I.); *Sculthorpe v. Burn* (1866), 12 Gr. 427 (U.C.Ch); *Branche v. MacArthur et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 71; 30 D.L.R. (4th) 301; 11 C.P.C. (2d) 8; 16 O.A.C. 306 (C. div.); *Wink (John) Ltd. v. Sico Inc.* (1987), 57 O.R. (2d) 705; 15 C.P.C. (2d) 187 (H.C.); *Das v. Coles* (1989), 71 O.R. (2d) 57; 64 D.L.R. (4th) 345 (H.C.); *Hart v. Kowall* (1990), 75 O.R. (2d) 306; 74 D.L.R. (4th) 126 (Div. gén.); *L.C.D.H. Audio Visual Ltd. v. I.S.T.S. Verbatim Ltd. et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 425; 40 B.L.R. 128; 8 C.P.C. 141 (H.C.); *Fazzari et al. v. Pellizzari et al.* (1988), 28 O.A.C. 38 (Ct. Div.); *Lacaud c. Leblanc*, [1983] C.S. 555 (C.S. Qué.); *Johnson Products Co. c. Truso Ltd.* (1987), 12 C.I.P.R. 22; 15 C.P.R. (3d) 76 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Westinghouse Electric Corp. et autre c. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (faisant affaire sous la raison sociale Bailey Controls et autre)* (1987), 15 C.P.R. (3d) 447; 15 F.T.R. 154 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Standal, succession c. Swecan International Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 298; 25 C.P.R. (3d) 104; 27 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 144; 24 C.P.R. (3d) 371; 28 F.T.R. 118 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Unilever PLC c. Proctor & Gamble Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 237; 24 C.P.R. (3d) 388 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *David et autre c. Kluger et autres* (1991), 51 F.T.R. 234 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Prouvost S.A. c. Munsingwear Inc.*, [1992] 2 C.F. 541 (C.A.); *Canastrand Industries Ltd. c. Lara S (Le)*, [1992] 3 C.F. 398 (1<sup>re</sup> inst.); *Ruhrkohle Handel Inter GMBH c. Federal Calumet (Le)*, [1992] 3 C.F. 98 (C.A.); *Norton Co. c. Lionite Abrasives Ltd.* (1975), 32 C.P.R. (2d) 270 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Minnesota Mining and Manufacturing Company c. Lorcon Inc.*, [1984] 1 C.F. 380; (1984), 73 C.P.R. (2d) 176 (T.D.); *McGregor et McGregor c. Canada* (1988), 20 F.T.R. 122 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Hendrickson v. Kallio*, [1932] O.R. 675 (C.A.); *Bozson v. Altrincham Urban Council*, [1903] 1 K.B. 547 (C.A.); *Walkley v. Precision Forgings Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 548 (H.L.); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corpn. Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.); *Paal Wilson & Co. A/S v. Parteneederei Hannah Blumenthal*, [1983] A.C. 854 (H.L.); *P-G du Canada c. S.F. Enterprises Inc. et autre* (1990), 90 DTC 6195; 107 N.R. 100 (C.A.F.); *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525; [1947] 3 D.L.R. 517 (C.A.).

## DOCTRINE

Audet, Pierre E. *Les officiers de justice: des origines de la colonie jusqu'à nos jours*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1986.

Jacob, Sir Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. (The Hamlyn Lectures; 38). London: Stevens & Sons Ltd., 1987.

Jacob, Sir Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. (The Hamlyn Lectures; 38). London: Stevens & Sons Ltd., 1987.

APPEAL from the order of a Motions Judge ((1991), 91 DTC 5641; 50 F.T.R. 115 (F.C.T.D.)) setting aside an order of the Associate Senior Prothonotary ((1991), 91 DTC 5546 (F.C.T.D.)) dismissing the respondent's motion for an order staying the proceeding under paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act* or dismissing it for want of prosecution under Rule 440. Appeal dismissed.

APPEL formé contre l'ordonnance ((1991), 91 DTC 5641; 50 F.T.R. 115 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) par laquelle le juge des requêtes a infirmé une ordonnance du protonotaire adjoint ((1991), 91 DTC 5546 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) portant rejet de la requête de l'intimée en suspension de la procédure en application de l'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* ou rejet de l'action pour défaut de poursuivre, sous le régime de la Règle 440. Appel rejeté.

## COUNSEL:

*Harry Erlichman and Laura C. Snowball* for appellant.  
*Richard G. Fitzsimmons and Daniel F. Chitiz* for respondent.

## c AVOCATS:

*Harry Erlichman et Laura C. Snowball* pour l'appelante.  
*Richard G. Fitzsimmons et Daniel F. Chitiz* pour l'intimée.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Fitzsimmons, MacFarlane, Slocum & Harpur*, Toronto, for respondent.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.  
*Fitzsimmons, MacFarlane, Slocum & Harpur*, Toronto, pour l'intimée.

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

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

ISAAC C.J. (*dissenting*): This is an appeal from the order of a Motions Judge in the Trial Division dated November 8, 1991 [91 DTC 5641], allowing an appeal by the respondent made pursuant to Rule 336(5) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] from an order of the Associate Senior Prothonotary [(1991), 91 DTC 5546]. By his order, the Motions Judge set aside, with costs, the order of the Associate Senior Prothonotary which dismissed the respondent's motion for, *inter alia*, an order staying the proceeding pursuant to paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] or, alternatively, dismissing it for want of prosecution pursuant to Rule 440.

LE JUGE EN CHEF ISAAC, (*dissident*): Il y a en l'espèce appel formé contre l'ordonnance en date du 8 novembre 1991 [91 DTC 5641] par laquelle un juge des requêtes de la Section de première instance a fait droit à l'appel interjeté par l'intimée, en application de la Règle 336(5) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], d'une ordonnance du protonotaire adjoint [(1991), 91 DTC 5546]. Par son ordonnance, le juge des requêtes a infirmé, avec dépens, l'ordonnance du protonotaire adjoint qui rejetait la requête de l'intimée, laquelle concluait entre autres à ordonnance portant suspension de l'instance conformément à l'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] ou, subsidiairement, portant rejet, en application de la Règle 440, de l'action pour défaut de poursuivre.

The order in appeal had the effect of dismissing the appellant's action for want of prosecution.

L'ordonnance portée en appel avait pour effet de rejeter l'action de l'appelante pour défaut de poursuivre.

The sole ground of objection to the order, alleged by the appellant in its memorandum of fact and law, was that the Motions Judge erred in dismissing the action for want of prosecution, but when the appeal came on for hearing, the Court, of its own motion, by order dated October 5, 1992, directed the parties to submit argument on the following question:

Whether the Motions Judge applied the proper standard of review to the discretionary decision of the Prothonotary when he relied upon the standard enunciated by Hugessen J.A. in *The Ship "Jala Godavari" et al v. The Queen et al . . .*

### THE FACTS

The respondent, incorporated in 1975, is a firm which, *inter alia*, specializes in buying and reviving failing businesses. In computing its business income for the 1979, 1980 and 1981 taxation years, it sought to treat certain types of expenses as "active business income" in order to obtain the benefit of the small business deduction and refundable dividend provisions of the *Income Tax Act*.<sup>1</sup> The Minister of National Revenue (the "Minister") disagreed. In 1983, in reassessing the respondent's income tax returns for those years, the Minister treated all of the amounts in question as "Canadian investment income", thus subjecting them to a higher tax liability.

The respondent appealed the Minister's assessment to the Tax Court of Canada. The notice of appeal was filed on February 10, 1984. The Court heard the appeal on May 31, 1985 and rendered its decision on April 24, 1986.<sup>2</sup>

On the appeal to the Tax Court, the respondent conceded the Minister's position concerning some of the expenses. However, the Court decided in its favour over the allocation of certain interest income. The Minister appealed that decision to the Trial Divi-

Le seul motif d'appel contre cette ordonnance, proposé par l'appelante dans son mémoire des points de fait et de droit, était que le juge des requêtes avait commis une erreur en rejetant l'action pour défaut de poursuivre, mais, au moment où l'appel vint en ordre utile, la Cour a ordonné de son propre chef, par ordonnance en date du 5 octobre 1992, aux parties de présenter leurs arguments sur la question suivante:

[TRADUCTION] Savoir si, en se fondant sur la norme énoncée par le juge Hugessen, dans *Le navire «Jala Godavari» et autres c. La Reine et autres*, le juge des requêtes a appliqué la norme appropriée pour réviser la décision discrétionnaire du protonotaire.

### LES FAITS DE LA CAUSE

La société intimée, constituée en 1975, est une firme qui se spécialise entre autres dans l'achat et la remise à flot d'entreprises en difficulté. En calculant le revenu tiré de son entreprise pour les années d'imposition 1979, 1980 et 1981, elle a essayé de faire rentrer certaines catégories de dépenses dans le «revenu tiré d'une entreprise exploitée activement» afin de bénéficier des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>1</sup> sur la déduction accordée aux petites entreprises et sur l'impôt en main remboursable au titre de dividendes. Le ministre du Revenu national («le ministre») n'était pas d'accord. En 1983, en établissant la nouvelle cotisation d'impôt sur le revenu de l'intimée pour ces années, il a traité toutes ces sommes comme «revenu de placements au Canada», ce qui signifie un impôt plus élevé.

L'intimée a interjeté appel des cotisations établies par le ministre devant la Cour canadienne de l'impôt. L'avis d'appel fut déposé le 10 février 1984. La Cour entendit l'appel le 31 mai 1985 et rendit sa décision le 24 avril 1986.<sup>2</sup>

L'intimée s'est rendue aux conclusions du ministre au sujet de certaines dépenses au cours de l'appel devant la Cour canadienne de l'impôt, laquelle a cependant prononcé en sa faveur sur la qualification d'une partie du revenu de placements. Le ministre a

<sup>1</sup> R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63).

<sup>2</sup> The decision of the Tax Court is reported at [1986] 1 C.T.C. 2528.

<sup>1</sup> S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63).

<sup>2</sup> La décision de la Cour canadienne de l'impôt paraît dans le recueil [1986] 1 C.T.C. 2528.



sion of this Court in accordance with the provisions of the *Income Tax Act*.<sup>3</sup>

The Minister filed his statement of claim in the Trial Division on July 29, 1986. At the request of the respondent, the Minister agreed to a delay in the filing of the respondent's defence until the Supreme Court of Canada had delivered its decision in *Ensite Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509, a case which involved roughly analogous facts and which the respondent thought could affect its position in this case. After the Supreme Court rendered its decision on November 6, 1986, the Minister indicated his intention to proceed with the appeal, and the respondent said that it would "endeavour" to file its defence by January, 1987. On March 9, 1987, the respondent's solicitor wrote to the appellant's solicitor enclosing the statement of defence for service.

On March 13, 1987, the solicitor for the Minister wrote to the solicitor for the respondent suggesting that they exchange lists of documents and make arrangements for examinations for discovery. No further communication appears to have passed between the parties until March 23, 1988, when the Minister's solicitor forwarded his list of documents to the respondent's solicitor and asked for the respondent's list in return. The Minister's solicitor also suggested that the parties should attempt to agree on the facts and thereby obviate the need for discoveries, since the facts were "hardly in dispute." On March 29, 1988, the solicitors agreed by telephone that the solicitor for the Minister would prepare a draft statement of facts. There is no evidence that this agreement was ever terminated or that the respondent did deliver its list of documents.

On May 14, 1990 (over two years after the previous exchange of correspondence), the solicitor for the Minister sent the solicitor for the respondent a copy of its draft statement of agreed facts and asked for comments. The solicitor for the respondent did not

<sup>3</sup> Under the former s. 175(3) of the *Income Tax Act* (repealed and replaced by S.C. 1988, c. 61, s. 21, in force January 1, 1991), an appeal of a decision of the Tax Court was to be treated for the most part like a trial, with most of the Rules relating to ordinary actions applying.

interjeté appel de cette décision devant la Section de première instance de notre Cour, conformément aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.<sup>3</sup>

a Le ministre dépose sa déclaration auprès de la Section de première instance le 29 juillet 1986. À la demande de l'intimée, il accepte que celle-ci retarde le dépôt de sa défense en attendant que la Cour suprême du Canada rende sa décision dans l'affaire *Ensite Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509, qui s'apparente à la cause en instance et dont l'intimée estimait que son issue pourrait avoir des répercussions sur sa position en l'espèce. Après que la Cour suprême eut rendu sa décision le 6 novembre 1986, le ministre annonce son intention de poursuivre l'appel, et l'intimée fait savoir qu'elle «essaierait» de déposer sa défense en janvier 1987 au plus tard. Le 9 mars 1987, le procureur de l'intimée écrit à celui de l'appelante pour lui signifier la défense jointe à la lettre.

Le 13 mars 1987, le procureur du ministre écrit à celui de l'intimée pour proposer que les deux côtés se communiquent leurs listes de documents respectives et prennent les dispositions nécessaires pour l'interrogatoire préalable. Il n'y pas d'autres communications entre les parties jusqu'au 23 mars 1988, date à laquelle le procureur du ministre envoie sa liste de documents à celui de l'intimée et lui demande en retour la liste de celle-ci. Le procureur du ministre suggère aussi que les parties essaient de s'entendre sur les faits de la cause afin de s'épargner la communication des pièces, puisque ces faits ne sont «guère contestés». Le 29 mars 1988, les procureurs des deux parties conviennent par téléphone que celui du ministre préparera un projet d'exposé conjoint des faits. Rien dans le dossier ne permet de savoir si cet accord a été dénoncé ni si l'intimée a communiqué sa liste de documents.

Le 14 mai 1990 (c'est-à-dire plus de deux ans après la dernière correspondance), le procureur du ministre envoie à celui de l'intimée un exemplaire de son projet d'exposé conjoint des faits pour lui demander de dire ce qu'il en pense. Le procureur de l'inti-

<sup>3</sup> Sous le régime de l'art. 175(3) ancien de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (abrogé et remplacé par L.C. 1988, ch. 61, art. 21, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1991), l'appel formé contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt est réputé être une action en Cour fédérale, à laquelle s'appliquent la plupart des Règles concernant les actions ordinaires.

respond. On October 24, 1990, the solicitor for the Minister wrote again, requesting a response. He received none. On January 15, 1991, the solicitor for the Minister wrote a third time as follows:

A draft of the Statement of Agreed Facts was sent on May 14, 1990 for your perusal. I have not had any response from you despite a reminder dated October 24, 1990.

May I please hear from you whether or not you intend to proceed with this appeal. In reviewing your position you might take into account the views of the Tax Court expressed in *McCutcheon Farms Ltd. v. M.N.R.*, 88 DTC 1208 at pages 1214-25 on the reasons behind the Tax Court's decision in *Aqua-Gem*.

To this the respondent's solicitor replied by serving on the appellant's solicitor, a notice of motion returnable on June 10, 1991 in the Trial Division for the relief mentioned earlier.

The motion was adjourned by the parties *sine die* and was heard by the Associate Senior Prothonotary in Toronto on September 30, 1991.

#### THE JUDGMENTS BELOW

##### a) Reasons of the Associate Senior Prothonotary

On September 30, 1991, the Associate Senior Prothonotary heard the motion and dismissed it. On October 8, 1991, he delivered written reasons for his decision. In his reasons, the Associate Senior Prothonotary reviewed the procedural history of the action and the correspondence passing between the solicitors for the parties. He then stated [at pages 5546-5547]:

The time that has passed since the occurrence of the facts giving rise to this action (which is a tax appeal) is sufficient for any witness to have forgotten many of the circumstances. Defendant's counsel, however, admitted that there was substantive evidence from the witness at the trial in the Tax Court and no doubt transcripts of that testimony will go far to refresh the witness's memory. The delay prior to March, 1987 [*i.e.* the period prior to Aqua-Gem's filing its defence] was either by agreement awaiting the Supreme Court decision or by delay of the defendant. The delay immediately after March 1987 was in not filing document lists. Both sides were required to file such lists, neither did so. Over a year later, in March 1988, the plaintiff [*i.e.* Crown] supplied a list. The defendant might at that time have moved or complained of a fresh step being

mée ne répond pas. Le 24 octobre 1990, le procureur du ministre lui écrit de nouveau pour demander une réponse. Il n'en reçoit aucune. Le 15 janvier 1991, le procureur de ministre écrit une troisième fois, comme suit:

[TRADUCTION] Nous vous avons envoyé le 14 mai 1990 un projet d'exposé conjoint des faits et, malgré un rappel en date du 24 octobre 1990, nous attendons toujours de savoir ce que vous en pensez.

Pourriez-vous nous dire si vous avez ou non l'intention de contester à cet appel? En revoyant votre position à ce sujet, vous auriez intérêt à prendre en considération ce que dit la Cour de l'impôt dans *McCutcheon Farms Ltd. c. M.N.R.*, 88 DTC 1208, aux pages 1214-25, au sujet des motifs de sa décision *Aqua-Gem*.

En réponse à la lettre ci-dessus, le procureur de l'intimée a signifié à celui de l'appelante un avis de requête à présenter le 10 juin 1991 devant la Section de première instance, avec les chefs de demande mentionnés plus haut.

La requête, ajournée *sine die* par les parties, a été finalement entendue par le protonotaire adjoint à Toronto, le 30 septembre 1991.

#### LES DÉCISIONS DES INSTANCES INFÉRIEURES

##### a) Les motifs de la décision du protonotaire adjoint

Le 30 septembre 1991, le protonotaire adjoint, ayant entendu la requête, l'a rejetée. Le 8 octobre 1991, il prononce les motifs de sa décision, par lesquels, après avoir évoqué la chronologie des actes de procédure et la correspondance entre les procureurs des deux parties, il tire des faits la conclusion suivante [aux pages 5546-5547]:

Le temps écoulé depuis que se sont produits les faits ayant donné naissance à cette action (un appel en matière fiscale) est suffisamment long pour que des témoins aient oublié plusieurs des circonstances en cause. L'avocat de la défenderesse a admis cependant que la déposition du témoin au procès devant la Cour de l'impôt était assez considérable et que, sans aucun doute, sa transcription contribuera à rafraîchir la mémoire des témoins. Le retard antérieur à mars 1987 [c'est-à-dire antérieur au dépôt de la défense d'Aqua-Gem] résultait soit du fait que les parties avaient convenu d'attendre la décision de la Cour suprême, soit du retard de la défenderesse. Le retard postérieur à mars 1987 résultait du défaut de déposer les listes de documents. Le dépôt de ces listes était requis des deux parties, et aucune ne s'est exécutée. En mars 1988, après un peu plus

taken after a year's delay. The defendant did not do so. The parties communicated and on the 28th of March 1988, the plaintiff agreed to draft a Statement of Facts in the hope that an Agreed Statement of Facts might be used to shorten proceedings. The plaintiff did not supply the draft Agreed Statement of Facts for over two years. When the plaintiff finally supplied the draft in May of 1990, the defendant could again have moved or complained. Over the next year, the plaintiff twice sought replies and received none. The delay of two years up until May, 1990 as I say, might well have supported a successful motion to dismiss brought about at that time. The defendant, however, did nothing. Twice the defendant was reminded. The next step in the proceedings which were apparently agreed to by the parties in March of 1988 was for the defendant to react to the draft Agreed Statement of Facts which it did not do. Having apparently excused a one year delay prior to March 1988, and a further two year delay prior to May 1990, or if it did not excuse those delays to have done nothing about either of them until June of 1991. [sic] The defendant cannot be heard to complain at this late date of the plaintiff's failure to proceed expeditiously at earlier times nor of the plaintiff's failure to react to the defendant's delays in commenting on the Agreed Statement of Facts. For these reasons I dismissed the defendant's motion. [Emphasis added.]

#### b) Reasons of the Motions Judge

The respondent appealed from the order of the Associate Senior Prothonotary by motion brought pursuant to Rule 336(5) of the *Federal Court Rules*, according to the practice of the Court.

In its notice of motion the respondent sought, *inter alia*, an order reversing the order of the Associate Senior Prothonotary on several grounds, but in essence it claimed that the Associate Senior Prothonotary had erred in not staying or dismissing the appellant's action.

I digress here to observe that in argument before us counsel for the appellant stated that he took the position before the Associate Senior Prothonotary that despite the alternative claim for relief the respondent's motion was properly one for dismissal for want of prosecution pursuant to Rule 440 of the *Federal Court Rules* and not for a stay pursuant to sub-

d'un an, la demanderesse [c'est-à-dire la Couronne] produisit une liste. À ce moment-là, la défenderesse aurait pu présenter une requête ou se plaindre qu'une nouvelle mesure venait d'être prise avec un an de retard. Or, la défenderesse ne l'a pas fait. Les parties communiquèrent et le 28 mars 1988, la demanderesse accepta de rédiger un exposé conjoint des faits espérant que cet exposé pourrait abrégé les procédures. La demanderesse ne produisit le projet d'exposé conjoint des faits que plus de deux ans après. Quand finalement, en mai 1990, la demanderesse produisit l'exposé, la défenderesse aurait pu encore présenter une requête ou une plainte. Deux fois au cours de l'année suivante, la demanderesse sollicita une réponse et n'en reçut aucune. Comme je le dis, le retard de deux ans jusqu'en mai 1990, aurait très bien pu à ce moment-là, justifier une requête en rejet d'action qui aurait été accueillie. Cependant la défenderesse ne fit rien. Par deux fois elle a été sollicitée. L'étape suivante dans les procédures, dont avaient apparemment convenu les parties en mars 1988, était la réponse que devait apporter la défenderesse, et qu'elle n'a pas apportée, à l'exposé conjoint des faits. Comme elle a apparemment toléré un retard d'un an avant mars 1988, et un autre retard de deux ans avant mai 1990, ou à défaut de les avoir acceptés, comme elle n'a rien fait à cet égard avant juin 1991, la défenderesse ne peut après tous ces retards se permettre de se plaindre du défaut de la demanderesse de procéder rapidement auparavant ni de son défaut de réagir aux retards de la défenderesse à commenter l'exposé conjoint des faits. Pour ces motifs, la requête de la défenderesse est rejetée. [C'est moi qui souligne.]

#### b) Les motifs de la décision du juge des requêtes

Se fondant sur la Règle 336(5) des *Règles de la Cour fédérale*, l'intimée a interjeté appel de l'ordonnance du protonotaire adjoint.

Dans son avis de requête, l'intimée conclut, entre autres, à ordonnance portant infirmation de celle du protonotaire par plusieurs motifs, mais essentiellement, elle soutient que celui-ci a commis une erreur pour ne pas avoir suspendu ou rejeté l'action de l'appelante.

J'ouvre ici une parenthèse: au cours de l'argumentation devant la Cour, l'avocat de l'appelante rappelle que devant le protonotaire adjoint, il a fait valoir que malgré les chefs de demande alternatifs, la requête de l'intimée était à vrai dire une demande de rejet pour défaut de poursuivre, fondée sur la Règle 440 des *Règles de la Cour fédérale*, et non une requête en

section 50(1) of the *Federal Court Act*, ("the Act").<sup>4</sup> It would appear that the Associate Senior Prothonotary accepted that position because he decided the motion on that basis.

After he had reviewed the facts, the Motions Judge outlined his approach to the appeal in the following terms [at page 5642]:

The first point I wish to make concerns the function of a trial judge of this court when hearing an appeal from a decision of a prothonotary. It is now established that in cases of this nature, a judge is not only permitted to exercise his or her own discretion, but is required to do so. Furthermore, there is no obligation on the court to accept the views of the prothonotary. This principle was set out by the Federal Court of Appeal in *The Ship "Jala Godavari" et al. v. The Queen et al.* (A-112-91, October 18, 1991), wherein Hugessen, J.A. writing for the court made the following statement:

In this latter connection we would add that, contrary to a view that has sometimes been expressed in the Trial Division, a judge who hears an appeal from a prothonotary on a matter involving the exercise of discretion is called upon to exercise his own discretion and is not bound by the prothonotary's opinion. He may, of course, choose to give great weight to the views expressed by the prothonotary, but the parties are, in the final analysis, entitled to the discretion of a judge and not that of a subordinate officer.

It was this passage in the reasons of the Motions Judge which caused the Court to require argument on the issue of whether the proper standard of review had been applied to the order of the Associate Senior Prothonotary.

Following his description of the scope of review, the Motions Judge stated that he would allow the appeal. In justifying his conclusion he said [at pages 5642-5643]:

In order to succeed on an application to dismiss an action for want of prosecution, the defendant must show that there has been inordinate delay which is inexcusable and that it will likely be seriously prejudiced by the delay. The general rule is that the longer the delay, the greater the likelihood of serious prejudice at the trial as the passage of time weakens witnesses' recollection of events.

I am satisfied that the defendant has successfully shown these elements in the present case. Indeed, it is not seriously contested here that there has been inordinate delay on the part of the plaintiff. Giles, A.S.P. noted in his Reasons that "the

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c F-7.

suspension de l'instance sous le régime du paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* («la Loi»)<sup>4</sup>. Il appert de la décision du protonotaire adjoint qu'il a accepté cette façon de voir.

Après avoir passé en revue les faits de la cause, le juge des requêtes a expliqué sa conception de l'appel en ces termes [à la page 5642]:

Le premier point que j'aimerais souligner concerne le rôle d'un juge de première instance de notre Cour qui entend un appel d'une décision d'un protonotaire. Il est maintenant reconnu que, dans les litiges de cette nature, le juge a non seulement le droit d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire, mais il doit le faire. En outre, la Cour n'est nullement tenue d'accepter l'opinion du protonotaire. Ce principe a été énoncé par la Cour d'appel fédérale dans *Le navire «Jala Godavari» et al. c. La Reine et al.* (A-112-91, 18 octobre 1991), où le juge Hugessen qui s'exprimait au nom de la Cour, a dit ce qui suit:

À ce sujet, nous ajouterions que, contrairement à ce que la Section de première instance a exprimé à quelques reprises, le juge saisi d'un appel d'une décision du protonotaire sur une question mettant en cause l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire et n'est pas lié par l'opinion du protonotaire. Il peut, évidemment, choisir d'accorder une importance considérable à l'opinion exprimée par ce dernier, mais les parties ont droit, en dernière analyse, à l'exercice du pouvoir judiciaire d'un juge et non d'un fonctionnaire judiciaire subalterne.

C'est ce passage des motifs prononcés par le juge des requêtes qui a poussé la Cour à ordonner aux parties de présenter leurs arguments sur la question de savoir si la norme de révision appropriée avait été appliquée à l'égard de l'ordonnance du protonotaire adjoint.

Après avoir défini la portée de la révision, le juge des requêtes a fait droit à l'appel par le motif suivant [aux pages 5642 et 5643]:

Pour avoir gain de cause dans une demande de rejet d'une action pour défaut de poursuivre, la défenderesse doit établir qu'il y a eu un retard démesuré et inexcusable et qu'elle sera vraisemblablement gravement lésée par ce retard. Selon la règle générale, plus le délai est long, plus le risque que ce retard cause un grave préjudice à l'instruction augmente, étant donné qu'avec le temps, les témoins ont tendance à moins bien se souvenir des événements.

Je suis d'avis que la défenderesse a établi ces éléments en l'espèce. Effectivement, on ne conteste pas sérieusement ici que la demanderesse a tardé à agir et que ce retard était démesuré. Dans ses motifs, le protonotaire Giles, P.-C.A., a souligné

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7.

time that has passed since the occurrence of the facts giving rise to this action (which is a tax appeal) is sufficient for any witness to have forgotten many of the circumstances." Accordingly, it is appropriate that the plaintiff's action be dismissed for want of prosecution.

The fact that plaintiff's delay in prosecuting this case is sufficient to warrant an order dismissing the action is not, under the circumstances, altered by any subsequent delay on the part of the defendant. The implication that the defendant's lack of action excused the plaintiff's failure to prosecute in a reasonable and timely manner is simply not correct.

I am of the view that the Associate Senior Prothonotary was in error when he refused to grant the motion for want of prosecution solely on the grounds that the defendants had not complained of the plaintiff's tardiness or taken some action at an earlier date. It is clear on the facts that the delay on the plaintiff's part has been of such substantial proportion as to likely cause prejudice to the defendant at trial. [Emphasis added.]

## THE ISSUES

As reconstituted, the following two issues arose for determination in this appeal and were fully canvassed by counsel for the parties:

1. Whether the Motions Judge applied the proper standard of review to the discretionary decision of the Associate Senior Prothonotary.
2. Whether the Motions Judge erred in allowing the Respondent's appeal and setting aside the order of the Associate Senior Prothonotary.

I will deal with each issue in turn.

1. Whether the Motions Judge applied the proper standard of review to the discretionary decision of the Associate Senior Prothonotary.

I observe at the outset that this issue is of great importance, since it touches directly upon the efficient dispatch of the business of the Court and the proper utilization of judicial resources. Simply stated, the competing considerations are whether all discretionary decisions of prothonotaries are to be reviewed by hearings *de novo*, as the Motions Judge has concluded, based on the decision in *Canada v. "Jala Godavari" (The)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (F.C.A.), or whether they should be reviewed for error only in some or all cases. If only in some, how should such cases be defined?

que «le temps écoulé depuis que se sont produits les faits ayant donné naissance à cette action (un appel en matière fiscale) est suffisamment long pour que des témoins aient oublié plusieurs des circonstances en cause». En conséquence, il convient que l'action de la demanderesse soit rejetée pour défaut de poursuivre.

Le fait que la demanderesse ait tardé à présenter sa cause justifie en soi le rejet de l'action et, dans les circonstances, ce fait n'est pas modifié par un retard subséquent de la part de la défenderesse. Il est tout simplement faux de dire que, par son inaction, la défenderesse a excusé le défaut de la demanderesse de procéder dans un délai raisonnable.

À mon avis, le protonotaire chef adjoint a eu tort de refuser la requête en rejet de l'action pour défaut de poursuivre pour le seul motif que la défenderesse ne s'est pas plainte du retard de la demanderesse ni n'a agi plus tôt. La preuve indique clairement que le retard de la demanderesse était de nature à causer un préjudice à la défenderesse à l'instruction. [C'est moi qui souligne.]

## LES POINTS LITIGIEUX

Cet appel soulève donc les deux questions suivantes qui ont été débattues par les avocats des deux parties:

1. Savoir si le juge des requêtes a appliqué la norme appropriée pour réviser la décision discrétionnaire du protonotaire adjoint.
2. Savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en accueillant l'appel de l'intimée et en infirmant l'ordonnance du protonotaire adjoint.

J'examinerai ces deux questions l'une après l'autre.

1. Le juge des requêtes a-t-il appliqué la norme appropriée pour réviser la décision discrétionnaire du protonotaire adjoint?

Il y a lieu de noter en tout premier lieu que cette question revêt une grande importance, puisqu'elle intéresse directement le fonctionnement efficace de la Cour et l'utilisation judicieuse des ressources judiciaires. En termes plus simples, deux considérations s'opposent: il s'agit de savoir si toutes les décisions discrétionnaires des protonotaires sont susceptibles de révision par voie d'audition *de novo*, comme l'a conclu le juge des requêtes en s'appuyant sur l'arrêt *Canada c. «Jala Godavari» (Le)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (C.A.F.), ou si elles ne sont susceptibles de révision que pour cause d'erreur manifeste dans certains cas ou dans tous les cas. Si elles ne le sont que

Resolution of this issue requires an appreciation of the role of prothonotaries and the nature of the functions they perform in this Court. It is necessary to an understanding of that role and those functions to review their legislative underpinnings.

By section 3 of the *Federal Court Act*, Parliament continued in this Court, as a superior court of civil and criminal jurisdiction, the authority formerly exercised by the Exchequer Court of Canada. As is well known, the Exchequer Court employed a Registrar or Master to assist in its work.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> The office of Registrar has existed since the founding of the Court. Initially, the position of Registrar of both the Supreme Court of Canada and the Exchequer Court was occupied by the same individual (*The Supreme and Exchequer Courts Act*, S.C. 1875, c. 11, s. 70), but in 1887, the position of Registrar of the Exchequer Court was constituted as a separate office (*An Act to amend "The Supreme and Exchequer Courts Act", and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown*, S.C. 1887, c. 16, s. 9). Like the prothonotaries in this Court, the Registrar of the Exchequer Court was required to be a barrister.

The constituent authority for the office of Registrar had to be amended periodically to provide for an increase in salary until, by [*An Act to amend the Exchequer Court Act*] S.C. 1957, c. 24, s. 1, his salary was thereafter to be determined by the Governor in Council, but the express authorization for the exercise of judicial authority by him was enacted by [*An Act to amend the Exchequer Court Act*] S.C. 1920, c. 26, s. 3. It added a new subs. 13(2) to the Act, which provided:

13. . . .

(2) In addition to any powers, jurisdiction and authority conferred upon the Registrar by this or any other statute of Canada, the Judges of the Exchequer Court of Canada may, by any general rule or order made under the provisions of section eighty-seven of this Act [*i.e.* the provision which authorized the judges of the Court to make rules], empower the Registrar to do any such thing and transact any such business as is specified in such rules or orders, and to exercise any authority and jurisdiction in respect of the same as is now or may be hereafter done, transacted or exercised by a Judge of the Court sitting in Chambers in virtue of any statute or custom or by the practice of the Court.

In the 1927 revision of the public general statutes [*Exchequer Court Act*, R.S.C. 1927, c. 34] this provision was incorporated (with slight grammatical modifications of no consequence to this case) as ss. 87(2), where it remained throughout the

(Continued on next page)

dans certains cas, comment faut-il définir ces derniers?

Pour répondre à cette question, il faut avoir une juste idée du rôle des protonotaires et de la nature des fonctions qu'ils exercent au sein de la Cour. Et pour comprendre ce rôle et ces fonctions, il est nécessaire d'évoquer la législation qui en est la fondation.

Par l'article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le législateur a conféré à notre Cour, qui est une cour supérieure ayant compétence en matière civile et pénale, les pouvoirs précédemment exercés par la Cour de l'Échiquier du Canada. Comme chacun le sait, cette dernière avait à son service un registraire ou protonotaire pour la seconder dans son travail<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Le poste de registraire a existé depuis la création de la Cour. Au début, les fonctions de registraire de la Cour suprême du Canada et de la Cour de l'Échiquier étaient occupées par une même personne (*L'Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, art. 70), mais en 1887, les fonctions du registraire de la Cour de l'Échiquier ont été séparées (*Acte à l'effet de modifier l'Acte des cours Suprême et de l'Échiquier, et d'établir de meilleures dispositions pour l'instruction des réclamations contre la Couronne*, S.C. 1887, ch. 16, art. 9). Comme pour les protonotaires de notre Cour, le registraire de la Cour de l'Échiquier devait être un avocat inscrit au barreau.

La loi créant les fonctions de registraire a dû être modifiée périodiquement en vue des augmentations de traitement jusqu'au texte ([*Loi modifiant la Loi sur la Cour de l'Échiquier*] S.C. 1957, ch. 24, art. 1) qui prévoyait que désormais le traitement serait fixé par le gouverneur en conseil, mais le texte qui habilitait expressément le registraire à exercer des pouvoirs judiciaires était [*Loi modifiant la Loi de la Cour de l'Échiquier*] S.C. 1920, ch. 26, art. 3, qui ajoutait à la Loi un nouveau paragraphe 13(2) comme suit:

13. . . .

(2) En sus de tous pouvoirs, juridiction et autorité que la présente loi ou toute autre loi du Canada confère au registraire, le juge de la Cour de l'Échiquier du Canada peut, par une règle ou ordonnance générale rendue en vertu des dispositions de l'article quatre-vingt-sept de la présente loi, autoriser le registraire à faire toute chose et à expédier toute affaire spécifiée dans cette règle ou ordonnance, et à exercer toute autorité ou juridiction à leur égard, qu'un juge de la cour siégeant en chambre fait, expédie ou exerce actuellement, ou peut ci-après faire, expédier ou exercer, en vertu d'une loi ou coutume, ou selon la pratique de la cour.

Lors de la révision de 1927 des lois d'application générale [*Loi de la cour de l'Échiquier du Canada*, S.R.C. 1927, ch. 34] cette disposition est devenue (avec quelques modifications de style sans conséquence pour l'affaire en instance) le para-

(Suite à la page suivante)

The Act provides, in section 12, for the continuation of the function performed by these officers, by authorizing the appointment of prothonotaries. Section 12 defines the powers, duties, functions and status attaching to the office of prothonotary in the following terms:

12. (1) The Governor in Council may appoint as prothonotaries of the Court such fit and proper persons who are barristers or advocates in a province as are, in his opinion, necessary for the efficient performance of the work of the Court that, under the Rules, is to be performed by them.

(2) The Governor in Council shall designate one of the prothonotaries to be Senior Prothonotary and one of the prothonotaries to be Associate Senior Prothonotary.

(3) The powers, duties and functions of the prothonotaries shall be determined by the Rules.

(4) Each prothonotary shall be paid a salary to be fixed by the Governor in Council.

(5) For the purposes of the *Public Service Superannuation Act*, a prothonotary shall be deemed to be employed in the Public Service.

In the exercise of the rule-making authority given in paragraph 46(1)(h) of the Act to make rules “empowering a prothonotary to exercise any authority or jurisdiction, subject to supervision by the Court even though the authority or jurisdiction may be of a judicial nature”, the Court has promulgated Rule 336 which enumerates the duties which a prothonotary may perform. For convenience, I reproduce relevant portions of that Rule:

*Rule 336.* (1) Notwithstanding Rule 326(1), a prothonotary shall have power

- (a) to do anything that he is by these Rules authorized to do,
- (b) if he is satisfied that all parties affected have consented thereto, to make any order that the Trial Division may make other than

- (i) an order that is inconsistent with an order previously made by the Court or a judge, or
- (ii) an order fixing a date or place of trial,

- (c) if he is satisfied that all parties affected have consented thereto, to give a judgment disposing of an action,

*(Continued from previous page)*

remainder of the life of the Exchequer Court (see *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98). In their last form prior to the creation of this Court, the “semi-judicial powers”, as they were entitled, were embodied in *Exchequer Court General Rules and Orders*, Rule 1A. By virtue of Rule 1A(4), the Registrar could be referred to as the Master of the Court.

La Loi prévoit, en son article 12, le maintien de la fonction de ces auxiliaires de la justice, en autorisant la nomination de protonotaires. L'article 12 définit les pouvoirs et fonctions ainsi que le statut de ces derniers comme suit:

12. (1) Le gouverneur en conseil peut nommer protonotaires de la Cour tous avocats remplissant, à son avis, les conditions voulues pour l'exécution des travaux de la Cour qui, aux termes des règles, incombent à cette catégorie de personnel.

(2) Le gouverneur en conseil désigne le protonotaire en chef et le protonotaire adjoint.

(3) Les pouvoirs et fonctions des protonotaires sont fixés par les règles.

(4) Les protonotaires reçoivent le traitement fixé par le gouverneur en conseil.

(5) Pour l'application de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, les protonotaires sont réputés appartenir à la fonction publique.

Conformément à l'alinéa 46(1)(h) de la Loi qui l'habilite à «donner pouvoir aux protonotaires d'exercer une autorité ou une compétence—même d'ordre judiciaire—sous la surveillance de la Cour», la Cour a promulgué la Règle 336 qui énumère les fonctions qu'un protonotaire peut exercer. En voici les passages applicables:

*Règle 336.* (1) Nonobstant la Règle 326(1), un protonotaire a le pouvoir

- a) de faire toute chose autorisée par les présentes Règles,
- b) s'il est convaincu que toutes les parties concernées y ont consenti, de rendre toute ordonnance pouvant être rendue par la Section de première instance à l'exception

- (i) d'une ordonnance incompatible avec une ordonnance précédemment rendue par la Cour ou un juge, et
- (ii) d'une ordonnance fixant les date et lieu de l'instruction,

- c) s'il est convaincu que toutes les parties concernées y ont consenti, d'inscrire un jugement statuant sur une action,

*(Suite de la page précédente)*

graphe 87(2) qui est demeuré en vigueur jusqu'à la disparition de la Cour de l'Échiquier (voir *Loi sur la Cour de l'Échiquier* S.R.C. 1952, ch. 98). Dans leur dernière manifestation avant la création de notre Cour, leurs «pouvoirs semi-judiciaires» étaient prévus à la Règle 1A des *Règles et ordonnances générales de la Cour de l'Échiquier*. Selon la Règle 1A(4), le registraire était aussi appelé directeur de la Cour.

(d) to deliver any judgment and make any order that the Court may deliver or make under Rules 432 to 437,

(e) to make any order that the Court might make granting leave to issue a writ of execution or extending the validity of a writ of execution,

(f) to hear and dispose of any action in which the amount involved does not exceed \$5,000 that has been assigned to him by a special direction of the Associate Chief Justice, or

(g) to dispose of any interlocutory application assigned to him specially or to any prothonotary, by special or general direction of the Chief Justice or of the Associate Chief Justice,

and, in exercising his powers, a prothonotary shall, ordinarily, sit in a hearing room open to the public, but, except in a matter under paragraph (f), failure to do so shall not invalidate anything done by him.

...

(3) Every order or decision made or given by a prothonotary under this Rule is as valid and binding on all parties concerned as if it had been made or given by the Court.

The supervision required by Parliament in paragraph 46(1)(h) is found in Rule 336(5), which provides for a right of appeal from all orders of prothonotaries, and which reads:

*Rule 336. . .*

(5) Any person affected by an order or decision of a prothonotary, other than a judgment under Rule 432 to 437 [which deal with default judgments], may appeal therefrom to the Court and such appeal shall be made by an application of which a notice shall be given to all interested parties setting forth the grounds of objection and served within 14 days after the order or decision complained of, and 4 clear days before the day fixed for hearing the same, or served within such other time as may be allowed by the Court or a prothonotary on *ex parte* application. The appeal shall be filed not later than 2 days before the date named for hearing (In this paragraph, "Court" means "Trial Division", if the matter is in the Trial Division and "Court of Appeal", if the matter is in the Court of Appeal).

On October 31, 1985, the Associate Chief Justice, acting under the authority of Rule 336(1)(g), issued a general direction respecting the powers of prothonotaries in relation to the hearing and disposition of interlocutory applications in the Trial Division. In that direction, the Associate Chief Justice stated that the Senior Prothonotary and the Associate Senior Prothonotary were empowered to hear and dispose of any interlocutory application in the Trial Division

d) de rendre tout jugement ou toute ordonnance que la Cour pourra rendre en vertu des Règles 432 à 437,

e) de rendre toute ordonnance que la Cour pourrait rendre pour permettre d'émettre un bref d'exécution ou pour prolonger la validité d'un bref d'exécution,

f) d'entendre et décider toute action portant sur un montant ne dépassant pas \$5,000 qui lui a été confiée sur directive spéciale du juge en chef adjoint, ou

g) de statuer sur toute demande interlocutoire qui lui a été nommément confiée ou qui a été confiée à l'un quelconque des protonotaires sur directive spéciale ou générale du juge en chef ou du juge en chef adjoint,

et, dans l'exercice de ses pouvoirs, un protonotaire doit, d'ordinaire, siéger dans une salle d'audience ouverte au public; toutefois, sauf pour une question visée à l'alinéa f), le défaut de siéger dans une telle salle n'invalidera pas ce qu'il aura fait.

...

(3) Toute ordonnance ou décision rendue par un protonotaire en vertu de la présente Règle est aussi valide que si elle avait été rendue par la Cour et lie toutes les parties concernées dans la même mesure.

La surveillance prévue par le législateur à l'alinéa 46(1)(h) est définie à la Règle 336(5), qui prévoit le droit d'appel contre toute ordonnance de protonotaire, comme suit:

*Règle 336. . .*

(5) Toute personne concernée par une ordonnance ou décision d'un protonotaire, autre qu'un jugement en vertu des Règles 432 à 437 [relatives au jugement par défaut], peut en appeler à la Cour et cet appel doit être interjeté au moyen d'une demande dont avis doit être donné à toutes les parties intéressées, ledit avis devra indiquer les raisons de l'opposition et être signifié dans les 14 jours de l'ordonnance ou de la décision dont il est fait appel, et quatre jours francs avant le jour fixé pour l'audition de l'appel, ou devra être signifié dans tel autre délai que pourra accorder la Cour ou un protonotaire sur demande *ex parte*. L'appel doit être déposé 2 jours au moins avant la date fixée pour l'audition. (Au premier alinéa, «Cour» désigne la «Section de première instance», si la question est devant la Section de première instance, et la «Cour d'appel», si la question est devant la Cour d'appel).

Le 31 octobre 1985, le juge en chef adjoint a émis, en application de la Règle 336(1)(g), une directive générale sur les pouvoirs des protonotaires en matière interlocutoire devant la Section de première instance. Il y est prévu que le protonotaire en chef et le protonotaire adjoint sont habilités à statuer sur toute requête interlocutoire dont est saisie la Section de première instance, à l'exception de cinq catégories d'affaires expressément visées dans la directive.



except one falling within five classes of matters specifically enumerated therein.

Doubtless, in providing for the office of the Registrar or Master in the Exchequer Court and of the protonotary in this Court, Parliament was mindful of the pre-trial and post-judgment support which the master system provided for superior court judges in the judicial systems of England and Ontario, both of which made extensive use of these judicial officers.

In his Hamlyn Lectures (published under the title *The Fabric of English Civil Justice*, London: Stevens & Sons, 1987), Sir Jack Jacob, Q.C., himself a former senior master of the High Court of Justice in England, sketched the historical development of the master system in England and the manner of its operation. The following passage at pages 110-111 is instructive of the historical evolution of that system:

The most striking feature of the English pre-trial process is that, save for a few exceptions, the proceedings are conducted not before a judge but before a junior judicial officer, called the Master or Registrar. Before 1837, the judges of the three superior common law courts themselves dealt with pre-trial applications, which were then comparatively few in number and in variety. In 1837, Parliament abolished a great number of administrative and a few quasi-judicial offices and in their place created the Masters of the three Common Law Courts to assist the judges in their pre-trial work. In 1867, Parliament took the bold leap forward to transform the position of the Master from being an assistant to the judge into becoming a separate, distinct and independent judicial officer. This was achieved by enabling the judges to make rules of court empowering the Masters to transact all such business and exercise all such authority and jurisdiction as may be transacted and exercised by the judge in Chambers, except in specified matters and proceedings. Needless to say, the requisite rules of court were immediately made and they have continued with considerable expansion to this day. They operate to confer on the Masters original jurisdiction in respect of the matters and proceedings that come before them. For these purposes in the High Court, the Master is the equivalent of the judge in Chambers and his decision, order or judgment is made or given in his capacity as "the court" itself.

The jurisdiction of the Masters, which has from time to time since their creation been greatly expanded, is very extensive indeed and covers almost the entire range of pre-trial proceedings, with the important exception of applications for an injunction, other than in agreed terms, and it also extends to almost all post-judgment proceedings. They have power to make final as well as interlocutory orders and to give final

Il est hors de doute qu'en créant les fonctions de registraire ou protonotaire de la Cour de l'Échiquier et de protonotaire de notre Cour, le législateur avait à l'esprit le soutien que les protonotaires assuraient aux juges des cours supérieures, avant et après le jugement, dans les systèmes judiciaires d'Angleterre et de l'Ontario, lesquels faisaient un large usage de ces auxiliaires de la justice.

Dans ses cours Hamlyn (publiés sous le titre *The Fabric of English Civil Justice*, Londres: Stevens & Sons, 1987), Sir Jack Jacob, c.r., lui-même ancien protonotaire en chef de la Haute Cour de justice d'Angleterre, a donné un aperçu de l'évolution et du mode de fonctionnement de ce système en Angleterre. Le passage suivant, aux pages 110 et 111, est particulièrement instructif sur l'évolution historique de ce système:

[TRADUCTION] Le trait le plus frappant de la procédure préliminaire en Angleterre réside dans ce que, à quelques rares exceptions près, elle ne se déroule pas devant un juge, mais devant un auxiliaire de la justice appelé protonotaire ou registraire. Avant 1837, les juges des trois cours supérieures de common law entendaient eux-mêmes les requêtes préliminaires, qui étaient alors relativement peu nombreuses et peu variées. En 1837, le législateur a supprimé un grand nombre de fonctions administratives et quasi judiciaires, et les a remplacées par des protonotaires dans les trois tribunaux de common law pour seconder les juges dans les procédures préliminaires. En 1867, le législateur a encore innové, en faisant du protonotaire non plus un auxiliaire du juge, mais une autorité judiciaire séparée, distincte et indépendante. Pour y parvenir, il a habilité les juges à adopter des règles investissant les protonotaires du pouvoir d'exercer les mêmes fonctions que le juge en chambre, sauf les questions et instances expressément prévues. Point n'est besoin de dire que les règles nécessaires ont été immédiatement adoptées et qu'elles se sont considérablement développées depuis. Elles ont pour effet de donner aux protonotaires compétence originale sur les matières et procédures dont ils sont saisis. Dans cette fonction, le protonotaire à la Haute Cour est l'équivalent du juge en chambre et c'est en incarnant «la Cour» elle-même qu'il rend sa décision, ordonnance ou jugement.

La compétence des protonotaires, qui a été considérablement élargie depuis l'institution de ces fonctions, est en effet très étendue et couvre la quasi-totalité des procédures préliminaires, sauf l'importante exception des requêtes en injonction si elles ne sont pas introduites dans des conditions convenues; elle embrasse également la quasi-totalité des procédures postérieures au jugement. Les protonotaires sont habilités à rendre

judgments which are as operative and enforceable and which must be complied with as if made or given by a judge.

There is no doubt that the office and functions of a master in superior courts of civil jurisdiction in the common law provinces in Canada is an inheritance of the colonial past, but from an early date Canadian practice seems to have diverged from that of England. So it was that as long ago as 1866, in *Sculthorpe v. Burn* (1866), 12 Gr. 427 (U.C. Ch), Mowat V.C. could say that, in pre-confederation Ontario, masters had been invested with a "larger discretion" than their counterparts in England.

In the early years of Confederation, the question of the proper standard of review of the discretionary decisions of masters by motions judges in provincial superior courts arose for consideration. Two distinct lines of authority emerged and they persist to the present time.

In Ontario, in *Adamson v. Adamson et al* (1888), 12 P.R. 469 (Ont. H.C.) at page 471, Chancellor Boyd accepted as settled that, "the rule is not to interfere unless the order appealed from is clearly wrong". To the same effect is *Odell v. Mulholland* (1891), 14 P.R. 180 (Ont. H.C.), a case where the Master had ordered a change of venue. Chancellor Boyd refused to interfere on appeal because he had not been persuaded that the Master was clearly wrong, even though he said that he himself might have decided the case differently if it had come before him in the first instance.

This was the Ontario standard until the decision of Barlow J. in *Quality Steels (London) Ltd. v. Atlas Steels Limited*, [1949] O.W.N. 110 (H.C.) where he purported to adopt the English standard, quoting the following passage [at pages 111-112] from the speech of Lord Atkin in *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) at page 478:

As to the limits of the discretion, if any, it may be necessary to say a word or two later. I only stay to mention a contention of the respondent that the Master having exercised his discretion the judge in Chambers should not reverse him unless it was made evident that the Master has exercised his discretion on

des ordonnances définitives comme des ordonnances interlocutoires ainsi que des jugements définitifs tout aussi impératifs et exécutoires que ceux des juges.

Il est indubitable que la charge et les fonctions de protonotaire des juridictions civiles supérieures des provinces de common law du Canada sont un vestige du passé colonial, mais dès les débuts, la pratique canadienne semble s'être écartée de celle de l'Angleterre. C'est ainsi que dès 1866, le vice-chancelier Mowat a noté dans *Sculthorpe v. Burn* (1866), 12 Gr. 427 (U.C. Ch.), qu'à cette époque antérieure à la Confédération, les protonotaires jouissaient en Ontario de «pouvoirs discrétionnaires plus étendus» que leurs homologues d'Angleterre.

Durant les premières années de la Confédération, s'est posée la question de la norme appropriée de révision des décisions discrétionnaires des protonotaires par les juges des requêtes des cours supérieures provinciales. Deux solutions jurisprudentielles se sont dégagées, qui persistent jusqu'à nos jours.

En Ontario, le chancelier Boyd a, dans *Adamson v. Adamson et al* (1888), 12 P.R. 469 (H.C. Ont.), à la page 471, accepté ce principe établi à ses yeux: [TRADUCTION] «il est de règle que le juge n'interviendra pas à moins que l'ordonnance entreprise ne soit entachée d'erreur flagrante». La même voie était suivie dans *Odell v. Mulholland* (1891), 14 P.R. 180 (H.C. Ont.), affaire dans laquelle le protonotaire avait ordonné un changement de lieu. Saisi de l'appel, le chancelier Boyd a refusé d'intervenir parce qu'il n'était pas convaincu que le protonotaire avait commis une erreur flagrante, bien que lui-même eût pu rendre une décision différente s'il avait été saisi de l'affaire en premier lieu.

Telle était la norme observée en Ontario jusqu'à la décision *Quality Steels (London) Ltd. v. Atlas Steels Limited*, [1949] O.W.N. 110 (H.C.), par laquelle le juge Barlow a apparemment appliqué la norme anglaise en citant le passage [aux pages 111 et 112] suivant des motifs prononcés par lord Atkin dans *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) à la page 478:

[TRADUCTION] Quant aux limites de ce pouvoir discrétionnaire, si limites il y a, il sera peut-être nécessaire de revenir brièvement là-dessus plus loin. Je m'arrête ici juste pour mentionner l'argument de l'intimé selon lequel le protonotaire ayant exercé son pouvoir discrétionnaire, le juge des requêtes ne doit

wrong principles. I wish to state my conviction that where there is a discretionary jurisdiction given to the Court or a judge the judge in Chambers is in no way fettered by the previous exercise of the Master's discretion. His own discretion is intended by the rules to determine the parties' rights; and he is entitled to exercise it as though the matter came before him for the first time. He will, of course, give the weight it deserves to the previous decision of the Master; but he is in no way bound by it.

In *Marleen Investments Ltd. v. McBride et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 125 (H.C.), however, Southey J. reinstated the rule as formulated by Chancellor Boyd in *Adamson and Odell*, remarking that Barlow J. had overlooked these cases when he decided *Quality Steels*. Southey J. added that different considerations would apply in circumstances where the orders of a master raised questions vital to the final issue of a case. In those instances he concluded that a reviewing judge would be required to exercise an independent discretion, if the Master's decision was questioned on appeal. For this addition to the rule he relied upon the following passage [at pages 127-128] from the speech of Lord Wright in *Evans v. Bartlam*, *supra*, at page 484:

The Masters admirably exercise their discretion in routine matters of pleading, discovery, interrogatories, venue, mode of trial, and other interlocutory directions, without any appeal being necessary. But such matters may on occasion raise questions most vital to the final issue of the case. The decision of such questions is properly for the judge who will no doubt consider carefully the order of the Master. If a further appeal is taken to the Court of Appeal it is the judge's discretion which that Court has either to support or vary or reverse.

Like the present case, *Marleen Investments* was an appeal from an interlocutory order of a master dismissing an application by the defendants to dismiss an action for want of prosecution (under the appropriate Ontario Rule). Southey J. applied the rule laid down in *Adamson and Odell* and having found no error in the Master's decision, dismissed the appeal.

pas infirmer sa décision à moins qu'il ne soit évident que le premier s'est fondé sur des mauvais principes. Je tiens à exprimer ma conviction que là où la Cour ou un juge est investi d'un pouvoir discrétionnaire, le juge en chambre n'est nullement lié par l'exercice antérieur du pouvoir discrétionnaire du protonotaire. Selon l'esprit des règles, il exerce son propre pouvoir discrétionnaire pour statuer sur les droits des parties, et il a le droit de l'exercer comme si l'affaire lui avait été soumise en premier lieu. Il prendra naturellement en considération, comme il convient, la décision antérieure du protonotaire, mais il n'est nullement lié par cette décision.

Dans *Marleen Investments Ltd. v. McBride et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 125 (H.C.), le juge Southey a rétabli la règle telle que l'avait formulée le chancelier Boyd dans les décisions *Adamson et Odell*, en faisant remarquer que le juge Barlow avait oublié ces deux précédents lorsqu'il rendit la décision *Quality Steels*. Le juge Southey a ajouté que différentes considérations s'appliquaient dans les cas où l'ordonnance du protonotaire portait sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause principale, et que dans ces cas, le juge saisi du recours était tenu d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire si la décision du protonotaire était contestée par un appel. Il a cité [aux pages 127 et 128] à l'appui de cette addition à la règle, le passage suivant des motifs prononcés par lord Wright dans *Evans v. Bartlam*, *supra*, à la page 484:

[TRADUCTION] Les protonotaires exercent parfaitement leur pouvoir discrétionnaire dans les matières courantes comme les actes de procédure, la communication des pièces, les interrogatoires, le lieu du procès, le mode du procès, et autres mesures interlocutoires, sans qu'aucun appel soit nécessaire. Mais ces matières peuvent à l'occasion porter sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause principale. Le jugement de ces questions appartient au juge qui considérera sans doute attentivement l'ordonnance du protonotaire. Si l'affaire va jusqu'à la Cour d'appel, c'est la décision discrétionnaire de ce juge que la Cour d'appel doit confirmer, modifier ou infirmer.

Comme en l'espèce, *Marleen Investments* était un appel contre l'ordonnance interlocutoire du protonotaire qui avait rejeté l'exception opposée par les défendeurs pour défaut de poursuivre (sous le régime de la disposition applicable des Règles de procédure de l'Ontario). Le juge Southey a appliqué la règle définie par *Adamson et Odell* et, n'ayant trouvé aucune erreur dans la décision du protonotaire, a rejeté l'appel.

The Ontario rule as restated in *Marleen Investments* was approved and refined by the Ontario Court of Appeal in *Stoicevski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436.

In *Stoicevski*, a Local Judge of the Supreme Court, acting as Master, had refused to allow an amendment to a statement of defence in an action arising out of a motor vehicle accident on the ground that the proposed amendment raised matters which would have required the plaintiff to plead a fresh cause of action against third parties. Since the limitation period had expired by the time the amendment was sought, the Local Judge concluded that the plaintiff would be unanswerably prejudiced by the amendment in a manner not compensable in costs. The Divisional Court reversed [(1983), 33 C.P.C. 145]. In allowing the appeal and restoring the order of the Local Judge, Lacourcière J.A., writing for the Court, stated at pages 438 and 439:

One of the arguments presented . . . and adopted by White J. in his dissenting judgment in the Divisional Court, was that the learned local judge arrived at his decision in the exercise of his judicial discretion and consequently his order ought not to have been disturbed by the Divisional Court unless it was *clearly wrong*. I agree that this test (adopted by Southey J. in *Marleen Investments Ltd v. McBride et al.* . . . , following the language of Chancellor Boyd in *Adamson v. Adamson et al.* . . . ) is the appropriate one where an appeal is taken from an interlocutory order involving matters such as a change of venue, a jury notice or a routine amendment to a pleading. However, it was recognized by Southey J., in *Marleen Investments, supra*, that some interlocutory rulings which raise questions vital to the final issue of the case require a rehearing in which the judge's discretion may be properly substituted for that of the master or local judge. The present appeal clearly falls within the latter category. An amendment which may have the effect of reducing the plaintiff's quantum of recovery of damages is clearly vital to the final issue. [Emphasis added.]

The following are some examples of decisions of masters in Ontario which have been held to raise questions vital to the final issue of a case: a decision that a limitation period barred the adding of defendants (*Branche v. MacArthur et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 71 (Div. Ct.)); an order requiring the plaintiff to post security for costs which would have effectively precluded the action from being heard (*Wink (John)*

La règle ontarienne, telle qu'elle fut rétablie dans *Marleen Investments*, a été confirmée et affinée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Stoicevski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436.

Dans l'affaire *Stoicevski*, un juge local de la Cour suprême, faisant fonction de protonotaire, avait refusé l'autorisation de modifier la défense dans une action intentée à la suite d'un accident de la circulation, par ce motif que la modification envisagée poserait des questions qui obligeraient le demandeur à faire valoir une cause d'action nouvelle contre des tiers. Le délai de prescription étant expiré au moment de la demande d'autorisation de modifier, la modification causerait au demandeur un préjudice incontestable, que ne saurait réparer l'octroi des dépens. La Cour divisionnaire a infirmé cette décision [(1983), 33 C.P.C. 145]. En faisant droit à l'appel et rétablissant l'ordonnance du juge local, le juge Lacourcière, J.C.A. rendant l'arrêt de la Cour d'appel, a tiré la conclusion suivante aux pages 438 et 439:

[TRADUCTION] L'un des arguments proposés . . . et accueillis par le juge White dans ses motifs dissidents en Cour divisionnaire, était que le juge local a rendu sa décision dans l'exercice de son pouvoir judiciaire discrétionnaire et qu'en conséquence, la Cour divisionnaire n'aurait pas dû toucher à son ordonnance sauf *erreur flagrante*. Je conviens que ce critère (adopté par le juge Southey dans *Marleen Investments Ltd. v. McBride et al.* . . . qui a repris la conclusion tirée par le chancelier Boyd dans *Adamson v. Adamson et al.* . . . ) est celui qui convient en cas d'appel contre une ordonnance interlocutoire portant sur des questions comme le changement du lieu du procès, un avis au jury ou une modification sans importance apportée aux actes de procédure. Cependant, le juge Southey a reconnu dans *Marleen Investments, supra*, que certaines décisions interlocutoires portant sur des questions ayant une influence déterminante sur le sort du litige nécessitent une nouvelle audience au cours de laquelle la décision discrétionnaire du juge peut parfaitement se substituer à celle du protonotaire ou juge local. L'appel en instance tombe indubitablement dans cette dernière catégorie. Une modification qui peut avoir pour effet de réduire le quantum des dommages-intérêts recouvrables par le demandeur a manifestement une influence déterminante sur l'issue de la cause principale. [Non souligné dans le texte original.]

Voici, à titre d'exemples, certaines décisions rendues par des protonotaires en Ontario et dont il a été jugé qu'elles portaient sur des questions ayant une influence déterminante sur le sort du litige: le délai de prescription interdit que l'action soit étendue à d'autres défendeurs (*Branche v. MacArthur et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 71 (C. div.)); ordonnance à la demanderesse de constituer caution *judicatum solvi*

*Ltd. v. Sico Inc.* (1987), 57 O.R. (2d) 705 (H.C.)); a decision to consider a group of plaintiffs collectively rather than individually in determining whether they should post security for costs (*Das v. Coles* (1989), 71 O.R. (2d) 57 (H.C.)); and, a refusal to set aside the noting of pleadings closed, the effect of which was that a defendant was deemed to admit the truth of a plaintiff's pleadings (*Hart v. Kowall* (1990), 75 O.R. (2d) 306 (Gen. Div.)). In each of these cases, the Motions Judge heard the matter *de novo* and exercised his or her own discretion.

In contrast, motions judges in Ontario have refused to engage in *de novo* review of an order to divide examinations for discovery (*L.C.D.H. Audio Visual Ltd. v. I.S.T.S. Verbatim Ltd. et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 425 (H.C.)); and an order dismissing a motion to strike out a portion of a claim for punitive damages (*Fazzari et al. v. Pellizzari et al.* (1988), 28 O.A.C. 38 (Div. Ct.)).

A reading of these cases suggests that the critical question is whether the decision of the master will preclude a hearing of the case on its merits. If so, it will be considered to raise a question vital to the final issue of the case and *de novo* review is appropriate. But if not, a motions judge will defer to the master's discretion unless, to borrow the language of Chancellor Boyd, he or she is "clearly wrong".

The standard of review in Nova Scotia, when masters were employed there,<sup>6</sup> was similar to the early Ontario Rule. In *King v. Drysdale et al.* (1892), 24 N.S.R. 308 (S.C.), Townshend J. (as he then was) stated at page 317 that the Court's duty on review of a master's discretionary order was "only to see if the master had acted on a wrong principle or had committed some manifest error". Similarly, in *Starratt v. White* (1913), 11 D.L.R. 488 (S.C.), Townshend C.J. stated at page 489 in an appeal from the decision of a master allowing certain interrogatories:

<sup>6</sup> The office of Master in Nova Scotia was abolished in 1972 by the *Judicature Act*, S.N.S. 1972, c. 2.

telle qu'il lui serait impossible de donner suite à l'action (*Wink (John) Ltd. v. Sico Inc.* (1987), 57 O.R. (2d) 705 (H.C.)); décision de traiter les demandeurs collectivement et non individuellement pour juger s'ils doivent constituer caution *judicatum solvi* (*Das v. Coles* (1989), 71 O.R. (2d) 57 (H.C.)); refus d'annuler la constatation de clôture des plaidoiries, en conséquence de quoi le défendeur était réputé reconnaître la véracité des conclusions du demandeur (*Hart v. Kowall* (1990), 75 O.R. (2d) 306 (Div. gén.)). Dans chacune de ces affaires, le juge des requêtes a entendu l'affaire *de novo* et a rendu sa propre décision discrétionnaire.

Par contraste, des juges des requêtes de l'Ontario ont refusé de réviser *de novo* une ordonnance de scinder les interrogatoires préalables (*L.C.D.H. Audio Visual Ltd. v. I.S.T.S. Verbatim Ltd. et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 425 (H.C.)) et une ordonnance portant rejet de l'exception partielle opposée à une demande de dommages-intérêts punitifs (*Fazzari et al. v. Pellizzari et al.* (1988), 28 O.A.C. 38 (C. div.)).

Il ressort de ces causes que la question fondamentale qui se pose est de savoir si la décision du protonotaire empêchera le jugement sur le fond de l'affaire. Si tel est le cas, elle sera considérée comme portant sur une question déterminante pour le sort du litige, et il y a lieu de la réviser *de novo*. Dans le cas contraire, le juge des requêtes ne touchera pas à la décision discrétionnaire du protonotaire à moins que, pour reprendre les termes employés par le chancelier Boyd, elle ne soit entachée d'«erreur flagrante».

La norme de révision appliquée en Nouvelle-Écosse, à l'époque où il y avait encore des protonotaires<sup>6</sup>, était la même que celle que l'on avait d'abord adoptée en Ontario. Dans *King v. Drysdale et al.* (1892), 24 N.S.R. 308 (C.S.), le juge Townshend (tel était son titre) a conclu en page 317 que le seul contrôle juridictionnel de l'ordonnance discrétionnaire du protonotaire consistait à [TRADUCTION] «examiner si le protonotaire s'est fondé sur un mauvais principe ou a commis une erreur manifeste». De même, dans *Starratt v. White* (1913), 11 D.L.R. 488 (C.S.), le juge en chef Townshend s'est prononcé en ces

<sup>6</sup> La charge de protonotaire a été supprimée en Nouvelle-Écosse en 1972 par la loi dite *Judicature Act*, S.N.S. 1972, ch. 2.

This appeal is of a class which should be discouraged, involving, as it does, only a question whether the County Court Judge, acting as a Master of this Court, properly exercised his decision in a point of practice. All authorities agree that, unless he has erred in principle, the Court will not interfere on appeal.

Twenty-five years after Alberta joined Confederation, the Supreme Court of Alberta developed a different standard of review of discretionary orders made by masters. In *Alta. Wheat Pool v. Nahajowicz* (1930), 24 Alta. L.R. 400 (S.C.A.D.), a case involving an order by a master that the plaintiff deliver particulars of his claim to the defendant, Harvey C.J.A., speaking for the Appellate Division, stated at page 401:

As to the last ground it has been pointed out more than once that the Master is not a Judge but an officer of the Court exercising certain delegated functions and that the rule about discretionary orders by a Judge does not apply to his orders.

This standard of review was applied in *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh* (1977), 8 A.R. 394 (S.C.) where Laycraft J. (as he then was) stated at page 398:

It was urged upon me during argument that as the Master had exercised his discretion [the case involved an application to extend the time for serving a statement of claim], I should follow the practice of Appellate Courts and not interfere with that discretion even if I disagreed with the result, unless it was plainly based on wrong principle. In my opinion, however, the rule followed by the Appellate Division in an appeal from a Trial Judge involving an exercise of discretion does not apply to an appeal from the decision of a Master-in-Chambers. While that decision is entitled to the greatest respect, the discretionary jurisdiction possessed by a Superior Court Trial Judge cannot be fettered in any way by the previous decision of the Master. [Emphasis added.]

In reaching that conclusion, Laycraft J. adopted the English standard, as expressed in the speech of Lord Atkin in *Evans v. Bartlam*, *supra*.

termes, à la page 489, sur l'appel formé contre la décision du protonotaire qui avait autorisé certains interrogatoires:

[TRADUCTION] Cet appel fait partie d'une catégorie qu'il faut décourager, parce qu'il ne pose que la question de savoir si le juge de la Cour de comté, siégeant en qualité de protonotaire, avait compétence pour statuer sur un point de procédure. Selon la jurisprudence connue en la matière, la Cour n'interviendra pas en cas d'appel à moins d'erreur de principe.

Vingt-cinq ans après l'entrée de l'Alberta dans la Confédération, la Cour suprême de cette province a élaboré une norme de révision différente à l'égard des ordonnances discrétionnaires des protonotaires. Dans *Alta. Wheat Pool v. Nahajowicz* (1930), 24 Alta. L.R. 400 (C.S.A.D.) (ordonnance du protonotaire au demandeur de communiquer les détails de son chef de demande au défendeur), le juge en chef Harvey, rendant le jugement de la Division d'appel, a conclu à la page 401:

[TRADUCTION] Quant au dernier motif, il a été jugé plus d'une fois que le protonotaire n'est pas un juge, mais un auxiliaire de la justice exerçant certaines fonctions déléguées et que la règle concernant les ordonnances discrétionnaires des juges ne s'applique pas à ses ordonnances.

Cette norme de révision a été appliquée dans *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh* (1977), 8 A.R. 394 (C.S.), par le juge Laycraft (tel était son titre) qui a tiré cette conclusion à la page 398:

[TRADUCTION] Il a été soutenu au cours de l'argumentation que le protonotaire ayant exercé son pouvoir discrétionnaire [au sujet d'une requête en prorogation du délai de signification de la déclaration], je devrais me conformer à la pratique des cours d'appel et m'abstenir de toucher à cette décision discrétionnaire même si je n'en approuve pas le résultat, à moins qu'elle ne soit manifestement fondée sur un mauvais principe. J'estime cependant que la règle suivie par la Division d'appel à l'égard de l'appel contre la décision discrétionnaire d'un juge de première instance ne s'applique pas à l'appel formé contre la décision rendue par un protonotaire en chambre. Il est vrai que celle-ci mérite le plus grand respect, mais le pouvoir discrétionnaire dont est investi un juge de la première instance de la cour supérieure ne saurait être entravé de quelque façon que ce soit par une décision antérieure du protonotaire. [Non souligné dans le texte.]

Pour parvenir à cette conclusion, le juge Laycraft a appliqué la norme anglaise, telle qu'elle était exprimée par les motifs du jugement de lord Atkin dans *Evans v. Bartlam*, *supra*.

In 274099 *Alberta Ltd. v. West Edmonton Mall Shopping Centre Ltd. et al.* (1990), 114 A.R. 57 (C.A.), Côté J.A., writing for the Court, may even have suggested an enlarged standard when he stated at page 57:

The disposition of any appeal [from the decision of a Master] depends upon the correctness of the formal judgment appealed from, not the correctness of the reasons for judgment. Furthermore, in Alberta an appeal from a Master to a judge is *de novo*. The judge exercises any discretion anew. New evidence may be put before him for that reason, and because he has original jurisdiction as well. He is not just an appellate tribunal.

After considering both positions, MacDonald J. of the Supreme Court of British Columbia adopted the Ontario standard as laid down in *Stoicovski*, in *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd.* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 188. *Abermin* was an appeal from the order of a master granting a motion to adjourn applications to fix security for costs. The Master had granted the order on condition that examinations for discovery then scheduled should not proceed until the disposition of the applications.

Confronted by seemingly conflicting decisions in the Supreme Court of British Columbia as to the appropriate standard, MacDonald J. looked for guidance in "other provincial jurisdictions which have been operating under the same constitutional limitations for some years" (page 192). He considered the Alberta standard as expressed in *Wright v. Disposal Services Ltd.*, *supra*, and the Ontario standard as expressed both in *Marleen Investments Ltd.*, and *Stoicovski*, *supra*, and concluded at page 193:

The decision in *Stoicovski v. Casement* represents a realistic compromise between the various policy considerations which bear upon the scope of review which should be permitted. . . . An appeal from a master's order in a purely interlocutory matter should not be entertained unless the order was clearly wrong. However, where the ruling of the master raises questions which are vital to the final issue in the case, or results in one of those final orders which a master is permitted to make, a rehearing is the appropriate form of appeal. Unless an order for the production of fresh evidence is made, that rehearing will proceed on the basis of the material which was before the master. In those latter situations, even where the exercise of

Dans 274099 *Alberta Ltd. v. West Edmonton Mall Shopping Centre Ltd. et al.* (1990), 114 A.R. 57 (C.A.), le juge Côté, J.C.A. rendant le jugement de la Cour, semble avoir envisagé une norme plus étendue encore par cette conclusion à la page 57:

[TRADUCTION] Le jugement de tout appel [formé contre la décision d'un protonotaire] dépend de la question de savoir si le dispositif, et non les motifs, de la décision entreprise est correct. Par surcroît, l'appel contre la décision du protonotaire fait l'objet d'une instruction *de novo* en Alberta. Le juge exerce son pouvoir discrétionnaire en reprenant la procédure depuis le début. De nouvelles preuves peuvent être soumises pour cette raison, et du fait qu'il a compétence en première instance aussi. Il ne fait pas seulement fonction de juridiction d'appel.

Après avoir considéré les deux écoles de pensée, le juge MacDonald de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a adopté la règle ontarienne telle qu'elle était définie par *Stoicovski*, pour sa décision dans l'affaire *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd.* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 188. Il s'agissait de l'appel contre la décision du protonotaire qui avait accueilli la requête en ajournement des demandes de fixation de la caution *judicatum solvi*, à condition que les interrogatoires préalables dont la date était déjà fixée n'eussent pas lieu avant qu'il ne fût statué sur ces demandes.

Devant les décisions apparemment contradictoires de la Cour suprême de la Colombie-Britannique au sujet du critère à appliquer, le juge MacDonald s'est tourné vers [TRADUCTION] «d'autres ressorts provinciaux qui connaissent les mêmes limitations constitutionnelles depuis des années» (page 192). Il a évoqué la règle albertaine qu'illustre la décision *Wright v. Disposal Services Ltd.*, *supra*, et la règle ontarienne, telle qu'elle a été définie dans les décisions *Marleen Investments Ltd.* et *Stoicovski*, *supra*, pour conclure à la page 193:

[TRADUCTION] La solution adoptée dans *Stoicovski v. Casement* représente un compromis réaliste entre les diverses considérations de principe qui déterminent la portée de la révision admissible. . . . L'appel contre l'ordonnance d'un protonotaire en matière purement interlocutoire n'est pas recevable à moins que la décision ne soit entachée d'erreur flagrante. Cependant, dans le cas où cette décision porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause principale ou constitue une ordonnance définitive que le protonotaire est habilité à rendre, l'appel s'instruit par voie d'instruction *de novo*. Sauf le cas de l'ordonnance de produire des preuves nouvelles, cette instruction s'effectuera au vu des preuves pro-

discretion is involved, the judge appealed to may quite properly substitute his own view for that of the master.

Since both Alberta and Ontario now seem to have adopted the positions taken by different Law Lords in *Evans v. Bartlam*, it might be useful to review the facts in that case briefly.

*Evans v. Bartlam* was a case where a Master refused to set aside a judgment which had been noted in default for failure to file an appearance. It was apparent that the defendant had a defence to the claim (see the speech of Lord Wright at page 489), but by refusing him leave to reopen, the Master was effectively precluding him from ever raising it. The Motions Judge, exercising his own discretion, reversed the Master's decision. A majority of the Court of Appeal reversed the decision of the Motions Judge. Before the House of Lords, the issue was the correctness of the decision of the Court of Appeal, but in delivering their speeches, Lords Atkin and Wright made the observations concerning the review of discretionary orders of masters already quoted. The House of Lords held that the Motions Judge was not in error in substituting his discretion for that of the Master, thus affording the defendant an opportunity to file a defence and allowing the substantive rights of both parties to be determined at a trial in the ordinary way.

In the province of Quebec, the *Code of Civil Procedure of Quebec* [R.S.Q. c. C-25] provides several avenues of review of orders made by prothonotaries. See Audet, *Les officiers de justice: des origines de la colonie jusqu'à nos jours* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1986), at pages 199-204. Some orders are reviewable by a hearing *de novo* in a proceeding before a Superior Court Judge known as *revision*. See, for example, *Code of Civil Procedure of Quebec*, Articles 42 and 44.1, and *Lacaud c. Leblanc*, [1983] C.S. 555 (Que. S.C.). Others are reviewable in appeals to the Court of Appeal, in which case they are treated like final judgments of the Superior Court.

duites devant le protonotaire. Dans ces conditions, le juge saisi de l'appel peut parfaitement substituer sa propre conclusion à la décision du protonotaire, lors même que cette décision découle de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Étant donné que l'Alberta et l'Ontario semblent avoir maintenant adopté le raisonnement tenu par différents lords dans *Evans v. Bartlam*, il convient de passer brièvement en revue les faits de cette dernière cause.

Dans cette affaire, un protonotaire a refusé d'annuler un jugement qui a été rendu par défaut faute d'acte de comparution. Il était manifeste que le défendeur avait un moyen de défense (voir les motifs prononcés par lord Wright à la page 489), mais en lui refusant l'autorisation de rouvrir l'affaire, le protonotaire lui a effectivement interdit de le faire valoir. Le juge des requêtes, exerçant son propre pouvoir discrétionnaire, a infirmé la décision du protonotaire. Par jugement majoritaire, la Cour d'appel a infirmé le jugement du juge des requêtes. La Chambre des lords était saisie de la question du bien-fondé de la décision de la Cour d'appel mais, dans leurs motifs de jugement, lords Atkin et Wright ont fait les observations *supra* sur la révision des ordonnances discrétionnaires des protonotaires. La Chambre des lords a conclu que le juge des requêtes n'avait pas commis une erreur en substituant sa décision discrétionnaire à celle du protonotaire, permettant ainsi au défendeur de déposer une défense et faisant en sorte qu'il fût statué sur les droits des parties par voie de jugement normal.

Au Québec, le *Code de procédure civile du Québec* [L.R.Q. ch. C-25] prévoit plusieurs procédures de révision des ordonnances de protonotaire; Voir Audet, *Les officiers de justice: des origines de la colonie jusqu'à nos jours* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1986), aux pages 199 à 204. Certaines ordonnances sont susceptibles de révision *de novo* devant un juge de la Cour supérieure; Voir par exemple *Code de procédure civile du Québec*, articles 42 et 44.1, et *Lacaud c. Leblanc*, [1983] C.S. 555 (C.S. Qué.). D'autres sont susceptibles de recours par voie d'appel à la Cour d'appel, auquel cas elles sont assimilées aux jugements définitifs de la Cour supé-



See *Code of Civil Procedure of Quebec*, Articles 41 and 511, and Audet, at page 202. Others, still, are reviewable in special proceedings for retraction and annulment. See Audet, at pages 201-204.<sup>7</sup>

Although in *Abermin*, MacDonald J. considered the seemingly conflicting lines of authority as reflecting different policy considerations, it is my view that a more plausible explanation of the difference between the Ontario and Alberta standards may be that they are based upon different constitutional approaches to the office of Master. In Ontario, the approach was expressed by Middleton J.A. in *Re Solloway Mills & Co.*, [1935] O.R. 37 (C.A.) at page 43 as follows:

The contention that the Province has no power to appoint Masters or to authorize an enquiry before any of the Court's officers, because they are executing a judicial and not a ministerial power, is plausible but ill founded. Section 96 of The British North America Act, 1867, 30-31 Vict., ch. 3, requires the appointment of Judges of the Superior and County Courts by the Governor General of Canada, but this does not prohibit the Province from appointing an officer of the Court who may exercise some judicial functions.

In contrast, in *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh*, *supra*, at page 398, Laycraft J. justified *de novo* review on the basis that:

The Superior Court Judge possesses that jurisdiction by virtue of his Federal appointment under the powers given the Federal Crown by the *British North American Act* [*sic*]. His status resulting from that appointment cannot be diminished by the decision of the Master appointed by the Provincial Crown.

<sup>7</sup> In Quebec, the office of *protonotaire* was established by *An act for the division of the Province of Lower-Canada, for amending the Judicature thereof, and for repealing certain Laws therein mentioned* [34 Geo. III, c. 6] 1793. The current authority for the office is the *Courts of Justice Act*, R.S.Q. 1977, c. T-16, s. 4. For a discussion of the origins and functions of the office, see Audet, pp. 53-60. It is worth noting that in Quebec, unlike in this Court, there is no statutory requirement that a prothonotary be a member of the legal profession. Indeed, even today, a majority of the prothonotaries in Quebec do not hold law degrees (see Audet, p. 175). As Professor Audet notes, for the majority of those who hold appointments as prothonotaries, prothonotarial duties only comprise a portion of their workload. A great deal of their time is spent carrying out clerical functions (see pp. 175-176). In short, the modern office of prothonotary in Quebec is quite unlike that of the prothonotary of this Court.

rieure; Voir *Code de procédure civile du Québec*, articles 41 et 511, et Audet, à la page 202. D'autres encore sont susceptibles de révision par procédure spéciale de rétractation et d'annulation; Voir Audet, aux pages 201 à 204.<sup>7</sup>

Bien que dans *Abermin*, le juge MacDonald ait conclu que les précédents jurisprudentiels apparemment contradictoires traduisaient des considérations de principe différentes, il me semble qu'une explication plus plausible de cette différence entre les règles ontarienne et albertaine réside dans la différence entre deux conceptions constitutionnelles des fonctions de protonotaire. En Ontario, cette conception est exprimée par le juge Middleton de la Cour d'appel dans *Re Solloway Mills & Co.*, [1935] O.R. 37 (C.A.), à la page 43, comme suit:

[TRADUCTION] L'argument est plausible mais mal fondé qui veut que la province n'ait pas le pouvoir de nommer des protonotaires ou d'autoriser une enquête par l'un quelconque des auxiliaires de la justice parce qu'ils exercent un pouvoir judiciaire et non pas ministériel. L'article 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30-31 Vict., ch. 3 prévoit que les juges des cours supérieures et des cours de comté sont nommés par le procureur général du Canada, mais cela n'empêche pas la province de nommer un auxiliaire de la justice habilité à exercer certaines fonctions judiciaires.

Par contraste, le juge Laycraft, dans *Wright v. Disposal Services Ltd. and Marsh*, *supra*, à la page 398, justifie la révision *de novo* en ces termes:

[TRADUCTION] Le juge de la Cour supérieure est investi de cette compétence du fait qu'il est nommé en vertu des pouvoirs que la Couronne fédérale tient de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Son statut qui découle de cette nomination ne saurait être diminué par la décision d'un protonotaire nommé par la Couronne provinciale.

<sup>7</sup> Au Québec, la charge de protonotaire était instituée par l'Acte qui divise la Province du Bas-Canada, qui amende la Judicature d'icelle, et qui rappelle certaines Loix y mentionnées [34 Geo. III, ch. 6] de 1793, mais la loi organique actuellement en vigueur est la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q. 1977, ch. T-16, art. 4. Au sujet des origines et des fonctions de la charge, v. Audet, p. 53 à 60. Il y a lieu de noter qu'à l'opposé de cette Cour, aucun texte de loi québécois ne prévoit que le protonotaire doit être un avocat inscrit au barreau. En effet, même de nos jours, la majorité des protonotaires du Québec ne sont pas titulaires d'un diplôme de droit (v. Audet, p. 175). Comme l'a noté le professeur Audet, pour la majorité des gens qui occupent la charge, les fonctions de protonotaire ne représentent qu'une partie de leur travail. Une grande partie de leur temps est consacrée au travail de bureau (v. p. 175 à 176). En bref, les fonctions de protonotaire du Québec sont tout à fait différentes de celles des protonotaires de cette Cour.

Even if I am correct in my assessment of the reasons for the differing approaches, it is not necessary in this appeal to decide which of these constitutional positions is correct, since the constitutional infirmity to which the Alberta master's appointment is said to be subject does not extend to the appointment of a prothonotary to this Court. That Parliament has constitutional authority by virtue of section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] to appoint both prothonotaries and judges of this Court cannot be doubted. That was the conclusion of Jerome A.C.J. in *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479 (T.D.) It is a conclusion with which I am, respectfully, in complete agreement. I am also in agreement with the Associate Chief Justice where he said at page 484:

It is clear from paragraph 46(1)(h) of the [*Federal Court*] Act that Parliament did not intend prothonotaries to act simply as procedural officers of the Court. On the contrary, it is clear from that section that Parliament intended prothonotaries to have jurisdiction of a judicial nature.

What, then, should the standard of review of discretionary orders of prothonotaries of this Court be? It is of paramount importance that any standard adopted must recognize Parliament's intention, embodied in section 12 of the Act, that the office of prothonotary is designed to aid in "the efficient performance of the work of the Court". Sir Jack Jacob captured the essence of this intent in the following passage of his *Hamlyn Lectures*:<sup>8</sup>

They fulfil many important and even crucial functions in the English judicial system. They provide a more speedy, economical and convenient machinery for pre-trial and post-judgment applications; they perform the greater volume and variety of the judicial work at the stages of pre-trial and post-judgment proceedings which would otherwise require to be performed by a Judge, so conserving "judge-power" for more important work and making more efficient use of "judge-time"; . . .

I reiterate at the outset that Rule 336(5), by providing for a right of appeal from all orders made by prothonotaries, was intended to satisfy the requirement for supervision of those orders as required by paragraph 46(1)(h) of the Act.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, at p. 112.

Même si j'interprète correctement les raisons de ces approches divergentes, il n'est pas nécessaire de décider en l'espèce laquelle de ces deux conceptions constitutionnelles est juste, puisque l'invalidité constitutionnelle qui entacherait la nomination des protonotaires de l'Alberta ne s'étend pas à celle des protonotaires de notre Cour. Il est hors de doute que le Parlement tient de l'article 101 la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. 1985], appendice II, n° 5]] le pouvoir constitutionnel de nommer et les protonotaires et les juges de cette Cour. Telle était la conclusion du juge en chef adjoint Jerome dans *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 C.F. 479 (1<sup>er</sup> inst.), conclusion que je partage entièrement. Je partage également cette conclusion du juge en chef adjoint à la page 484:

Il ressort clairement de l'alinéa 46(1)h) de la [*Loi sur la Cour fédérale*] que le Parlement n'avait pas l'intention que les protonotaires agissent simplement comme préposés à la procédure pour la Cour. Il est, au contraire, manifeste, à la lecture de cet article, que le Parlement voulait que les protonotaires possèdent une compétence à caractère judiciaire.

Quelle devrait donc être la norme de révision des ordonnances discrétionnaires des protonotaires de cette Cour? Il est de la plus haute importance que la norme adoptée traduise la volonté du législateur, qu'exprime l'article 12 de la Loi selon lequel la charge de protonotaire est destinée à contribuer à «l'exécution des travaux de la Cour». Sir Jack Jacob a saisi cette volonté dans le passage suivant de ses cours *Hamlyn*:<sup>8</sup>

[TRADUCTION] Ils remplissent de nombreuses fonctions importantes, voire primordiales, dans le système judiciaire d'Angleterre. Ils forment des rouages plus rapides, plus économiques et plus commodes pour l'instruction des requêtes avant et après jugement; ils assurent une grande quantité et variété de travaux judiciaires des stades antérieur et postérieur au jugement et qui auraient requis l'attention des juges, ce qui conserve les «ressources judiciaires» pour des questions plus importantes et permet un usage plus rationnel du «temps des juges»; . . .

Je dois rappeler tout de suite que la Règle 336(5), en prévoyant le droit d'appel contre les ordonnances des protonotaires, vise à satisfaire à l'impératif de surveillance à l'égard de ces ordonnances, que prévoit l'alinéa 46(1)h) de la Loi.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, à la p. 112.

A question was raised in argument as to whether the order of the Associate Senior Prothonotary was interlocutory or final. In my view, this question does not assist us in determining the standard of review. Rule 336(1)(g) vests in the prothonotary authority to "dispose of any interlocutory application assigned to him specially . . . by special or general direction of the Chief Justice or of the Associate Chief Justice" [Emphasis added.] Once it is determined that the prothonotary was acting within jurisdiction, then, the question then becomes by what standard his decision is to be reviewed.

In this case, there is no question that the application as a result of which the order was made was interlocutory. It was accordingly an application which the Associate Senior Prothonotary had jurisdiction to hear by virtue of Rule 336(1)(g) and the general direction of the Associate Chief Justice to which I have already referred. The question remaining to be answered, then, is what is the appropriate standard of review of the discretionary order which the Associate Senior Prothonotary made in disposing of that application.

Until the decision of this Court in *Jala Godavari*, it had been held consistently and accepted as settled law in the Trial Division of this Court that an appeal from a discretionary order of a prothonotary should be treated in the same manner as an appeal from a discretionary order of a motions judge, reviewable for error rather than as a re-hearing on the merits.

In *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 240 (F.C.T.D.) at page 244, McNair J. described the approach as follows:

Rule 336(5) of the Federal Court Rules provides for appeals from an order or decision of a prothonotary, and it is unnecessary to set it out verbatim. Suffice it to say, the Rule has been the subject of some judicial consideration.

In my view, the law was correctly stated by Mr. Justice Collier in *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260, at pp. 261-262 as follows:

[a]n appeal from the decision of a Prothonotary is not a trial de novo.

La question s'est posée au cours de l'argumentation de savoir si l'ordonnance du protonotaire adjoint était interlocutoire ou définitive. À mon avis, cette question ne nous est d'aucun secours pour dégager la norme de révision applicable. La Règle 336(1)(g) investit le protonotaire du pouvoir de «statuer sur toute demande interlocutoire qui lui a été nommément confiée sur directive spéciale ou générale du juge en chef ou du juge en chef adjoint» [Soulignement ajouté.] Une fois qu'il est établi que le protonotaire a agi dans les limites de sa compétence, la question se pose de savoir quelle norme de révision s'applique à sa décision.

Il est constant qu'en l'espèce, la requête qui a donné lieu à l'ordonnance du protonotaire était interlocutoire. C'était donc une requête relevant de sa compétence suivant la Règle 336(1)(g) et la directive générale du juge en chef adjoint mentionnée *supra*. Il faut donc examiner quelle est la norme de révision applicable à l'ordonnance discrétionnaire que le protonotaire adjoint a rendue à l'égard de cette requête.

Avant l'arrêt *Jala Godavari* de cette Cour, la Section de première instance avait toujours tenu pour établi que l'appel formé contre une ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire s'apparentait à l'appel contre une ordonnance discrétionnaire d'un juge des requêtes qui ne peut être révisée que pour cause d'erreur manifeste, plutôt qu'à une nouvelle instruction sur le fond.

Dans *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1988), 22 C.I.P.R. 240 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) à la page 244, le juge McNair a décrit cette approche comme suit:

La règle 336(5) des *Règles de la Cour fédérale* permet d'en appeler de la décision ou ordonnance d'un protonotaire. Il est superflu de la reproduire textuellement. Qu'il suffise de dire que cette Règle a déjà été soumise à l'appréciation des tribunaux.

Selon moi, le juge Collier dans *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260, aux pages 261 et 262, a bien exposé les règles de droit applicables:

un appel d'une décision d'un protonotaire ne constitue pas un nouveau procès.

It is not the function of the Trial Division, sitting on appeal from Prothonotaries, to substitute its discretion for that of the Prothonotary. It must be shown the Prothonotary was wrong, in that he exercised his powers on a wrong principle, or on a complete misapprehension of the facts, or for some other compelling reason requiring interference by a Judge sitting in an appellate position.

Ample support for this principle may be found in the case of *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Can. Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 40 (Fed.C.A.), wherein the Court held that the order under appeal, being discretionary, should be overruled only if the motions Judge was clearly wrong on the facts, or proceeded on an erroneous principle of law, or his decision resulted in some injustice to the appellant. None of these circumstances were existent in the case on appeal. It seems to me that it is now authoritatively settled as a rule of practice that an appeal from a discretionary order, whether it be that of a prothonotary or a motions Judge, should be treated as an appeal rather than a rehearing on the merits, and the order appealed from should be interfered with only when it can be demonstrated that such order was clearly wrong in law or on the facts.<sup>9</sup> [Emphasis added.]

In *Jala Godavari*, however, Hugessen J.A., writing for the Court, laid down a different standard at page 128:

... contrary to a view that has sometimes been expressed in the Trial Division, a judge who hears an appeal from a prothonotary on a matter involving the exercise of discretion is called upon to exercise his own discretion and is not bound by the prothonotary's opinion. He may, of course, choose to give weight to the views expressed by the prothonotary, but the parties are, in the final analysis, entitled to the discretion of a judge and not that of a subordinate officer.

<sup>9</sup> See also, *Johnson Products Co. v. Truso Ltd.* (1987), 12 C.I.P.R. 22 (F.C.T.D.), per Jerome A.C.J.; *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260 (F.C.T.D.), per Collier J.; *Westinghouse Electric Corp. et al. v. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (trading under name and style Bailey Controls et al.)* (1987), 15 C.P.R. (3d) 447 (F.C.T.D.), per Strayer J.; *Standal Estate v. Swecan International Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 298 (F.C.T.D.), per McNair J.; *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 144 (F.C.T.D.), per MacKay J.; *Unilever PLC v. Proctor & Gamble Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 237 (F.C.T.D.), per Reed J.; *David et al. v. Kluger et al.* (1991), 51 F.T.R. 234 (F.C.T.D.), per Martin J.; *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479 (T.D.), per Jerome A.C.J.; and the cases referred to by Hugessen J.A. in *Jala Godavari*, at page 128.

Il n'entre pas dans le cadre des fonctions de la Division de première instance, siégeant en appel des protonotaires, de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du protonotaire. Il doit être prouvé que le protonotaire avait tort, c'est-à-dire qu'il a exercé ses pouvoirs en se fondant sur un principe erroné ou sur une interprétation totalement erronée des faits, ou qu'un autre motif probant exige l'intervention d'un juge siégeant en appel.

La Cour d'appel fédérale a apporté un appui solide à ces principes dans la décision *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Can. Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 40 (C.A.F.). La Cour y a décidé que l'ordonnance portée en appel, ayant un caractère discrétionnaire, ne devrait être infirmée que si le juge saisi des requêtes a nettement commis une erreur de fait, ou s'est appuyé sur un principe de droit erroné ou encore si sa décision entraînait une injustice envers l'appelant. La situation dans l'appel en question ne correspondait à aucun de ces cas-là. Il me semble que, d'après une règle de pratique bien établie, l'appel interjeté d'une ordonnance discrétionnaire, rendue par le protonotaire ou par le juge saisi des requêtes, devrait être tenu pour un appel plutôt que pour une nouvelle audition au fond, et qu'il y aurait lieu de modifier ou d'annuler l'ordonnance frappée d'appel que dans les cas où il peut être démontré que cette ordonnance résultait manifestement d'une erreur de droit ou de fait.<sup>9</sup> [C'est moi qui souligne.]

Par l'arrêt *Jala Godavari* cependant, le juge Hugessen, J.C.A. prononçant les motifs de la Cour, a établi une norme différente à la page 128:

... contrairement à ce que la Section de première instance a exprimé à quelques reprises, le juge saisi d'un appel d'une décision du protonotaire sur une question mettant en cause l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire et n'est pas lié par l'opinion du protonotaire. Il peut, évidemment, choisir d'accorder une importance considérable à l'opinion exprimée par ce dernier, mais les parties ont droit, en dernière analyse, à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge et non d'un fonctionnaire judiciaire subalterne.

<sup>9</sup> V. aussi *Johnson Products Co. c. Truso Ltd.* (1987), 12 C.I.P.R. 22 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge en chef adjoint Jerome; *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1987), 12 C.I.P.R. 260 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Collier; *Westinghouse Electric Corp. et autre c. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (faisant affaire sous la raison sociale Bailey controls et autre)* (1987), 15 C.P.R. (3d) 447 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) le juge Strayer; *Standal, succession c. Swecan International Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 298 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge McNair; *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1989), 24 C.I.P.R. 144 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) le juge MacKay; *Unilever PLC c. Proctor & Gamble Inc.* (1989), 23 C.I.P.R. 237 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Reed; *David et autre c. Kluger et autres* (1991), 51 F.T.R. 234 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Martin; *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479 (1<sup>re</sup> inst.), le juge en chef adjoint Jerome; et les décisions évoquées par le juge Hugessen, J.C.A., dans l'arrêt *Jala Godavari*, à la page 128.

The standard of review laid down in *Jala Godavari* was followed in *Prouvost S.A. v. Munsingwear Inc.*, [1992] 2 F.C. 541 (C.A.); *Canastrand Industries Ltd. v. Lara S (The)*, [1992] 3 F.C. 398 (T.D.) and *Ruhrkohle Handel Inter GMBH v. Federal Calumet (The)*, [1992] 3 F.C. 98 (C.A.).

Before us, counsel for the appellant contended, both in written and oral submissions, that the Motions Judge had applied a standard of review that was inappropriate to the circumstances of this case. He argued this way: the order which the Associate Senior Prothonotary made in this case was an interlocutory order made upon an interlocutory application; that order did not decide any question vital to the final issue in the case, and, as such it was reviewable only for error; the Motions Judge was therefore wrong in applying the standard enunciated in *Jala Godavari* and exercising his own discretion. In this connection, counsel for the appellant urged upon us that the proper standard of review of discretionary orders of prothonotaries was that which was laid down in *Stoicevski, supra*, and adopted in *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd., supra*.

Counsel for the respondent submitted in paragraph 15 of his supplementary memorandum of fact and law that such a standard may well be desirable "as a means of balancing the competing interests of judicial due process in vital matters and administrative expedition in routine matters." He contended, however, that in this case, the Motions Judge had applied the proper standard. First, he said, "The Motions Judge explicitly invoked the hearing *de novo* standard enunciated by Hugessen J.A. (in *Jala Godavari*) and applied it." [Respondent's supplementary memorandum of fact and law, paragraph 11.] Secondly, he said, that "the Motions Judge also implicitly applied the appellate review standard when he concluded that the Associate Senior Prothonotary erred in principle in finding that the Respondent's tardiness in moving for dismissal of the action had excused the Appellant's failure to prosecute the action." [Respondent's supplementary memorandum of fact and law, paragraph 12.] Counsel also contended that the *de novo* standard "is the proper standard to apply in cases such as the present, where the motion is vital to the

La norme de révision établie par l'arrêt *Jala Godavari* a été suivie dans *Prouvost S.A. c. Munsingwear Inc.*, [1992] 2 C.F. 541 (C.A.); *Canastrand Industries Ltd. c. Lara S (Le)*, [1992] 3 C.F. 398 (1<sup>re</sup> inst.) et *Ruhrkohle Handel Inter GMBH c. Federal Calumet (Le)*, [1992] 3 C.F. 98 (C.A.).

En l'espèce, l'avocat de l'appelante a soutenu, tant dans son mémoire qu'à l'audience, que le juge des requêtes a appliqué une norme de révision ne convenant pas aux faits et circonstances de la cause. Voici l'argument qu'il propose: l'ordonnance rendue par le protonotaire adjoint en l'espèce était une ordonnance interlocutoire faisant suite à une requête interlocutoire; cette ordonnance n'a décidé aucune question ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause et, de ce fait, n'est susceptible de révision que dans le cas d'erreur manifeste; par conséquent, le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant la norme définie dans *Jala Godavari* pour exercer son propre pouvoir discrétionnaire. L'avocat de l'appelante soutient que la norme de révision applicable aux ordonnances discrétionnaires de protonotaire est celle qu'a établie la décision *Stoicevski, supra*, et qui a été suivie dans *Abermin Corp. v. Granges Explor. Ltd., supra*.

L'avocat de l'intimée reconnaît, au paragraphe 15 de son mémoire supplémentaire des points de fait et de droit, que la norme ci-dessus est fort probablement souhaitable [TRADUCTION] «comme moyen d'établir l'équilibre entre deux intérêts contradictoires, le jugement en bonne et due forme des questions fondamentales et l'expédition administrative des matières courantes». Il soutient cependant qu'en l'espèce, le juge des requêtes a appliqué la norme appropriée, par les motifs suivants: en premier lieu, [TRADUCTION] «le juge des requêtes a expressément invoqué la norme de révision *de novo* énoncée par le juge Hugessen, J.C.A. (dans *Jala Godavari*) et l'a appliquée» [Mémoire supplémentaire des points de fait et de droit de l'intimée, paragraphe 11]; en deuxième lieu, [TRADUCTION] il a aussi implicitement appliqué le critère de la révision énoncé par la juridiction d'appel «lorsqu'il conclut que le protonotaire adjoint avait appliqué le mauvais principe en décidant que le retard mis par l'intimée à opposer une exception à l'action excusait le défaut de poursuivre de l'appelante» [Mémoire supplémentaire des points de fait et

ultimate outcome of the claim.” [Respondent’s supplementary memorandum of fact and law, paragraph 13.]

I am in agreement with counsel for the appellant that the proper standard of review of discretionary orders of prothonotaries in this Court should be the same as that which was laid down in *Stoicevski* for masters in Ontario. I am of the opinion that such orders ought to be disturbed on appeal only where it has been made to appear that

(a) they are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or

(b) in making them, the prothonotary improperly exercised his discretion on a question vital to the final issue of the case.

In each of these classes of cases, the Motions Judge will not be bound by the opinion of the prothonotary; but will hear the matter *de novo* and exercise his or her own discretion.

As counsel for the respondent himself has submitted, in paragraph 15 of his supplementary memorandum of fact and law, this standard balances judicial due process on questions vital to the final issue of a case with administrative expedition in routine matters. Moreover, such a standard is consistent with the parliamentary intention embodied in section 12 of the Act, that the office of prothonotary is intended to promote “the efficient performance of the work of the Court”.

In my respectful view it cannot reasonably be said that a standard of review which subjects all impugned decisions of prothonotaries to hearings *de novo* regardless of the issues involved in the decision or whether they decide the substantive rights of the parties is consistent with the statutory objective. Such a standard conserves neither “judge power” nor “judge time”. In every case, it would oblige the motions judge to re-hear the matter. Furthermore, it would

de droit de l’intimée, paragraphe 12]; et enfin, que la norme de révision *de novo* [TRADUCTION] «est la norme applicable aux cas tels que celui qui nous intéresse en l’espèce, où la requête a une influence déterminante sur le sort du litige» [Mémoire supplémentaire des points de fait et de droit de l’intimée, paragraphe 13].

Je conviens avec l’avocat de l’appelante que la norme de révision des ordonnances discrétionnaires des protonotaires de cette Cour doit être la même que celle qu’a instituée la décision *Stoicevski* pour les protonotaires de l’Ontario. J’estime que ces ordonnances ne doivent être révisées en appel que dans les deux cas suivants:

a) elles sont manifestement erronées, en ce sens que l’exercice du pouvoir discrétionnaire par le protonotaire a été fondé sur un mauvais principe ou sur une fausse appréciation des faits,

b) le protonotaire a mal exercé son pouvoir discrétionnaire sur une question ayant une influence déterminante sur la solution des questions en litige dans la cause.

Dans ces deux catégories de cas, le juge des requêtes ne sera pas lié par l’opinion du protonotaire; il reprendra l’affaire *de novo* et exercera son propre pouvoir discrétionnaire.

Ainsi que l’avocat de l’intimée l’a reconnu lui-même, au paragraphe 15 de son mémoire supplémentaire des points de fait et de droit, cette norme réalise l’équilibre entre le jugement en bonne et due forme des questions ayant une influence déterminante sur l’issue de la cause et l’expédition administrative des matières courantes. Par surcroît, elle est conforme à la volonté du législateur qu’exprime l’article 12 de la Loi, savoir que les fonctions des protonotaires visent à contribuer à «l’exécution des travaux de la Cour».

À mon avis, on ne saurait raisonnablement dire qu’est compatible avec l’objectif de la loi, la norme de révision qui soumet toutes les décisions de protonotaire attaquées à l’instruction *de novo* quelles que soient les questions concernées et peu importe si ces décisions statuent au fond sur les droits des parties. Pareille norme n’économise ni les ressources judiciaires ni le temps des juges. Dans chaque cas, elle obligerait le juge des requêtes à reprendre l’affaire

reduce the office of a prothonotary to that of a preliminary “rest stop” along the procedural route to a motions judge. I do not think that Parliament could have intended this result.

On this analysis, it is my view that the standard of review laid down in *Jala Godavari* is incomplete. It follows from this that the Motions Judge did not apply the proper standard of review to the discretionary order of the Associate Senior Prothonotary in this case.

Although on the basis of the Canadian and English authorities set out above, it is in my view clear that the authority of the prothonotaries of this Court should not be limited in any way suggested in *Jala Godavari*, there is a decision on point from the Supreme Court of New South Wales which I feel to also be of some interest. *Do Carmo v. Ford Excavations Pty Ltd*, [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.),<sup>10</sup> involved the very same question at issue here, viz. the way in which the decision of a master ought to be regarded on appeal. After a very thorough review of the law, Cross J. concluded that in New South Wales, unlike in England or certain other Australian states, a master was the Court, rather than merely an officer of the Court, and his decisions were therefore to be treated as judicial decisions of first instance. While this is not as clearly the case with this Court,<sup>11</sup> I think that Cross J.’s observations at page 420 about the value of masters in the efficient operation of the judicial process bear repeating in the present situation:

[P]art of the scheme of the [*Supreme Court*] Act and rules was to set up a body of judicial officers who were, or who would quickly become, expert in the practice and procedure of the

<sup>10</sup> Affd [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.), overrd in part [1981] 2 N.S.W.L.R. 253 (C.A.) (vard (1984), 58 A.L.J.R. 287 (Aust. H.C.).)

<sup>11</sup> I say this because of the wording of the *Federal Court Act* and Rules. The *Federal Court Rules*, for example, speak of appeals from the Prothonotaries to the Court. Having said this, though, there is some room for argument on the point. In *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, it will be remembered, when Associate Chief Justice Jerome held that Prothonotaries do have jurisdiction to strike out pleadings, he was interpreting Rule 419(1) which provides that: “The Court may at any stage of an action order any pleading . . . to be struck out”.

depuis le début. En outre, elle réduirait la fonction de protonotaire à un rôle d’«étape» préliminaire sur le chemin de la procédure qui mène au juge des requêtes. Je ne pense pas que ce soit là le résultat voulu par le législateur.

De cette analyse, je conclus que la norme de révision définie par l’arrêt *Jala Godavari* est incomplète. Il s’ensuit qu’en l’espèce, le juge des requêtes n’a pas appliqué la norme de révision appropriée à l’ordonnance discrétionnaire du protonotaire adjoint.

Bien qu’à la lumière des précédents canadiens et anglais susmentionnés, il me semble clair que le pouvoir des protonotaires de cette Cour ne doit pas être limité comme le suggère l’arrêt *Jala Godavari*, il y a une décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud qui me paraît également d’un certain intérêt à ce sujet. Cette décision, *Do Carmo v. Ford Excavations Pty Ltd*, [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.)<sup>10</sup>, porte sur la même question qu’en l’espèce, savoir de quelle façon il faut envisager la décision d’un protonotaire en appel. Après une analyse méticuleuse des règles de droit en la matière, le juge Cross conclut qu’en Nouvelle-Galles du Sud, à la différence de l’Angleterre et de certains autres États australiens, un protonotaire est la Cour, non pas simplement un auxiliaire de la justice, et qu’en conséquence, il faut voir dans ses décisions des décisions judiciaires de première instance. Bien que tel ne soit pas clairement le cas de notre Cour<sup>11</sup>, je pense qu’il y a lieu de rappeler en l’espèce cette conclusion tirée par le juge Cross en page 420 sur la valeur des protonotaires dans le bon fonctionnement de l’appareil judiciaire:

[TRADUCTION] La Loi [sur la Cour suprême] et les règles de la Cour visent entre autres à instituer un corps d’auxiliaires de la justice qui étaient, ou qui devaient devenir rapidement, experts

<sup>10</sup> Conf. [1981] 1 N.S.W.L.R. 409 (S.C.), inf. en partie [1981] 2 N.S.W.L.R. 253 (C.A.) (mod. (1984), 58 A.L.J.R. 287 (Aust. H.C.).)

<sup>11</sup> Ceci à cause du libellé de la *Loi sur la Cour fédérale* et des Règles de la Cour. Les *Règles de la Cour fédérale*, par exemple, prévoient l’appel à la Cour. Cela dit, il est quand même possible de débattre ce point. Il y a lieu de rappeler à ce propos la décision *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, par laquelle le juge en chef adjoint Jerome conclut que les protonotaires ont compétence pour radier les plaidoiries sur le fondement de la Règle 419(1) aux termes de laquelle «La Cour pourra, à tout stade d’une action, ordonner la radiation . . . d’une plaidoirie».

court and who, could readily and expertly decide practice and procedural problems. Providing they exercised their discretion judicially—as normally they would—that was to be the end of the matter.

2. Whether the Motions Judge erred in allowing the respondent's appeal and setting aside the order of the Associate Senior Prothonotary.

If the Motions Judge had applied the appropriate standard of review, he would have inquired whether the order of the Associate Senior Prothonotary was clearly wrong in the sense that I have indicated, or whether it involved the improper exercise of discretion on a question vital to the final issue of the case. As I have already explained, the Motions Judge did neither. He relied instead on the incomplete standard laid down in *Jala Godavari* and exercised his own discretion without first determining whether he could properly do so.

In these circumstances, it becomes necessary to review the reasons of the Associate Senior Prothonotary in light of the standard I have proposed as appropriate to determine whether the Motions Judge was justified in reversing the order on appeal before him.

I begin with the first branch of the standard, i.e. whether the order of the Associate Senior Prothonotary was clearly wrong. I note that there was no allegation here that the Associate Senior Prothonotary misapprehended the facts. I will therefore say no more about it.

The error alleged by the respondent and accepted by the Motions Judge was that the Associate Senior Prothonotary based his decision on a wrong principle when he took into account the conduct of the respondent in the litigation. It is useful to recall here the dispositive reasons of the Associate Senior Prothonotary. After he had detailed the conduct of both solicitors throughout the litigation, he noted [at page 5547]:

Having apparently excused a one year delay prior to March 1988, and a further two year delay prior to May 1990, or if it did not excuse those delays to have done nothing about either of them until June of 1991. [*sic*] The defendant cannot be heard to complain at this late date of the plaintiff's failure to proceed expeditiously at earlier times nor of the plaintiff's failure to react to the defendant's delays in commenting on the Agreed Statement of Facts.

en procédure et qui étaient à même de statuer en experts sur des problèmes de pratique et de procédure. À condition qu'ils exercent leur compétence de façon judiciaire—comme ils doivent le faire normalement—il n'y a pas à chercher plus loin.

2. Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en accueillant l'appel de l'intimée et infirmant l'ordonnance du protonotaire adjoint?

Si le juge des requêtes avait appliqué la norme de révision appropriée, il se serait demandé si le protonotaire adjoint avait commis une erreur manifeste au sens que j'ai exposé, ou s'il avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause. Comme je l'ai expliqué, le juge des requêtes n'a fait ni l'un ni l'autre. Au lieu de cela, il a appliqué la norme incomplète établie par l'arrêt *Jala Godavari* et a exercé son propre pouvoir discrétionnaire sans décider au préalable s'il était en droit de le faire.

Dans ces conditions, il devient nécessaire d'examiner les motifs pris par le protonotaire adjoint à la lumière de la norme que je considère comme applicable, pour décider si le juge des requêtes était fondé à infirmer l'ordonnance entreprise.

En ce qui concerne le premier volet de la norme, savoir si le protonotaire avait commis une erreur manifeste, je note que l'on n'a pas prétendu qu'il ait fait une mauvaise appréciation des faits. Il n'est donc pas nécessaire d'en dire plus à ce sujet.

L'erreur que l'intimée et le juge des requêtes ont reprochée au protonotaire adjoint c'est d'avoir fondé sa décision sur un mauvais principe en prenant en considération la conduite de l'intimée dans le cours de la procédure. Il est utile de rappeler les motifs que le protonotaire a pris à l'appui de sa décision. Après avoir évoqué la conduite des procureurs des deux parties tout au long du litige, il a fait cette observation [à la page 5547]:

Comme elle a apparemment toléré un retard d'un an avant mars 1988, et un autre retard de deux ans avant mai 1990, ou à défaut de les avoir acceptés, comme elle n'a rien fait à cet égard avant juin 1991, la défenderesse ne peut après tous ces retards se permettre de se plaindre du défaut de la demanderesse de procéder rapidement auparavant ni de son défaut de réagir aux retards de la défenderesse à commenter l'exposé conjoint des faits.



Indeed, it was largely because he had taken this conduct into account that the Motions Judge found him to have been in error. In my view, in taking such conduct into account, the Associate Senior Prothonotary was acting in accordance with well-settled principles which have been accepted by this Court. See *Norton Co. v. Lionite Abrasives Ltd.* (1975), 32 C.P.R. (2d) 270 (F.C.T.D.); *Minnesota Mining and Manufacturing Company v. Lorcon Inc.*, [1984] 1 F.C. 380 (T.D.); and *McGregor and McGregor v. Canada* (1988), 20 F.T.R. 122 (F.C.T.D.).

It is true, as the Ontario Court of Appeal held in *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (and as was referred to by the Motions Judge), that a demand for action by the defendant is not a condition precedent to an application for dismissal on the basis of want of prosecution in every case, but in my view, there can be no doubt that the level of litigious activity or inactivity on the part of the defendant is a relevant factor to be taken into account in determining whether a delay has been inordinate or inexcusable, and whether a party has been seriously prejudiced by it. It is, as *Farrar* suggests, one of the circumstances to be considered.<sup>12</sup> In arriving at his conclusion, the Associate Senior Prothonotary did no more.

The English courts, too, have considered the conduct of the parties to be relevant in similar circumstances. In *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.), for example (upon which counsel for the respondent placed much reliance), each member of the Court of Appeal considered the defendant's conduct to be of importance. Diplock L.J. (as he then was) made this point quite clearly when he said at page 556:

Since the power to dismiss an action for want of prosecution is only exercisable on the application of the defendant his previous conduct in the action is always relevant. So far as he himself has been responsible for any unnecessary delay, he obviously cannot rely on it. Moreover, if after the plaintiff has been guilty of unreasonable delay the defendant so conducts himself as to induce the plaintiff to incur further costs in the reasonable belief that the defendant intends to exercise his right to proceed to trial notwithstanding the plaintiff's delay,

<sup>12</sup> It is also worthwhile to note that notwithstanding the reliance which the Motions Judge placed upon the *dicta* of Gale C.J.O. in *Farrar*, the Ontario Court of Appeal declined to dismiss the action despite the death during the delay of the only witness who could testify on behalf of the defendant.

En effet, c'était en grande partie parce qu'il avait tenu compte de cette conduite que le juge des requêtes a conclu à une erreur de sa part. À mon avis, en tenant compte de cette conduite, le protonotaire adjoint a respecté les principes établis et acceptés par cette Cour; Voir *Norton Co. c. Lionite Abrasives Ltd.* (1975), 32 C.P.R. (2d) 270 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Minnesota Mining and Manufacturing Company c. Lorcon Inc.*, [1984] 1 C.F. 380 (1<sup>re</sup> inst.); et *McGregor et McGregor c. Canada* (1988), 20 F.T.R. 122. (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

Il est vrai, comme l'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario dans *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (cité par le juge des requêtes), que pour être recevable à opposer une exception de défaut de poursuite, le défendeur n'est pas tenu dans tous les cas de presser le demandeur de donner suite à l'action, mais, à mon avis, il est hors de doute que la diligence ou l'inaction de sa part est un facteur à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'examiner si le retard a été excessif ou inexcusable et si une partie en a subi un grave préjudice. C'est, selon l'arrêt *Farrar*, l'un des facteurs dont il faut tenir compte<sup>12</sup>. En parvenant à sa conclusion, le protonotaire n'a fait rien d'autre.

Les tribunaux d'Angleterre considèrent aussi la conduite des parties comme un facteur à prendre en compte dans des conditions semblables. Dans *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.) (qu'invocque en particulier l'avocat de l'intimée), par exemple, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité que la conduite du défendeur était un facteur important. Le juge Diplock (tel était son titre) ne laissait aucun doute à ce sujet, à la page 556:

[TRADUCTION] Puisque le pouvoir de rejeter l'action pour défaut de poursuivre ne s'exerce que sur requête du défendeur, la conduite antérieure de celui-ci dans l'action est toujours un facteur à prendre en considération. S'il a été lui-même responsable d'un retard inutile, il est évident qu'il ne peut pas l'invoquer. Par ailleurs, si après que le demandeur a été jugé coupable de retard déraisonnable, le défendeur se comporte de façon à le pousser à subir d'autres frais dans la croyance raisonnable que le défendeur entend exercer son droit au jugement de l'af-

<sup>12</sup> Il y a également lieu de noter que si le juge des requêtes s'est appuyé sur les observations incidentes du juge en chef Gale de l'Ontario dans *Farrar*, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de rejeter l'action malgré la mort dans l'intervalle du seul témoin cité par le défendeur.

he cannot obtain dismissal of the action unless the plaintiff has thereafter been guilty of further unreasonable delay.<sup>13</sup>

In light of the principles laid down in these cases, I am of the view that the Associate Senior Prothonotary did not act on a wrong principle and that his order was not clearly wrong.

I turn now to the second branch of the standard, namely, whether the order of the Associate Senior Prothonotary raised questions vital to the final issue of the case.

It was the contention of counsel for the respondent in paragraph 13 of his supplementary memorandum of fact and law that the motion before the Associate Senior Prothonotary was "vital to the outcome of the claim." For that reason, he submitted that the Motions Judge was justified in refusing deference of the discretion of the Associate Senior Prothonotary and exercising his own. This contention is not well-founded, in my opinion. The order which the Associate Senior Prothonotary made was interlocutory:<sup>14</sup> it did not decide the substantive rights of the parties or any issue vital to the final issue of the litigation. Its sole effect was that the appellant was entitled to proceed to trial in accordance with the rules and practice of this Court. As such, it decided a matter that was

<sup>13</sup> For similar views, see the judgments of Lord Denning M.R. at p. 550 and Salmon L.J. (as he then was) at pp. 563-564.

<sup>14</sup> For a definition of interlocutory order, see *Hendrickson v. Kallio*, [1932] O.R. 675 (C.A.), where Middleton J.A. said at p. 678:

[An interlocutory order] is an order which does not determine the real matter in dispute between the parties—the very subject matter of the litigation, but only some matter collateral. It may be final in the sense that it determines the very question raised by the application, but it is interlocutory if the merits of the case remain to be determined. [Emphasis added.]

Similarly, in *Bozson v. Altrincham Urban Council*, [1903] 1 K.B. 547 (C.A.) at pp. 548-549, Lord Alverstone C.J. said:

It seems to me that the real test for determining this question [*i.e.* whether an order is interlocutory] ought to be this: Does the judgment or order, as made, finally dispose of the rights of the parties? If it does, then I think it ought to be treated as a final order; but if it does not, it is then, in my opinion, an interlocutory order.

faire malgré le retard de la part du demandeur, il ne peut demander le rejet de l'action à moins que le demandeur ne soit encore coupable par la suite d'un nouveau retard déraisonnable.<sup>13</sup>

À la lumière des principes définis par ces précédents, je conclus que le protonotaire adjoint ne s'est pas fondé sur un mauvais principe et que son ordonnance n'était pas entachée d'erreur flagrante.

J'en viens maintenant au second volet de la norme, savoir si l'ordonnance du protonotaire adjoint portait sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause.

L'avocat de l'intimée soutient, au paragraphe 13 de son mémoire supplémentaire des points de fait et de droit, que la requête soumise au protonotaire adjoint avait une «influence déterminante sur l'issue du litige». Il en conclut que le juge des requêtes était fondé à refuser de déférer au pouvoir discrétionnaire du protonotaire adjoint et à exercer le sien propre. J'estime que cet argument n'est pas fondé. L'ordonnance rendue par le protonotaire adjoint était interlocutoire<sup>14</sup>; elle ne prononçait pas au fond sur les droits des parties ou sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du litige. Elle avait pour seul effet de reconnaître à l'appelante le droit de donner suite à son action conformément aux règles et pratique de cette Cour. À ce titre, elle a tranché une

<sup>13</sup> Pour des conclusions semblables, v. les jugements de lord Denning, M.R., en p. 550, et du lord juge Salmon (tel était son titre à l'époque), aux p. 563 et 564.

<sup>14</sup> Pour une définition d'ordonnance interlocutoire, v. *Hendrickson v. Kallio*, [1932] O.R. 675 (C.A.), arrêt dans lequel le juge Middleton, J.C.A., a tiré cette conclusion à la page 678:

[TRADUCTION] [L'ordonnance interlocutoire] ne statue pas sur le fond du litige entre les parties, mais seulement sur quelque question accessoire. Elle peut être définitive à l'égard de la question posée par la requête, mais interlocutoire à l'égard de la cause principale qui reste encore à résoudre. [C'est moi qui souligne.]

De même, dans *Bozson v. Altrincham Urban Council*, [1903] 1 K.B. 547 (C.A.), aux p. 548 et 549, le lord juge en chef Alverstone a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] Il me semble que le critère à appliquer pour résoudre ce point [savoir si une ordonnance est interlocutoire] consiste à se demander si le jugement ou l'ordonnance, tel qu'il a été rendu, prononce définitivement sur les droits des parties. Si la réponse est affirmative, l'ordonnance doit être considérée comme définitive; sinon, il s'agit à mon avis d'une ordonnance interlocutoire.

wholly collateral to the issues in dispute between the parties in the litigation. As the pleadings clearly show, delay in prosecution was not an issue in dispute in the action. In my view, therefore, it cannot reasonably be said that the order made by the Associate Senior Prothonotary raised questions vital to the final issue of the case.

The test to be applied in deciding whether to dismiss an action for want of prosecution was set out in the decision of Dubé J. in *Nichols v. Canada et al.* (1990), 36 F.T.R. 77 (F.C.T.D.). Relying upon the judgment of Salmon L.J. (as he then was) in *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd., supra*, at page 561, Dubé J. stated at page 78:

The classic test to be applied in these matters is threefold: first, whether there has been an inordinate delay; secondly, is the delay inexcusable; and thirdly, whether the defendants are likely to be seriously prejudiced by the delay.

In *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.), the House of Lords affirmed the principles set out in *Allen* and expounded upon the grounds for dismissal for want of prosecution. Lord Diplock (who, as I have noted, delivered one of the judgments in *Allen*) said that *Allen* had set out the following principles. The power to strike out a claim for want of prosecution, he said (at page 318),

... should be exercised only where the Court is satisfied either (1) that the default had been intentional and contumelious, e.g., disobedience to a peremptory order of the court or conduct amounting to an abuse of the process of the court; or (2) (a) that there has been inordinate and inexcusable delay on the part of the plaintiff and or lawyers, and (b) that such a delay will give rise to a substantial risk that it is not possible to have a fair trial of the issues in the action or is such as is likely to cause or have caused serious prejudice to the defendants either as between themselves and the plaintiff or between each other or between them and a third party.

More recently, in *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.), Lord Griffiths, in a speech in which all other members of the House concurred, reaffirmed the same point. At pages 1207-1208, he said:

The principles in *Allen v. McAlpine* and *Birkett v. James* are now well understood and I have not been persuaded that a case has been made out to abandon the need to show that the post

question qui était tout à fait accessoire aux points litigieux entre les parties. Comme les plaidoiries le montrent clairement, le retard dans la poursuite n'était pas un point litigieux dans l'action. À mon avis donc, on ne saurait raisonnablement dire que l'ordonnance du protonotaire portait sur des questions ayant une influence déterminante sur le litige entre les parties.

Le critère à appliquer pour décider s'il faut rejeter une action pour défaut de poursuivre a été défini par le juge Dubé dans *Nichols c. Canada et autres* (1990), 36 F.T.R. 77 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). S'appuyant sur la conclusion tirée par le juge Salmon (tel était son titre) dans *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd., supra*, à la page 561, le juge Dubé s'est prononcé en ces termes à la page 78:

Le critère classique à appliquer pour résoudre cette question est triple. En premier lieu, le retard est-il excessif? En deuxième lieu, le retard est-il inexcusable? En troisième lieu, les défendeurs sont-ils susceptibles de subir un préjudice grave en raison de ce retard?

Dans *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.), la Chambre des lords a réitéré les principes évoqués dans l'arrêt *Allen* et a développé les motifs de rejet pour défaut de poursuivre. Lord Diplock (qui, comme noté plus haut, a rendu l'un des jugements constituant l'arrêt *Allen*) y rappelle que le précédent *Allen* a établi les principes suivants. Le pouvoir de radier une demande pour défaut de poursuivre, dit-il (à la page 318),

[TRADUCTION] ... ne doit s'exercer que si la Cour conclut soit (1) que le défaut a été intentionnel ou insolent, par exemple désobéissance à une ordonnance péremptoire de la Cour ou conduite équivalant à un abus des procédures de la Cour; soit (2) a) qu'il y a eu un retard excessif et inexcusable de la part du demandeur ou de ses avocats, et b) que ce retard risque vraiment de rendre impossible le jugement juste des points litigieux ou est tel qu'il causera ou a causé vraisemblablement un grave préjudice aux défendeurs, que ce soit entre eux et le demandeur ou entre eux-mêmes ou encore entre eux et une tierce partie.

Plus récemment, dans *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.), lord Griffiths a réaffirmé ce principe dans des motifs auxquels ont souscrit tous les autres membres de la Chambre des lords. Il s'est prononcé en ces termes aux pages 1207 et 1208:

[TRADUCTION] Les principes évoqués dans *Allen v. McAlpine* et *Birkett v. James* sont maintenant bien compris et je ne suis pas persuadé qu'un argument concluant ait été proposé en l'es-

writ delay will either make a fair trial impossible or prejudice the defendant.

See also: *Walkley v. Precision Forgings Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 548 (H.L.); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corpn. Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.) and, *Paal Wilson & Co. A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, [1983] A.C. 854 (H.L.).

A review of the decision of the Associate Senior Prothonotary makes it abundantly clear that he considered each element of this test in reaching his conclusion, albeit in different language. Accordingly, for all of these reasons, it is my view that the Motions Judge erred in allowing the respondent's appeal and setting aside the order of the Associate Senior Prothonotary.

In *Birkett v. James*, their Lordships also made an important observation on the consequences of an order to dismiss for want of prosecution, which I think is critical to a proper understanding of the nature of an order to dismiss a proceeding for want of prosecution. In most circumstances, the House noted, such an order is not a bar to further action. "[E]xceptional cases apart" (chief of which would include the expiry of a limitation period), Lord Diplock said at page 321

... where all that the plaintiff has done has been to let the previous action go to sleep, the court in my opinion would have no power to prevent him starting a fresh action within the limitation period and proceeding with it with all proper diligence notwithstanding that his previous action had been dismissed for want of prosecution.

Similarly, Lord Salmon, who had also delivered one of the judgments in *Allen*, said that "[t]he fact that the plaintiff or his solicitor has behaved badly in the first action does not make him into a vexatious litigant barred from bringing any further proceedings without permission of the courts" (page 328). See also the speech of Lord Edmund-Davies at page 334.

These things being the case, Lord Diplock made an important observation which I think should be borne in mind whenever a motion to dismiss is being contemplated [at page 320]:

pèce pour rejeter la nécessité qu'il y a de démontrer que le retard postérieur à l'émission du bref aura pour effet soit de rendre impossible un jugement équitable soit de causer un préjudice au défendeur.

Voir aussi *Walkley v. Precision Forgings Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 548 (H.L.); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corpn. Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.) et *Paal Wilson & Co. A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, [1983] A.C. 854 (H.L.).

Il ressort très clairement de la décision du protonotaire adjoint qu'il a pris en considération chaque élément de ce critère pour parvenir à sa conclusion, encore que par un libellé différent. Par tous ces motifs donc, je conclus que le juge des requêtes a commis une erreur en faisant droit à l'appel de l'intimée et en infirmant l'ordonnance du protonotaire adjoint.

Dans *Birkett v. James*, Leurs Seigneuries ont fait encore une importante observation quant aux conséquences d'une ordonnance de rejet pour défaut de poursuivre, observation que j'estime indispensable pour bien comprendre la nature d'une ordonnance de ce type. Dans la plupart des cas, a conclu la Chambre des lords, une telle ordonnance n'interdit pas une nouvelle action. [TRADUCTION] «Sauf les cas exceptionnels» (dont le principal est l'expiration du délai de prescription), lord Diplock conclut à la page 321 que

[TRADUCTION] ... si tout ce que le demandeur a fait c'était de ne pas donner suite à l'action précédente, je pense que la Cour n'a pas le pouvoir de l'empêcher d'intenter une nouvelle action avant l'expiration du délai de prescription et d'y donner suite avec toute la diligence voulue, bien que son action précédente ait été rejetée pour défaut de poursuivre.

De même, lord Salmon, l'un des juges qui ont prononcé des motifs du jugement *Allen*, a conclu que: [TRADUCTION] «le fait que le demandeur ou son procureur s'est mal conduit dans la première action ne fait pas de lui un plaideur vexatoire irrecevable à intenter une nouvelle action sans la permission de la juridiction compétente» (page 328). Voir aussi les motifs de lord Edmund-Davies à la page 334.

Dans ce contexte, lord Diplock a fait une importante observation qu'à mon avis, on doit avoir à l'esprit lorsqu'il faut prononcer sur une requête en rejet [à la page 320]:

Crucial to the question whether an action ought to be dismissed for want of prosecution before the expiry of the limitation period is the answer to a question that lies beyond it, viz., whether a plaintiff whose action has been dismissed may issue a fresh writ for the same cause of action. If he does so within the limitation period, the effect of dismissing the previous action can only be to prolong the time which must elapse before the trial can take place beyond the date when it could have been held if the previous action had remained on foot. Upon issuing the new writ the plaintiff would have the benefit of additional time for repeating such procedural steps as he had already completed before the action was dismissed. This can only aggravate; it can never mitigate the prejudice to the defendant from delay. [Emphasis added.]

In *Department of Transport v. Chris (Smaller Transport Ltd., supra*, Lord Griffiths, speaking for the House, made a similar observation on the appropriateness of an order to dismiss after the expiry of a limitation period. At page 1207, he said:

However, [counsel for the Appellants] submits that once the limitation period has expired so that the plaintiff cannot commence a fresh action, inordinate and inexcusable delay in the conduct of the litigation should be a ground for striking out even though there can be a fair trial of the issues and the defendant has suffered no prejudice from the delay. What would be the purpose of striking out in such circumstances? If there can be a fair trial and the defendant has suffered no prejudice, it clearly cannot be to do justice between the parties before the court; as between the plaintiff and defendant such an order is manifestly an injustice to the plaintiff. The only possible purpose of such an order would be as a disciplinary measure which by punishing the plaintiff will have a beneficial effect upon the administration of justice by deterring others from similar delays. I have no faith that the exercise of the power in these circumstances would produce any greater impact on delay in litigation than the present principles.

Given the absence of a showing of prejudice by the respondent here, I find the sentiments there expressed appropriate in the circumstances of this case.

Before parting with the matter, there is one other important aspect of this case which I should like to mention. It is clear to me from a review of the record in this appeal that counsel had agreed to by-pass the *Federal Court Rules*, by proceeding by agreed statement of facts and waiving certain procedural steps, such as delivery of lists of documents and examinations for discovery. In my view this agreement was a relevant circumstance to consider in assessing the

[TRADUCTION] Pour décider s'il faut rejeter une action pour défaut de poursuivre avant l'expiration du délai de prescription, il faut absolument répondre à la question de savoir si le demandeur dont l'action aura été rejetée peut émettre un nouveau bref pour la même cause d'action. S'il le fait avant l'expiration du délai de prescription, le rejet de l'action précédente n'a pour effet que de prolonger le temps qui doit s'écouler avant que le jugement puisse avoir lieu au-delà de la date où il aurait pu avoir lieu si l'action précédente avait été toujours en instance. Dès l'émission du nouveau bref, le demandeur jouirait d'un délai supplémentaire pour refaire les actes de procédure qu'il avait déjà accomplis avant que l'action ne fût rejetée. Cela ne fait qu'ajouter au préjudice, et ne réduira pas le préjudice du défendeur du fait du retard. [Passages non soulignés dans le texte.]

Dans *Department of Transport v. Chris (Smaller Transport Ltd., supra*, lord Griffiths, rendant le jugement de la Chambre des lords, a fait une observation semblable au sujet de l'à-propos de l'ordonnance de rejet rendue après l'expiration du délai de prescription. Voici la conclusion qu'il tire à la page 1207:

[TRADUCTION] Cependant, [l'avocat des appelants] soutient qu'après l'expiration du délai de prescription qui fait que le demandeur ne peut pas intenter une nouvelle action, le retard excessif et inexcusable dans la poursuite du litige doit être un motif de rejet lors même qu'un jugement équitable des points litigieux est possible et que le défendeur n'a subi aucun préjudice à cause du retard. À quoi servirait-il alors de radier la demande? Si un jugement équitable est possible et que le défendeur n'ait subi aucun préjudice, le rejet ne rendra pas justice aux parties en présence; entre le demandeur et le défendeur, pareille ordonnance est manifestement une injustice pour le demandeur. La seule signification possible d'une telle ordonnance serait qu'elle constitue une mesure disciplinaire qui, par la punition infligée au demandeur, aura un effet bénéfique sur l'administration de la justice en décourageant les retards du même genre chez d'autres. Je ne suis nullement convaincu que l'exercice du pouvoir dans ces conditions ait plus d'influence sur les retards de procédure que les principes observés à l'heure actuelle.

Puisqu'il n'y a en l'espèce aucune preuve de préjudice pour l'intimée, je pense que les observations ci-dessus s'appliquent aux faits de la cause en instance.

Avant d'en terminer avec ce sujet, il y a lieu de noter un autre élément important de cette cause. Il ressort du dossier de cet appel que les avocats ont convenu de passer outre aux *Règles de la Cour fédérale*, en procédant par exposé conjoint des faits et renonçant à certains actes de procédure, comme la communication des listes de documents et les interrogatoires préalables. À mon avis, cet accord est un facteur à prendre en considération pour apprécier la con-

conduct of the solicitors for both parties. There is no evidence that the respondent had repudiated the agreement. The reasons of the Motions Judge are devoid of any hint that he was alive to this contextual fact; and it may well be that, absent repudiation or some other warning, the appellants' solicitor was induced to act on the assumption that respondent intended to continue the litigation.

There is no doubt, as the Associate Senior Prothonotary found and as the record discloses, that the appellant's solicitor was dilatory in delivering the agreed statement of facts. However, when it was delivered, respondent's counsel deliberately refused to react for well over one year. When he did react, it was by notice of motion under Rule 440(1), but without even complying with the provisions of Rule 440(2) which require that prior warning be given before a motion under Rule 440(1) is launched. Fortunately for the respondent, in argument before us appellant's counsel informed us that he was not invoking non-compliance with Rule 440(2) as a ground of error since it was his position throughout that counsel for the parties had agreed to by-pass the Rules.

I would, therefore, allow the appeal with costs, both here and below, set aside the order of the Motions Judge dated November 8, 1991 and restore the order of the Associate Senior Prothonotary dated September 30, 1991.

\* \* \*

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

MACGUIGAN J.A.: I have had the opportunity of reading the reasons for judgment of the Chief Justice and accept his statement of the facts except for his assumption that there was an agreement between the parties in 1988 as to the preparation of a draft statement of facts by the appellant. As I read the materials, the only agreement on the part of the respondent was that it would "review" such a draft, if prepared (Appeal Book at page 33).

I also agree with the Chief Justice in part as to the standard of review to be applied by a motions judge to a discretionary decision of a prothonotary. Follow-

uite des procureurs des deux parties. Il n'y a aucune preuve que l'intimée ait dénoncé cet accord. Les motifs prononcés par le juge des requêtes ne renferment rien qui indique qu'il ait remarqué ce fait sous-jacent; et il se peut que, faute de dénonciation ou autre avertissement, le procureur de l'appelante ait été amené à poursuivre en presumant que l'intimée entendait continuer à défendre à l'action.

Il est hors de doute, comme l'a conclu le protonotaire adjoint et ainsi qu'il ressort du dossier, que le procureur de l'appelante a tardé à produire l'exposé conjoint des faits. Cependant, après que ce dernier eut été produit, l'avocat de l'intimée a délibérément refusé de faire quoi que ce fût pendant plus d'un an. Lorsqu'il a fini par réagir, ce fut par voie d'avis de requête sous le régime de la Règle 440(1), mais sans même se conformer à la Règle 440(2) qui subordonne l'introduction de la requête visée à la Règle 440(1) à la signification d'un préavis. Heureusement pour l'intimée, l'avocat de l'appelante, dans son argumentation devant la Cour, nous a informés qu'il n'invoquait pas la non-observation de la Règle 440(2) comme motif d'erreur puisqu'à son avis, les avocats des deux parties étaient convenus tout au long de l'affaire de passer outre aux Règles.

En conséquence, je ferais droit à l'appel avec dépens en appel et en première instance, j'infirmes l'ordonnance en date du 8 novembre 1991 du juge des requêtes et je rétablirais l'ordonnance en date du 30 septembre 1991 du protonotaire adjoint.

\* \* \*

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: J'ai lu les motifs du jugement prononcés par le juge en chef et je souscris à son appréciation des faits de la cause, sauf la présomption qu'il y avait un accord entre les parties en 1988 quant à la préparation d'un projet d'exposé des faits par l'appelante. La lecture du dossier me porte à conclure que l'intimée a seulement accepté d'«examiner» ce projet si jamais il est préparé (Dossier d'appel, à la page 33).

Je souscris aussi en partie à l'avis du juge en chef au sujet de la norme de révision à appliquer par le juge des requêtes à l'égard des décisions discrétion-

ing in particular Lord Wright in *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) at page 484, and Lacourcière J.A. in *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (Div. Ct.), discretionary orders of prothonotaries ought not to be disturbed on appeal to a judge unless:

(a) they are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or

(b) they raise questions vital to the final issue of the case.<sup>15</sup>

Where such discretionary orders are clearly wrong in that the prothonotary has fallen into error of law (a concept in which I include a discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts), or where they raise questions vital to the final issue of the case, a judge ought to exercise his own discretion *de novo*.

<sup>15</sup> It should be noted that Lord Wright's phrase "the final issue of the case" is quite different from "the final issue in the case." Lord Wright means "vital to the result of the case" rather than "vital to the ultimate issue on the merits of the case."

As to which judge to follow in *Evans v. Bartlam*, it is true that what Lord Atkin said in at p. 478 could imply that in every case a judge must exercise his own discretion: "His own discretion is intended by the rules to determine the parties' rights: and he is entitled to exercise it as though the matter came before him for the first time. He will, of course, give the weight it deserves to the previous decision of the Master: but he is in no way bound by it." But even if these words are to be given their full extension, in contradistinction to the opinion of Lord Wright, it would be by no means clear that he carried a majority of the House with him on the point. Only Lord Thankerton concurred with him. Lord Russell of Killowen did not deal directly with the matter, and Lord Roche, appearing to recognize no distinctions in the views expressed, concurred with everyone. In any event, what the appellant needed to establish was the opposite point of view to that she contended Lord Atkin held, viz., that the master's discretion should always govern, but in fact she endorsed a modified version of Lord Wright's rule, and was unable to sustain it.

naires de protonotaire. Selon en particulier la conclusion tirée par lord Wright dans *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) à la page 484, et par le juge Lacourcière, J.C.A., dans *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (C. div.), le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants:

a) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits,

b) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal<sup>15</sup>.

Si l'ordonnance discrétionnaire est manifestement erronée parce que le protonotaire a commis une erreur de droit (concept qui, à mon avis, embrasse aussi la décision discrétionnaire fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits) ou si elle porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début.

<sup>15</sup> Il y a lieu de noter que la formulation employée par lord Wright, «*the final issue of the case*», n'a pas du tout le même sens que «*the final issue in the case*». Il a voulu dire par là «influence déterminante sur l'issue du principal» et non «influence déterminante sur le litige principal selon le mérite de la cause».

Quant à la question de savoir à l'avis de quel juge il faut se ranger dans l'affaire *Evans v. Bartlam*, il est vrai que la conclusion tirée par lord Atkin à la p. 478 pourrait signifier que dans tous les cas, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire: [TRADUCTION] «Selon l'esprit des règles, il exerce son propre pouvoir discrétionnaire pour statuer sur les droits des parties, et il a le droit de l'exercer comme si l'affaire lui avait été soumise en premier lieu. Il prendra naturellement en considération, comme il convient, la décision antérieure du protonotaire, mais il n'est nullement lié par cette décision». Mais même si on donne l'interprétation la plus libérale à ces mots, par contraste avec la conclusion de lord Wright, il n'est pas du tout évident qu'il a rallié la majorité de la Chambre des lords sur ce point. Seul lord Thankerton a souscrit à cette conclusion. Lord Russell of Killowen ne s'est pas prononcé directement sur la question, et lord Roche, qui ne reconnaissait manifestement pas les nuances entre les vues exprimées, était d'accord avec tout le monde. Quoi qu'il en soit, ce que l'appelante avait besoin d'établir, c'était le point de vue opposé à celui dont elle soutient qu'il était celui de lord Atkin, à savoir que la décision discrétionnaire du protonotaire prévaut dans tous les cas, mais en fait elle soutient une version modifiée de la règle définie par lord Wright et n'a pas été en mesure de la faire valoir.

In *Canada v. "Jala Godavari" (The)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (F.C.A.), this Court in an *obiter dictum* stated the rule the other way around, seeking to emphasize the necessity for the exercise of the Judge's discretion *de novo*, in contradistinction to the view that was at that time gaining acceptance in the Trial Division that the prothonotary's discretion should be followed unless he had committed error of law. *Jala Godavari* should not, I think, be read as meaning that the prothonotary's discretion should never be respected, but rather that it is subject to an overriding discretion by a judge where the question involved is vital to the final issue of the case. (Error of law is, of course, always a reason for intervention by a judge, and is not in any way in controversy).

Now, in the case at bar, what kind of interlocutory order was in question? The appellant urged this Court to follow *Stoicevski*, but was unable to explain in argument why the prothonotary's decision here was not on a question vital to the final issue of the case. The formulations both of Lord Wright and Lacourcière J.A. underline the contrast between "*routine matters of pleading*" (Lord Wright) and "*a routine amendment to a pleading*" (Lacourcière J.A.) [italics added] and questions vital to the final issue of the case, i.e., to its final resolution.

The question before the prothonotary in the case at bar can be considered interlocutory only because the prothonotary decided it in favour of the appellant. If he had decided it for the respondent, it would itself have been a final decision of the case: *A-G of Canada v. S.F. Enterprises Inc. et al.* (1990), 90 DTC 6195 (F.C.A.) at pages 6197-6198; *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525 (C.A.). It seems to me that a decision which can thus be either interlocutory or final depending on how it is decided, even if interlocutory because of the result, must nevertheless be considered vital to the final resolution of the case. Another way of putting the matter would be to say that for the test as to relevance to the final issue of the case, the issue to be decided should be looked to

Dans *Canada c. «Jala Godavari» (Le)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (C.A.F.), notre Cour, dans une observation incidente, a énoncé la règle contraire, en mettant l'accent sur la nécessité pour le juge d'exercer son pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*, par contraste avec la vue qui avait cours à l'époque à la Section de première instance, savoir qu'il ne fallait pas toucher à la décision discrétionnaire du protonotaire sauf le cas d'erreur de droit. Il ne faut pas, à mon avis, interpréter l'arrêt *Jala Godavari* comme signifiant que la décision discrétionnaire du protonotaire ne doit jamais être respectée, mais qu'elle est subordonnée à l'appréciation discrétionnaire d'un juge si la question visée a une influence déterminante sur l'issue de la cause principale. (L'erreur de droit, bien entendu, est toujours un motif d'intervention du juge, et ne prête pas à controverse).

La question se pose donc de savoir quel genre d'ordonnance interlocutoire est en cause en l'espèce. L'appelante engage la Cour à suivre le précédent *Stoicevski*, mais n'a pas été en mesure d'expliquer que la décision du protonotaire en l'espèce ne portât pas sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal. Les conclusions de lord Wright comme du juge Lacourcière, J.C.A., soulignent le contraste entre «les questions de procédure courantes» (lord Wright) et «la modification *sans importance* des actes de procédure» (le juge Lacourcière, J.C.A.) [non mis en italique dans le texte] d'une part, et les questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause principale, c'est-à-dire sa solution, de l'autre.

La matière soumise en l'espèce au protonotaire peut être considérée comme interlocutoire seulement parce qu'il a prononcé en faveur de l'appelante. Eût-il prononcé en faveur de l'intimée, sa décision aurait résolu définitivement la cause; Voir *P-G du Canada c. S.F. Enterprises Inc. et autre* (1990), 90 DTC 6195 (C.A.F.) aux pages 6197 et 6198; *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525 (C.A.). Il me semble qu'une décision qui peut être ainsi soit interlocutoire soit définitive selon la manière dont elle est rendue, même si elle est interlocutoire en raison du résultat, doit néanmoins être considérée comme déterminante pour la solution définitive de la cause principale. Autrement dit, pour savoir si le résultat de la procédure est un facteur déterminant de l'issue du princi-



before the question is answered by the prothonotary, whereas that as to whether it is interlocutory or final (which is purely a *pro forma* matter) should be put after the prothonotary's decision. Any other approach, it seems to me, would reduce the more substantial question of "vital to the issue of the case" to the merely procedural issue of interlocutory or final, and preserve all interlocutory rulings from attack (except in relation to errors of law).

I believe this approach is supported by the Ontario Court of Appeal in *Stoicovski*, where Lacourcière J.A. held (at page 439) that "[a]n amendment [to a statement of defence] which may have the effect of reducing the plaintiff's quantum of recovery of damages is clearly vital to the final issue." More important, the decision by the English Court of Appeal on the third appeal in *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543, where the Court refused to intervene against a motions judge's substitution of his discretion for that of a master on a motion to dismiss an action for want of prosecution, is on all fours with the case at bar. It is true that on the facts in the third appeal in *Allen*, the delay had been one for 14 years, but that fact can have nothing to do with the issue of whose discretion is to govern.

I am therefore drawn to the conclusion that the learned Motions Judge was entirely right in following *Jala Godavari* and exercising his own discretion *de novo*.

In my view, as the respondent contended, the Motions Judge's reasons for decision could also be construed as being implicitly based on the prothonotary's error in coming to his conclusion [at page 5643] "solely on the grounds that the defendants had not complained of the plaintiff's tardiness or taken some action at an earlier date," in the words of the Motions Judge himself. In other words, the prothonotary had fallen into an error of law which prevented

pal, il faut examiner le point à trancher avant que le protonotaire ne réponde à la question, alors que pour savoir si la décision est interlocutoire ou définitive (ce qui est purement une question de forme), la question doit se poser après la décision du protonotaire. Il me semble que toute autre approche réduirait la question de fond de «l'influence déterminante sur l'issue du principal» à une question purement procédurale de distinction entre décision interlocutoire et décision définitive. et protégerait toutes les décisions interlocutoires contre les attaques (sauf le cas d'erreur de droit).

Je pense que cette approche est aussi celle qu'adopte la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Stoicovski*, par lequel le juge Lacourcière, J.C.A., conclut (à la page 439) que [TRADUCTION] «une modification [apportée à une défense] qui peut avoir pour effet de réduire le quantum des dommages-intérêts recouvrables par le demandeur a manifestement une influence déterminante sur l'issue de la cause principale». Plus important encore, la décision rendue par la Cour d'appel d'Angleterre en troisième appel de l'affaire *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543, par laquelle elle a refusé d'infirmar la décision du juge des requêtes de substituer son appréciation discrétionnaire à celle du protonotaire à l'égard d'une exception pour défaut de poursuivre, est entièrement applicable en l'espèce. Il est vrai que pour ce qui est des faits dans ce troisième appel, il y avait eu un retard de 14 ans, mais ce fait n'a rien à voir avec la question de savoir quelle est l'autorité dont la décision discrétionnaire doit l'emporter.

J'en conclus que le juge des requêtes avait entièrement raison d'appliquer la règle définie par l'arrêt *Jala Godavari* et d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début.

Je conviens avec l'intimée que les motifs de la décision du juge des requêtes pourraient être interprétés comme implicitement fondés sur l'erreur du protonotaire qui consistait à tirer sa conclusion [à la page 5643] «pour le seul motif que la défenderesse ne s'est pas plainte du retard de la demanderesse ni n'a agi plus tôt», pour reprendre les propres termes du juge. Autrement dit, le protonotaire a commis une erreur de droit qui l'a empêché d'exercer convenable-

him from exercising his discretion properly. This would also justify the Motions Judge's exercise of discretion *de novo*. The prothonotary's fundamental error was in assuming that the respondent was under an obligation to take action in response to the draft statement of facts. As Diplock L.J. (as he then was) put it in *Allen* (at page 555):

It is thus inherent in an adversary system which relies exclusively upon the parties to an action to take whatever procedural steps appear to them to be expedient to advance their own case, that the defendant, instead of spurring the plaintiff to proceed to trial, can with propriety wait until he can successfully apply to the court to dismiss the plaintiff's action for want of prosecution on the ground that so long a time has elapsed since the events alleged to constitute the cause of action that there is a substantial risk that a fair trial of the issues will not be possible.

The second issue is whether the Motions Judge has properly exercised his discretion. In so exercising his discretion, he took account of the prothonotary's finding [at page 5547] that the appellant's action "might well have supported a successful motion to dismiss," and also of the question whether the subsequent delay by the respondent was sufficient to excuse the appellant's failure to prosecute in a reasonable and timely manner. Weighing both factors he arrived at the finding [at page 5643] that "the delay on the plaintiff's part has been of such substantial proportion as to likely cause prejudice to the defendant at trial."

Of course, as Diplock L.J. also said in *Allen* (at page 556):

Since the power to dismiss an action for want of prosecution is only exercisable upon the application of the defendant his previous conduct in the action is always relevant.

However, that the Motions Judge did not fail to take this factor into account is established to my mind by the following passage from his reasons [at pages 5642-5643]:

The fact that plaintiff's delay in prosecuting this case is sufficient to warrant an order dismissing the action is not, under the circumstances, altered by any subsequent delay on the part of the defendant. The implication that the defendant's lack of

ment son pouvoir discrétionnaire. Ce fait justifie aussi l'exercice par le juge des requêtes de son pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*. L'erreur fondamentale du protonotaire consistait à présumer que l'intimée était tenue à l'obligation de donner suite au projet d'exposé des faits. Il y a lieu de rappeler à ce sujet cette conclusion tirée par le lord juge Diplock (tel était son titre à l'époque) dans l'arrêt *Allen* (à la page 555):

[TRADUCTION] C'est un trait inhérent du système contradictoire qui laisse aux parties le soin de prendre les actes de procédure qu'elles jugent propres à favoriser leur cause, que le défendeur, au lieu de presser le demandeur de mettre l'affaire en état, peut légitimement attendre jusqu'au moment où il pourra demander au tribunal de rejeter l'action du demandeur pour défaut de poursuivre, par ce motif que tellement de temps s'est écoulé depuis la survenance des faits allégués, que ce retard risque vraiment de rendre impossible un jugement équitable des points litigieux.

La seconde question qui se pose est de savoir si le juge des requêtes a convenablement exercé son pouvoir discrétionnaire. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, il a tenu compte de la conclusion tirée par le protonotaire [à la page 5547] que la conduite de l'appelante «aurait très bien pu à ce moment-là, justifier une requête en rejet d'action qui aurait été accueillie», et aussi de la question de savoir si le retard subséquent de l'intimée était suffisant pour excuser le défaut de l'appelante de poursuivre dans des délais raisonnables. Pesant les deux facteurs, il a été amené à conclure [à la page 5643] que «le retard de la demanderesse était de nature à causer un préjudice à la défenderesse à l'instruction».

Il est vrai que le lord juge Diplock a également tiré la conclusion suivante dans *Allen* (à la page 556):

[TRADUCTION] Puisque le pouvoir de rejeter l'action pour défaut de poursuivre ne s'exerce que sur requête du défendeur, la conduite antérieure de celui-ci dans l'action est toujours un facteur à prendre en considération.

Il appert cependant que le juge des requêtes n'a pas omis de prendre ce facteur en considération, comme en témoigne le passage suivant des motifs de sa décision [aux pages 5642 et 5643]:

Le fait que la demanderesse ait tardé à présenter sa cause justifie en soi le rejet de l'action et, dans les circonstances, ce fait n'est pas modifié par un retard subséquent de la part de la défenderesse. Il est tout simplement faux de dire que, par son

action excused the plaintiff's failure to prosecute in a reasonable and timely manner is simply not correct. [Emphasis added.]

It was also said that the Motions Judge should have explicitly taken into consideration an admission made by the respondent, but that "admission" is only as to the fact that "there was substantial evidence from the witness at the trial in the Tax Court," [at page 5546] a fact presumably already in the record. While relevant, that does not get the appellant even to first base in refuting the overall effect of the prejudice to the respondent's case caused by the cumulative delays.

The Motions Judge having exercised his discretion, this Court cannot intervene in the absence of an error of law. As it was put by Mahoney J.A. for this Court in *The Queen v. Murphy and ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028 (F.C.A.), at page 5029:<sup>16</sup>

The order of the Trial Division is discretionary. The principles to be applied by this Court have been accepted as those stated by Lord Diplock in *Birkett v. Jones* [sic] [1978] A.C. 297] at page 317:

... an appellate court ought not to substitute its own "discretion" for that of the judge merely because its members would themselves have regarded the balance as tipped against the way in which he had decided the matter. They should regard their function as primarily a reviewing function and should reverse his decision only in cases either ... where they are satisfied that the judge has erred in principle by giving weight to something which he ought not to have taken into account or by failing to give weight to something which he ought to take into account;

<sup>16</sup> The slightly more complete formulation of Urie J.A. in *Canadian National Railway Co. v. The Norango*, [1976] 2 F.C. 264 (C.A.) at p. 268 is as follows:

The normal rule is that an appellate court ought not to interfere with the discretion of a trial judge acting within his jurisdiction unless it is clearly satisfied that the discretion has been wrongly exercised either because the judge had acted on some wrong principle of law or because on other grounds the decision would result in some injustice being done.

There was no argument in the case at bar as to other grounds on which injustice might have been done.

inaction, la défenderesse a excusé le défaut de la demanderesse de procéder dans un délai raisonnable. [Non souligné dans le texte.]

L'appelante soutient encore que le juge des requêtes aurait dû prendre expressément en considération un aveu fait par l'intimée, mais cet «aveu» ne portait que sur le fait que «la déposition du témoin au procès devant la Cour de l'impôt était assez considérable», aveu qui a été vraisemblablement versé au dossier [à la page 5546]. Bien que cet aveu soit un facteur, il n'est guère d'un grand secours pour l'appelante pour réfuter l'effet d'ensemble du préjudice causé par les retards accumulés aux moyens de défense de l'intimée.

Le juge des requêtes ayant exercé son pouvoir discrétionnaire, cette Cour ne peut intervenir s'il n'y a pas eu erreur de droit. Ce principe a été évoqué par le juge Mahoney, J.C.A., qui rendait le jugement de cette Cour dans *La Reine c. Murphy et ABC Steel Building Ltd.* (1988), 89 DTC 5028 (C.A.F.), à la page 5029<sup>16</sup>:

L'ordonnance qu'a rendue la Division de première instance relève de son pouvoir discrétionnaire. Les principes que la présente Cour doit appliquer à cet égard ont été ainsi énoncés par lord Diplock dans l'arrêt *Birkett v. Jones* [sic] [1978] A.C. 297] à la page 317:

... un tribunal d'appel ne devrait pas substituer son propre «pouvoir discrétionnaire» à celui du juge simplement parce que ses membres auraient personnellement jugé que la prépondérance de la preuve allait contre la décision qu'il a rendue dans l'espèce. Ils devraient considérer que leurs fonctions relèvent principalement de l'examen, et ils ne devraient infirmer la décision du juge que dans les circonstances où ... ils sont convaincus que le juge a commis une erreur de principe soit en attachant de l'importance à un élément dont il n'aurait pas dû tenir compte, soit en ne tenant pas compte d'un élément qu'il aurait dû prendre en considération

<sup>16</sup> Voici la formulation, un peu plus complète, employée par le juge Urie, J.C.A., dans *La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norango*, [1976] 2 C.F. 264 (C.A.), à la p. 268:

Selon un principe bien établi, une cour d'appel ne devrait pas intervenir lorsqu'un juge de première instance exerce un pouvoir discrétionnaire dans le cadre de sa compétence, à moins d'être tout à fait convaincue que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à tort, parce que le juge a rendu une décision entachée d'une erreur de droit ou, parce que la décision entraîne une injustice pour d'autres motifs.

Aucun argument n'a été proposé en l'espèce quant aux autres motifs possibles d'injustice.

The appellant contended that the respondent had condoned, acquiesced in or waived its right to object to any unreasonable delay on her part. But this argument was rested on her view that the draft statement of facts was prepared on the basis of an agreement between the parties. As I have said, the only agreement seems to have been to the effect that the respondent would “review” such a draft, if prepared. In any event, this is a factual determination which was open to the Motions Judge, who clearly did not find the respondent’s lack of response to amount to condonation, acquiescence or waiver.

A motions judge must not fall into error of law in considering how serious is the prejudice caused by the delay. But the Motions Judge in the case at bar raised the question properly [at page 5642]: “the defendant must show . . . that it will likely be seriously prejudiced by the delay.” He also answered it squarely [at page 5643]: “It is clear on the facts that the delay on the plaintiff’s part has been of such substantial proportion as to likely cause prejudice to the defendant at trial.” [Emphasis added.] Given the Motions Judge’s reliance on his assessment of the facts, I find myself unable to conclude that he relied solely on an intuitive notion that inordinate delay necessarily entails serious prejudice, and I therefore find no manifest error of law such as would permit me to interfere with his exercise of discretion.

The appellant also argued that the respondent was in violation of former Rule 447(2), which required it “within 20 days after the pleadings in the action are deemed to be closed as between him and any other party, or such longer period as that other party may agree to, file and serve on that other party a list of the documents of which he has knowledge at that time that might be used in evidence . . .” However, the only sanction for any such *pro forma* requirement is a Court order to produce under Rule 460, [as am. by SOR/90-846, s. 15] a procedure which has not been invoked by the appellant. Similarly, the respondent relied on the provisions of Rule 331A [enacted by SOR/79-57, s. 6], that “[w]here a year, or more, has elapsed since the last proceeding in a matter, a party who desires to proceed must give to every other party

L’appelante soutient que l’intimée a toléré le retard déraisonnable de sa part, si retard déraisonnable il y avait, y a acquiescé ou a renoncé à son droit de s’en plaindre. Cet argument est cependant fondé sur sa prétention que le projet d’exposé des faits était fondé sur un accord entre les parties. Or, comme je l’ai fait remarquer, la seule convention qui existât à ce sujet, c’était que l’intimée «examinerait» ce projet s’il était préparé. Quoi qu’il en soit, il s’agit là d’une conclusion sur les faits relevant de l’appréciation souveraine du juge des requêtes, qui manifestement n’a pas conclu que l’inaction de la part de l’intimée valait tolérance, acquiescement ou renonciation à son droit de se plaindre.

Il ne faut pas que le juge des requêtes commette une erreur de droit en pesant la gravité du préjudice causé par le retard. En l’espèce cependant, il a posé la question correctement [à la page 5642]: «la défenderesse doit établir . . . qu’elle sera vraisemblablement gravement lésée par ce retard». Il y a aussi répondu de façon catégorique [à la page 5643]: «La preuve indique clairement que le retard de la demanderesse était de nature à causer un préjudice à la défenderesse à l’instruction». [Mots non soulignés dans le texte.] Étant donné que le juge des requêtes a fondé sa décision sur son appréciation des faits, je ne saurais conclure qu’il s’est fié uniquement à son intuition pour décider qu’un retard excessif se traduit nécessairement pas un préjudice grave; je ne vois donc aucune erreur de droit manifeste qui me permette d’intervenir dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire.

L’appelante soutient aussi que l’intimée n’a pas observé l’ancienne Règle 447(2) qui lui faisait l’obligation «dans les 20 jours qui suivent celui où les plaidoiries de l’action sont censées avoir pris fin entre elle et une autre partie, ou dans le délai plus long que cette autre partie peut accepter, [de] déposer et signifier à cette autre partie une liste des documents dont elle a connaissance à ce moment et qui pourraient être présentés comme preuve». Cependant, la seule sanction de cet impératif procédural est une ordonnance de produire sous le régime de la Règle 460 [mod. par DORS/90-846, art. 15], procédure que l’appelante n’a pas invoquée. De même, l’intimée invoque les dispositions de la Règle 331A [éditée par DORS/79-57, art. 6], aux termes de laquelle «[l]orsqu’une année ou plus s’est écoulée depuis le

not less than one month's notice of his intention to proceed." But there seems to be no consequence clearly provided in the rules for such default, and in any event the rule was not previously invoked.

The appellant not having succeeded in establishing any error of law, the appeal must therefore be dismissed with costs.

MAHONEY J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

\* \* \*

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

ROBERTSON J.A. (*dissenting*): I share the view of the Chief Justice that this appeal should be allowed. Even if I were to accede to the argument of my colleague MacGuigan J.A. that under the proposed review standard the Trial Judge was entitled to exercise his discretion *de novo*, I am not persuaded that the result should be any different. In my respectful opinion, the Motions Judge erred when applying the test on which decisions to dismiss actions for want of prosecution must be based. That test is set out in the decision of Dubé J. in *Nichols v. Canada et al.* (1990), 36 F.T.R. 77 (F.C.T.D.), at page 78:

The classic test to be applied in these matters is threefold: first, whether there has been an inordinate delay; secondly, is the delay inexcusable; and thirdly, whether the defendants are likely to be seriously prejudiced by the delay. [Emphasis is mine].

It is common ground that the appellant's delay was "inexcusable". As well, I am willing to concede that the two-year delay was "inordinate". Thus it remains to be determined whether the respondent was "likely to be seriously prejudiced by the delay". In this regard the Motions Judge held [at page 5642]:

In order to succeed on an application to dismiss an action for want of prosecution the defendant must show that there has been inordinate delay which is inexcusable and that it will

dépôt de la dernière procédure dans une affaire, une partie qui désire procéder doit donner à chaque autre partie un avis d'au moins un mois de son intention de procéder». Il ne semble cependant pas que les Règles prévoient clairement une sanction pour l'inobservation de cette disposition et, de toute façon, cette règle n'a pas été invoquée en premier lieu.

L'appelante n'ayant pas réussi à démontrer qu'il y a eu erreur de droit, il faut rejeter l'appel avec dépens.

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

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

\* \* \*

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissident*): Je partage la conclusion tirée par le juge en chef qui se prononce pour l'accueil de cet appel. Même si je souscrivais à l'argument de mon collègue le juge MacGuigan, J.C.A. à savoir qu'au regard de la norme de révision proposée, le juge de première instance était en droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*, je ne pense pas que le résultat doive en être différent. À mon avis, le juge des requêtes a commis une erreur dans l'application de la norme régissant le rejet d'une action pour défaut de poursuivre. Cette norme est évoquée par le juge Dubé dans *Nichols c. Canada et autres* (1990), 36 F.T.R. 77 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 78:

Le critère classique à appliquer pour résoudre cette question est triple. En premier lieu, le retard est-il excessif? En deuxième lieu, le retard est-il inexcusable? En troisième lieu, les défendeurs sont-ils susceptibles de subir un préjudice grave en raison de ce retard? [Mots non soulignés dans le texte.]

Il est constant qu'en l'espèce, le retard de la part de l'appelante était «inexcusable». Je veux bien aussi reconnaître qu'un retard de deux ans est «excessif». Il reste à examiner si l'intimée était «susceptible de subir un préjudice grave». À ce sujet, le juge des requêtes a conclu en ces termes [à la page 5642]:

Pour avoir gain de cause dans une demande de rejet d'une action pour défaut de poursuivre, la défenderesse doit établir qu'il y a eu un retard démesuré et inexcusable et qu'elle sera

likely be seriously prejudiced by the delay. The general rule is that the longer the delay, the greater the likelihood of serious prejudice at the trial as the passage of time weakens witnesses' recollection of events.

In my respectful opinion, one should not presume serious prejudice because the delay is deemed inordinate. Nor I am persuaded that the "fading memory" rationale is applicable in the instant case. Unless a defendant leads evidence to that effect, one should refrain from speculating on the possible deleterious effects of inordinate delay.

I must confess that I am sceptical of the "fading memory" rationale being invoked as the sole basis on which to rest a decision to dismiss for want of prosecution. One need only take cognizance of the lengthy delays generally experienced throughout this country in bringing cases to trial to appreciate that the passage of time *simpliciter* is not regarded as an impediment to a fair trial, at least so far as civil actions are concerned. Moreover, cases such as *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (C.A.) reveal that the burden of demonstrating sufficient prejudice is not easily met. In that case, the Ontario Court of Appeal declined to dismiss the action on the basis of delay despite the intervening death of the only witness who could testify on behalf of the defendant.

In my view, the Court should not assess the likelihood of serious prejudice in a factual vacuum. The complexity and nature of the case, the conduct of the respective solicitors, the kinds of issues under consideration, the physical and mental well-being of witnesses and the existence of documentary evidence are examples of matters which require careful consideration.

From the appeal record, it is apparent that the respondent offered no specific evidence which could reasonably be regarded as giving rise to a likelihood of serious prejudice.<sup>17</sup> Moreover, on appeal, it simply maintained that such prejudice may properly be presumed and went on to speculate that serious prejudice "might have been found in the difficulty of operating a business while ensnared in a tax dispute for an inordinate time" (see respondent's memorandum of fact

<sup>17</sup> The fact that the litigation is concerned with the "law of taxation" does not necessarily lead to the conclusion that the issues are, for example, complex.

vraisemblablement gravement lésée par ce retard. Selon la règle générale, plus le délai est long, plus le risque que ce retard cause un grave préjudice à l'instruction augmente, étant donné qu'avec le temps, les témoins ont tendance à moins bien se souvenir des événements.

À mon humble avis, le préjudice grave ne se présume pas du seul fait que le retard est réputé excessif. Je ne suis pas convaincu non plus que le moyen du «souvenir diminué» soit applicable en l'espèce. À moins que le défendeur ne produise des preuves à cet effet, on doit s'abstenir de conjecturer sur les effets nuisibles possibles du retard excessif.

Je dois avouer mon scepticisme face au moyen du «souvenir diminué» invoqué comme seul motif à l'appui de la décision de rejet pour défaut de poursuivre. Il suffit de se rappeler les longs retards qu'on connaît généralement à travers le pays dans la mise en état des causes, pour se rendre compte que le passage du temps ne peut être considéré comme constituant à lui seul un obstacle au jugement équitable, du moins en ce qui concerne les actions civiles. D'ailleurs, les causes comme *Farrar v. McMullen*, [1971] 1 O.R. 709 (C.A.), montrent qu'il n'est pas si facile de prouver le préjudice suffisant. Dans cette dernière affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de rejeter l'action en raison du retard malgré la mort dans l'intervalle du seul témoin du défendeur.

À mon avis, il ne faut pas que la Cour considère la probabilité de préjudice grave dans le vide. La complexité et la nature de l'affaire, la conduite des procureurs respectifs des parties, les genres de points litigieux, le bien-être physique et mental des témoins et l'existence des preuves documentaires, voilà autant de questions qu'il faut considérer attentivement.

Il ressort du dossier d'appel que l'intimée n'a produit aucune preuve spécifique qui puisse être raisonnablement considérée comme un indice de probabilité de préjudice grave<sup>17</sup>. Qui plus est, en appel, elle s'est contentée de soutenir que ce préjudice pouvait être présumé à bon droit, et a conjecturé qu'un préjudice grave [TRADUCTION] «pourrait résider dans la difficulté qu'il y a à exploiter une entreprise tout en se trouvant empêtré dans un contentieux fiscal pendant

<sup>17</sup> Le fait qu'il s'agit d'une affaire d'impôt sur le revenu ne signifie pas qu'il faut nécessairement conclure que les points litigieux sont, par exemple, complexes.

and law, paragraph 20, page 9). This argument might have been relevant had the respondent offered some supporting evidence. Alternatively, the respondent might have argued (which it did not) that the facts raised a rebuttable presumption of prejudice. But even if that argument were available, there is, in my opinion, sufficient evidence to rebut such a presumption.

Before the prothonotary, counsel for the respondent [at page 5546] “admitted that there was substantial evidence from the witness at the trial in the Tax Court” and hence the prothonotary observed “no doubt transcripts of that testimony will go far to refresh the witness’s memory.” The respondent’s admission, in and of itself, undermines the validity of the “fading memory” rationale and, if necessary, would rebut any presumption of prejudice. Consequently, the onus would shift to the respondent (defendant) to prove actual prejudice. This is not to suggest that in law a rebuttable presumption arises where motions for dismissal for want of prosecution are involved. In my opinion, it is as much an error of law to place on the appellant (plaintiff) the onus of disproving the likelihood of serious prejudice which arises as a result of a presumption, as it is to presume prejudice because of a lengthy delay. On this point, I find myself in respectful disagreement with the Motions Judge and my colleague MacGuigan J.A. Prejudice is being presumed and consequently the appellant bears the onus of refuting the possible adverse effects which the delay might have had on the respondent’s case.

Finally, I think it important to emphasize that an order dismissing an action for want of prosecution is not intended to punish a plaintiff for its failure to proceed expeditiously. Its aim is to ensure that defendants are not exposed to “a substantial risk that a fair trial of the issues in the litigation will not be possible” (*per* Diplock L.J., *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, *supra*, at page 556). In my opinion, the respondent failed to adduce the evidence necessary to demonstrate that it would be unable to obtain a fair trial on the issues.

un temps excessivement long» (Mémoire des points de fait et de droit de l’intimée, paragraphe 20, page 9). Cet argument aurait pu porter si l’intimée avait produit des preuves à l’appui. Elle aurait pu soutenir, à titre d’argument subsidiaire (ce qu’elle n’a pas fait), que les faits de la cause donnaient lieu à une présomption simple de préjudice. Mais à supposer même qu’il ait été possible d’avancer cet argument, il y a en l’espèce, à mon avis, suffisamment de preuves pour réfuter pareille présomption.

Devant le protonotaire, l’avocat de l’intimée a admis que [à la page 5546] «la déposition du témoin au procès devant la Cour de l’impôt était assez considérable», ce qui a amené le protonotaire à conclure que «sans aucun doute, sa transcription contribuera à rafraîchir la mémoire des témoins». L’aveu de l’intimée suffit à détruire la validité du moyen du «souvenir diminué» et, si nécessaire, à réfuter la présomption de préjudice. En conséquence, il incomberait à l’intimée (la défenderesse) de prouver le préjudice réel. Cette conclusion ne signifie pas qu’en droit, il y a une présomption simple chaque fois qu’il y a exception de défaut de poursuivre. À mon avis, c’est tout autant une erreur de droit d’obliger l’appelante (la demanderesse) à réfuter la probabilité de préjudice grave résultant d’une présomption, que de présumer qu’il y a un préjudice à cause d’un retard prolongé. Sur ce point, je dois m’opposer respectueusement aux conclusions du juge des requêtes et de mon collègue le juge MacGuigan, J.C.A. À leurs yeux, le préjudice est présumé et en conséquence, il incombe à l’appelante de réfuter les effets indésirables que le retard pourrait entraîner pour la défense de l’intimée.

Enfin, je pense qu’il est important de souligner que l’ordonnance portant rejet d’une action pour défaut de poursuivre ne vise pas à punir le demandeur pour défaut de faire diligence. Le but en est de protéger les défendeurs contre le retard qui [TRADUCTION] «risque vraiment de rendre impossible le jugement équitable des points litigieux» (le lord juge Diplock dans *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, *supra*, à la page 556). À mon avis, l’intimée n’a pu produire les preuves nécessaires pour démontrer qu’il lui serait impossible d’obtenir un jugement équitable des points litigieux.

I would allow the appeal in the manner proposed  
by the Chief Justice.

Je me prononce pour l'accueil de l'appel de la  
manière proposée par le juge en chef.



A-1299-91

**Dr. Dale Leckie, Dr. Arthur R. Sweet and Dr. Tomas Jerzykiewicz (Applicants)**

v.

**Her Majesty the Queen (Respondent)**

*INDEXED AS: LECKIE v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Décary and Robertson JJ.A.—Ottawa, April 1 and 8, 1993.

*Public Service — Selection process — Merit principle — Applicants holding incumbent-oriented positions, i.e. position level changed when incumbent meets criteria for next level — Although met criteria for promotion, not promoted because of departmental quota — Numerical quotas on promotions of holders of incumbent-oriented positions not offending merit principle — Merit principle applies only after Treasury Board authorizing promotion and providing necessary funds — Quota system not affecting relative merit, merely circumscribing scope of opportunities for promotion — Appeal board lacking jurisdiction in absence of appointment.*

This was an application to set aside the P.S.C. Appeal Board's decision dismissing appeals against appointments made without competition of thirteen research scientists to positions at the SE-RES-3 level within the Department of Energy, Mines and Resources (EMR). The applicants were SE-RES-2 research scientists at EMR. Classification levels in that sub-group are defined in terms of the achievement and productivity of incumbents of positions, and promotion to the next level is based on the individual's productivity and demonstrated capability to function at the higher level as defined in the criteria therefor. Treasury Board authorizes a specific number of promotions. The incumbents who best meet the criteria for the next higher level are promoted and the levels of the positions they occupy are then changed accordingly. In 1990 the number of RES-2 incumbents who met the criteria for a promotion exceeded the departmental quota. EMR conducted and participated in a selection process for possible promotion should there be vacancies in the Public Service-wide quota. There were five levels of assessment. Those who were eliminated at the divisional level never had a chance to compete against members of other divisions. At the interdepartmental level, an advisory committee decided whether to accept the recommendations for promotion, and accepted thirteen. The applicants argued that their promotions were denied because of a departmental quota. They submitted that the imposition of quotas with respect to incumbent-oriented positions offended the merit principle. They argued in the alternative that the multi-level process set up by EMR for the selection created the real possibility that more meritorious ones were passed over

A-1299-91

**Dr. Dale Leckie, Dr. Arthur R. Sweet et Dr. Tomas Jerzykiewicz (requérants)**

a c.

**Sa Majesté la Reine (intimée)**

*RÉPERTORIÉ: LECKIE c. CANADA (C.A.)*

b

Cour d'appel, juges Heald, Décary et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 1<sup>er</sup> et 8 avril 1993.

*Fonction publique — Procédure de sélection — Principe du mérite — Les requérants occupent des postes axés sur les titulaires, c.-à-d. dont les niveaux changent au fur et à mesure que les titulaires respectent les critères applicables au niveau suivant — Bien qu'ils aient respecté les critères nécessaires à une promotion, les requérants n'ont pas été promus en raison d'un contingentement ministériel — Les contingentements numériques imposés à la promotion de ceux qui occupent des postes axés sur les titulaires ne violent pas le principe du mérite — Le principe du mérite ne s'applique qu'après que le Conseil du Trésor ait autorisé une promotion et fourni les fonds nécessaires — Le système de contingentement ne diminue pas le mérite respectif des intéressés, il restreint simplement les limites de leurs possibilités d'avancement — Le comité d'appel n'a pas compétence lorsqu'il n'y a pas nomination.*

Il s'agit d'une demande d'annulation de la décision par laquelle le comité d'appel de la C.F.P. rejetait les appels interjetés contre les nominations, faites sans concours, de treize chercheurs scientifiques à des postes de niveau SE-RES-3 au sein du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources (ÉMR). Les requérants étaient des chercheurs scientifiques de niveau SE-RES-2 à ÉMR. Les niveaux de classification de ce sous-groupe sont définis en fonction des réalisations et du rendement des titulaires des postes, et la promotion de ces derniers au niveau supérieur au leur se fonde sur leur rendement et leur habileté prouvée à travailler au niveau supérieur, tels que définis dans les critères applicables au niveau en question. Le Conseil du Trésor autorise un nombre précis de promotions. Les titulaires qui respectent le mieux les critères applicables au niveau supérieur sont promus, et les niveaux des postes qu'ils occupent sont alors modifiés en conséquence. En 1990, le nombre des titulaires RES-2 qui respectaient les critères d'avancement dépassait le contingentement ministériel. ÉMR a établi un processus de sélection et y a participé en vue de promotions possibles, dans l'éventualité de vacances au sein du contingentement de l'ensemble de la fonction publique. Il existe cinq niveaux d'appréciation. Ceux qui sont éliminés au niveau de leur division n'ont jamais la possibilité d'entrer en concurrence avec les membres d'autres divisions. Au niveau interministériel, un comité consultatif décide d'accepter ou non les avancements recommandés, et il en a accepté treize. Les requérants ont soutenu que leur avancement avait été refusé en raison du contingentement ministériel. Ils ont fait valoir que l'application de contingentements à l'égard des postes axés sur

while less meritorious ones were promoted. They argued that the holder of an "incumbent-oriented" position has a vested right to a promotion to a higher level as soon as he meets the criteria for that next higher level. The issue was whether the imposition of numerical quotas on promotions of holders of incumbent-oriented positions offends the merit principle.

*Held*, the application should be dismissed.

The merit principle means that when there is an opportunity for promotion, the most meritorious person should be promoted. It is applied after the Administration decides to authorize a promotion and provide the necessary funds. The imposition of quotas by Treasury Board is a managerial prerogative, unrelated to the merit principle, and may affect incumbent-oriented positions as well as position-driven ones. The quota system does not affect the relative merit of the scientists found qualified for consideration for promotion and promoted; it simply circumscribes the scope of their opportunities for promotion.

*Public Service Employment Act*, section 21 gives a right of "appeal against the appointment". An appeal board has no jurisdiction where no appointment has been or is about to be made. The applicants' argument would result in an appeal board hearing an appeal to protect one's rights to a promotion, not a challenge to a promotion.

As an appeal board's main duty is to satisfy itself that the best persons possible were appointed, an applicant should demonstrate that there was a real possibility that the best persons possible were not appointed. The applicants did not argue that the scientists selected were less qualified than themselves. The Appeal Board could only find as a fact that the best persons were appointed, and that therefore the appointments were made in accordance with the merit principle.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 7 (as am. by S.C. 1991, c. 24, ss. 2, 49), 10.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10, 21.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Shannon v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 331 (C.A.); *Charest v. Attorney General of Canada*, [1973] F.C. 1217; (1973), 2 N.R. 288 (C.A.).

les titulaires violait le principe du mérite. Ils ont avancé subsidiairement que le processus de sélection à plusieurs étapes établi par ÉMR engendrait la possibilité réelle que des candidats plus méritants soient évincés au profit de candidats moins compétents. Ils ont soutenu que celui qui occupe un poste «axé sur le titulaire» a un droit acquis à une promotion au niveau supérieur dès qu'il respecte les critères applicables à ce niveau. La question est de savoir si les contingentements numériques imposés à la promotion de ceux qui occupent des postes axés sur les titulaires violent le principe du mérite.

*Arrêt*: la demande doit être rejetée.

Le principe du mérite signifie que lorsqu'il existe une possibilité d'avancement, la personne la plus méritante devrait être promu. Il s'applique après la décision du ministre compétent d'autoriser une promotion et de fournir les fonds nécessaires. L'application de contingentements par le Conseil du Trésor est une prérogative de la direction, dont l'exercice n'a rien à voir avec le principe du mérite, et qui peut toucher les postes axés sur le titulaire aussi bien que ceux qui sont axés sur les fonctions. Le système de contingentement ne diminue pas le mérite respectif des scientifiques jugés admissibles à l'avancement et promu; il restreint simplement les limites de leurs possibilités d'avancement.

L'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* accorde à toute personne dont les chances d'avancement sont amoindries par une nomination interne, le droit d'«en appeler». En l'absence d'une nomination, faite ou sur le point de l'être, le comité d'appel n'a aucune compétence. Selon l'argument des requérants, le comité d'appel entendrait les appels interjetés, non en vue de contester une promotion, mais dans le but de protéger les droits à l'avancement d'une personne.

La fonction principale d'un comité d'appel étant de s'assurer que les personnes les mieux qualifiées ont été nommées, le requérant doit démontrer la possibilité réelle que les personnes les mieux qualifiées n'ont pas été nommées. Les requérants n'ont pas soutenu que les scientifiques choisis étaient moins compétents qu'eux. Le comité d'appel ne pouvait que conclure que les personnes les mieux qualifiées avaient été nommées et que, par conséquent, les nominations avaient été faites en conformité avec le principe du mérite.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 7 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 2), 10 (mod., *idem*, art. 50 (ann. II, art. 3) (F)).  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10, 21.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Shannon c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 331 (C.A.); *Charest c. Procureur général du Canada*, [1973] C.F. 1217; (1973), 2 N.R. 288 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Greaves*, [1982] 1 F.C. 806; (1982), 40 N.R. 429 (C.A.); *Nanda v. Public Service Commission*, [1972] F.C. 277; (1972), 34 D.L.R. (3d) 51 (C.A.).

APPLICATION to set aside decision of Public Service Commission Appeal Board dismissing appeals against appointments made without competition of research scientists in incumbent-oriented positions. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Steven H. Waller* for applicants.  
*Dogan Akman* for respondent.

## SOLICITORS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

DÉCARY J.A.: This application for judicial review raises a novel issue of some importance to the Public Service: does the imposition of numerical quotas on promotions of holders of incumbent-oriented positions offend the merit principle?

The applicants were all SE-RES-2 research scientists at the Institute of Sedimentary and Petroleum Geology (a division of the Geological Survey of Canada Sector of the Department of Energy, Mines and Resources (EMR)) located in Calgary, Alberta. The classification plan for the Research Scientist sub-group, unlike those for most other occupational groups in the Public Service, is "incumbent-oriented", not position-driven; the four classification levels in the sub-group are defined in terms of the achievement and productivity of incumbents of positions and promotion of an incumbent to the next higher level is based on the individual's cumulative productivity and demonstrated capability to function at the higher level as defined in the criteria for the higher level.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Brown c. La Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Procureur général du Canada c. Greaves*, [1982] 1 C.F. 806; (1982), 40 N.R. 429 (C.A.); *Nanda c. Commission de la Fonction publique*, [1972] C.F. 277; (1972), 34 D.L.R. (3d) 51 (C.A.).

DEMANDE visant l'annulation d'une décision par laquelle le comité d'appel de la Commission de la fonction publique rejetait les appels interjetés contre les nominations, faites sans concours, de chercheurs scientifiques à des postes axés sur les titulaires. Demande rejetée.

## c AVOCATS:

*Steven H. Waller* pour les requérants.  
*Dogan Akman* pour l'intimée.

## d PROCUREURS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Cette demande de contrôle judiciaire soulève une question nouvelle revêtant une certaine importance pour la fonction publique: les contingentements numériques imposés à la promotion de ceux qui occupent des postes axés sur les titulaires violent-ils le principe du mérite?

Les requérants étaient tous des chercheurs scientifiques de niveau SE-RES-2 à l'Institut de géologie sédimentaire et pétrolière (une division de la Commission géologique du Canada du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources (ÉMR)) situé à Calgary (Alberta). Le régime de classification du sous-groupe des chercheurs scientifiques, contrairement aux régimes de la plupart des autres groupes professionnels de la fonction publique, est [TRADUCTION] «axé sur le titulaire», et non axé sur le poste; les quatre niveaux de classification du sous-groupe sont définis en fonction des réalisations et du rendement des titulaires des postes, et la promotion d'un titulaire au niveau supérieur au sien se fonde sur son rendement cumulatif et son habileté prouvée à travailler au niveau supérieur, tels que définis dans les critères applicables au niveau en question.

Consequently, the RES promotion process reverses the normal staffing process, whereby the duties of the position are defined, the classification level established, and a selection process conducted to identify the best person to carry out those duties. In the RES promotion process, a specific number of promotions (the so-called quota system) is authorized by Treasury Board, the incumbents who best meet the criteria for the next higher level are promoted and the levels of the positions they occupy are then changed accordingly. Treasury Board ordinarily maintains a Public Service-wide quota, and a departmental sub-quota for each department that employs research scientists.

Yearly promotion exercises are conducted subject to the constraints imposed by the quota system. In any given year, if a particular department has its sub-quota at full strength and if promotions to the RES-3 level cannot be made without exceeding the departmental quota, such promotions may nevertheless be made on the basis of vacancies which may exist elsewhere in the Public Service-wide quota. This was the situation in EMR and in the system for the 1990 promotion exercise. The number of those RES-2 incumbents who met the criteria for a promotion to the RES-3 level exceeded the quota allowed EMR by the Treasury Board, with the result that EMR conducted and participated in a selection process for the possible promotion, should there be vacancies in the Public Service-wide quota, of its most meritorious RES-2 level research scientists.

Briefly put, the selection process set up by EMR was the following. It involves five levels of assessment: the divisional level, the branch level, the sectorial level, the departmental level and the interdepartmental level. It is an eliminating process, rather than a round-robin. Those, like the three applicants, who are eliminated in their own division, never have a chance to compete against members of the other divisions. At the last level, the Interdepartmental Advisory Committee for the Scientific Research Group

Conséquemment, le processus d'avancement des RES est à l'inverse du processus habituel de dotation en personnel, selon lequel il y a exposé des fonctions propres à un poste, établissement du niveau de classification, et déroulement du processus de sélection pour trouver la personne la plus apte à remplir les fonctions en cause. Dans le processus d'avancement des RES, le Conseil du Trésor autorise un nombre déterminé de promotions (ce qu'on appelle le système de contingentement), les titulaires qui respectent le mieux les critères applicables au niveau supérieur sont promus, et les niveaux des postes qu'ils occupent sont alors modifiés en conséquence. Le Conseil du Trésor applique généralement un contingentement à l'ensemble de la fonction publique, et un sous-contingentement ministériel à l'intention de chaque ministère qui emploie des chercheurs scientifiques.

Le processus d'avancement se déroule annuellement, dans les limites imposées par le système de contingentement. Chaque année, même s'il ne peut y avoir de promotions au niveau RES-3 sans dépasser le contingentement ministériel, celui-ci étant complet, des promotions peuvent néanmoins se faire en raison de vacances existant ailleurs dans le contingentement de l'ensemble de la fonction publique. C'était la situation qui existait à ÉMR et dans le système de promotions en 1990. Le nombre des titulaires de niveau RES-2 qui respectaient les critères d'avancement au niveau RES-3 dépassait le contingentement imposé à ÉMR par le Conseil du Trésor, de sorte que ÉMR a établi un processus de sélection et y a participé en vue de l'avancement possible, dans l'éventualité de vacances au sein du contingentement de l'ensemble de la fonction publique, de ses chercheurs scientifiques de niveau RES-2 les plus méritants.

En résumé, le processus de sélection établi par ÉMR était le suivant. Il comprend cinq niveaux d'appréciation: les niveaux de la division, de la direction, du secteur, du ministère, et, enfin, le niveau interministériel. Il s'agit d'un processus d'élimination, et non d'un processus selon lequel tous les candidats se mesurent les uns aux autres. Ceux qui, comme les trois requérants, sont éliminés dans leur propre division, n'ont jamais la possibilité d'entrer en concurrence avec les membres d'autres divisions. Au der-

(IAC)<sup>1</sup> examines the recommendations for promotion submitted by the various departments and makes a final decision on whether or not to accept the recommendation. Thirteen recommendations were accepted, resulting in thirteen promotions which, for all practical purposes, are equivalent to appointments. The terms “promotions” and “appointments” will be used interchangeably in these reasons.

Appeals were brought by the three applicants under section 21 of the *Public Service Employment Act*<sup>2</sup> (the Act) against the appointments made, without competition, of the thirteen research scientists to positions at the SE-RES-3 level within EMR. Their grounds for appeal were that “promotion was denied because of a Departmental Quota”. The applicants had first obtained, as is requested by section 21, an opinion of the Public Service Commission (the Commission) to the effect that their opportunity for advancement had been prejudicially affected by the appointments of their thirteen colleagues. The reasons for the opinion given by the Commission read as follows:

The appointments in question constitute a reasonable opportunity for advancement for the requestors. They are incumbents of SE-RES-02 positions and would be eligible to compete if a

<sup>1</sup> The IAC is composed of senior management representatives from major departments that employ research scientists, as well as representatives of the Treasury Board Secretariat and the Public Service Commission.

<sup>2</sup> S. 21, R.S.C., 1985, c. P-33 reads as follows:

21. (1) Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service, every unsuccessful candidate, in the case of selection by closed competition, or, in the case of selection without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected, may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

(2) The Commission, on being notified of the decision of the board on an inquiry into an appointment conducted pursuant to subsection (1), shall, in accordance with the decision,

- (a) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment; or
- (b) if the appointment has not been made, make or not make the appointment.

nier niveau, le Comité consultatif interministériel du groupe de la recherche scientifique (CCI)<sup>1</sup> étudie les recommandations d'avancement soumises par les divers ministères, et il prend la décision finale de les accepter ou non. Treize recommandations ont été acceptées, donnant lieu à treize promotions qui, dans les faits, équivalent à des nominations. Les mots «promotions, avancement» et «nominations» auront le même sens dans ces motifs.

Les trois requérants ont interjeté appel, en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*<sup>2</sup> (la Loi), contre les nominations, faites sans concours, des treize chercheurs scientifiques aux postes de niveau SE-RES-3 au sein d'ÉMR. Leur motif d'appel était que leur [TRADUCTION] «avancement a été refusé en raison du contingentement ministériel». Les requérants avaient tout d'abord obtenu, comme l'exige l'article 21, une décision de la Commission de la fonction publique (la Commission) portant que leurs chances d'avancement avaient été amoindries par les nominations de leurs treize collègues. Les motifs de la décision de la Commission sont libellés comme suit:

[TRADUCTION] Les nominations en question constituent une chance raisonnable d'avancement pour les requérants. Ils sont titulaires de postes de niveau SE-RES-02, et ils seraient admis-

<sup>1</sup> Le CCI comprend les représentants de la haute direction des principaux ministères qui emploient des chercheurs scientifiques, aussi bien que les représentants du Secrétariat du Conseil du Trésor et de la Commission de la fonction publique.

<sup>2</sup> L'art. 21, L.R.C. (1985), ch. P-33 est libellé comme suit:

21. (1) Tout candidat non reçu à un concours interne ou, s'il n'y a pas eu concours, toute personne dont les chances d'avancement sont, selon la Commission, amoindries par une nomination interne, déjà effective ou en instance, peut, dans le délai imparti par la Commission, en appeler devant un comité chargé par celle-ci de faire une enquête, au cours de laquelle l'appelant et l'administrateur général en cause, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

(2) Après notification de la décision du comité, la Commission, en fonction de cette dernière:

- a) confirme ou révoque la nomination;
- b) procède ou non à la nomination.

competition were held for such appointments. Therefore they are considered to be logical contenders in this situation. Whether they meet the established criteria or whether they are more or less qualified than the proposed appointees are matters of interpretation which fall within the purview of an Appeal Board.

Their appeals were dismissed by Appeal Board chairperson, I. V. Gendron on December 17, 1991. On December 24, 1991, the applicants filed an originating notice under section 28 of the *Federal Court Act*.<sup>3</sup>

The main argument advanced by the applicants before the Appeal Board was that the imposition of quotas with respect to incumbent-oriented positions offends in itself the merit principle established in section 10 of the Act.<sup>4</sup> Before us, and through a supplementary memorandum of fact and law, they also submitted, in the alternative, that the multi-level process set up by EMR for the selection created the real possibility that more meritorious candidates were passed over while less meritorious candidates were promoted, thereby offending the merit principle.

Counsel for the applicants argues that in view of the alleged uniqueness or distinctiveness of the situation of holders of incumbent-oriented positions, the Court should approach the merit principle under section 10 and the powers of an appeal board under section 21 in a novel way. The public interest in preserving and enhancing the excellence of the scientists working in the Public Service requires, he argues, that no arbitrary quotas be imposed which could hinder their own personal quest, and reduce their incentive, for an always greater excellence. The essence of the applicants' submissions is that the holder of an "incumbent-oriented" position has a vested right to a promotion to a higher level as soon as he meets the criteria for that next higher level, whether or not the Administration has decided to make such a promo-

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. F-7.

<sup>4</sup> S. 10 of the Act reads as follows:

10. Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the Commission, and shall be made by the Commission, at the request of the deputy head concerned, by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service.

sibles à participer à un concours, s'il en était tenu un, à l'égard des nominations en cause. Par conséquent, ils sont considérés comme étant des concurrents logiques dans les circonstances. La question de savoir s'ils répondent aux critères établis, ou s'ils sont plus ou moins compétents que ceux dont la nomination est envisagée, est une question d'interprétation qui relève d'un Comité d'appel.

Les appels des requérants ont été rejetés par la présidente du Comité d'appel, I. V. Gendron, le 17 décembre 1991. Le 24 décembre 1991, les requérants ont déposé un avis introductif d'instance en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.<sup>3</sup>

Comme principal moyen, les requérants ont invoqué devant le Comité d'appel que les contingents applicables aux postes axés sur le titulaire sont contraires *per se* au principe du mérite établi à l'article 10 de la Loi<sup>4</sup>. Devant nous, par voie d'exposé supplémentaire des faits et du droit, ils ont avancé, subsidiairement, que le processus de sélection à plusieurs étapes établi par ÉMR engendrait la possibilité réelle que des candidats plus méritants soient évincés au profit de candidats moins compétents, ce qui viole le principe du mérite.

L'avocat des requérants soutient qu'étant donné ce qui serait le caractère particulier ou unique de la situation de ceux qui occupent des postes axés sur le titulaire, la Cour devrait avoir une approche nouvelle à l'égard du principe du mérite prévu à l'article 10, et des pouvoirs d'un comité d'appel en vertu de l'article 21. L'intérêt du public dans le maintien et l'accroissement de l'excellence des scientifiques qui œuvrent dans la fonction publique exige, affirme-t-il, que l'on n'impose aucun contingentement arbitraire susceptible de freiner leur recherche personnelle d'un niveau sans cesse accru d'excellence, et de les en dissuader. Essentiellement, les requérants font valoir que celui qui occupe un poste «axé sur le titulaire» a un droit acquis à une promotion au niveau supérieur dès qu'il respecte les critères applicables à ce niveau, que le

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7.

<sup>4</sup> L'art. 10 de la Loi est libellé comme suit:

10. Les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base d'une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission, et à la demande de l'administrateur général intéressé, soit par concours, soit par tout autre mode de sélection du personnel fondé sur le mérite des candidats que la Commission estime le mieux adapté aux intérêts de la fonction publique.

tion available by providing the necessary funds. Counsel even suggested that there was a duty imposed on the Administration to find the necessary funds whenever an incumbent, assessed as against himself, was found to meet the criteria. Counsel recognized at the hearing that the appeals were not really made against the appointments of those who had been selected, but were made on a "me too" basis, i.e. that each of the applicants should also have been selected because each of them met the criteria. In other words, in counsel's view, all scientists who meet the level 3 criteria should have been promoted notwithstanding that quotas had been established by the Treasury Board.

While I am disposed to adapt to new situations the principles developed so far with respect to the merit principle, I simply cannot change these very principles inasmuch as they have been developed in accordance with the legal and factual realities of employment in the Public Service. The merit principle is a statutory creature, and so is an appeal board. They do not exist in a vacuum. For the applicants' argument to succeed, the merit principle would need to apply before it actually does and the appeal to an appeal board would need to be on an issue of which such a board can simply not be seized.

The "merit principle" does not mean that whenever a public servant is meritorious, he acquires the right to be promoted. It means, rather, that when there is an opportunity for promotion, the most meritorious person should be promoted. It is applied after, not before, the decision is made by the Administration to authorize a promotion and provide the necessary funds. As long as the Treasury Board (the department responsible pursuant to the *Financial Administration Act*<sup>5</sup> for the general administrative policy in the public service of Canada, the personnel management in that public service and the collection, management and administration of public money) has not authorized the funds needed for a promotion, there can be no promotion, therefore no application of the merit

ministère compétent ait ou non décidé de rendre cet avancement possible en fournissant les fonds nécessaires. L'avocat des requérants a même laissé entendre que le ministère responsable avait l'obligation de trouver les fonds nécessaires lorsque le titulaire, mesuré à sa propre aune, était considéré comme respectant les critères applicables. L'avocat a reconnu à l'audience que les appels n'étaient pas réellement dirigés contre la nomination de ceux qui avaient été choisis, mais qu'ils procédaient de l'argument «moi aussi», c'est-à-dire que chacun des requérants aurait aussi dû être choisi parce que chacun d'eux satisfaisait aux critères établis. En d'autres termes, de l'avis de l'avocat, tous les scientifiques qui répondent aux critères applicables au niveau 3 auraient dû être promus, en dépit des contingents établis par le Conseil du Trésor.

Bien que je sois disposé à adapter à des situations nouvelles les principes formulés jusqu'à maintenant à l'égard du principe du mérite, je ne puis les modifier, dans la mesure où ils ont été établis conformément aux réalités légales et factuelles de l'emploi dans la fonction publique. Le principe du mérite tient son existence des lois, ainsi que les comités d'appel. Ils n'existent pas dans le néant. Pour que l'argument des requérants soit retenu, le principe du mérite aurait à s'appliquer plus tôt qu'il ne le fait, et l'appel interjeté auprès d'un comité d'appel devrait viser une question dont un tel comité ne peut tout simplement pas être saisi.

Le «principe du mérite» ne signifie pas que le fonctionnaire méritant acquiert de ce fait le droit d'être promu. Il signifie plutôt que lorsqu'il existe une possibilité d'avancement, la personne la plus méritante devrait être promue. Le principe s'applique après, et non avant, la décision du ministère compétent d'autoriser une promotion et de fournir les fonds nécessaires. Tant que le Conseil du Trésor (le ministère responsable, en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*<sup>5</sup>, des grandes orientations applicables à l'administration publique, de la gestion du personnel de l'administration publique fédérale, de la gestion et de l'administration des fonds publics) n'a pas autorisé les fonds nécessaires aux promotions, celles-ci ne peuvent se faire, donc il ne peut y avoir

<sup>5</sup> R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 7 [as am. by S.C. 1991, c. 24, ss. 2, 49], 10.

<sup>5</sup> L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 7 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 2], 10 [mod., *idem*, art. 50 (ann. II, art. 3) (F)].

principle and no appeal to an appeal board.<sup>6</sup> The imposition of quotas by the Treasury Board is a managerial prerogative the exercise of which has nothing to do with the merit principle and may affect incumbent-oriented positions as well as position-driven ones. To use the words of counsel for the respondent, the so-called quota system does not affect the relative merit of the scientists found qualified to be considered for promotion and promoted; it simply circumscribes the scope of their opportunities for promotion, i.e. the speed with which they may secure the advancement of their careers from one level to the next at any given point in time.

On the other hand, the powers and duties of appeal boards established pursuant to section 21 of the Act have been unequivocally circumscribed by the decisions of this Court, most recently in *Shannon v. Canada (Attorney General)*,<sup>7</sup> where Stone J.A., for the Court, reiterated that a right of appeal under that section is for the purpose of attacking an appointment made or about to be made. Absent an appointment made or to be made, an appeal board has simply no jurisdiction. The “me too” argument advanced on behalf of the applicants would have an appeal board hear an appeal, not for the purpose of challenging a promotion, but for the sole purpose of protecting one’s rights to a promotion. This would fly in the face of the wording of section 21 and of the jurisprudence of this Court, notably *Charest v. Attorney General of Canada*,<sup>8</sup> quoted in *Shannon, supra*, where Pratte J.A., for the Court, stated at page 1221:

When an unsuccessful candidate exercises this right, he is not challenging the decision which has found him unqualified, he is, as section 21 indicates, appealing against the appointment which has been, or is about to be, made on the basis of the competition. If a right of appeal is created by section 21, this is not to protect the appellant’s rights, it is to prevent an appointment being made contrary to the merit principle.

Pushing the concept of “uniqueness” or “distinctiveness” to its logical limits would inescapably lead

<sup>6</sup> See *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345 (C.A.).

<sup>7</sup> [1993] 1 F.C. 331 (C.A.).

<sup>8</sup> [1973] F.C. 1217 (C.A.).

application du principe du mérite ni appel auprès d’un comité d’appel<sup>6</sup>. L’application de contingents par le Conseil du Trésor est une prérogative de la direction, dont l’exercice n’a rien à voir avec le principe du mérite, et qui peut toucher les postes axés sur le titulaire aussi bien que ceux qui sont axés sur les fonctions. Pour reprendre les paroles de l’avocat de l’intimée, le système de contingentement, comme on l’appelle, ne diminue pas le mérite respectif des scientifiques jugés admissibles à l’avancement et promu; il restreint simplement les limites de leurs possibilités d’avancement, c’est-à-dire la vitesse avec laquelle ils peuvent assurer la progression de leur carrière d’un niveau à l’échelon suivant à un moment donné.

D’autre part, les pouvoirs et les fonctions des comités d’appel établis conformément à l’article 21 de la Loi ont été limités sans équivoque par des décisions de cette Cour, dont l’arrêt récent *Shannon c. Canada (Procureur général)*<sup>7</sup>, dans lequel le juge Stone, J.C.A., au nom de la Cour, a répété que le droit d’appel prévu par cet article vise la contestation d’une nomination qui a été faite ou qui est sur le point de l’être. En l’absence d’une telle nomination, le comité d’appel n’a tout simplement aucune compétence. Selon l’argument «moi aussi» avancé pour le compte des requérants, le comité d’appel entendrait l’appel, interjeté non en vue de contester une promotion, mais dans le but unique de protéger les droits à l’avancement d’une personne. Cela irait tout à fait à l’encontre du libellé de l’article 21 et de la jurisprudence de cette Cour, en particulier l’arrêt *Charest c. Procureur général du Canada*<sup>8</sup>, cité dans la décision *Shannon*, précitée, dans lequel le juge Pratte, J.C.A., au nom de la Cour, a dit à la page 1221:

Lorsqu’un candidat malheureux exerce ce droit, il n’attaque pas la décision qui l’a déclaré non qualifié, il appelle, comme le dit l’article 21, de la nomination qui a été faite ou qui est sur le point d’être faite en conséquence du concours. Si l’article 21 prévoit un droit d’appel, ce n’est donc pas pour protéger les droits de l’appellant, c’est pour empêcher qu’une nomination soit faite au mépris du principe de la sélection au mérite.

Si l’on poussait le concept de l’[TRADUCTION] «unicité» ou de la «particularité» jusqu’à sa conclusion

<sup>6</sup> Voir l’arrêt *Brown c. La Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345 (C.A.).

<sup>7</sup> [1993] 1 C.F. 331 (C.A.).

<sup>8</sup> [1973] C.F. 1217 (C.A.).



to the conclusion that the merit principle does not apply to holders of incumbent-oriented positions and that an appeal board would have no jurisdiction to hear appeals by such holders against promotions given to colleagues. This is most certainly not the conclusion the applicants want this Court to reach.

I turn now to the applicants' alternative argument. The Commission's opinion to the effect that the applicants' opportunity for advancement had been prejudicially affected cannot but be based on the premise that persons occupying incumbent-oriented positions who seek a promotion are reputed, for the application of section 21, to be competing against their colleagues. They are, to use the words of the Commission, "logical contenders" who are entitled to attack the appointments made and seek to have the promotions given to their colleagues revoked and a new selection process set up.

In order to succeed under section 21 in establishing that the merit principle had been offended, the applicants had to convince the Appeal Board that the method of selection chosen was "such that there could be some doubt as to its fitness to determine the merit of candidates"<sup>9</sup> i.e. as to its fitness to determine whether "the best persons possible"<sup>10</sup> were found. An appeal board's main duty being to satisfy itself that the best persons possible were appointed, it goes without saying that an appellant, before even embarking on a challenge to the method of selection chosen, should at least allege (and eventually demonstrate) that there was a real possibility or likelihood that the best persons possible were not appointed.

As noted previously, the principal original ground of attack of the applicants before the Appeal Board was the imposition of quotas. They did not argue before the Board that the scientists selected were less qualified than themselves. Indeed their own representative, as noted by the Board, "declined to character-

logique, il en résulterait inévitablement que le principe du mérite ne s'applique pas à ceux qui occupent des postes axés sur le titulaire, et qu'un comité d'appel n'aurait pas compétence pour entendre les appels interjetés par ces titulaires contre les promotions accordées à leurs collègues. Ce n'est sûrement pas là la conclusion que les requérants demandent à cette Cour de tirer.

J'en arrive au moyen subsidiaire des requérants. L'opinion de la Commission selon laquelle les chances d'avancement des requérants avaient été amoindries peut uniquement se fonder sur la prémisse selon laquelle ceux qui occupent des postes axés sur le titulaire et qui cherchent de l'avancement sont réputés, pour l'application de l'article 21, faire concurrence à leurs collègues. Ils sont, pour reprendre les paroles de la Commission, les [TRADUCTION] «candidats logiques» qui peuvent contester les nominations qui ont été faites, chercher à faire annuler les promotions accordées à leurs collègues et à faire mettre sur pied un nouveau processus de sélection.

Afin de parvenir, en vertu de l'article 21, à établir qu'il y avait violation du principe du mérite, les requérants devaient convaincre le comité d'appel que le mode de sélection choisi était «tel[-] qu'on puisse douter qu'il permette de juger du mérite des candidats»<sup>9</sup>, c'est-à-dire qu'il permette de juger si l'on avait trouvé «les personnes les mieux qualifiées»<sup>10</sup>. La fonction principale d'un comité d'appel étant de s'assurer que les personnes les mieux qualifiées ont été nommées, il va sans dire que l'appelant, avant même de tenter de contester le mode de sélection choisi, devrait au moins alléguer (et finalement prouver) qu'il existe la possibilité réelle ou la vraisemblance que les personnes les mieux qualifiées n'ont pas été nommées.

Comme on l'a noté plus tôt, le principal moyen que les requérants ont invoqué devant le comité d'appel portait sur l'application de contingentements. Ils n'ont pas soutenu devant le comité que les scientifiques choisis étaient moins compétents qu'eux. De fait, leur propre représentant, comme l'a remarqué le

<sup>9</sup> *Charest, supra*, note 8 at p. 1221, Pratte J.A.

<sup>10</sup> *Attorney General of Canada v. Greaves*, [1982] 1 F.C. 806 (C.A.), at p. 810, Pratte J.A.; *Nanda v. Public Service Commission*, [1972] F.C. 277 (C.A.), at p. 297, Jackett C.J.

<sup>9</sup> *Charest*, précité, note 8, à la p. 1221, le juge Pratte, J.C.A..

<sup>10</sup> *Procureur général du Canada c. Greaves*, [1982] 1 C.F. 806 (C.A.), à la p. 810, le juge Pratte, J.C.A.; *Nanda c. Commission de la Fonction publique*, [1972] C.F. 277, (C.A.), à la p. 297, le juge en chef Jackett.

ize the appellants as being better qualified than the selected scientists” and consequently did not lead any evidence tending to show that the best persons were not selected.

In these circumstances, the Appeal Board could not but find as a fact that the best persons were appointed and that, therefore, the appointments were made in accordance with the merit principle. This finding of fact, based on admissions made by the applicants before the Appeal Board, cannot now be challenged before this Court.

In any event, the Appeal Board went on to conclude that “it was not demonstrated that in this particular selection process the limitations or guidelines actually resulted in a qualified candidate, be it an appellant or anyone else, who was more qualified than the appointees, being eliminated at an early stage.” While finding “somewhat puzzling that the appellants were deemed to be qualified at various stages of the selection process and then eliminated, especially given the comments in their appraisal documents”, the Appeal Board nevertheless was “inclined to accept the department’s explanation that different qualities are emphasized at the various stages of the process, culminating in the final review of the dossiers by the IAC, which committee has a broader picture of the scientific community.”

Here again the “uniqueness” or “distinctiveness” argument of the applicants appears to have backfired. In what amounts to a finding that more flexibility might be required when trying to compare incomparables, the Appeal Board chairperson Gendron has reached a conclusion that was reasonably open to her on this record.

This application for judicial review should be dismissed.

HEALD J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

comité, [TRADUCTION] «a refusé de qualifier les appelants comme étant plus compétents que les scientifiques choisis», et, conséquemment, il n’a pas soumis d’éléments de preuve tendant à prouver que les personnes les mieux qualifiées n’avaient pas été choisies.

Dans de telles circonstances, le comité d’appel ne pouvait que tirer la conclusion de fait que les personnes les mieux qualifiées avaient été nommées et que, par conséquent, les nominations avaient été faites en conformité avec le principe du mérite. Cette conclusion de fait, qui se fonde sur des faits que les requérants ont reconnus devant le comité d’appel, ne peut maintenant être mise en doute devant cette Cour.

En tout état de cause, le comité d’appel a ensuite conclu [TRADUCTION] «qu’il n’était pas démontré que dans ce processus de sélection particulier, les restrictions imposées ou les lignes directrices suivies avaient eu pour conséquence l’élimination, à une étape initiale, d’un candidat compétent, qu’il s’agisse d’un appellant ou de qui que ce soit d’autre, qui était mieux qualifié que les personnes nommées». Tout en jugeant [TRADUCTION] «quelque peu étrange que les appelants aient été considérés qualifiés à diverses étapes du processus de sélection pour être ensuite éliminés, compte tenu particulièrement des commentaires dans l’appréciation de leur rendement», le comité d’appel a néanmoins été [TRADUCTION] «enclin à accepter les explications du ministère voulant que l’on insiste sur différentes qualités à diverses étapes du processus, pour en arriver à l’examen final des dossiers par le C.C.I., ce comité ayant une meilleure vue d’ensemble du milieu scientifique».

Ici encore, le moyen des requérants fondé sur l’[TRADUCTION] «unicité» ou la «particularité» semble avoir joué contre eux. En concluant en somme qu’il faudrait peut-être faire preuve de plus de souplesse en tentant de comparer des choses incomparables, la présidente du comité d’appel, M<sup>me</sup> Gendron, a tiré la conclusion qui s’offrait raisonnablement à elle, compte tenu du dossier.

Cette demande de contrôle judiciaire devrait être rejetée.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-340-91

**The Minister of Employment and Immigration**  
(Appellant)

v.

**Jagdish Singh Sidhu** (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. SIDHU (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, Desjardins and Décaré J.J.A.—Montréal, March 5; Ottawa March 12, 1993.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Sponsored application for girl purportedly adopted in India — Immigration and Refugee Board lacking jurisdiction to grant adoptive status not valid under foreign law on basis latter discriminatory and contrary to public order in Canada — Foreign legislation may be disregarded in toto as offensive to public policy, but cannot be redrafted — Parliament adopting by reference foreign legislation on adoption — Board to determine whether foreign adoption occurred in accordance with foreign law.*

*Conflict of laws — Immigration and Refugee Board granting adoptive status and refusing to apply foreign legislation invalidating adoption as latter discriminatory and contrary to public order in Canada — Immigration Regulations, 1978, defining “adopted” as meaning “adopted in accordance with the laws of . . . any country other than Canada” — Visa officer, Board to determine whether adoption occurred according to foreign law — No conflicting substantive laws since no federal legislation on adoption for immigration purposes — No conflict in sense of law which must apply to protect political, social and economic organization of Canada to exclusion in toto of foreign law normally applicable.*

This was an appeal from the decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board. The respondent purported to adopt in India his nine-year-old niece, and then sponsored her application for permanent residence. *Immigration Regulations, 1978* paragraph 4(1)(b) permits the sponsorship of a “dependent daughter”. The definition of “daughter” includes an adopted daughter and “adopted” means “adopted in accordance with the laws of . . . any country other than Canada”. The respondent already had two daughters, aged ten and sixteen, living in Canada. *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* (HAMA) provides that an adoptive parent must not have a Hindu daughter living at the time of adoption of a daughter. The visa officer refused to issue a visa on the ground that the adoption was invalid. On appeal, the respondent argued that he did not already have “Hindu” daughters

A-340-91

**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
(appellant)

a c.

**Jagdish Singh Sidhu** (intimé)

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) c. SIDHU (C.A.)

Cour d'appel, juges Hugessen, Desjardins et Décaré, J.C.A.—Montréal, 5 mars; Ottawa, 12 mars 1993.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demande parrainée au nom d'une fille censément adoptée en Inde — La Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'a pas la compétence d'accorder un état civil d'enfant adoptif invalide en droit étranger au motif que celui-ci était discriminatoire et contraire à l'ordre public au Canada — Une loi étrangère peut être complètement exclue comme étant contraire à l'ordre public mais elle ne peut être rédigée de nouveau — Le Parlement a adopté par renvoi la loi étrangère sur l'adoption — La Commission devait se demander si l'adoption étrangère avait eu lieu conformément à la loi étrangère.*

*Conflit des lois — La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a accordé un état civil d'enfant adoptif et a refusé d'appliquer une loi étrangère qui invalidait l'adoption vu que cette loi était discriminatoire et contraire à l'ordre public au Canada — En vertu du Règlement sur l'immigration de 1978, l'expression «adopté» signifie «adopté conformément aux lois de . . . tout pays autre que le Canada» — L'agent des visas et la Commission devaient se demander si l'adoption avait eu lieu conformément à la loi étrangère — Il n'y a pas de règle importante de conflit puisqu'il n'existe pas de loi fédérale sur l'adoption aux fins de l'immigration — Il n'y a pas de conflit en ce sens qu'il n'y a pas de loi qui doit s'appliquer de façon à protéger l'organisation politique, sociale et économique du Canada à l'exclusion du droit étranger normalement applicable.*

Il s'agit d'un appel d'une décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. L'intimé a cherché à adopter en Inde sa nièce âgée de neuf ans, puis a parrainé sa demande de résidence permanente. L'alinéa 4(1)(b) du *Règlement sur l'immigration de 1978* permet le parrainage d'une «fille à charge». La définition du terme «fille» comprend une fille adoptée et le terme «adoptée» signifie «adoptée conformément aux lois . . . de tout pays autre que le Canada». L'intimé avait déjà deux filles, âgées de dix et de seize ans, demeurant au Canada. Conformément à *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* (HAMA), un parent adoptif ne doit pas avoir de fille hindoue qui soit vivante au moment de l'adoption d'une fille. L'agent des visas a refusé de délivrer un visa au motif que l'adoption était invalide. En appel, l'intimé a plaidé qu'il n'avait pas déjà de fille «hindoue», vu que ses

since his two daughters had been born in Canada and no longer practised the Hindu religion. In allowing the appeal, the Board refused to apply HAMA as discriminatory and contrary to public order.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Board had no jurisdiction to grant a foreign adoptive status which was not valid under foreign law. Its jurisdiction is limited by the *Immigration Act*, which in turn is limited by the *Constitution Act, 1867*. Parliament has not legislated independently on the subject-matter of adoption for immigration purposes, but has adopted by reference foreign legislation. While there may be non-recognition due to public policy of a situation recognized by foreign legislation, the Board cannot redraft such legislation. The immigration authorities had a duty to assure themselves that a foreign adoption had occurred according to the foreign law and to give full effect to the adoption if valid according to HAMA.

There was no conflict of laws, either in the sense of conflicting substantive laws, since there is no federal adoption legislation, or in the sense of a law which must unilaterally and immediately apply to protect the political, social and economic organization of Canada to the exclusion *in toto* of the foreign law that would normally be applicable by virtue of the conflict of laws rule of Canada. The Board merely purged a clause of the foreign statute.

#### 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].

*Civil Code of Lower Canada*.

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

*Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956*, ss. 11(i)(ii), 16.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 77(1), (3) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 10, s. 6; (4th Supp.), c. 28, s. 33), 83 (as am. *idem*, s. 19), 84.

*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, ss. 2(1) (as am. by SOR/85-225, s. 1), 4(1)(b) (as am. by SOR/92-101, s. 4).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Parmar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] I.A.D.D. No. 180 (Q.L.).

##### REFERRED TO:

*Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 37; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.).

deux filles étaient nées au Canada et ne pratiquaient plus la religion hindoue. Accueillant l'appel, la Commission a refusé d'appliquer la HAMA qu'elle estimait discriminatoire et contraire à l'ordre public.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

La Commission n'avait pas la compétence voulue pour accorder un état civil étranger d'enfant adoptif, lequel état civil n'était pas valide en droit étranger. Sa compétence est restreinte par la *Loi sur l'immigration*, laquelle est, à son tour, assujettie à la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Parlement n'a pas légiféré de façon indépendante sur l'adoption aux fins de l'immigration, mais a adopté, par renvoi, la loi étrangère. Bien que la Commission puisse, pour des motifs d'ordre public, refuser une situation reconnue par une loi étrangère, elle ne peut refaire cette loi. Les autorités de l'immigration étaient tenues de vérifier si une adoption étrangère avait eu lieu en vertu du droit étranger et de donner plein effet à l'adoption si elle était valide en vertu de la HAMA.

Il n'y avait pas de conflit de lois, ni à cause du droit positif puisqu'il n'existe pas de loi fédérale sur l'adoption, ni à cause d'une loi d'application unilatérale et immédiate visant à protéger l'organisation politique, sociale et économique du Canada, à l'exclusion complète de la loi étrangère qui s'appliquerait normalement en vertu de la règle sur le conflit de lois du Canada. La Commission a tout simplement exclu une disposition de la loi étrangère.

#### 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].

*Code civil du Bas-Canada*.

*Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956*, art. 11 (i)(ii), 16.

*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].

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 77(1), (3) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 6; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 33), 83 (mod., *idem*, art. 19), 84.

*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/85-225, art. 1), 4(1)(b) (mod. par DORS/92-101, art. 4).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Parmar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] D.S.A.I. n° 180 (Q.L.).

##### DÉCISION CITÉE:

*Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 37; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.).

## AUTHORS CITED

- Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
- Groffier, Ethel. *Précis de droit international privé québécois*, 4<sup>e</sup> édition. Cowansville, Québec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990.
- Lagarde, Paul. *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959.

APPEAL from the Immigration and Refugee Board, Appeal Division's decision that a provision of an Indian statute, *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956*, should not be applied in determining the validity of an adoption which had taken place in India as the legislation was discriminatory and contrary to public order in Canada. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Martine Valois and Johanne Levasseur* for appellant.  
*Claudette Menghile* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Paquin, Pelletier, Montréal*, for respondent.

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

DESJARDINS J.A.: The sole issue to be decided in this appeal, pursuant to section 83 of the *Immigration Act*,<sup>1</sup> is whether the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board was entitled to conclude that clause 11(ii) of an Indian statute, *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* (HAMA), could not be applied so as to determine the validity of an adoption performed in India, because it is discriminatory and invalid as contrary to public order in Canada.

The respondent and his wife, through powers of attorney, purported to adopt in India, on October 18, 1988, the daughter of the respondent's sister named Jagmohan Kaur Sidhu (Dhaliwal). An adoption deed was issued by the office of the sub-registrar, Jagraon,

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19).

## DOCTRINE

- Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
- Groffier, Ethel. *Précis de droit international privé québécois*, 4<sup>e</sup> édition. Cowansville, Québec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990.
- Lagarde, Paul. *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959.

APPEL d'une décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle une disposition d'une loi indienne, *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956*, ne devrait pas être appliquée pour décider de la validité d'une adoption qui a eu lieu en Inde, vu que la loi était discriminatoire et contraire à l'ordre public au Canada. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Martine Valois et Johanne Levasseur* pour l'appellant.  
*Claudette Menghile* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'appellant.  
*Paquin, Pelletier, Montréal*, pour l'intimé.

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Dans le présent appel, il s'agit seulement de décider, conformément à l'article 83 de la *Loi sur l'immigration*<sup>1</sup>, si la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié était en droit de conclure que, du fait de son caractère discriminatoire et invalide, parce que contraire à l'ordre public au Canada, la clause 11(ii) d'une loi indienne, *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* (HAMA), ne pouvait pas s'appliquer pour déterminer la validité d'une adoption faite en Inde.

L'intimé et son épouse, par des procurations, ont cherché à adopter en Inde, le 18 octobre 1988, la fille de la sœur de l'intimé, appelée Jagmohan Kaur Sidhu (Dhaliwal). Un acte d'adoption a été délivré par le bureau du sous-registraire de Jagraon, district de

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19).

District of Ludhiana, Punjab, India. It bears a non-judicial stamp. The child was nine years old at the time of the adoption.

An application for permanent residence was made to the Canadian authorities on behalf of the child whom the respondent sponsored on November 16, 1988. During an interview in India, it was revealed that the sponsor already had two daughters of his own aged sixteen and ten, born and living in Canada.

The visa officer considered paragraph 4(1)(b) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172 (as am. by SOR/92-101), s. 2]<sup>2</sup> which provides for the admission to Canada of an unmarried son or daughter who meets the requirements specified therein. He referred to two definitions contained in the Regulations, namely the definition of the word "daughter" [as am. by SOR/85-225, s. 1]<sup>3</sup> which includes a female "who has been adopted by that person before having attained thirteen years of age" and the definition of the word "adopted"<sup>4</sup> which means "adopted in accordance with the laws of . . . any country other than Canada". This brought him to the provisions of *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956*, which governs Hindu adoptions in India, and particularly clause 11(ii) which reads:

11. . . .

(ii) if the adoption is of a daughter the adoptive father or mother by whom the adoption is made must not have a Hindu daughter or son's daughter (whether by legitimate

<sup>2</sup> 4. (1) Subject to subsections (2) and (3), every Canadian citizen and every permanent resident may, if he is residing in Canada and is at least 19 years of age, sponsor an application for landing made

...

(b) by his dependent son or dependent daughter;

<sup>3</sup> 2. (1) . . .

"daughter" means, with respect to a person, a female

(a) who is the issue of that person and who has not been adopted by another person, or

(b) who has been adopted by that person before having attained thirteen years of age;

<sup>4</sup> 2. (1) . . .

"adopted" means adopted in accordance with the laws of any province of Canada or of any country other than Canada or any political subdivision thereof where the adoption created a relationship of parent and child;

Ludhiana, dans le Punjab, en Inde. L'acte porte un timbre non judiciaire. L'enfant avait neuf ans au moment de l'adoption.

Une demande de résidence permanente a été faite, auprès des autorités canadiennes, au nom de l'enfant que l'intimé a parrainé le 16 novembre 1988. Pendant une entrevue en Inde, il est apparu que le répondant avait déjà deux filles, âgées de seize et de dix ans, nées au Canada et y demeurant.

L'agent des visas a examiné l'alinéa 4(1)(b) du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172 (mod. par DORS/92-101, art. 2)]<sup>2</sup> selon lequel un fils ou une fille célibataire qui répond à certains critères précis peut être admis au Canada. Il a fait référence à deux définitions du Règlement, notamment à la définition du terme «fille» [mod. par DORS/85-225, art. 1]<sup>3</sup> qui désigne une personne de sexe féminin «qui a été adoptée par cette personne avant l'âge de treize ans» et la définition du terme «adopté»<sup>4</sup> qui signifie «adopté conformément aux lois de . . . tout pays autre que le Canada». Il en est ensuite arrivé aux dispositions de *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* qui régit les adoptions hindoues en Inde et, en particulier, à la clause 11(ii) selon laquelle:

11. . . .

[TRADUCTION] (ii) si l'adoption vise une fille, le père ou la mère adoptive qui fait l'adoption ne doit pas avoir de fille hindoue, ou de petite-fille (que ce soit par un lien de sang

<sup>2</sup> 4. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), tout citoyen canadien ou résident permanent âgé d'au moins 19 ans et résidant au Canada peut parrainer une demande de droit d'établissement présentée par

...

b) un fils à sa charge ou une fille à sa charge;

<sup>3</sup> 2. (1) . . .

«fille» désigne, par rapport à une personne, une personne du sexe féminin

a) descendant de cette personne et qui n'a pas été adoptée par une autre personne, ou

b) qui a été adoptée par cette personne avant l'âge de treize ans.

<sup>4</sup> 2. (1) . . .

«adopté» signifie adopté conformément aux lois de toute province du Canada ou de tout pays autre que le Canada ou de toute subdivision politique de ces pays lorsque l'adoption crée un lien entre père et mère et enfant.

blood relationship or by adoption) living at the time of adoption.

In view of the fact that the sponsor had already two living daughters at the time of the adoption, the visa officer refused to issue the visa to the respondent's niece on the ground that the adoption was invalid and the niece was not a member of the family class as contemplated by subsection 77(1) of the *Immigration Act*.<sup>5</sup>

The respondent appealed the visa officer's decision to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board as he is entitled to do under subsection 77(3) of the *Immigration Act* [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 10, s. 6; (4th Supp.), c. 28, s. 33].<sup>6</sup> He particularly objected saying that he did not already have "Hindu" daughters since his two daughters were born in Canada and no longer practised or believed in the Hindu religion.

The Immigration and Refugee Board allowed the appeal. Referring to its earlier decision of *Parmar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>7</sup> it refused to apply clause 11(ii) of the HAMA because it felt it was discriminatory and contrary to public order. In the case of *Parmar*, Mr. Parmar, a Canadian citizen, had a Hindu son and daughter in Canada at the time of adoption. He pleaded success-

<sup>5</sup> 77. (1) Where a person has sponsored an application for landing made by a member of the family class, an immigration officer or a visa officer, as the case may be, may refuse to approve the application on the grounds that

(a) the person who sponsored the application does not meet the requirements of the regulations respecting persons who sponsor applications for landing, or

(b) the member of the family class does not meet the requirements of this Act or the regulations,

and the person who sponsored the application shall be informed of the reasons for the refusal.

<sup>6</sup> 77. . . .

(3) A Canadian citizen or permanent resident who has sponsored an application for landing that is refused pursuant to subsection (1) may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds:

(a) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

(b) on the ground that there exist compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief.

<sup>7</sup> [1991] I.A.D.D. No. 180 (Q.L.).

légitime ou par adoption) qui soit vivante au moment de l'adoption.

Vu que le répondant avait déjà deux filles vivantes au moment de l'adoption, l'agent des visas a refusé de délivrer un visa à la nièce de l'intimé au motif que l'adoption était invalide et que la nièce n'était pas un parent au sens du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'Immigration*.<sup>5</sup>

L'intimé a fait appel de la décision de l'agent des visas auprès de la section d'appel de la Commission d'immigration et du statut de réfugié, comme il a le droit de le faire en vertu du paragraphe 77(3) de la *Loi sur l'immigration* [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art 6; (4<sup>e</sup> suppl.) ch. 28, art. 33].<sup>6</sup> Il s'est particulièrement opposé à la décision en disant qu'il n'avait pas déjà de filles «hindoues», vu que ses deux filles sont nées au Canada et ne pratiquent plus la religion hindoue et ne sont plus croyantes.

La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a accueilli l'appel. Se référant à sa décision antérieure de *Parmar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*,<sup>7</sup> elle a refusé d'appliquer la clause 11(ii) de la HAMA, qu'elle estimait discriminatoire et contraire à l'ordre public. Dans l'affaire *Parmar*, M. Parmar, un citoyen canadien, avait un fils et une fille hindoue au Canada au moment de

<sup>5</sup> 77. (1) L'agent d'immigration ou l'agent des visas, selon le cas, peut rejeter une demande parrainée d'établissement présentée par un parent pour l'un ou l'autre des motifs suivants— dont doit être alors informé le répondant:

a) le répondant ne remplit pas les conditions fixées par les règlements;

b) le parent ne remplit pas les conditions fixées par la présente loi et ses règlements.

<sup>6</sup> 77. . . .

(3) S'il est citoyen canadien ou résident permanent, le répondant peut en appeler devant la section d'appel en invoquant les moyens suivants:

(a) question de droit, de fait ou mixte;

(b) raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.

<sup>7</sup> [1991] D.S.A.I. n° 180 (Q.L.).

fully that clauses 11(i) and (ii) of the HAMA<sup>8</sup> were discriminatory on the basis of religion and violated provisions 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.)<sup>a</sup> [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The Board concluded:<sup>9</sup>

A review of authorities and jurisprudence consulted on the scope of public order or public policy allows me to conclude that foreign law may not be applied in Canada when in conflict with our fundamental principles of justice.

...

The effect of the application of clauses 11(i) and (ii) of the HAMA is that Mr. Parmar, perhaps in the process, but surely in the result, is, in Canada, under the authority of Canadian statute, the subject of discrimination based on religion.

The refusal gives Canadian authority to this discrimination.

I find, therefore, that the present refusal based on a discriminatory provision of a foreign law is invalid as contrary to public order.

Hence, the following question: did the Board make a proper use of the concept of public order in the case at bar?

Paragraph 4(1)(b) of the *Immigration Regulations, 1978* recognizes as being a "member of the family class" a daughter "adopted in accordance with the laws of . . . any country other than Canada". At first sight, it is therefore the duty of the visa officer and of the Board to assure themselves that a foreign adoption has occurred according to the foreign law.

<sup>8</sup> Clauses 11(i) and (ii) of the HAMA read:

**11.** In every adoption, the following conditions must be complied with:

(i) if the adoption is of a son, the adoptive father or mother by whom the adoption is made must not have a Hindu son, son's son or son's son's son (whether by legitimate blood relationship or by adoption) living at the time of adoption;

(ii) if the adoption is of a daughter, the adoptive father or mother by whom the adoption is made must not have a Hindu daughter or son's daughter (whether by legitimate blood relationship or by adoption) living at the time of adoption.

<sup>9</sup> A.B., at pp. 74-76.

l'adoption. Il a plaidé avec succès que les clauses 11(i) et (ii) de la HAMA<sup>8</sup> créaient une discrimination fondée sur la religion et violaient les dispositions 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 Commission a conclu en ces termes<sup>9</sup>:

[TRADUCTION] Un examen de la jurisprudence consultée sur la portée de l'ordre public me permet de conclure que le droit étranger ne peut pas être appliqué au Canada lorsqu'il entre en conflit avec nos principes de justice fondamentale.

...

Il est certain que par l'application des clauses 11(i) et (ii) de la HAMA, M. Parmar fait l'objet au Canada, sous l'autorité de la loi canadienne, d'une discrimination fondée sur la religion.

Le refus confère une autorité canadienne à cette discrimination.

Je conclus donc que le refus actuel fondé sur une disposition discriminatoire d'une loi étrangère est invalide parce que contraire à l'ordre public.

D'où la question suivante: la Commission a-t-elle bien appliqué la notion d'ordre public en l'espèce?

L'alinéa 4(1)(b) du *Règlement sur l'immigration de 1978* reconnaît comme étant «une personne appartenant à la catégorie de la famille» une fille «adoptée conformément aux lois de . . . tout pays autre que le Canada». À première vue, l'agent des visas et la Commission sont donc tenus de vérifier si une adoption étrangère a eu lieu en vertu du droit étranger.

<sup>8</sup> Les clauses 11(i) et (ii) de la HAMA prévoient ce qui suit:

[TRADUCTION] **11.** Dans tous les cas d'adoption, les conditions suivantes doivent être respectées:

(i) si l'adoption vise un fils, le père ou la mère adoptive qui fait l'adoption ne doit pas avoir de fils hindou, de petit-fils, ou d'arrière-petit-fils (que ce soit par un lien de sang légitime ou par adoption) qui soit vivant au moment de l'adoption;

(ii) si l'adoption vise une fille, le père ou la mère adoptive qui fait l'adoption ne doit pas avoir de fille hindoue, ou de petite-fille (que ce soit par un lien de sang légitime ou par adoption) qui soit vivante au moment de l'adoption.

<sup>9</sup> D.A., aux p. 74 à 76.



Paragraph 4(1)(b) represents the conflict of laws rule of the *Immigration Act*.<sup>10</sup> There is here no “material” rule of conflict in the sense of a substantive rule of law applicable since there is no federal adoption legislation.<sup>11</sup> Nor are we in a situation where there is a law of “immediate application” in the sense of a law which must unilaterally and immediately apply so as to protect the political, social and economic organization of Canada to the exclusion of the foreign law that would normally be applicable by virtue of the conflict of laws rule of Canada.<sup>12</sup> Such a situation, when it occurs, can only have the effect of excluding *in toto* the relevant foreign legislation. For instance, if the present adoption were valid under the HAMA, but contrary to Canadian public policy, a rule of immediate application could stipulate that the adoption will not be recognized in Canada. The Canadian authorities would then be obligated to refuse to recognize an adoption performed abroad for reasons of public policy. This is not what the Board did, nor what the respondent is asking us to do.

What the Board did, and what the respondent submits as being correct in law, was to purge clause 11(ii) of the HAMA as being contrary to Canadian public policy and then to validate what would be an otherwise invalid adoption according to the Indian legislation. The Board did this in order to prevent what it saw as discrimination against the respondent, on the basis of religion, occurring “in Canada, under the authority of Canadian statute.”

In my view, the Board erred.

While it may be correct in law to refuse to apply a Canadian statute which would in effect discriminate on the basis of religion, the Board had no jurisdiction under the *Immigration Act* to grant a foreign adoptive

<sup>10</sup> Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1986), at p. 56.

<sup>11</sup> Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1986), at p. 15; Groffier, E. *Précis de droit international privé québécois*, 4th ed. (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1990), at p. 4.

<sup>12</sup> Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1986), at p. 14; Groffier, E. *Précis de droit international privé québécois*, 4th ed. (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1990), at p. 4.

L’alinéa 4(1)(b) énonce la règle sur le conflit de lois prévue dans la *Loi sur l’immigration*.<sup>10</sup> Il n’existe pas ici de règle «importante» de conflit, c’est-à-dire une règle de droit positif, qui soit applicable, puisqu’il n’existe pas de loi fédérale sur l’adoption<sup>11</sup>. Nous ne sommes pas non plus dans un cas où il existe une loi d’«application immédiate», c’est-à-dire une loi qui doit s’appliquer unilatéralement et immédiatement de façon à protéger l’organisation politique, sociale et économique du Canada, à l’exclusion du droit étranger qui s’appliquerait normalement en vertu de la règle sur le conflit de lois du Canada<sup>12</sup>. Une telle situation, lorsqu’elle se produit, ne peut avoir pour effet que d’exclure complètement la loi étrangère pertinente. Par exemple, si l’adoption actuelle était valide en vertu de la HAMA, mais contraire à l’ordre public au Canada, une règle d’application immédiate pourrait porter que l’adoption ne sera pas reconnue au Canada. Les autorités canadiennes seraient alors tenues de refuser de reconnaître une adoption faite à l’étranger pour des raisons d’ordre public. Ce n’est pas ce que la Commission a fait, ni ce que l’intimé nous demande de faire.

Ce qu’a fait la Commission, et ce que l’intimé soumet comme étant la bonne solution en droit, a été de rejeter la clause 11(ii) de la HAMA, comme étant contraire à l’ordre public au Canada et de valider ce qui serait autrement une adoption invalide au regard de la loi indienne. La Commission a agi ainsi afin d’empêcher ce qu’elle a considéré comme un acte discriminatoire fondé sur la religion à l’encontre de l’intimé, et qui s’est produit [TRADUCTION] «au Canada, sous l’empire d’une loi canadienne».

À mon avis, la Commission a erré.

Bien qu’il puisse être justifié en droit de refuser d’appliquer une loi canadienne qui aurait pour effet de faire une distinction fondée sur la religion, la Commission n’avait pas la compétence, en vertu de la

<sup>10</sup> Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1986), à la p. 56.

<sup>11</sup> Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1986), à la p. 15; Groffier, E. *Précis de droit international privé québécois*, 4<sup>e</sup> éd. (Cowansville, Québec: Yvon Blais, 1990), à la p. 4.

<sup>12</sup> Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1986) à la p. 14; Groffier, E. *Précis de droit international privé québécois*, 4<sup>e</sup> éd. (Cowansville, Québec: Yvon Blais, 1990), à la p. 4.

status which was not valid under foreign law on the grounds that the cause of invalidity is contrary to Canadian public policy. Its jurisdiction is limited by the Act which, in turn, is subject to the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. Parliament has not purported to legislate independently on the subject-matter of adoption for immigration purposes. On the contrary, on that very point, it defers or it adopts by reference the foreign legislation.<sup>13</sup>

The authorities and jurisprudence cited by the Board stand for a non-recognition due to public policy of a situation recognized by a foreign legislation. They do not support the Board's redrafting of a foreign legislation.

The respondent has brought to our attention French doctrinal authority apparently in support of some rearrangement of a foreign legislation so as to give it the style of the *lex fori*.<sup>14</sup> Whatever the extent of that proposed rearrangement is, I cannot read this statement as an invitation for the Court to modify the substance of the foreign legislation.

<sup>13</sup> The provision generally reflects the characterization made by English Canadian common law courts, i.e. that adoption relates to the recognition of the existence of a status and is governed by the *lex domicilii* (Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1986), at p. 381). Under article 6 of the *Civil Code of Lower Canada*, the status and capacity of a person are also governed by the law of his or her domicile.

<sup>14</sup> Lagarde, P. *Recherches sur l'ordre public en droit international privé* (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959), at p. 237:

[TRANSLATION] ... blind acceptance of the conflict rule by the judge would lead to absurdity, to inconsistencies that would undermine the very purpose of the conflict rule, namely ensuring consistency between legal systems so as to achieve a solution of a private law proceeding by the legislation best suited to resolving it. However, as this legislation is often very different from the *lex fori*, it must be adapted, and this is where the public interest comes in, not to eliminate the foreign law but to "clothe" it in local dress and enable it to be effective. This is not simply a fondness for paradox: as we have seen, the public interest was not intended to entirely replace the foreign law by the *lex fori*, simply to remove from the foreign law those few characteristics which could not be adapted to the local institutions affected. [My underlining]

*Loi sur l'immigration*, d'accorder un état civil étranger d'enfant adoptif, lequel état civil n'était pas valide en droit étranger, au motif que la cause de l'invalidité était contraire à l'ordre public au Canada. Sa compétence est restreinte par la Loi, laquelle est, à son tour, assujettie à la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. Le Parlement ne cherchait pas à légiférer de façon indépendante sur l'adoption aux fins de l'immigration. Au contraire, à ce point de vue, il renvoie à la loi étrangère ou l'adopte par renvoi<sup>13</sup>.

Selon la jurisprudence et la doctrine citées par la Commission, une situation reconnue par une loi étrangère ne doit pas être entérinée si elle est contraire à l'ordre public. Elles ne permettent pas à la Commission de rédiger de nouveau une loi étrangère.

L'intimé a attiré notre attention sur la doctrine française qui est apparemment favorable à un certain «habillage» d'une loi étrangère à la mode du *for*.<sup>14</sup> Quelle que soit la portée de l'«habillage» proposé, je ne puis voir dans cette déclaration une invitation, pour le tribunal, à modifier le fond de la loi étrangère.

<sup>13</sup> La disposition reflète généralement l'évaluation faite par les tribunaux de common law canadiens anglais, savoir que les adoptions sont liées à la reconnaissance de l'existence d'un statut et sont régies par la loi du lieu du domicile (Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1986), à la p. 381). Aux termes de l'article 6 du *Code civil du Bas-Canada*, le statut et la capacité d'une personne sont également régis par la loi de son domicile.

<sup>14</sup> Lagarde, P. *Recherches sur l'ordre public en droit international privé* (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959), à la p. 237:

... une soumission aveugle du juge à la règle de conflit aboutirait à des absurdités, à des incohérences qui iraient contre le but même de la règle de conflit, à savoir la coordination de systèmes juridiques en vue d'aboutir à la solution d'un litige de droit privé par la législation la plus apte à le régler. Mais, comme cette législation est souvent très différente de celle du *for*, elle doit lui être adaptée, et c'est là que l'ordre public intervient, non pas pour éliminer la loi étrangère, mais pour l'«habiller» à la mode du *for* et lui donner ses chances d'efficacité. Il n'y a pas là simple goût du paradoxe; on a vu que l'ordre public n'avait pas pour objet de substituer intégralement la loi du *for* à la loi étrangère, mais simplement d'éliminer de la loi du *for* les quelques éléments qui ne pouvaient pas s'adapter aux institutions du *for* mises en cause. [C'est moi qui souligne.]

What the immigration authorities are called upon to do, in the case at bar, is to give full effect to the adoption if valid according to the HAMA. In doing so, and contrary to the position taken by the respondent, the Board and the visa officer are not substituting themselves to an Indian court. They have the power and the duty to determine the status in India of a child but only for purposes of landing in Canada.

What they had to decide is essentially a question of fact. The Board and the visa officer had before them the HAMA legislation and evidence which rebutted the presumption of validity of the deed of adoption.<sup>15</sup> The Board, however, failed to deal with an objection raised by the respondent that he did not have "Hindu" daughters, since his daughters were born in Canada and no longer practised or believed in the Hindu religion.<sup>16</sup>

For these reasons, I would allow this appeal. I would set aside the decision of the Immigration and Refugee Board and I would refer the matter back to the Board for a rehearing and a redetermination in a manner not inconsistent with these reasons.

According to section 84 of the *Immigration Act* [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19], all costs of and incident to this appeal should be paid by Her Majesty on a solicitor and client basis.

HUGESSEN J.A.: I concur.

DÉCARY J.A.: I agree.

Les autorités de l'immigration sont, en l'espèce, appelées à donner plein effet à l'adoption si elle est valide en vertu de la HAMA. Lorsqu'ils le font, la Commission et l'agent des visas ne se substituent pas à un tribunal indien contrairement à ce que soutient l'intimé. Ils ont le pouvoir et le devoir de décider de l'état civil d'un enfant en Inde, mais seulement en ce qui concerne le droit d'établissement au Canada.

Ce qu'ils avaient à décider en l'espèce est essentiellement une question de fait. La Commission et l'agent des visas avaient connaissance de la HAMA et d'une preuve qui réfutait la présomption de validité de l'acte d'adoption<sup>15</sup>. La Commission a toutefois omis de statuer sur une objection soulevée par l'intimé qui soutient ne pas avoir de filles hindoues, puisque ses filles sont nées au Canada et ne pratiquent plus la religion hindoue ou ne sont plus croyantes<sup>16</sup>.

Pour ces motifs, j'accueillerais le présent appel. J'infirmes la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, et je renverrais la question à la Commission pour une nouvelle audition et un réexamen qui ne soit pas incompatible avec les présents motifs.

Conformément à l'article 84 de la *Loi sur l'immigration* [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19], les frais et dépens de cet appel devraient être payés par Sa Majesté, sur une base procureur-client.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

<sup>15</sup> See *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 37 (C.A.), at p. 40. S. 16 of the HAMA reads thus:

16. Whenever any document registered under any law for the time being in force is produced before any court purporting to record an adoption made and is signed by the person giving and the person taking the child in adoption, the court shall presume that the adoption has been made in compliance with the provisions of this Act unless and until it is disproved.

<sup>16</sup> A.B., at p. 29.

<sup>15</sup> Voir *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 37 (C.A.), à la p. 40. L'art. 16 de la HAMA se lit comme suit:

[TRADUCTION] 16. En l'absence de toute preuve contraire, tout tribunal doit présumer conforme à la présente loi l'adoption à l'égard de laquelle on produit un document enregistré aux termes d'une loi en vigueur et ayant pour objet de consigner ladite adoption accompagnée de remise à l'adoptant.

<sup>16</sup> D.A., à la p. 29.

A-811-91

A-811-91

**Siavash Vatanabadi (Applicant)****Siavash Vatanabadi (requérant)**

v.

c.

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

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Létourneau J.J.A.—Montréal, April 1; Ottawa, April 8, 1993.

c Cour d'appel, juges Hugessen, MacGuigan et Létourneau, J.C.A.—Montréal, 1<sup>er</sup> avril; Ottawa, 8 avril 1993.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Iranian applicant granted refugee status, international travel documents by Sweden — Now claiming Convention refugee status against Iran and Sweden — Adjudicator and Refugee Division member holding not within s. 46.01(1)(a), eligible to have claim decided by Refugee Division — Upon realizing overlooking s. 46.01(2), deciding to “revisit” eligibility question, conduct inquiry into credible basis of claim against Sweden — Not functus officio — No final “decision”, merely “determination”.*

*c Citoyenneté et immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Le requérant, citoyen iranien, s'était vu reconnaître le statut de réfugié et délivrer un titre de voyage international en Suède — Il revendique maintenant le statut de réfugié au sens de la Convention vis-à-vis de l'Iran et de la Suède — L'arbitre et le membre de la section du statut avaient conclu qu'il ne tombait pas sous le coup de l'art. 46.01(1)a) et que sa revendication était recevable par la section du statut — S'étant aperçus qu'ils n'avaient pas fait attention à l'art. 46.01(2), ils ont décidé de revenir sur la question de la recevabilité et de prononcer sur le minimum de fondement de la revendication vis-à-vis de la Suède — Il n'y a pas eu dessaisissement — Il n'y a pas eu «décision» définitive, juste des «conclusions».*

*Judicial review — Adjudicator and Refugee Division member determining applicant eligible to have claim dealt with by Refugee Division — Revisiting eligibility question when realizing error in overlooking statutory provision — Whether functus officio — Applicant's argument positing division of inquiry into separate, watertight compartments consecutive in time one to the other — Approach not that mandated by S.C.C. as to functus officio in case of administrative tribunals — Policy favouring finality of proceedings — Functus officio principle to be given flexible application to tribunals whose decisions appealable on point of law only.*

*f Contrôle judiciaire — L'arbitre et le membre de la section du statut avaient conclu que la revendication du requérant était recevable par la section du statut — Ils sont revenus sur la question de la recevabilité, s'étant aperçus qu'ils n'avaient pas fait attention à une disposition de la Loi — Il échet d'examiner s'il y a eu dessaisissement — L'argument du requérant pose en principe la division de l'enquête en deux procédures hermétiquement compartimentées qui se suivent l'une l'autre — Cette manière de voir n'est pas conforme à l'approche prescrite par la Cour suprême du Canada pour ce qui est de la règle du dessaisissement des tribunaux administratifs — Considérations de principe favorisant l'irrévocabilité des procédures — L'application du principe du dessaisissement doit être plus souple vis-à-vis des tribunaux administratifs dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit.*

This was an application to set aside the decision of an Adjudicator and Refugee Division member (the tribunal) that the applicant lacked a credible basis to his refugee claim. In 1987 the applicant, an Iranian citizen, left Iran and was granted refugee status in Sweden which also issued international travel documents to him. In January 1990 he came to Canada and claimed refugee status. *Immigration Act*, paragraph 46.01(1)(a) provided that a person was not eligible to have a Convention refugee claim determined by the Refugee Division if he was recognized by any other country as a Convention refugee and had been issued a valid and subsisting travel document by that

*i Il y a en l'espèce demande de contrôle judiciaire contre la décision par laquelle un arbitre et un membre de la section du statut (le tribunal) ont conclu que la revendication du statut de réfugié, faite par le requérant, ne justifiait pas d'un minimum de fondement. En 1987, le requérant, qui est citoyen iranien, quitte l'Iran et se voit reconnaître le statut de réfugié en Suède, où il obtient également un titre de voyage international. En janvier 1990, il arrive au Canada et y revendique le statut de réfugié. L'alinéa 46.01(1)a) de la Loi sur l'immigration prévoyait que la revendication du statut de réfugié n'était pas recevable si le demandeur s'était vu reconnaître le statut de réfugié au*

country. The tribunal held that since the applicant was making a refugee claim against Sweden as well as Iran, he did not fall within paragraph 46.01(1)(a) and was therefore eligible to have his claim decided by the Refugee Division. Shortly thereafter subsection 46.01(2) was brought to the tribunal's attention. That subsection provides that a person is eligible to have a claim determined by the Refugee Division if he has a credible basis for a well-founded fear of persecution in the country which recognized him as a Convention refugee. The tribunal decided to "revisit" the question of eligibility and to conduct an inquiry as to whether or not there was a credible basis to the applicant's claim to have a well-founded fear of persecution in Sweden. Ultimately the tribunal decided that the claimant did not have a credible basis and did not meet the eligibility criteria. Paragraph 46(1)(b) provided that the adjudicator and member of the Refugee Division shall determine whether the claimant was eligible to have the claim determined by the Refugee Division; paragraph 46(1)(c) provided that if the claimant was determined to be so eligible, his credible basis shall be determined. The applicant alleged that the tribunal was *functus officio*. Having determined the applicant to be eligible, it was not free to "revisit" the matter and was obliged to continue with the next stage of its inquiry, namely the credible basis of the claim against Iran.

*Held*, the application should be dismissed.

The applicant's argument seemed to posit a division of the inquiry mandated by paragraphs 46(1)(b) and (c) into separate, watertight compartments which are consecutive in time one to the other. Subsection 46(1) does not require any temporal sequence such as occurs in the criminal trial process. The legislation quite strongly suggests that eligibility and access to a Refugee Division hearing by virtue of having a credible basis to the claim are the subject of a single decision. Section 46.02 indicates that the adjudicator and the member of the Refugee Division are each called upon to make "determinations" with respect to both eligibility and credible basis, but that those "determinations" are then incorporated into a single "decision" which marks the conclusion of their inquiry. The tribunal was not *functus officio* and had not exhausted its mandate until that decision had been reached.

The Supreme Court of Canada has stated that the general rule that the final decision of an administrative tribunal cannot be revisited because the tribunal has changed its mind was based on the policy ground which favours finality of proceedings, rather than the rule which was developed with respect to the formal judgments of a court whose decision was subject to full appeal. Application of the rule must therefore be more flexible with respect to the decisions of administrative tribunals which are subject to appeal only on a point of law. A policy which favours finality of proceedings would require that the tribunal, having only just started its inquiry, be allowed to correct its obvious mistake. Such policy would not be advanced by insisting on continuation down a path which all concerned knew and admitted was fatally flawed. The tribunal's ultimate decision was subject to review only on a point of

sens de la Convention par un autre pays, lequel lui a délivré un titre de voyage en cours de validité. Le tribunal conclut que puisque le requérant revendiquait le statut de réfugié vis-à-vis de la Suède tout aussi bien que de l'Iran, il ne tombait pas sous le coup de l'alinéa 46.01(1)a) et était donc recevable à être entendu par la section du statut. Tout de suite après, les dispositions du paragraphe 46.01(2) ont été portées à l'attention du tribunal. Ce texte prévoit que le demandeur est recevable à être entendu par la section du statut s'il craint, avec un minimum de fondement, d'être persécuté dans le pays qui lui a reconnu le statut de réfugié. Le tribunal a décidé de revenir sur la question de la recevabilité et de tenir une enquête pour vérifier si le requérant justifiait d'un minimum de fondement dans sa prétention qu'il craignait d'être persécuté en Suède. En fin de compte, le tribunal a décidé que le requérant ne justifiait pas d'un minimum de fondement et ne satisfaisait pas aux critères de recevabilité. L'alinéa 46(1)b) prévoyait que l'arbitre et le membre de la section du statut déterminaient si la revendication était recevable par la section du statut; l'alinéa 46(1)c) prévoyait qu'en cas de conclusion de recevabilité, ils déterminaient si la revendication avait un minimum de fondement. Le requérant soutient que le tribunal a été dessaisi de l'affaire, et que celui-ci, l'ayant déclaré recevable, n'avait pas le droit de revenir sur la question et était tenu de passer au stade suivant de son enquête, savoir la vérification du minimum de fondement de la revendication vis-à-vis de l'Iran.

*Arrêt*: la demande doit être rejetée.

Il semble que l'argument du requérant pose en principe la division de l'enquête prévue aux alinéas 46(1)b) et c) en deux procédures hermétiquement compartimentées qui se suivent l'une l'autre. Il n'y a au paragraphe 46(1) aucune prescription de succession dans le temps telle que la connaissent les procès criminels. Le texte de loi signifie catégoriquement que la recevabilité et l'accès à une audition de la section du statut en vertu d'un minimum de fondement font l'objet d'une décision unique. Il ressort de l'article 46.02 que l'arbitre et le membre de la section du statut sont appelés chacun à tirer des «conclusions» au sujet à la fois de la recevabilité et du minimum de fondement, mais que ces conclusions sont incorporées ensuite dans une décision «unique» qui marque la clôture de leur enquête. Le tribunal n'était pas dessaisi et n'avait pas vidé son mandat avant d'avoir rendu sa décision.

La Cour suprême du Canada pose pour principe que la règle générale selon laquelle un tribunal administratif ne peut changer d'avis et revenir sur sa décision définitive est fondée sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures, et non sur la règle applicable aux dispositifs de jugement des tribunaux judiciaires, qui sont susceptibles d'appel proprement dit. L'application de la règle doit donc être plus souple à l'égard des décisions de tribunaux administratifs, qui ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur un point de droit. Les considérations de principe qui favorisent l'irrévocabilité des procédures exigent que le tribunal, qui a tout juste commencé son enquête, soit à même de redresser une erreur manifeste. Ce serait aller à l'encontre de ces considérations de principe que d'insister sur la poursuite d'une démarche que tous les intéressés savaient irrémédiablement défectueuse. La décision finale

law and, since it was manifest that such a decision would be wrong in law if the error were not at once corrected, a flexible and pragmatic approach required that such correction be effected forthwith. The applicant would not suffer any prejudice as a result of the tribunal recognizing its mistake and recommencing its inquiry.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 46(1) (as am. *idem*), 46.01 (as enacted *idem*, s. 14), 46.02 (as enacted *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277.

APPLICATION to set aside, on the ground that Adjudicator and Refugee Division member were *functus officio*, the decision that the applicant lacked a credible basis to his refugee claim. Application dismissed.

##### COUNSEL:

*Noël Saint-Pierre* for applicant.  
*Sylvie Martin* for respondent.

##### SOLICITORS:

*Saint-Pierre & Associés*, Montréal, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

HUGESSEN, J.A.: The purpose of refugee law being to provide protection against persecution in their home countries to those in need of it, claims to refugee status can, as a rule, only be asserted against the claimant's country of nationality or, for persons without nationality, of habitual residence. This is reflected

du tribunal ne serait susceptible de contrôle judiciaire que sur les points de droit et, comme il était manifeste qu'elle serait entachée d'une erreur de droit si la faute n'était pas immédiatement corrigée, une approche souple et pragmatique exigeait que cette correction se fasse sur-le-champ. Le requérant ne subirait aucun préjudice du fait que le tribunal s'est aperçu de son erreur et a recommencé son enquête.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), 46(1) (mod., *idem*), 46.01 (édicte, *idem*, art. 14), 46.02 (édicte, *idem*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277.

DEMANDE d'annulation, par ce motif que l'arbitre et le membre de la section du statut étaient desaisis, de leur décision portant que la revendication du statut de réfugié faite par le requérant ne justifiait pas d'un minimum de fondement. Demande rejetée.

##### AVOCATS:

*Noël Saint-Pierre* pour le requérant.  
*Sylvie Martin* pour l'intimé.

##### PROCUREURS:

*Saint-Pierre & Associés*, Montréal, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: La législation en matière de réfugiés ayant pour objet de protéger ceux qui ont besoin de cette protection contre la persécution dans leur pays d'origine, il est de règle que la revendication du statut de réfugié ne peut se faire que vis-à-vis du pays de nationalité du demandeur ou, si celui-ci

in the definition of Convention refugee in the *Immigration Act*:<sup>1</sup>

“Convention refugee” means any person who

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

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

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

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

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

As a consequence, where a person has successfully obtained safe haven in another country, that person is disqualified from making any further claims to refugee status; “country shopping” is discouraged. Thus, it was provided in the former<sup>2</sup> text of paragraph 46.01(1)(a) [as enacted *idem*, s. 14]:

46.01 (1) A person who claims to be a Convention refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if

(a) the claimant has been recognized by any country, other than Canada, as a Convention refugee and has been issued a valid and subsisting travel document by that country pursuant to Article 28 of the Convention;

It may, however, happen that a claimant seeks and obtains refuge in a country where he is, or becomes, again subject to persecution. This possibility was recognized in the former text of subsection 46.01(2) [as enacted *idem*]:

46.01 . . .

(2) Notwithstanding paragraph (1)(a), a person is eligible to have a claim determined by the Refugee Division if, in the opinion of the adjudicator or the member of the Refugee Division considering the claim, the person has a credible basis for a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion,

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

<sup>2</sup> The relevant legislation was changed [S.C. 1992, c. 49, ss. 35, 36, 37] with effect February 1, 1993.

n’a pas de nationalité, de son pays de résidence habituelle. Cette règle s’exprime par la définition de réfugié au sens de la Convention, que donne la *Loi sur l’immigration*<sup>1</sup> comme suit:

a «réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

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

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

(ii) soit, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne veut y retourner;

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

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

Il s’ensuit que la personne qui a trouvé asile dans un autre pays n’est plus admissible à revendiquer à nouveau le statut de réfugié; le «magasinage» de pays en pays n’est pas acceptable. C’est précisément ce que prévoyait l’ancien texte<sup>2</sup> de l’alinéa 46.01(1)a) [édicte, *idem*, art. 14]:

46.01 (1) La revendication de statut n’est pas recevable si le demandeur se trouve dans l’une ou l’autre des situations suivantes:

a) s’il s’est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par un autre pays, lequel lui a délivré un titre de voyage en cours de validité aux termes de l’article 28 de la Convention;

Il peut cependant arriver que le demandeur soit de nouveau en proie à la persécution dans le pays où il a trouvé asile. Cette possibilité est prévue dans l’ancien texte du paragraphe 46.01(2) [édicte, *idem*]:

46.01 . . .

(2) L’alinéa (1)a) ne fait pas obstacle à la recevabilité de la revendication si l’arbitre ou le membre de la section du statut estime que le demandeur craint—et cette crainte a un minimum de fondement—d’être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

<sup>2</sup> Le texte de loi a été modifié [L.C. 1992, ch. 49, art. 35, 36, 37] à compter du 1<sup>er</sup> février 1993.

nationality, membership in a particular social group or political opinion in the country that recognized the person as a Convention refugee.

The upshot of this disposition was that, where a claimant under the former system had successfully claimed refugee status in another country and, claiming a fear of persecution in that country as well, came to Canada to claim refugee status here, the first stage or access tribunal was faced with the obligation of a double determination of credible basis.

The statutory framework of the tribunal's function was set out in subsection 46(1) [as am. *idem*]:

46. (1) Where an inquiry is continued or a hearing is held before an adjudicator and a member of the Refugee Division,

(a) the adjudicator shall, in the case of an inquiry, determine whether the claimant should be permitted to come into Canada or to remain therein, as the case may be;

(b) the adjudicator and the member shall determine whether the claimant is eligible to have the claim determined by the Refugee Division; and

(c) if either the adjudicator or the member or both determine that the claimant is so eligible, they shall determine whether the claimant has a credible basis for the claim.

By the combined effect of paragraph 46(1)(b) and subsection 46.01(2), the tribunal was required, in the determination of such a claimant's eligibility, to assess the credible basis of his claim against the country in which he had originally sought and obtained refuge. By the terms of paragraph 46(1)(c), read with the definition of Convention refugee and the other applicable legislation, the tribunal was also obliged to determine whether the claimant had a credible basis for his claim against his country of nationality. In order to have his claim referred to a hearing before the Refugee Division, where, of course, only his alleged fear of persecution in his home country would be relevant, the claimant had to overcome both these hurdles.

The applicant is a person to whom these provisions applied. He is an Iranian citizen. In November 1987, he left Iran and took up residence in Sweden where he claimed and was granted refugee status. He was issued with an international travel document by the Swedish authorities. In January 1990, he came to Canada and claimed refugee status here. In answer to question 12, in his personal information form, "In

social ou de ses opinions politiques dans le pays qui lui a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention.

Il résulte de cette disposition que sous le régime précédemment en vigueur, si quelqu'un craignait d'être persécuté dans le pays où il avait obtenu le droit d'asile et venait revendiquer le statut de réfugié au Canada, le tribunal chargé de statuer sur la recevabilité de la demande était tenu de tirer une double conclusion sur le minimum de fondement.

Le cadre légal de la fonction du tribunal était défini au paragraphe 46(1) [mod., *idem*]:

46. (1) Les règles suivantes s'appliquent aux enquêtes ou audiences tenues devant un arbitre et un membre de la section du statut:

a) dans le cas d'une enquête, l'arbitre détermine si le demandeur de statut doit être autorisé à entrer au Canada ou à y demeurer, selon le cas;

b) l'arbitre et le membre déterminent si la revendication est recevable par la section du statut;

c) si au moins l'un des deux conclut à la recevabilité, ils déterminent ensuite si la revendication a un minimum de fondement.

Par l'effet conjugué de l'alinéa 46(1)(b) et du paragraphe 46.01(2), le tribunal était requis, pour prononcer sur la recevabilité de la revendication, de vérifier si celle-ci avait un minimum de fondement au regard du pays où le demandeur avait trouvé asile. Par l'effet de l'alinéa 46(1)(c), envisagé à la lumière de la définition de réfugié au sens de la Convention et des autres dispositions applicables, le tribunal était également tenu de vérifier si la revendication avait un minimum de fondement vis-à-vis du pays dont le demandeur avait la nationalité. Celui-ci avait donc à franchir ces deux obstacles avant que sa demande ne fût entendue par la section du statut dont l'audience, bien entendu, ne porterait que sur sa crainte d'être persécuté dans son pays d'origine.

Le requérant en l'espèce est une personne soumise à l'application de ces dispositions. Citoyen iranien, il quitte l'Iran en novembre 1987 pour s'établir en Suède où il se voit reconnaître le statut de réfugié et où les autorités lui délivrent un titre de voyage international. En janvier 1990, il arrive au Canada et y revendique le statut de réfugié. À la question n° 12 du Formulaire de renseignements personnels: «Dans



which country or countries do you fear persecution?”, he replied “Sweden and Iran” (case, at page 176).

At the hearing which was held pursuant to subsection 46(1), it is clear that both the Adjudicator and the case presenting officer were unfamiliar with and confused by the applicable legislative provisions which they apparently had not encountered before.<sup>3</sup> The transcript tells the story:

ADJUDICATOR: Mr Southward, do you have a position on the eligibility of the refugee claim to proceed?

CASE PRESENTING OFFICER: Yes Mr Adjudicator, the Commission is satisfied that Mr Vatnabadi [*sic*] is eligible for access to considerations of Convention refugee.

ADJUDICATOR: Fine, Mr Yerzy, do you have any submissions or evidence on the point?

COUNSEL: No comment.

ADJUDICATOR: Mr Ng, do you have any questions or an opinion about eligibility which you wish to express?

I.R.B. MEMBER: I have a bit of a concern on the Convention refugee status of the claimant as reflected in answer to question 17. I'm not, in connection with that I'm not quite sure whether Exhibit C-3 as produced is, we don't have the original at the present moment.

ADJUDICATOR: He's not quite sure whether Exhibit C-3 . . .

I.R.B. MEMBER: . . . is indeed a passport recognized by the country. We don't have the original at the present moment I realize that, and I also notice that from question, answer to question 12, that the claimant is making, is fleeing persecution from both countries of Iran and Sweden.

And my concern is the confirmation that he, the person concerned indeed had the passport issued by Sweden then he would be, he would have the right to return to Sweden.

ADJUDICATOR: I believe that the concerns that the board member raised are legitimate. And that we have to be satisfied that the claimant is eligible to proceed with a hearing to the Immigration and Refugee Board. For the benefit of Mr Vatnabadi [*sic*], the section of the Act the board member is referring to is 46.01(1), subsection (a).

And it reads as follows:

“A person who claims to be a Convention refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if the claimant has been recognized by any country other

<sup>3</sup> The member of the Refugee Division seems to have had an inkling that something was amiss; the claimant's counsel (not the same as on the application to this Court) was, as appears from his intervention towards the end of the quoted passage, quite able to see the interrelationship between s. 46.01(1)(a) and s. 46.01(2).

quel(s) pays craignez-vous d'être persécuté(e)?», il répond: «Suède et Iran» (Dossier de la requête, page 176).

a Il est visible qu'à l'audience tenue en application du paragraphe 46(1), l'arbitre et l'agent chargé de présenter le cas se perdaient dans les dispositions applicables auxquelles ils n'avaient manifestement jamais eu affaire auparavant<sup>3</sup>. Cela ressort de la transcription de l'audience:

[TRADUCTION] L'ARBITRE: Monsieur Southward, que pensez-vous de la recevabilité de la revendication de statut de réfugié?

L'AGENT CHARGÉ DE PRÉSENTER LE CAS: Oui, Monsieur l'arbitre, la Commission conclut que M. Vatnabadi [*sic*] est recevable à demander le statut de réfugié au sens de la Convention.

c L'ARBITRE: Très bien, Monsieur Yerzy, avez-vous des observations à faire ou des preuves à produire à ce sujet?

L'AVOCAT: Non.

d L'ARBITRE: Monsieur Ng, désirez-vous poser des questions ou faire des observations au sujet de la recevabilité?

LE MEMBRE DE LA CISR: J'ai certaines réserves au sujet du statut de réfugié au sens de la Convention du demandeur, vu la réponse à la question 17. Je ne suis pas trop sûr, à cet égard, si la pièce C-3, telle qu'elle est produite, nous n'en avons pas l'original en ce moment.

L'ARBITRE: Il n'est pas trop sûr si la pièce C-3 . . .

f LE MEMBRE DE LA CISR: . . . est en fait un passeport reconnu par le pays. Nous n'en avons pas l'original en ce moment, je m'en rends compte, et je remarque aussi que d'après la réponse faite par le demandeur à la question 12, il fuit la persécution à la fois en Iran et en Suède.

Et mon point est que si le demandeur a vraiment un passeport délivré par la Suède, il doit avoir le droit d'y retourner.

g L'ARBITRE: Je pense que la préoccupation exprimée par le membre de la Commission est légitime. Et qu'il faut que nous soyons convaincus que le demandeur est recevable à être entendu par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Pour la gouverne de M. Vatnabadi [*sic*], la disposition de la Loi dont fait état le membre de la Commission est le paragraphe 46.01(1), alinéa a).

Et voici ce qu'il prévoit:

i «La revendication de statut n'est pas recevable si le demandeur s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par un autre pays, lequel lui a délivré un titre de

<sup>3</sup> Le membre de la section du statut semblait sentir que quelque chose n'allait pas; l'avocat du demandeur (qui n'était pas le même que celui qui le représente devant la Cour) voyait parfaitement le lien entre l'art. 46.01(1)a) et l'art. 46.01(2), comme en témoigne son intervention vers la fin du passage cité.

than Canada as a Convention refugee and has been issued a valid and subsisting travel document by that country, pursuant to Article 28 of the Convention."

Since it is set out in your PIF on question 17 that you were recognized as a Convention refugee in Sweden, and on page 1 of Exhibit C-3, it says: "Travel document, Convention of 28 July, 1951". It raises some questions in obviously the board member and my mind as well, as to whether or not you fall within this section.

Now since Mr Southward expressed the opinion of the Commission that they are satisfied with eligibility, maybe I will start with him and ask him why he formed that opinion given this apparent discrepancy?

CASE PRESENTING OFFICER: Mr Adjudicator, it is the Commission's understanding from the personal information form, and from discussions with counsel, that Mr Vatnabadi [*sic*] is now making a refugee claim against Sweden as well as one against Iran.

It would be my understanding that under those circumstances he would be eligible for access.

The case presenting officer was clearly wrong. The transcript continues:

ADJUDICATOR: I understand. We'll take a brief recess now and I will discuss it with the board member and we'll come back on the record see how we want to proceed.

—RECESSED—

—RESUMED—

ADJUDICATOR: This inquiry is resumed with the same parties present.

The board member and I have discussed the matter and reached a decision on the question of eligibility. Clearly if Mr Vatnabadi [*sic*] was not claiming refugee status against Sweden as well the, I think the Commission would be contesting the eligibility of the claim to proceed.

However, I understand that since Mr Vatnabadi [*sic*] is claimant refugee status against Sweden as well, the question of [*sic*] whether or not they have issued a travel document, passport, et cetera, would take it outside of the definition of 46.01(1)(a). Since the fact that the country in which you are alleging to be fleeing persecution the fact that that country would issue a travel document, or recognize you as a refugee, would not reflect on eligibility.

The tribunal has adopted the case presenting officer's error. It then gives effect to it:

Therefore the board member and I are finding that you are eligible to have your claim decided by the Immigration and Refu-

voyage en cours de validité aux termes de l'article 28 de la Convention.»

Étant donné que vous avez répondu à la question 17 du FRP qu'on vous a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention en Suède, et que la page 1 de la pièce C-3 indique: «Titre de voyage, Convention du 28 juillet 1951», le membre de la Commission et moi-même nous demandons si cet article ne s'applique pas à votre cas.

Mais puisque M. Southward nous a dit que la Commission jugeait la demande recevable, je vais commencer par lui demander comment il en est arrivé à cette conclusion vu cette contradiction manifeste.

L'AGENT CHARGÉ DE PRÉSENTER LE CAS: Monsieur l'arbitre, la Commission conclut des réponses sur le Formulaire de renseignements personnels et des indications données par l'avocat du demandeur, que M. Vatnabadi [*sic*] revendique maintenant le statut de réfugié vis-à-vis de la Suède tout aussi bien que de l'Iran.

À mon sens, sa demande est recevable dans ces conditions.

L'agent chargé de présenter le cas s'est entièrement fourvoyé. Voici la suite de la transcription:

[TRADUCTION] L'ARBITRE: Je vois. Nous allons suspendre brièvement l'audience, et je consulterai le membre de la Commission puis au retour, nous ferons officiellement savoir comment nous allons poursuivre l'instruction.

—SUSPENSION—

—REPRISE—

L'ARBITRE: Nous reprenons l'enquête avec les mêmes parties présentes.

Le membre de la Commission et moi-même avons discuté de la question et sommes parvenus à une décision au sujet de la recevabilité. Il est clair que si M. Vatnabadi [*sic*] ne revendiquait pas également le statut de réfugié vis-à-vis de la Suède, je pense que la Commission conclurait à l'irrecevabilité de la demande.

Mais à mon sens, puisque M. Vatnabadi [*sic*] revendique le statut de réfugié tout aussi bien vis-à-vis de la Suède, il ne tombe pas sous le coup de l'alinéa 46.01(1)a) du fait que ce pays lui a délivré un titre de voyage, un passeport, etc. Puisque le pays qui vous a délivré un titre de voyage ou vous a reconnu le statut de réfugié est aussi celui que vous dites fuir par crainte d'y être persécuté, cela n'affecte pas la recevabilité de votre demande.

Le tribunal a ainsi fait sienne l'erreur commise par l'agent chargé de présenter le cas, erreur à laquelle il donne ensuite effet comme suit:

[TRADUCTION] Le membre de la Commission et moi-même en concluons que vous êtes recevable à saisir la Commission de

gee Board. We are deciding that the claim is eligible to proceed to a hearing with the Immigration and Refugee Board.

I will now go on to the credible basis of this claim. Mr Vatnabadi [*sic*], for your information I will set out now that the test at this level concerns whether there is any credible or trustworthy evidence on which the Refugee Division might determine you to be a Convention refugee.

The burden of persuading the board member and I to hold that opinion rests with you. Do you understand?

PERSON CONCERNED: Yes.

ADJUDICATOR: Okay. Before we get into this Mr Southward, do you have, have you formed the position of the Minister on the question of credible basis?

CASE PRESENTING OFFICER: At this time Mr Adjudicator, the Commission is contesting the issue of credible basis.

ADJUDICATOR: Would it be possible to have a brief discussion at this point that we might be able to narrow the issues on the credible basis. I will still be asking counsel to present his case first. However, it might help matters if we knew that, whether or not you were going to contest against both Iran and Sweden?

Or Sweden and Iran? If it is just Sweden it might be able to help us expedite matters.

CASE PRESENTING OFFICER: It would be my position Mr Adjudicator, that having already been recognized as a Convention refugee from Iran by Sweden that he is not . . . that the issue of Iran is not really relevant to this inquiry.

The case presenting officer is wrong again; in fact the claimant is eligible, only Iran, his country of nationality, is relevant to the question as to whether he fits the definition of Convention refugee. The transcript continues:

I would submit that his eligibility at this point would relate only to a claim from Sweden and not to any claim from Iran since he has already received refugee status in relation to that claim.

ADJUDICATOR: But the individual is claiming refugee status from, to be recognized from both countries.

I will throw the issue to counsel, are you claiming refugee status from both countries or just Sweden?

COUNSEL: Well actually my knowledge of these, I have to claim against both countries because I cannot tell when these proceedings will end, if which is conceivable they go on for years,

l'immigration et du statut de réfugié. Nous décidons que la demande est recevable à l'audition par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

J'examine maintenant la question de savoir si cette demande a un minimum de fondement. Monsieur Vatnabadi [*sic*], pour votre gouverne, je rappelle qu'en cet état de la cause, le critère réside dans la question de savoir s'il y a des preuves crédibles et dignes de foi, sur lesquelles la section du statut pourrait se fonder pour conclure que vous êtes un réfugié au sens de la Convention.

C'est à vous qu'il incombe d'en convaincre le membre de la Commission et moi-même. Est-ce que vous comprenez?

L'INTÉRESSÉ: Oui.

L'ARBITRE: Très bien. Avant que nous n'en venions là, monsieur Southward, pouvez-vous nous dire quelle est la position du ministre sur cette question du minimum de fondement?

L'AGENT CHARGÉ DE PRÉSENTER LE CAS: Monsieur l'arbitre, en cet état de la cause, la Commission conteste qu'il y ait minimum de fondement.

L'ARBITRE: Nous serait-il possible d'avoir une brève consultation maintenant pour circonscrire cette question du minimum de fondement. Je demanderai à l'avocat du demandeur de présenter en premier sa plaidoirie. Ce serait cependant utile si nous savions à l'avance si vous allez contester la revendication à la fois pour l'Iran et pour la Suède.

Ou la Suède et l'Iran? Si c'est juste à l'égard de la Suède, cela allégerait d'autant l'audience.

L'AGENT CHARGÉ DE PRÉSENTER LE CAS: J'estime, monsieur l'arbitre, que le demandeur ayant été reconnu par la Suède comme réfugié au sens de la Convention en provenance de l'Iran, il n'est pas qu'il n'y a pas lieu d'envisager la revendication au regard de l'Iran.

L'agent chargé de présenter le cas se trompe encore sur ce point; si en fait le demandeur est recevable, seul l'Iran, son pays de nationalité, constitue le facteur à prendre en considération pour examiner s'il répond à la définition de réfugié au sens de la Convention. Voici la suite de la transcription:

[TRADUCTION] Je pense qu'en cet état de la cause, la question de recevabilité ne se pose que pour sa revendication vis-à-vis de la Suède, et non de l'Iran, puisqu'il a déjà obtenu le statut de réfugié à l'égard de ce dernier pays.

L'ARBITRE: Mais cette personne revendique le statut de réfugié vis-à-vis de ces deux pays à la fois.

Je vais poser la question à son avocat, revendiquez-vous le statut de réfugié vis-à-vis des deux pays ou juste de la Suède?

L'AVOCAT: Vu l'état du dossier, je dois revendiquer vis-à-vis des deux pays à la fois, parce que je ne sais pas quand cette procédure se terminera, car si elle se prolonge pendant des

which I can't know for sure, he may lose his status in Sweden and then I would have done him an injustice.

I have something which I need to raise.

ADJUDICATOR: Well okay you can . . .

COUNSEL: . . . or rather I will let you finish your thought, but it further goes to the point.

ADJUDICATOR: Oh, well if it goes to the point you are more than encouraged to raise it, counsel.

COUNSEL: I'm looking at section 46.01(1) and 46.01(2). And okay, one, 46.01(1)(a) mentions that he is excluded from making, he's not eligible because he is a refugee in another country. But then (2), my reading of (2) is he's eligible to have his claim determined if in the opinion of the adjudicator or the member of the Refugee Division the person has a credible basis.

So by my reading, and mind you, just fallen into this situation, as he's been ruled eligible, notwithstanding 46.01(1)(a), it seems that a judgement with respect to credible basis has already been made, otherwise we couldn't have ruled him eligible.

I've never been involved in this exact proceeding, but the wording says he's eligible if, in the opinion of the adjudicator or member he has a credible basis. He cannot be eligible unless he has a credible basis. And we've said he's eligible, so he must have a credible basis.

ADJUDICATOR: Well . . .

COUNSEL: . . . that's a question as much as it is a statement, but I have to frame it in terms of a submission for the record.

Counsel has correctly understood the law. The Adjudicator immediately sees the point:

ADJUDICATOR: Well it looks like the board member and I made a mistake in not considering subsection (2) when we reached our decision of eligibility and went ahead and found your client eligible because he didn't fall under (1)(a).

And in that situation I would state that we have not found therefore that he has a credible basis. And I agree with counsel, I believe on the reading of (2) that is it much more pertinent to this situation than (1)(a) as, since you're claiming that there is a credible basis for a well-founded fear of persecution from the country that recognized Mr Vatnabadi [sic] as a Convention refugee.

Since we went ahead and made the decision concerning eligibility without considering that section, I'm going to have to take a recess to figure out what to do now. (Case, at pages 18-21) [Emphasis added.]

In due course, the tribunal decided to "revisit" the question of eligibility and to conduct an inquiry as to

années, ce qui n'est pas impossible et que je ne saurais prédire, mon client pourrait perdre son statut en Suède et ce lui aurais fait une injustice.

Il y a un point que je dois soulever.

a L'ARBITRE: Très bien, vous pouvez . . .

L'AVOCAT: . . . ou plutôt je vous laisserai finir ce que vous avez à dire, mais ma question touche au cœur du problème.

L'ARBITRE: Ah bon, si ça touche au cœur du problème, nous vous encourageons certainement à soulever ce point, maître.

b L'AVOCAT: Examinons les paragraphes 46.01(1) et 46.01(2). Voilà, d'une part, l'alinéa 46.01(1)a fait qu'il n'est pas recevable puisqu'il est déjà réfugié dans un autre pays. Mais d'autre part, si je comprends bien le paragraphe (2), il est recevable à faire sa demande si de l'avis de l'arbitre ou du membre de la section du statut, il justifie d'un minimum de fondement.

D'après mon interprétation, puisqu'il a été déclaré recevable malgré l'alinéa 46.01(1)a, il semble qu'il y a eu déjà un jugement sur le minimum de fondement, autrement nous n'aurions pu le déclarer recevable.

Je n'ai jamais participé à une instance identique à celle-ci, mais selon le libellé de la disposition, il est recevable si, de l'avis de l'arbitre ou du membre, il justifie d'un minimum de fondement. Il ne peut pas être recevable à moins d'avoir un minimum de fondement. Et puisque nous avons dit qu'il est recevable, sa demande doit avoir un minimum de fondement.

L'ARBITRE: . . . Eh bien

f L'AVOCAT: . . . voilà une question tout aussi bien qu'une assertion, mais il faut que je la formule à titre d'argument formel.

L'avocat du requérant a correctement interprété la loi. L'arbitre s'en est aperçu immédiatement:

g [TRADUCTION] L'ARBITRE: Eh bien, il semble que le membre de la Commission et moi-même avons commis une erreur pour ne pas avoir fait attention au paragraphe (2) lorsque nous examinons la question de la recevabilité et que nous déclarions votre client recevable du fait qu'il ne tombait pas sous le coup de l'alinéa (1)a.

h Dans ce cas, il faut dire que pour cette raison, nous n'avons pas conclu qu'il a un minimum de fondement. Et je conviens avec l'avocat du demandeur, après examen du paragraphe (2), que celui-ci est bien plus applicable en l'espèce que l'alinéa (1)a, puisque vous soutenez que la crainte de persécution dans le pays qui a reconnu à M. Vatnabadi [sic] le statut de réfugié au sens de la Convention a un minimum de fondement.

i Puisque nous avons statué sur la question de la recevabilité sans avoir égard à cette disposition, il me faut suspendre l'audience pour décider ce que je dois faire maintenant. (Dossier de la requête, pages 18-21) [Non souligné dans le texte.]

j Le tribunal a finalement décidé de revenir sur la question de la recevabilité et de tenir une enquête

whether or not there was a credible basis to the applicant's claim to have a well-founded fear of persecution in Sweden. After a number of adjournments, most of them at the applicant's request, the tribunal ultimately concluded that there was no such credible basis and on May 9, 1991, it issued its formal decision to the effect that the applicant did not meet the eligibility criteria (case, at page 261).

At the hearing before us, the only ground of error pressed by the applicant was based on the doctrine of *functus officio*: the tribunal, it was said, having already determined the applicant to be eligible, was not at liberty to "revisit" the matter and was obliged to continue with the next stage of its inquiry, namely the credible basis of the applicant's claim against Iran. I do not agree.

In the first place, the argument seems to me to posit a division of the inquiry mandated by paragraphs 46(1)(b) and (c) into separate, watertight compartments which are consecutive in time one to the other. In argument, counsel made the analogy to a criminal trial where the verdict necessarily precedes the sentencing hearing and where the latter clearly cannot be allowed in any way to impact upon the finding of guilt which has gone before.<sup>4</sup> There is not, in the text of subsection 46(1), however, any requirement of temporal sequence such as occurs in the criminal trial process. On the contrary, it seems to me that the legislation quite strongly suggests that eligibility and access to a Refugee Division hearing by virtue of having a credible basis to the claim are the subject of a single decision, albeit one which may have more than one part. The text of section 46.02 [as enacted *idem*] read:

**46.02 (1)** Where both the adjudicator and the member of the Refugee Division determine that the claimant is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division or does not have a credible basis for the claim, they shall give their deci-

<sup>4</sup> I am not certain as to the accuracy of the analogy. Certainly, where there has been a plea (as opposed to a verdict) of guilty, it would not seem to be inappropriate for a judge to set such plea aside as a result of information obtained in the sentencing hearing. The requirements of justice would surely have to displace any purely formalistic considerations based on the doctrine of *functus officio*.

pour vérifier si le requérant justifiait d'un minimum de fondement dans sa prétention qu'il craignait la persécution en Suède. Après un certain nombre d'ajournements, pour la plupart à la demande du requérant, le tribunal a conclu qu'il n'y avait pas un minimum de fondement, et le 9 mai 1991, il a rendu sa décision aux termes de laquelle le requérant ne satisfaisait pas aux critères de recevabilité (Dossier de la requête, page 261).

Devant la Cour, le seul motif d'erreur pris par le requérant est fondé sur la règle du dessaisissement (*functus officio*): le tribunal, ayant déclaré le requérant recevable, n'avait pas le droit de revenir sur la question et était tenu de passer au stade suivant de son enquête, savoir la vérification du minimum de fondement de la revendication vis-à-vis de l'Iran. Je ne suis pas de cet avis.

En premier lieu, il semble que cet argument pose en principe la division de l'enquête prévue aux alinéas 46(1)(b) et c) en deux procédures hermétiquement compartimentées qui se suivent l'une l'autre. Au cours de son argumentation, l'avocat du requérant fait l'analogie avec un procès criminel où le verdict de culpabilité précède nécessairement l'audience sur l'application de la peine, et où celle-ci ne saurait affecter la déclaration de culpabilité qui l'a précédée<sup>4</sup>. Il n'y a cependant dans le texte du paragraphe 46(1) aucune prescription de succession dans le temps telle que la connaissent les procès criminels. Au contraire, il me semble que le texte de loi signifie catégoriquement que la recevabilité et l'accès à une audition de la section du statut en vertu d'un minimum de fondement font l'objet d'une décision unique, encore que celle-ci puisse comporter plusieurs parties. Voici le texte de l'article 46.02 [édicte, *idem*]:

**46.02 (1)** S'ils en viennent tous les deux à la conclusion que la revendication n'est pas recevable par la section du statut ou qu'elle n'a pas un minimum de fondement, l'arbitre et le membre de la section du statut prononcent leur décision, motifs à

<sup>4</sup> Je ne suis pas sûr de la justesse de l'analogie. Il est certain qu'en cas d'aveu de culpabilité (qui n'est pas la même chose que la déclaration de culpabilité), il ne serait pas déplacé que le juge annule cet aveu à la lumière des renseignements qui ressortent de l'audience sur l'application de la peine. Les exigences de la justice doivent certainement l'emporter sur des considérations purement formalistes fondées sur la règle du dessaisissement.

sion and the reasons therefor as soon as possible after making the determination and in the presence of the claimant wherever practicable and, where the matter is before an inquiry, the adjudicator shall, subject to subsection 4(2.1), take the appropriate action under section 32 with respect to the claimant.

(2) Where either the adjudicator or the member of the Refugee Division or both determine that the claimant is eligible to have the claim determined by the Refugee Division and either or both of them determine that the claimant has a credible basis for the claim, they shall give their decision and the reasons therefor as soon as possible after making the determinations and in the presence of the claimant wherever practicable and shall forthwith refer the claim to the Refugee Division, in the manner and form prescribed by the rules of the Board, and, where the matter is before an inquiry, the adjudicator shall take the appropriate action under subsection 32(1), (3) or (4) or section 32.1 with respect to the claimant. [Emphasis added.]

This text, and particularly subsection 46.02(2), indicates to me that the Adjudicator and the member of the Refugee Division are each called upon to make "determinations" with respect to both eligibility and credible basis, but that those "determinations" are then incorporated into a single "decision" which marks the conclusion of their inquiry. That being so, the tribunal cannot be said to be *functus officio* or to have exhausted the purposes for which it was brought into being until that decision has been reached. In other words, the decision of the access tribunal may be made up of a number of components, depending on the views of each of the two members on each of the two questions before them, but no component or combination of components falling short of what is required by the statute constitutes a final decision of the tribunal disposing of the question remitted to it. In the context of this case, that did not occur until May 9, 1991.

Furthermore, it seems to me that this view of the matter is in conformity with the approach mandated by the Supreme Court of Canada for issues of *functus officio* in relation to administrative tribunals. In *Chandler v. Alberta Association of Architects*,<sup>5</sup> Sopinka J., speaking for the majority, said [at pages 861-862]:

... there is a sound policy reason for recognizing the finality of proceedings before administrative tribunals. As a general rule, once such a tribunal has reached a final decision in respect to the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdic-

<sup>5</sup> [1989] 2 S.C.R. 848.

l'appui, le plus tôt possible et en présence du demandeur si les circonstances le permettent. S'il s'agit d'une enquête, l'arbitre prend ensuite, sous réserve du paragraphe 4(2.1), les mesures qui s'imposent aux termes de l'article 32.

(2) Si au moins l'un d'eux conclut à la recevabilité de la revendication, et au moins l'un d'eux conclut que celle-ci a un minimum de fondement, l'arbitre et le membre de la section du statut prononcent leur décision, motifs à l'appui, le plus tôt possible, en présence du demandeur si les circonstances le permettent, et défèrent sans délai le cas à la section du statut, selon les modalités prévues par les règles de la Commission. S'il s'agit d'une enquête, l'arbitre prend ensuite les mesures qui s'imposent aux termes des paragraphes 32(1), (3) ou (4) ou de l'article 32.1. [Non souligné dans le texte.]

Je conclus de cet article, et en particulier de son paragraphe (2), que l'arbitre et le membre de la section du statut sont appelés chacun à tirer des «conclusions» au sujet à la fois de la recevabilité et du minimum de fondement, mais que ces conclusions sont incorporées ensuite dans une «décision» unique qui marque la clôture de leur enquête. Il s'ensuit qu'on ne peut pas dire que le tribunal est dessaisi ou a vidé l'objet de son mandat tant qu'il n'aura pas rendu cette décision. En d'autres termes, la décision du tribunal chargé de l'instruction préliminaire de la revendication peut comporter plusieurs éléments, mais aucun élément ou combinaison d'éléments qui n'accomplisse pas intégralement ce que prescrit la loi ne constitue la décision définitive du tribunal sur la question dont il est saisi. En l'espèce, cette décision définitive n'a été rendue que le 9 mai 1991.

D'ailleurs, il me semble que cette manière de voir est conforme à l'approche prescrite par la Cour suprême du Canada pour ce qui est de la règle du dessaisissement des tribunaux administratifs. Dans *Chandler c. Alberta Association of Architects*<sup>5</sup>, le juge Sopinka, rendant le jugement de la majorité, s'est prononcé en ces termes [aux pages 861 et 862]:

... la reconnaissance du caractère définitif des procédures devant les tribunaux administratifs se justifie par une bonne raison de principe. En règle générale, lorsqu'un tel tribunal a statué définitivement sur une question dont il était saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis

<sup>5</sup> [1989] 2 R.C.S. 848.

tion or because there has been a change of circumstances. It can only do so if authorized by statute or if there has been a slip or error within the exceptions enunciated in *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, *supra*.

To this extent, the principle of *functus officio* applies. It is based, however, on the policy ground which favours finality of proceedings rather than the rule which was developed with respect to formal judgments of a court whose decision was subject to a full appeal. For this reason I am of the opinion that its application must be more flexible and less formalistic in respect to the decisions of administrative tribunals which are subject to appeal only on a point of law. Justice may require the reopening of administrative proceedings in order to provide relief which would otherwise be available on appeal. [Emphasis added.]

Here, as it seems to me, not only had the tribunal not reached a final decision in respect of the matter before it, but a policy which favours finality of proceedings would require that the tribunal, having only just started its inquiry, be allowed to correct its obvious mistake. Such policy would not be advanced by insisting on a time-wasting and quite unnecessary continuation down a path which all concerned knew and admitted was fatally flawed. The tribunal's ultimate decision was only subject to review on a point of law and, since it was manifest that such decision would be wrong in law if the error were not at once corrected, a flexible and pragmatic approach required that such correction be effected forthwith.

This was not a case where any prejudice could be suffered by the applicant as a result of the tribunal's recognizing its mistake and recommencing its inquiry. Nothing irrevocable had been done based upon the tribunal's mistaken view of the law and there was no obstacle standing in the way of its going back and starting again. It would have done an injustice if it had failed to do so.

I would dismiss the section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] application.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé. Il ne peut le faire que si la loi le lui permet ou s'il y a eu un lapsus ou une erreur au sens des exceptions énoncées dans l'arrêt *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, précité.

a Le principe du *functus officio* s'applique dans cette mesure. Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d'une cour de justice dont la décision peut faire l'objet d'un appel en bonne et due forme. C'est pourquoi j'estime que son application doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décisions rendues par des tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Il est possible que des procédures administratives doivent être rouvertes, dans l'intérêt de la justice, afin d'offrir un redressement qu'il aurait par ailleurs été possible d'obtenir par voie d'appel. [Non souligné dans le texte.]

a En l'espèce, j'estime que non seulement le tribunal n'était pas parvenu à une décision définitive sur la question dont il était saisi, mais encore que les considérations de principe qui favorisent l'irrévocabilité des procédures, exigeaient que le tribunal, qui a tout juste commencé son enquête, fût à même de redresser une erreur manifeste. Ce serait aller à l'encontre de ces considérations de principe que d'insister sur la poursuite futile d'une démarche que tous les intéressés savaient irrémédiablement défectueuse. La décision finale du tribunal ne serait susceptible de contrôle judiciaire que sur les points de droit et, comme il était manifeste qu'elle serait entachée d'une erreur de droit si la faute n'était pas immédiatement corrigée, une approche souple et pragmatique exigeait que cette correction se fasse sur-le-champ.

b Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où le requérant pourrait subir un préjudice du fait que le tribunal s'est aperçu de son erreur et a recommencé son enquête. Rien d'irrévocable n'a été fait par suite de la méprise du tribunal sur les règles de droit applicables et rien ne s'opposait à ce qu'il revienne sur ses pas et recommence. Il aurait commis une injustice s'il ne l'avait pas fait.

i Je me prononce pour le rejet de la demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)].

j LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

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



IMM-352-93

IMM-352-93

Verona Seegoolam Petit (*Applicant*)Verona Seegoolam Petit (*requérante*)

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration  
(*Respondent*)

a

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration  
(*intimé*)INDEXED AS: *PETTIT v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT  
AND IMMIGRATION) (T.D.)*

b

RÉPERTORIÉ: *PETTIT c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE  
L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Ottawa, February 28, 1993.

Section de première instance, juge Reed—Ottawa,  
28 février 1993.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application for stay of removal order pending disposition of application for leave to apply for judicial review of decision insufficient humanitarian and compassionate grounds to permit landing application from within Canada — Purpose of enacting Federal Court Act, s. 18.2 — Within jurisdiction under, s. 18.2 to grant stay of removal order in context of judicial review proceeding to preserve status quo — Divergence of opinion in T.D. requiring resolution by F.C.A.*

c

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant qu'il soit statué sur une demande d'autorisation de demander le contrôle judiciaire d'une décision portant qu'il n'existait pas de considérations humanitaires suffisantes pour que le droit d'établissement puisse être revendiqué au Canada — Objet de l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale — L'art. 18.2 est attributif de compétence pour accorder, aux fins de maintenir le statu quo, le sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi dans le contexte d'une procédure de contrôle judiciaire — La divergence d'opinions au niveau de la Section de première instance nécessite que la Cour d'appel fédérale tranche.*

d

e

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Interview to determine bona fides of applicant's marriage to Canadian citizen held on eve of deportation despite applicant's requests to determine matter earlier — No opportunity to challenge decision — Reasons for decision on bona fides not communicated to applicant — Arguable case, balance of convenience favouring applicant, irreparable harm to applicant as respondent largely responsible for unfair situation, even though no threat of physical harm in Trinidad.*

f

g

*Citoyenneté et immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — L'entrevue visant à déterminer si le mariage de la requérante avec un citoyen canadien avait été contracté de bonne foi n'a eu lieu qu'à la veille de l'expulsion, bien que la requérante ait demandé plusieurs fois qu'une décision soit rendue antérieurement — Aucune possibilité de contester la décision — Les motifs de la décision sur la question de la bonne foi n'ont pas été communiqués à la requérante — Un argument soutenable a été présenté, la prépondérance des inconvénients joue en faveur de la requérante et celle-ci subira un préjudice irréparable, et ce même s'il n'existe pour elle aucune menace de préjudice physique à la Trinité, car c'est surtout à l'intimé qu'est imputable l'injustice de la situation.*

This was an application for a stay of a removal order pending disposition of an application for leave to apply for judicial review of the decision that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds to permit the applicant to apply for landing from within Canada. The applicant came from Trinidad to Canada with her two children in 1988. She married a Canadian citizen in June 1992. She requested determination as to whether there were sufficient humanitarian and compassionate grounds to allow her to apply for landing from within Canada on the ground of her marriage to a Canadian citizen. On February 5, 1993 she and her husband were interviewed. The applicant was lead to believe that the marriage would probably be found to be *bona fide*. Four days later she was informed that the marriage was not considered *bona fide* and that there were insufficient humanitarian and compassionate

h

i

j

Il s'agit d'une demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant qu'il soit statué sur une demande d'autorisation de demander le contrôle judiciaire de la décision portant qu'il n'existait pas de considérations humanitaires suffisantes pour qu'il soit permis à la requérante de revendiquer, au Canada, le droit d'établissement. En 1988, la requérante, accompagnée de ses deux enfants, a quitté la Trinité pour venir au Canada. Ayant épousé un citoyen canadien en juin 1992, elle a par la suite demandé qu'une décision soit rendue sur la question de savoir s'il existait des considérations humanitaires suffisantes pour qu'elle puisse demander, au Canada, le droit de s'y établir du fait de son mariage avec un citoyen canadien. Le 5 février 1993, la requérante et son mari ont passé une entrevue. On a laissé croire à la requérante que le mariage serait probablement jugé avoir été contracté de bonne foi.

grounds to justify an application for landing from within the country. This conclusion was apparently reached after the interviewer discussed the interview with his supervisor. The issues were whether the Court had jurisdiction to stay a removal order and whether such a stay should be granted in this case.

*Held*, the application should be allowed.

The Court had jurisdiction to issue a stay of a removal order under *Federal Court Act*, section 18.2, which provides that "on an application for judicial review, the Trial Division may make such interim orders as it considers appropriate pending the final disposition of the application." It would be desirable for the Court of Appeal to resolve the divergence of opinion in the Trial Division as to whether the Court has jurisdiction to stay a removal order. Section 18.2 gives the Court authority to grant interlocutory injunctions in the context of a judicial review proceeding in order to preserve the *status quo*, not merely the effectiveness and integrity of the proceedings before it.

The applicant had an arguable case. She was summoned to an interview on the eve of deportation, so that she had no opportunity to challenge any decision arising therefrom before deportation was to be effected. The decision concluding that the marriage was *bona fide* was overruled for reasons which were never communicated to her and to which she was denied an opportunity of responding. The balance of convenience weighed in the applicant's favour. The additional time required to conclude these proceedings will be minimal in comparison to the length of time the applicant has already been in Canada, and the disruption to the applicant if she were required to return to Trinidad and then to come back to Canada would be much greater than any inconvenience to the respondent. Although it was more difficult to say that the applicant would suffer irreparable harm if returned to a country where there was no threat of physical danger, that the eleventh-hour situation in which the applicant and her children found themselves was largely of the respondent's making and smacked of unfairness was an overriding consideration.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 52.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 17), 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102).
- Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J-1, s. 4.
- Rules of the Supreme Court* (U.K.), O. 53, r. 3(10)(a).

Quatre jours plus tard, elle a été informée que le mariage était considéré comme n'ayant pas été contracté de bonne foi et qu'il n'existait pas de considérations humanitaires suffisantes pour justifier qu'une demande du droit d'établissement se fasse au Canada. Cette conclusion semble avoir été tirée après que l'interviewer eut discuté de l'entrevue avec son surveillant. Les questions en litige sont celle de savoir si la Cour a compétence pour surseoir à l'exécution d'une mesure de renvoi et celle de savoir s'il y a lieu à un tel sursis en l'espèce.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

Aux termes de l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui porte que «la Section de première instance peut, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, prendre les mesures provisoires qu'elle estime indiquées avant de rendre sa décision définitive», la Cour a compétence pour ordonner le sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi. Étant donné la divergence d'opinions au sein de la Section de première instance sur cette question de compétence, il serait souhaitable que la Cour d'appel la tranche. L'article 18.2 habilite la Cour à accorder des injonctions interlocutoires destinées à maintenir le statu quo dans le contexte d'une procédure de contrôle judiciaire et non pas simplement à préserver l'efficacité et l'intégrité des procédures introduites devant elle.

L'argument avancé par la requérante était soutenable. Elle a été convoquée à l'entrevue à la veille de son expulsion, de sorte qu'elle n'a eu aucune possibilité de contester avant l'expulsion la décision prise à la suite de l'entrevue. La décision que le mariage avait été contracté de bonne foi a été annulée pour des motifs qui n'ont jamais été communiqués à la requérante et auxquels elle n'a pas eu la possibilité de répondre. La prépondérance des inconvénients joue en faveur de la requérante. Le temps qui devra encore s'écouler avant l'issue de cette procédure sera minime par rapport au temps que la requérante a déjà passé au Canada, tandis que le bouleversement que cela entraînerait pour la requérante si elle était obligée de retourner à la Trinité pour ensuite revenir au Canada dépasserait nettement tout inconvénient pour l'intimé. Bien qu'il soit plus difficile d'affirmer que la requérante subirait un préjudice irréparable si elle était renvoyée dans un pays où il n'existe aucune menace de danger physique, il reste que c'est surtout l'intimé qui a mis la requérante et ses enfants dans une situation où tout doit se faire à la dernière heure, ce qui sent l'injustice et constitue en l'espèce une considération prépondérante.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
- Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J-1, art. 4.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 52.1 (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 17, 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102).
- Rules of the Supreme Court* (R.-U.), O. 53, r. 3(10)(a).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## NOT FOLLOWED:

*Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 92-T-1647, Strayer J., order dated 17/11/92, F.C.T.D., not yet reported.

## CONSIDERED:

*Kerrutt v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 53 F.T.R. 93 (F.C.T.D.); *Khan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 92-T-1311, MacKay J., order dated 6/11/92, F.C.T.D., not yet reported.

## REFERRED TO:

*Hosein v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 17 Imm. L.R. (2d) 125 (F.C.T.D.); *Hamilton v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 1 F.C. 3; (1990), 36 F.T.R. 167; 11 Imm. L.R. (2d) 225 (T.D.); *Paul v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 93-T-86, Noël J., order dated 21/1/93, F.C.T.D., not yet reported; *Regina v. Licensing Authority Established under Medicines Act 1968, Ex parte Smith Kline & French Laboratories Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 Q.B. 574 (C.A.); *Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Herbage*, [1987] 1 Q.B. 872; *People First of Ontario et al. v. Regional Coroner of Niagara et al.* (1991), 54 O.A.C. 182 (C.A.); *Middlesex (County) v. Ontario (Minister of Municipal Affairs)*, [1992] O.J. No. 1145 (Gen. Div.) (Q.L.); *Dennison v. Algonquin College of Applied Arts and Technology et al.* (1990), 38 O.A.C. 134 (Div. Ct.); *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

Employment and Immigration Canada. *Examination and Enforcement*. Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1991.  
 Sgayias, Davis, et al. *Federal Court Practice 1990*. Toronto: Carswell, 1990.  
 Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPLICATION for a stay of a removal order pending disposition of an application for leave to apply for judicial review of a decision that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds to justify allowing the applicant to apply for landing from within Canada. Application allowed.

## WRITTEN REPRESENTATIONS MADE BY:

*Murray Tkatch* for applicant.  
*Harley R. Nott* for respondent.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION NON SUIVIE:

*Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 92-T-1647, juge Strayer, ordonnance en date du 17-11-92, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Kerrutt c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 53 F.T.R. 93 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Khan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 92-T-1311, juge MacKay, ordonnance en date du 6-11-92, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Hosein c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 17 Imm. L.R. (2d) 125 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Hamilton c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 1 C.F. 3; (1990), 36 F.T.R. 167; 11 Imm. L.R. (2d) 225 (1<sup>re</sup> inst.); *Paul c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 93-T-86, juge Noël, ordonnance en date du 21-1-93, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite; *Regina v. Licensing Authority Established under Medicines Act 1968, Ex parte Smith Kline & French Laboratories Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 Q.B. 574 (C.A.); *Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Herbage*, [1987] 1 Q.B. 872; *People First of Ontario et al. v. Regional Coroner of Niagara et al.* (1991), 54 O.A.C. 182 (C.A.); *Middlesex (County) v. Ontario (Minister of Municipal Affairs)*, [1992] O.J. No. 1145 (Div. gén.) (Q.L.); *Dennison v. Algonquin College of Applied Arts and Technology et al.* (1990), 38 O.A.C. 134 (C. div.); *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.F.).

## DOCTRINE

Emploi et Immigration Canada. *Examen et application de la loi*. Ottawa: Emploi et Immigration Canada, 1991.  
 Sgayias, Davis, et al. *Federal Court Practice 1990*. Toronto: Carswell, 1990.  
 Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

DEMANDE de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant qu'il soit statué sur une demande d'autorisation de demander le contrôle judiciaire de la décision portant qu'il n'existait pas de considérations humanitaires suffisantes pour justifier qu'il soit permis à la requérante de revendiquer, au Canada, le droit d'établissement. Demande accueillie.

## OBSERVATIONS ÉCRITES PRÉSENTÉES PAR:

*Murray Tkatch* pour la requérante.  
*Harley R. Nott* pour l'intimé.

## SOLICITORS:

*Tkatch & Young*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

REED J.: The applicant seeks a stay of a removal order which is scheduled to be executed on Friday, February 26, 1993.

The applicant arrived in Canada, from Trinidad, on November 23, 1988 with her two children who are now aged 7 and 11. She claimed refugee status. She states that she became engaged to her present spouse in 1991 and married him in June of 1992.

At least two and perhaps three requests were made by her after that date, seeking a determination as to whether there were sufficient humanitarian and compassionate grounds to allow her to apply for landing from within Canada, on the ground that she was married to a Canadian citizen. Requests to the Immigration authorities to deal with this issue are contained in letters of August 13, 1992 and October 13, 1992.

On February 5, 1993, she and her husband were asked to attend for a marriage interview. They were interviewed separately by a Mr. Murray Carnegie. At the end of the interviews, the applicant states that Mr. Carnegie indicated "it[s] looks good." She states in her affidavit, dated February 17, 1993:

I verily believe from the comment of the immigration officer, my knowledge of the interview, the questions that were asked and my discussions with my husband, that the interview, in fact, did go very well and that there was no basis to doubt the genuine nature of my marriage.

Four days after that interview, on February 9, 1993, the applicant was notified that she would be required to leave Canada by February 26, 1993, and that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds to justify allowing her to apply for landing from within the country. I quote again from her affidavit:

When Mr. Carnegie told me the result of my interview on the 9th of February, 1993, he advised me that the decision was

## PROCUREURS:

*Tkatch & Young*, Toronto, pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE REED: La requérante demande le sursis à l'exécution, prévue pour le vendredi 26 février 1993, d'une mesure de renvoi.

Accompagnée de ses deux enfants, maintenant âgés de sept et de onze ans, la requérante est arrivée au Canada de la Trinité le 23 novembre 1988. Elle a revendiqué le statut de réfugié. Elle dit s'être fiancée à son conjoint actuel en 1991 et l'avoir épousé en juin 1992.

Postérieurement à cette date, elle a demandé à deux et peut-être à trois reprises qu'une décision soit rendue sur la question de savoir s'il existait des considérations humanitaires suffisantes pour qu'elle puisse demander, au Canada, le droit de s'y établir du fait qu'elle était l'épouse d'un citoyen canadien. Des demandes de trancher cette question ont été adressées aux autorités de l'Immigration dans des lettres en date du 13 août et du 13 octobre 1992.

Le 5 février 1993, la requérante et son mari ont été convoqués à une entrevue au sujet de leur mariage. Ils ont été interrogés séparément par un nommé M. Murray Carnegie. Au terme des entrevues, affirme la requérante, M. Carnegie a dit: [TRADUCTION] «c'est prometteur». Dans son affidavit en date du 17 février 1993, elle déclare:

[TRADUCTION] Je crois en vérité, me fondant sur l'observation de l'agent d'immigration, sur ce que j'ai vécu à l'entrevue, sur les questions posées et sur mes discussions avec mon mari, que l'entrevue s'est en fait très bien passée et qu'il n'y avait aucune raison de douter du caractère véritable de mon mariage.

Quatre jours après cette entrevue, soit le 9 février 1993, la requérante a été avisée qu'elle devait quitter le Canada le 26 février 1993 au plus tard et qu'il n'existait pas de considérations humanitaires suffisantes pour justifier qu'il lui soit permis de demander, au Canada, le droit d'établissement. Je cite de nouveau son affidavit:

[TRADUCTION] Quand M. Carnegie m'a fait part de l'issue de mon entrevue le 9 février 1993, il a indiqué que la décision

negative because my marriage was not bona fide and that was after he had discussed the case with his supervisor. I verily believe that all the information I had from Mr. Carnegie was that he was of the opinion that the marriage was, in fact, bona fide notwithstanding that that was not the ultimate decision given to me.

The first issue raised by this case is whether there is any jurisdiction in this Court to issue a stay of a removal order in a case such as the present. There are clearly divergent views on this subject held by different members of this Court. Mr. Justice Strayer in *Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (not yet reported, November 17, 1992, 92-T-1647), stated that such jurisdiction did not exist. The full text of that decision is as follows:

The only order potentially under attack in the application for leave to seek judicial review is the decision of an immigration officer refusing special treatment on humanitarian and compassionate grounds. The applicant seeks a stay of a removal order pending determination of that application.

It is well established that a stay may not be granted to prevent the execution of a removal order if the validity of the removal order is not in dispute. [See e.g. *Asumadu v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 113 N.R. 150 (F.C.A.); *Akyampong v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 18 (F.C.A.).] An attack on the negative determination of a refugee claim is in effect an attack on the validity of executing a removal order which was made conditional on the refugee determination [*Behene v. M.E.I.*, unreported, April 13, 1992, 92-A-2193 (F.C.A.)]. But an attack on the exercise of a discretion under subsection 114(2) is in no way an attack on the validity of execution of a removal order. The executory nature of the removal order is not legally dependent on a negative, or any, discretionary decision under subsection 114(2).

The application for a stay must therefore be dismissed.

This reasoning was followed by Mr. Justice Noël in *Paul v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (not yet reported, January 29, 1993, 93-T-86).

At the same time, other decisions of this Court have held that stays of deportation orders can be issued when leave to appeal a negative decision pursuant to subsection 114(2) [*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49 s. 102)] is

était défavorable parce que mon mariage n'avait pas été contracté de bonne foi. C'était après qu'il eut discuté de mon cas avec son surveillant. Je crois en vérité, d'après tout ce que m'a dit M. Carnegie, qu'à son avis il s'agissait en fait d'un mariage contracté de bonne foi, même si la décision finalement rendue a été différente.

Se pose d'abord la question de savoir si cette Cour a compétence pour prononcer le sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi dans un cas comme celui qui se présente en l'espèce. C'est là un point sur lequel les opinions de différents membres de cette Cour divergent nettement. Dans la décision *Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (encore inédite, le 17 novembre 1992, 92-T-1647), le juge Strayer a conclu à l'inexistence d'une telle compétence. Ce qui suit est le texte intégral de cette décision:

La seule ordonnance virtuellement contestée dans la demande d'autorisation en vue de demander un contrôle judiciaire est la décision de l'agent d'immigration ayant refusé d'accorder un traitement particulier pour des considérations humanitaires. Le requérant demande la suspension d'une mesure de renvoi en attendant l'issue de cette demande.

La suspension, chacun le sait, ne peut être accordée en vue d'empêcher qu'une mesure de renvoi soit exécutée si la validité de cette mesure n'est pas contestée. [Voir par exemple *Asumadu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 113 N.R. 150 (C.A.F.); *Akyampong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 18 (C.A.F.).] La contestation d'une décision défavorable à l'endroit d'une revendication du statut de réfugié est en fait la contestation de la validité de l'exécution d'une mesure de renvoi prise sous réserve de la reconnaissance du statut de réfugié [*Behene c. M.E.I.*, inédit, jugement rendu le 13 avril 1992, 92-A-2193 (C.A.F.)]. Toutefois, la contestation de l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 114(2) n'est en aucune façon la contestation de la validité de l'exécution d'une mesure de renvoi. Le caractère exécutoire de la mesure de renvoi n'est pas légalement tributaire d'une décision défavorable ou de toute décision discrétionnaire rendue en vertu du paragraphe 114(2).

La demande de suspension doit par conséquent être rejetée.

Ce raisonnement a été suivi par le juge Noël dans la décision *Paul c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (encore inédite, 29 janvier 1993, 93-T-86).

Pourtant, il a été jugé dans d'autres décisions de cette Cour que le sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion peut être prononcé dans un cas où a été présentée une demande d'autorisation d'interjeter appel d'une décision défavorable rendue en vertu du

under review.<sup>1</sup> This is based on the wording of section 18.2 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] which section came into force on February 1, 1992:

**18.2** On an application for judicial review, the Trial Division may make such interim orders as it considers appropriate pending the final disposition of the application.

I note that this provision does not merely state that the Court may suspend or alter a decision or order which is before it on judicial review pending final disposition of the application. It is more broadly framed than that. It states that the Trial Division “may make such interim orders as it considers appropriate pending . . . .”

Prior to the enactment of that amendment, it was clear from a number of decisions, that the Court had jurisdiction to grant stays to protect the integrity of proceedings which were before the Court. The Court’s authority to grant stays of tribunal orders is discussed in Sgayias, Kinnear, Rennie and Saunders, *Federal Court Practice 1990*, at page 259:

Where a stay is sought against the proceedings or order of a tribunal or administrative body, a preliminary question to be considered is whether the Federal Court has the authority to stay the proceedings of the tribunal or administrative body. Section 50 does not provide the power to stay such proceedings. However, in *N.B. Electric Power Comm. v. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 F.C. 13, 60 N.R. 352 (Fed. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (1985), 64 N.R. 240n (S.C.C.), the Court of Appeal held that it had the implied jurisdiction to stay such proceedings pending an appeal of a tribunal’s decision. Any question as to the scope of the ruling in the case has been removed by the decisions of the Court of Appeal in *Yri-York Ltd. v. A.G. (Can.)*, [1988] 3 F.C. 186, 30 Admin. L.R. 1, 21 C.P.R. (3d) 161, 16 F.T.R. 319 (note), 83 N.R. 195 (C.A.), and *Toth v. Can. (Min. of Employment & Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123, 86 N.R. 302 (Fed. C.A.).

<sup>1</sup> *Hosein v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 17 Imm. L.R. (2d) 125 (F.C.T.D.); *Hamilton v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 1 F.C. 3 (T.D.).

paragraphe 114(2) [*Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2] (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102)<sup>1</sup>. Ce point de vue repose sur le texte de l’article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)], entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1992:

**18.2** La Section de première instance peut, lorsqu’elle est saisie d’une demande de contrôle judiciaire, prendre les mesures provisoires qu’elle estime indiquées avant de rendre sa décision définitive.

Faisons remarquer que cette disposition ne dit pas simplement que la Cour peut surseoir à l’exécution d’une décision ou d’une ordonnance faisant l’objet, devant elle, d’une demande de contrôle judiciaire, ou modifier cette décision ou ordonnance, avant de rendre sa décision définitive sur ladite demande. Sa portée est plus large. Elle dispose en effet que la Section de première instance «peut . . . prendre les mesures provisoires qu’elle estime indiquées avant».

Antérieurement à l’adoption de cette modification, plusieurs décisions établissaient clairement que la Cour avait compétence pour accorder des sursis aux fins d’assurer l’intégrité de toute procédure engagée devant la Cour. La question du pouvoir de la Cour pour surseoir à l’exécution d’ordonnances de tribunaux est traitée par Sgayias, Kinnear, Rennie et Saunders dans *Federal Court Practice 1990*, à la page 259:

[TRADUCTION] Lorsqu’un sursis est demandé à l’égard d’une procédure introduite devant un tribunal ou un corps administratif, ou à l’égard d’une ordonnance de l’un ou l’autre, doit être abordée à titre préliminaire la question de savoir si la Cour fédérale détient le pouvoir de suspendre les procédures de ce tribunal ou corps administratif. L’article 50 n’est pas attributif d’un tel pouvoir. Toutefois, dans l’arrêt *Comm. d’énergie électrique du N.-B. c. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 C.F. 13, 60 N.R. 352 (C.A.F.), autorisation d’en appeler devant la C.S.C. refusée (1985), 64 N.R. 240n (C.S.C.), la Cour d’appel a statué qu’elle possédait le pouvoir implicite de suspendre de telles procédures en attendant l’issue de l’appel interjeté contre la décision d’un tribunal. Tous les doutes qui ont pu planer quant à la portée de cet arrêt ont été levés par les arrêts rendus par la Cour d’appel fédérale dans les affaires *Yri-York Ltd. c. Can. (P.G.)*, [1988] 3 C.F. 186, 30 Admin. L.R. 1, 21 C.P.R. (3d) 161, 16 F.T.R. 319 (note), 83 N.R. 195 (C.A.), et *Toth c. Can.*

<sup>1</sup> *Hosein c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1992), 17 Imm. L.R. (2d) 125 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Hamilton c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] 1 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.).

Section 18.2, as noted, is more broadly framed than merely according the Court authority to preserve the effectiveness and the integrity of the proceedings before it. Section 18.2 appears to be modelled on section 4 of the Ontario *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J-1. A comparable provision is also found in the United Kingdom, *Rules of the Supreme Court*, O. 53, r. 3(10)(a). See, for example, *Regina v. Licensing Authority Established under Medicines Act 1968, Ex parte Smith Kline & French Laboratories Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 Q.B. 574 (C.A.); *Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Herbage*, [1987] 1 Q.B. 872 and Wade, *Administrative Law*, 6th ed., 1988, at pages 671 ff.

The rationale behind provisions such as section 18.2 is to grant the court authority to preserve the *status quo*<sup>2</sup> when judicial review is being sought. Prior to express authority being given to exercise such relief, there was a reluctance on the part of courts to interfere with the statutory duty of a government official or minister. There was for many years a reluctance generally to grant injunctions against the Crown. Section 18.2 and provisions like it, such as section 4 of the Ontario *Judicial Review Procedure Act*, give the court authority to grant interlocutory injunctions in the context of a judicial review proceeding in order to preserve the *status quo*.

The only reason an applicant seeks a subsection 114(2) ruling is to allow him or her to stay in Canada and apply for landing here. If the immigration officer's decision with respect to the genuineness of the applicant's marriage had been different, and her subsection 114(2) application consequently allowed, there would have been no order issued requiring her to leave the country on February 26. Had a decision with respect to the applicant's marriage been made in

<sup>2</sup> *People First of Ontario et al. v. Regional Coroner of Niagara et al.* (1991), 54 O.A.C. 182 (C.A.); *Middlesex (County) v. Ontario (Minister of Municipal Affairs)*, [1992] O.J. No. 1145 (Gen. Div.) (Q.L.) and *Dennison v. Algonquin College of Applied Arts and Technology et al.* (1990), 38 O.A.C. 134 (Div. Ct.).

(*Min. de l'Emploi et de l'Immigration*) (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123, 86 N.R. 302 (C.A.F.).

L'article 18.2, je le répète, ne se borne pas à simplement conférer à la Cour compétence pour préserver l'efficacité et l'intégrité de toute procédure introduite devant elle. Il semble s'inspirer de l'article 4 de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. J-1. Une disposition analogue existe également au Royaume-Uni dans les *Rules of the Supreme Court*, O. 53, r. 3(10)(a). Voir, par exemple, *Regina v. Licensing Authority Established under Medicines Act 1968, Ex parte Smith Kline & French Laboratories Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 Q.B. 574 (C.A.); *Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Herbage*, [1987] 1 Q.B. 872, et Wade, *Administrative Law*, 6<sup>e</sup> éd., 1988, aux pages 671 et suivantes.

La raison d'être de dispositions comme l'article 18.2 est d'investir les cours du pouvoir de maintenir le statu quo<sup>2</sup> chaque fois qu'il y a demande de contrôle judiciaire. Antérieurement à l'attribution expresse du pouvoir d'accorder un tel redressement, les cours hésitaient à s'immiscer dans l'exécution par un fonctionnaire ou un ministre de l'obligation légale lui incombant. Il existait pendant bien des années une réticence générale à rendre des injonctions contre la Couronne. Or, l'article 18.2 et les dispositions analogues, telles que l'article 4 de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* de l'Ontario, autorisent les cours à accorder des injonctions interlocutoires destinées à maintenir le statu quo dans le contexte d'une procédure de contrôle judiciaire.

Un requérant ne demande une décision visée au paragraphe 114(2) qu'afin de pouvoir rester au Canada pour y demander le droit d'établissement. En l'espèce, si la décision de l'agent d'immigration relativement au caractère véritable du mariage de la requérante avait été différente et qu'on eût en conséquence fait droit à sa demande fondée sur le paragraphe 114(2), la mesure exigeant qu'elle quitte le pays le 26 février n'aurait pas été prise. À supposer

<sup>2</sup> *People First of Ontario et al. v. Regional Coroner Niagara et al.* (1991), 54 O.A.C. 182 (C.A.); *Middlesex (County) v. Ontario (Minister of Municipal Affairs)*, [1992] O.J. No. 1145 (Div. gén.) (Q.L.) et *Dennison v. Algonquin College of Applied Arts and Technology et al.* (1990), 38 O.A.C. 134 (C. div.).

sufficient time to allow her to appeal that decision and had leave been granted, it is unlikely that the order requiring her to leave the country would have issued. The execution of the removal order is intimately bound up with the subsection 114(2) application.

While I recognize that some of my colleagues have a different interpretation of section 18.2, I cannot conclude that I am precluded from granting the relief sought because there is no jurisdiction to do so. The difference of views which exist in the Trial Division is clearly an issue upon which it would be desirable to have a decision by the Federal Court of Appeal.

In any event, since in my view I have jurisdiction pursuant to section 18.2, to grant the order sought, the question becomes whether such an order should be given in this case. There are usually three considerations considered relevant in such determination: (1) does the applicant have an arguable case? (2) will the applicant suffer irreparable harm if an order is not given? (3) does the balance of convenience lie in the applicant's or the respondent's favour? Refer *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.).

With respect to an arguable case, I conclude that such exists. It is very disconcerting that the applicant in this case made repeated requests (in August and October 1992) to have a marriage interview which requests were ignored. Had interviews occurred at that time, there would have been adequate opportunity for the results arising therefrom to have been challenged by seeking leave to appeal and settled before February 26. Instead, the applicant is called to a marriage interview just before deportation is to be effected so that there is no opportunity to challenge any decision arising therefrom before that time. What is more, in this case, the evidence to this point (i.e., from the applicant's point of view) indicates that while the person who conducted the marriage interview appeared to conclude that the marriage was probably *bona fide*, someone else (his supervisor) overruled that decision for reasons which were never

qu'une décision concernant le mariage de la requérante eût été rendue à temps pour qu'elle puisse en interjeter appel et que l'autorisation d'appel lui eût été accordée, il est peu probable qu'eût été prise à son égard la mesure de renvoi. Or, l'exécution de celle-ci est intimement reliée à la demande fondée sur le paragraphe 114(2).

Bien que reconnaissant que certains de mes collègues donnent à l'article 18.2 une interprétation différente, je ne puis conclure à l'impossibilité, pour cause d'incompétence, d'accorder le redressement sollicité en l'espèce. De toute évidence, cette divergence d'opinions au sein de la Section de première instance constitue un point qu'il serait souhaitable de voir tranché par la Cour d'appel fédérale.

Quoi qu'il en soit, puisque je m'estime habilitéée par l'article 18.2 à rendre l'ordonnance demandée, la question qui se pose est celle de savoir s'il y a lieu à une telle ordonnance en l'espèce. Trois considérations sont normalement tenues pour pertinentes aux fins de cette détermination, à savoir: (1) l'argument du requérant est-il soutenable? (2) le requérant subira-t-il un préjudice irréparable si une ordonnance n'est pas rendue? (3) la prépondérance des inconvénients joue-t-elle en faveur du requérant ou bien de l'intimé? Voir *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (C.A.F.).

En ce qui concerne la qualité soutenable de l'argument, je conclus que celui avancé en l'espèce possède cette qualité. Il est fort troublant de constater que la requérante en l'espèce a fait d'itératives demandes (en août et en octobre 1992) pour obtenir une entrevue au sujet de son mariage, lesquelles sont restées sans écho. Si des entrevues avaient eu lieu à ce moment-là, il y aurait eu suffisamment de possibilités d'en contester les résultats au moyen d'une demande d'autorisation d'appel, et, ainsi, de faire régler l'affaire avant le 26 février. Ce qui s'est passé, toutefois, c'est que la requérante s'est vu convoquer à une entrevue au sujet de son mariage juste avant la date prévue de l'expulsion, de sorte qu'elle n'a eu aucune possibilité de contester avant cette date la décision prise à la suite de l'entrevue. Qui plus est, en l'espèce, tout indique jusqu'ici (c.-à-d. du point de vue de la requérante) que la personne qui a mené l'entre-



communicated to the applicant and to which she never had an opportunity to respond.

With respect to the balance of convenience, there is no doubt that this weighs in the applicant's favour. The applicant has been in this country with her children since 1988. The additional time which would expire as a result of an order requiring the respondent to stay the deportation order until the applicant's leave application, and if successful, judicial review application, is determined is, by comparison, minimal. On the other hand, the disruption to the applicant's life which would occur if she were required now to return with her two children to Trinidad and then be returned to Canada, at a later date, is much greater.

The consideration which is most difficult to assess is whether or not it can be said that the applicant will suffer irreparable harm if a stay is not granted. There are decisions in this Court which indicate that when a person is being returned to a country when there is no threat of physical danger or persecution it is hard to argue that irreparable harm will exist: *Kerrutt v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 53 F.T.R. 93 (F.C.T.D.); *Khan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (November 6, 1992, 92-T-1311, not yet reported). In addition, it is my understanding from counsel for the respondent that if leave is granted allowing the applicant to commence a proceeding for judicial review, then, the respondent will fly the applicant, and presumably her two children as well, back to Canada at the respondent's expense. I understood counsel to refer to section 52.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 17] of the *Immigration Act*. That section only seems to operate when the removal order is set aside and this would not be the case at the leave stage.

Also the respondent's own administrative directives indicate that the separation of spouses normally

vue au sujet du mariage a semblé conclure au caractère probablement véritable de ce mariage, mais que quelqu'un d'autre (son surveillant) a annulé cette décision pour des motifs qui n'ont jamais été communiqués à la requérante et auxquels elle n'a jamais eu la possibilité de répondre.

Sur la question de la prépondérance des inconvénients, il ne fait aucun doute que ce facteur joue en faveur de la requérante. Elle habite ce pays avec ses enfants depuis 1988. Se révèle donc minime par comparaison le temps qui s'écoulerait encore à la suite d'une ordonnance obligeant l'intimé à surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion en attendant que soit rendue une décision sur la demande d'autorisation présentée par la requérante et, s'il y est fait droit, sur la demande de contrôle judiciaire. Serait nettement plus grand, par ailleurs, le bouleversement qui se produirait dans la vie de la requérante si elle était maintenant obligée de retourner avec ses deux enfants à la Trinité pour ensuite revenir au Canada.

La considération qui présente la plus grande difficulté d'appréciation est celle consistant à déterminer si la requérante subira un préjudice irréparable si le sursis n'est pas accordé. Il ressort de certaines décisions de cette Cour que, quand une personne se fait renvoyer dans un pays où n'existe aucune menace de danger physique ou de persécution, on peut difficilement alléguer le préjudice irréparable: *Kerrutt c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 53 F.T.R. 93 (1<sup>re</sup> inst.); *Khan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (le 6 novembre 1992, 92-T-1311, encore inédit). En outre, l'avocat de l'intimé m'a indiqué que si l'autorisation d'introduire une procédure de contrôle judiciaire est accordée à la requérante, l'intimé la fera revenir par avion au Canada—accompagnée de ses deux enfants, je présume—, aux frais de l'État. Si j'ai bien compris, l'avocat a mentionné l'article 52.1 [édictee par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 17] de la *Loi sur l'immigration*. Or, celui-ci ne semble s'appliquer que s'il y a annulation de la mesure de renvoi, ce qui n'est pas le cas au stade de la demande d'autorisation.

Il se dégage d'ailleurs des directives administratives de l'intimé lui-même que la séparation des con-

entails hardship to the individuals concerned. Paragraph 9.06(2) of the Immigration Guidelines states:

Requests for visa exemption made by spouses of Canadian residents will be sympathetically examined bearing in mind that separation of spouses in genuine marriages entails hardship which normally warrants the exercise of special relief (see procedures in IE 9.14 for exceptions). In the case of a genuine marriage, that is, a marriage of substance and of likely duration that has been entered into in good faith, and not merely for immigration purposes, it is not necessary for the persons concerned to prove additional hardship in order for a request for relief from A9(1) to be processed.

In the circumstances of this case, I think there is an overriding consideration which argues for granting a stay of the removal order: the eleventh-hour situation in which the applicant and her children find themselves was caused by the respondent. If the respondent had conducted the marriage interviews the previous August or October, as requested, the applicant would not be in the position she finds herself. She would have had an opportunity to test the validity of any decision made before being required to leave the country. To call someone in for a marriage interview on the eve of deportation, to have her told by the interviewer that everything looked good, to have that decision reversed by a supervisor with no explanation given to the applicant and, then, to have a removal order executed before the applicant even has an opportunity to obtain leave to challenge the decision smacks of unfairness.

The Court does not look favourably upon applicants who pop up at the last minute, before a removal order is to be executed, with a new spouse or with new requests for humanitarian and compassionate reviews. The position in which they put themselves is largely of their own making. In this case, the position in which the applicant and her children find themselves is largely of the respondent's making. Thus, I find it appropriate to grant a stay of the removal order pending disposition of the applicant's leave application and if leave is granted, until final disposition of her judicial review application.

jointly occasionne normalement des difficultés pour les personnes concernées. Le paragraphe 9.06 2) du Guide de l'immigration porte en effet:

On examinera favorablement les demandes de dispense de visa présentées par les conjoints de résidents canadiens, en tenant compte du fait que la séparation des conjoints ayant contracté un mariage véritable occasionne des difficultés justifiant habituellement des mesures spéciales (voir les formalités exposées à l'IE 9.14 pour les exceptions). Dans le cas d'un mariage véritable, c'est-à-dire d'une union solide, reposant sur des bases durables et contractée de bonne foi et non simplement aux fins de l'immigration, il n'est pas nécessaire que les personnes concernées prouvent qu'elles rencontreront d'autres difficultés pour que soit examinée une demande de dispense de l'application du L9(1).

Dans les circonstances qui se présentent en l'espèce, je crois qu'il existe une considération prépondérante qui milite en faveur du sursis à l'exécution de l'ordonnance de renvoi: c'est l'intimé qui a mis la requérante et ses enfants dans une situation où tout doit se faire à la dernière heure. Si l'intimé avait tenu les entrevues au sujet du mariage aux mois d'août ou d'octobre de l'année précédente, comme le lui avait demandé la requérante, celle-ci ne se serait pas trouvée dans cette situation. Elle aurait eu la possibilité de faire vérifier, avant d'être obligée de quitter le pays, la validité de toute décision rendue. Qu'une personne soit convoquée à une entrevue au sujet de son mariage à la veille d'être expulsée, qu'elle se fasse dire par l'interrogateur que c'était prometteur, que cette décision soit annulée par un surveillant sans qu'aucune explication ne soit donnée à la requérante et puis qu'une mesure de renvoi soit exécutée avant même que la requérante n'ait la possibilité de demander l'autorisation de contester la décision, voilà qui sent l'injustice.

La Cour ne voit pas d'un bon œil les requérants qui arrivent au dernier moment, avant l'exécution prévue d'une mesure de renvoi, nouvellement mariés ou présentant de nouvelles demandes d'examen pour des raisons d'ordre humanitaire. Ils sont dans une large mesure l'auteur de leur propre malheur. En l'espèce, toutefois, la situation dans laquelle se trouvent la requérante et ses enfants est en grande partie imputable à l'intimé. Il convient donc, selon moi, d'accorder le sursis à l'exécution de la mesure de renvoi en attendant qu'il soit statué sur la demande d'autorisation de la requérante et, s'il y est fait droit, jusqu'à ce que soit rendue la décision définitive sur sa demande de contrôle judiciaire.

# 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 review of refusal to disclose exact *per diem* rates paid to certain Governor in Council appointees—Access to Information Act, s. 19 providing head of government institution shall refuse to disclose personal information—S. 19(2)(c) permitting disclosure of personal information if disclosure in accordance with Privacy Act, s. 8—Privacy Act, s. 3 definition of “personal information” excepting from prohibition of disclosure of personal information classification, salary range and responsibilities of position held by officer or employee of government institution—Also excepting discretionary benefit of financial nature—Application of rule of interpretation “*expressio unius est exclusio alterius*”—As only “salary range” included in exception to “personal information”, specific salary, monetary remuneration remaining within “personal information”—S. 8(2)(m)(i) permitting disclosure of personal information “for any purpose where, in the opinion of the head of the institution, the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy which could result from the disclosure”—In performing review, statute conferring on Court “independently of government” duty and right to prefer own view of public interest’s weight over opinion of head of government institution—Disclosure of information requested would destroy privacy of specific remuneration prescribed by Parliament—Judiciary must never slip into defiance of Parliament, since country founded on principles of rule of law—Also bespeaks public interest—Public interest not residing in disclosure of individuals’ specific remuneration herein—Not clearly outweighing any invasion of privacy norm—If government “enriching its pets” at undue public expense, public interest would favour disclosure—Access to Information Act must never operate to cover up folly and bad government—“Discretionary benefit of financial nature” not only referring to gratuitous benefits—In interest of internal consistency “discretionary benefit of financial nature” exception not invoked in order to comply with Parliament’s specification of salary range alone as exception to personal information—Information publicly available should be disclosed—Non-monetary remuneration conferred upon Government in Council appointee discretionary benefit of financial nature to be disclosed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 19, 41—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3, 8(2).

RUBIN v. CANADA (CLERK OF THE PRIVY COUNCIL)  
(T-2651-90, T-1587-91, T-1391-92, Muldoon J., order dated 25/3/93, 13 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

Farahi-Mahdavi entering Canada illegally—Subsequently detained by immigration officials acting under authority of Immigration Act, s. 40.1(1) and (2) certificate based on security or criminal intelligence reports—Certificate stating Mahdavi member of inadmissible class of persons likely to engage in acts of violence—Copy of certificate referred to Federal Court for determination as to whether reasonable, based on evidence and information pursuant to s. 40.1(4)(d)—Court examining security intelligence reports and other evidence *in camera*—Providing Mahdavi with summary of information—Canadian Security Intelligence Service (CSIS) claiming Mahdavi leading member of Mujahedin E Khalk (MEK), known terrorist organization engaged in urban guerilla operations internationally, working to overthrow Iranian government—Alleging Mahdavi leader of MEK in Canada, participated in planning attack on Iranian Embassy in Ottawa, directing fundraising, recruiting members of MEK, National Liberation Army of Iran—Mahdavi admitting membership in MEK, fundraising and recruiting activities, but denying any significant role in organization, involvement in attack on Embassy—Issue of s. 40.1 certificate reasonable—Although *Smith v. Canada*, [1991] 3 F.C. 3 (T.D.) holding appropriate to raise standard of proof required in cases involving determination of reasonableness of certificate issued pursuant to s. 40.1, as person named in certificate subject to mandatory detention while Court reviewing whether Minister and Solicitor General exercised discretion reasonably, Court should not require executive to satisfy higher standard of proof of reasonableness where Minister and Solicitor General determining reasonable grounds person will engage in acts of violence—When s. 40.1 certificate not quashed by Federal Court, constituting conclusive proof person member of inadmissible class, i.e. persons involved in violence, espionage and subversion—Certificate based on security or criminal intelligence report—Issues raised concerning national security interest—Under these circumstances Ministers required to prove neither high degree of probability violent acts will actually be committed nor actual membership in organization likely to engage in acts of violence—Sufficient to show reasonable grounds to believe person member of such organization—Applicable test set out in *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (C.A.)—

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Mahdavi's testimony lacking credibility—Involvement in MEK more significant than would have Court believe—MEK's involvement in violent attack on Embassy leading to conclusion reasonable grounds to believe MEK organization likely to engage in acts of violence liable to endanger safety of persons in Canada—Denault J. accepting s. 40.1 statutory code by itself—Applying guidelines to be followed for exercise of judge's discretion on application of disclosure of information by Addy J. in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), statement summarizing available information sufficient to keep detained person reasonably informed of circumstances giving rise to issue of certificate—Further information or better particulars could jeopardize national security or safety of persons—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 4, 5, 19(1)(g), 32, 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4).

FARAHI-MAHDAVIEH (RE) (DES-1-93, Denault J., order dated 25/3/93, 12 pp.)

### JUDICIAL REVIEW

Application for *certiorari* quashing decision of immigration officer allegedly based on findings of fact manifestly in error—Applicant claiming exemption from requirements of Immigration Act, s. 9 based on humanitarian and compassionate grounds—Officer deciding applicant's marriage entered into solely for immigration purposes—Respondent's preliminary objection under Act, s. 77(3) rejected as right of appeal conferred by s. 77 belongs to sponsor, applicant's wife herein, not to applicant—Right of appeal belonging to one individual not bar to right of judicial review belonging to another individual—Immigration officer's recommendation based on finding of fact manifestly in error—Procedural fairness not requiring applicant be given opportunity to respond to discrepancies arising from spousal interviews—Interview process conducted separately to avoid collusion between claimant and witnesses as to circumstances of alleged *bona fide* marriage and to elucidate truth—Procedural fairness not requiring immigration officer to take necessary steps to view video tape of applicant's wedding ceremony—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1), 77(3), 114(2).

GREWAL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1505-92, Noël J., judgment dated 17/3/93, 7 pp.)

### Federal Court Jurisdiction

For purposes of judicial review, Refugee Board decision must be interpreted as whole—Semantic autopsy on particular statements possible, but decision must be analyzed in context of evidence itself to decide if conclusions reasonable or patently unreasonable—Artful pleaders finding numerous errors in administrative tribunals' decisions, but Supreme Court of Canada stating in criminal appeal where grounds for appeal errors in charge to jury, in absence of miscarriage of justice, appeal could not succeed—Always possibility of conflict on evidence and of opposite decision from differently con-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

stituted Board—Balancing evidence against decision, Board's decision consistent with evidence.

MIRANDA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-A-6660, Joyal J., order dated 6/5/93, 3 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### Citizens

Appeal from decision of Citizenship Judge approving respondent's application for grant of Canadian citizenship—Whether respondent had accumulated at least three years of residence in Canada within four years immediately preceding date of application for citizenship under Citizenship Act, s. 5(1)(c)—Respondent physically present in Canada for 740 out of 1476-day period immediately preceding date of application—Landed immigrant status granted in October 1985—Religious marriage with citizen of United Kingdom celebrated in England in July 1987—Four-year period prior to respondent's citizenship application commenced on March 7, 1987—Respondent having ordinary mode of living in England while cohabiting with husband—Connection to England during preparation for religious marriage much closer than connection to Canada—Respondent not maintaining residency in Canada during said period—Ordinary mode of living maintained in England from January 18, 1988 to September 26, 1989—Respondent showing intention to reside in Canada after divorce proceedings commenced—No evidence of temporary absence to continue education in England during relevant four-year period—Finding reason for temporary absence being marriage in England not consonant with evidence—Requirement of s. 5(1)(c) not met—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1)(c), 14(5).

CANADA (MINISTER OF MULTICULTURALISM AND CITIZENSHIP) V. SHANSHAL (T-17-92, Rothstein J., order dated 26/3/93, 11 pp.)

Appeal from decision of Citizenship Judge—Appellant having sufficient knowledge of Canada and system of government to be entitled to citizenship—Inappropriate procedure followed by Citizenship Judge in interviewing appellant and wife together and only asking appellant's wife questions when dissatisfied with appellant's answer—Neither reasonable nor fair way of proceeding—Appeal allowed.

BINDISCH (RE) (T-2022-92, Reed J., judgment dated 5/5/93, 1 p.)

#### Convention Refugees

Application to review finding of Adjudicator and member from Refugee Division applicant not having credible basis for Convention refugee claim—Member of "contra" movement whose goal to overthrow Sandinista regime—Sandinista in control of military—Left Nicaragua in 1979 and obtained refugee status in Costa Rica—Becoming Costa Rican citizen and maintaining Nicaraguan citizenship—Arrived in Canada in 1988 and claimed refugee status—Tribunal holding no credible basis to claim—In case of dual citizenship must prove claim

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

with respect to both countries—In Costa Rica house robbed, addressed as “worm” (term used by Sandinistas to describe member of “contra” movement), two friends in “contra” movement killed or disappeared—Claims well-founded fear of persecution and Government of Costa Rica either unable or unwilling to protect him against that persecution—Believes Sandinistas taking control of Costa Rica—Claiming life in danger if returned to Nicaragua as Sandinistas still control military—Tribunal not finding any credibility in evidence in support of fear of persecution nor trustworthy evidence Costa Rican government unable to protect claimant—Nothing suggesting Board failed to consider evidence before it of change of government and indications Sandinistas remaining indirectly involved in some aspects of government—Applicant also seeking certification of serious question of general importance under Act, s. 83(1) in event application be dismissed—Question of whether mere inability to protect individual from actions of private individuals providing credible basis for fear of persecution where individual not seeking protection from state authorities not warranting certification—Credible basis tribunal abolished and question of general importance should be forward looking—While notion of “credible basis” continues to be of importance under Act, will be applied under different statutory scheme—Answer of little contemporary or future use—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 14), 83 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

BALDIZON-ORTEGARAY v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1933, Noël J., order dated 7/5/93, 6 pp.)

Application to set aside decision of credible basis panel—Respondent and friends reporting illegal drug and gambling activities in village to police—Information not acted upon—Alleging police corruption—Friend murdered, wife assaulted by suspected drug dealers—Credibility impugned because of hearsay basis and conjectural nature of conclusions—As unable to decide respondent’s conclusions unreasonable, Adjudicator holding respondent credible—Application allowed—Adjudicator not finding credible or trustworthy evidence upon which Refugee Division might find respondent Convention refugee, but finding evidence not prepared to reject, and which Refugee Division might find credible or trustworthy and upon which, if it did, might find respondent to be Convention refugee—Abdication of jurisdiction—First level tribunal required to make own assessment of credibility: *Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 238 (C.A.).

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. RAJARAM (A-339-91, Mahoney J.A., judgment dated 19/5/93, 3 pp.)

Appeal from Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division’s dismissal of Convention refugee claim on basis no reasonable fear of persecution in Sri Lanka, and claimant having internal flight alternative—Appellant relying on *Rasaratham v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706 (C.A.) wherein held internal flight alternative issue must be expressly raised at

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

hearing and claimant afforded opportunity to address it—Appeal dismissed—No need for Board to notify claimant of intention to consider internal flight alternative issue in reasoning and finding where issue raised by refugee hearing officer during proceedings—Refugee hearing officer questioning claimant about problems with military, Tamil Tigers during stay in Colombo—Submissions to Board by refugee hearing officer and claimant’s counsel also debating issue—No need for more formalistic notice or procedure—Board correctly finding appellant having such internal flight alternative.

BALACHANDRAN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-773-91, Létourneau J.A., judgment dated 21/4/93, 3 pp.)

Crown consenting to appeal being allowed, but appellant arguing Court should exercise authority under Federal Court Act, s. 52(c)(i) and declare appellant Convention refugee, rather than remit matter to Board—Board’s error in law of focussing on screening of citizenship of Somali-Kenyans, leading it to hold appellant feared prosecution, not persecution—Because of error Board not considering evidence appellant feared persecution because ethnic Somali-Kenyan and because of anti-government activities—Facts remaining to be resolved by Board—*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 102 (F.C.A.) distinguished—Evidence not “so clearly conclusive” only possible conclusion by Board appellant Convention refugee—Appeal allowed—Matter remitted to Board for rehearing and redetermination by differently constituted panel—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(c)(i).

DOLI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1179-91, Linden J.A., judgment dated 20/4/93, 2 pp.)

## CONTRACTS

Appeal from Trial Division decision ((1990), 34 F.T.R. 241) dismissing action for breach of contract—Appellant alleging defects in construction of 60-foot yacht built by respondents—Trial Judge ordering vessel to be completed, sea trialed and delivered to appellant—Amount of \$30,000 paid into Court by appellant pursuant to order—Sales of vessels held to be covered by British Columbia Sale of Goods Act in United Kingdom and Canada—Contract herein contract for sale of goods—Act applicable to contract for construction and sale of vessel—Appellant not permitted to terminate contract on March 9, 1989, date of commencement of action in Trial Division, on basis of anticipatory breach of contract by respondents—Latter seeking to put vessel into proper condition before trial—Breach by respondents not inevitable when appellant commenced action—Whether implied conditions in Sale of Goods Act breached by respondents—Vessel not delivered prior to commencement of action—Statutory conditions of Sale of Goods Act not yet applicable—Act, s. 17 dealing with sale by description—No specific terms described in contract between parties adding anything to obligations of seller under s. 17—Description in contract creating both common law duty and

**CONTRACTS—Concluded**

statutory duty—Vessel not found to not correspond with description—Trial Judge finding no violation of Act, s. 18 as to fitness of vessel—Appellate courts' ability to interfere in finding of fact limited to palpable and overriding error affecting Trial Judge's assessment of facts—Finding of fact on fitness of hull supported by sufficient evidence—Court should not interfere with finding voids on subject vessel filled by method commonly used in industry—Trial Judge not lacking evidence, expert or otherwise in overcoming concerns raised by appellant—No palpable or overriding error by Trial Judge in finding of reasonable fitness—Courts having placed stringent demands on sellers under implied condition of merchantability—Concept of merchantability must adjust to circumstances of each case—Act, ss. 18(a),(b) different provisions to be considered separately—No violation of s. 18(b) on findings of fact herein—No false representation in telling appellant vessel Huntingford design—No fraudulent intent to mislead anyone by respondent—Latter found by Trial Judge to be credible witness—No basis for interference with finding representations made before signing of contract not deliberately fraudulent—No award of damages as no finding of breach of contract—Appeal dismissed—Sale of Goods Act, R.S.B.C., 1979, c. 370, ss. 17, 18.

CASDEN V. COOPER ENTERPRISES LTD. (A-510-90, Linden J.A., judgment dated 8/2/93, 23 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Appeals from trial judgment dismissing appeals from assessments for excise tax on importation of bulk cooking wine (levied on Grantham only) and federal sales tax on sale of re-packaged cooking wine (levied on both Grantham and National)—Excise Tax Act, s. 24 imposing excise tax on imported wine at rate varying with alcoholic content thereof—"Wine" defined as including spirituous liquors produced from many enumerated fermentable substances obtained by normal alcoholic fermentation of juices and not by distillation—Appellants arguing impotability of cooking wine, produced by adding salt to non-vintage bulk wine, removing it from taxing provisions i.e. if not "beverage" or "drink", not wine—Grantham's appeal allowed in part—Cooking wine subject to excise tax under s. 24—Impotability not detracting from fact falling within s. 24—Excise tax imposed on "wines of all kinds" (s. 24(1)) (meaning of which elaborated upon in judgment of Létourneau J.A.)—Wine broadly defined to "include" spirituous liquors, products not normally considered wine—Use of "include" in definition indicating definition not intended to be restrictive—Appellants unable to demonstrate interpretation contrary to scheme of Act—Parliament not intending to draw distinction between potable and non-potable wine—Cooking wine not subject to federal sales tax under s. 27—S. 29 exempting goods mentioned in Schedule III from application of s. 27—Schedule referring to food and drink for human consumption other than "wine ... and other alcoholic beverages"—Specific reference to potability criterion—Wine referred to along with "other alcoholic beverages"—Cooking

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

wine fairly and reasonably within exemption accorded food for human consumption as sweetening agents, seasonings and ingredients also expressly exempted—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 24(1)(a) (as am. by S.C. 1986, c. 54, s. 3), (5) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 7), 27(1) (as am. by S.C. 1986, c. 54, s. 4), (1.1) (as am. *idem*, c. 9, s. 16), (a) (as am. by S.C. 1988, c. 18, s. 15), (6) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 10), 29(1) (as am. *idem*, c. 104, s. 9), Schedule III, Part V (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 1).

NATIONAL IMPORTERS LTD. V. CANADA (A-1155-91, Létourneau and Robertson J.J.A., judgment dated 25/2/93, 7 pp.)

GRANTHAM FOODS LTD. V. CANADA (A-1156-91, Létourneau and Robertson J.J.A., judgment dated 25/2/93, 7 pp.)

**DAMAGES****COMPENSATORY**

Claim for damages to portion of cargo of raw bulk sugar shipped from Australia to Toronto aboard vessel owned by defendant Federal Pacific (Liberia) Ltd.—Plaintiff's quantum of damages only issue for Court to decide—Agreement between parties' surveyors 15% of original quantity of raw sugar placed in no. 1 hold sound and 85% damaged—Contract providing no sugar below 96 degrees to be loaded—Damaged sugar in no. 1 hold having polarity of 93.39 degrees, sound sugar having polarity of 98.72 degrees—Assessment of damages in case of cargo damaged at sea based on calculation of difference between Arrived Sound Market Value (ASMV) and Arrived Damaged Market Value (ADMV) of cargo—Injured party required to mitigate damages—Plaintiff's calculations and approach not applying formula correctly—Rules of London Sugar Association objective means for establishing market value, at date of arrival, of sugar with polarity of 93.39 degrees—Application of premiums and discounts on United Kingdom scale of London Rules to determine difference in value of sugar attributable to reduced polarity—Difference between ASMV of \$738,352.40 and ADMV of \$649,186.73 being \$89,165.69—Plaintiff having complied with duty to mitigate in processing damaged sugar—Full recognition given to reduced value of damaged sugar constituting plaintiff's damages after taking mitigation into account—Incremental unloading costs of \$31,071.34 plus surveyors' fees of \$2,155.10 incurred by plaintiff and allowed—Incremental processing costs of \$5,000 also allowed for total damages of \$127,392.13—Issue of estoppel raised by counsel for plaintiff, based on agreement by defendants' surveyor with 50% depreciation figure—Essence of estoppel representation by words or conduct inducing detrimental reliance—Redpath not acting to own detriment in reliance upon surveyor's actions at meeting of June 22, 1989—Nothing in material before Court claiming estoppel or acquiescence against vessel owners or underwriters—Indication by defendants' surveyor 50% figure fair and reasonable not amounting to estoppel—Plaintiff compensated for risk

**DAMAGES—Concluded**

associated with processing of damaged sugar—Action allowed for \$127,392.13 plus interest compounded semi-annually.

REDPATH INDUSTRIES LTD. v. FEDERAL CALUMET (THE)  
(T-1051-90, Rothstein J., judgment dated 23/4/93, 26 pp.)

**ENERGY**

Appeal from Trial Division's decision ((1992), 50 F.T.R. 260) allowing claim for petroleum incentives totalling \$3,680,000 in 1985—Cross-appeal by respondent from reduction of amount originally claimed—Respondent, Mon-Oil, entering into agreements with Exco Energy Ltd. involving exploration for oil and gas on Canada lands—All exploration expenses paid deemed to be eligible for incentive under Petroleum Incentives Program Act (PIP Act) and to qualify as Canadian exploration expenses under Income Tax Act—Mon-Oil's incentives amounting to 80% of eligible exploration expenses—Full amounts claimed by Mon-Oil virtually paid in 1983 and 1984—Exco deemed to be in bankruptcy in 1985—Action begun in 1988 for amounts owing under PIP Act—Trial Judge concluding Mon-Oil entitled to be paid incentives relating to eligible exploration expenses applied for in 1985—Expenses incurred by Mon-Oil found to be reasonable—Mon-Oil's claim for general damages for loss of opportunities dismissed by Trial judge as too speculative—Four grounds of appeal advanced by Crown, all rejected—Question of burden of proof entirely academic herein—Burden to prove claim for alleged overpayments in relevant years and to demonstrate unreasonableness of expenses on Crown—Reasonableness of expense question of fact—Allegations of fraudulent activity on part of Exco and Mon-Oil withdrawn by Crown at beginning of trial—After trial, principal of Exco tried and convicted of fraud against Petroleum Incentives Program—Crown not entitled on appeal to refer to conviction by producing it as "jurisprudence" as knowingly and deliberately choosing not to offer evidence of fraud at trial—Appeal and cross-appeal dismissed—Petroleum Incentives Program Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 107, ss. 3, 4, 12, 13, 14, 15, 16, 24.

MON-OIL LTD. v. CANADA (A-667-92, Hugessen J.A., judgment dated 10/3/93, 23 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION**

Appeal from Tax Court's dismissal of appeals from assessments—Plaintiff's parents registered owners in joint tenancy of lands and house situated at 4136-108 Street, Edmonton, and which occupied as matrimonial home from November 1973—Defaulting on mortgage and foreclosure actions commenced in 1983—Executed transfer of land purporting to transfer title in property to plaintiff without his knowledge or consent October 18, 1983—Plaintiff unaware of transfer until April 17, 1984 when served with statement of claim by first mortgagee—Plaintiff quit claimed property and purchased it from second mortgagees on October 10, 1984—Income Tax Act, s. 160 providing transferee of property in non-arm's length transaction

**INCOME TAX—Continued**

jointly and severally liable to pay part of transferor's tax—Plaintiff assessed for unpaid income taxes owing by parents for 1981, 1982, 1983 outstanding October 18, 1983—Tax Court dismissing appeal—Appeal allowed—S. 160 to assist Minister when taxpayer's debt could be subject of judgment or certificate and subsequent registration or execution against debtor's property and taxpayer attempting to defeat such actions by Minister by transferring property to family member—Transaction done entirely without plaintiff's knowledge or consent not divesting parents of title—Minister not needing assistance of s. 160 unless transfer valid—On October 18, 1983 parents beneficial owners of land and liable to execution against it for their tax arrears—Nothing jeopardized Minister's security against title by failed attempts to transfer—Minister's claim pursuant to s. 160 would add liability to plaintiff when had no knowledge either of transfer or of debt—S. 160 not operating against plaintiff until aware of intended transfer—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 160 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 107).

MAH v. M.N.R. (T-1173-90, Jerome A.C.J., judgment dated 24/9/93, 10 pp.)

Appeal from decision of Tax Court of Canada monies received by defendant from employer not to be included in computation of income for 1987 taxation year—Defendant transferred from Moncton to Winnipeg following CN intention to close Moncton Shops announced in 1986—Agreement between CN and Carmen Union giving union members opportunity of transferring to Winnipeg or Montréal to perform work—Agreement also providing for relocation payment of \$10,000 to union members on certain conditions—Amount paid to defendant as conditions set out in special agreement met—MNR including amount of \$8,500 in defendant's income for 1987 taxation year—Meaning of "allowance" under Income Tax Act, s. 6(1)(b)—Concept of allowance clearly not applicable to payment received by defendant—Payment made in satisfaction of contractual obligation on CNR arising from Special Agreement designed to reimburse defendant for expenses incurred—Transferred employees entitled to be financially restored to similar circumstances related to previous residence without it being considered taxable benefit under s. 6(1)(a)—No evidence herein to support finding payment in question meets criteria of benefit—Defendant merely restored, although only partially, to financial state before transfer—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 5(1), 6(1),(3).

M.N.R. v. PHILLIPS (T-1421-90, Jerome A.C.J., judgment dated 6/5/93, 12 pp.)

Plaintiff automobile driver's club—N.D.R. Technologies Inc. (NDR), non-arm's length company, building racing sail boat with experimental keel—Plaintiff providing financing—Pursuant to agreement dated May 18, 1984 NDR issuing non-interest bearing promissory note to plaintiff for \$120,000—Income Tax Act, s. 194 permitting designation of amount of consideration for which issued debt obligation or granted right under scientific research and experimental development financing contract—NDR designating \$120,000 in respect of promissory note in plaintiff's name—Plaintiff advancing to NDR over \$30,000 prior to date of agreement, over \$50,000 prior to date of s. 194 designation, and eventually over

**INCOME TAX—Concluded**

\$120,000 in total—Plaintiff claiming tax credit of \$60,000—S. 127.3(1) providing deduction for scientific research and experimental development tax credit (defined in s. 127.3(2)(a) as “aggregate of all amounts” each of which equal to 50% of amount designated under s. 194(4))—Defendant disputing validity of designation of \$120,000 as exceeding consideration for which note issued—Submitting payments before and after note issued not constituting “consideration” for which promissory note issued within meaning of s. 194(4)—Meaning of “consideration” in s. 194(4)—Appeal allowed—Defendant’s construction of “consideration” unrealistic and contrary to intent of Act—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 127.3(1) (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 73; 1986, c. 6, s. 15), (2)(a) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 46; 1986, c. 6, s. 15), 194(4) (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 95; 1986, c. 6, s. 15).

GROUPMARK CANADA LTD. v. CANADA (T-2635-90, Walsh D.J., judgment dated 12/3/93, 12 pp.)

*Deductions*

Appeal from Trial Division’s decision ((1991), 91 DTC 5327) as to whether tax exemption granted by Puerto Rico to affiliate of Canadian corporation export incentive under Canadian income tax law—Respondent seeking deduction from taxable income of portions of dividends received from foreign affiliate, Bacardi Corporation—Proper interpretation of Income Tax Regulations, s. 5907(10) at issue herein, not raised in argument before Trial Judge—Distinction between “listed” and “non-listed” countries created by s. 5907(11)—“Exempt earnings” defined in Regulations, s. 5907(1)(b)—Country referred to in s. 5907(10)(a) cannot on facts be United States but Puerto Rico as earnings taken place in Puerto Rico—Regulations, s. 5907(10) and (11) not parallel relief provisions—Respondent running afoul of category of export incentives as Puerto Rico distinct from United States—Respondent denied benefit of Regulations, s. 5907(10) and (11)—Appeal allowed—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 5907(1)(b), (10), (11).

OLD HW-GW LTD. v. CANADA (A-455-91, MacGuigan J.A., judgment dated 18/3/93, 11 pp.)

**NATIVE PEOPLES***ELECTIONS*

Motion seeking interim relief under Federal Court Act, s. 18.2 (prohibiting holding of election on April 24, 1993)—Declaration as to state of law regarding quorum for Mohawk Council of Akwesasne would be final by nature—Motion for two interim declaratory orders accordingly dismissed—Applicants members of Council representing minority faction—Decision to hold election on April 24, 1993 made by resolution being object of applicant’s original notice of motion—Applicants’ attack on decision of Council based on Akwesasne Election Regulation and that Council members elected for three year term—Serious issue as to whether Resolution 162 proper authority for holding of by-election—In assessing balance of convenience, Court must take into account public interest,

**NATIVE PEOPLES—Concluded**

needs and best interests of Akwesasne community—Substantial disruption in Akwesasne community if elections, otherwise validly and democratically held, voided because of absence of proper authority to hold them—Status quo should be preserved until matter of legitimacy of by-election determined—Interim order granted.

FRANCIS v. MOHAWK COUNCIL OF AKWESASNE (T-759-93, Noël J., order dated 22/4/93, 6 pp.)

**PATENTS***PRACTICE*

Application to stay order granting leave to use in other proceedings name and location of manufacturer of Flinoxetine Hydrochloride identified in affidavit of Bernard Sherman pending disposition of appeal from that order—Exhibits to affidavit sworn by B. C. Sherman subject of confidential and preservation order—Further protective order issued on consent providing confidential information to be used only in connection with this action—Order not applying to information becoming public knowledge—Sherman affidavit, sealed and confidential, included name of defendants’ supplier of Flinoxetine Hydrochloride and description of process—During application for injunctive relief restraining defendants from alleged infringement, defendants filed “supplementary statement of fact and law” relating to infringement—Name of foreign supplier revealed in brief as well as partial description of manufacturing process—Supplementary statement of fact and law inadvertently filed in main Court file—Plaintiffs applied for order under appeal one year later—Submitted name and address of foreign supplier already made public in supplementary statement of fact and law and information now available for use by plaintiffs in other proceedings—In addition to impugned order, supplementary statement of fact and law ordered sealed and kept confidential and removed from public court file, provided third party who obtained copy of documentation while on public record not in breach of court orders either in obtaining information or communicating it to others—Defendants arguing if stay not granted, appeal rendered nugatory as plaintiffs, having knowledge of foreign suppliers’ name and place of business, could have already commenced proceedings against supplier in another jurisdiction, and may be able to restrain it from providing material to Apotex—Plaintiffs alleging limitation periods running and may lose ability to enforce patent rights in foreign jurisdiction—Application allowed—Information authorized for release and use sealed in January 1992—Public knowledge through inadvertence—Plaintiffs aware from beginning information confidential—No evidence action in foreign jurisdiction prescribed if proceedings not initiated immediately as prescription not applicable if continuing infringement—If impugned order reversed on appeal, matter rendered nugatory since by time dealt with, actions will have been taken against foreign supplier—Serious issue to be tried—Only harm to plaintiffs delay in commencing proceedings in foreign jurisdiction—Defendant could lose foreign source of supply, rendering entire proceedings in Canadian courts nugatory since alleged infringing



## PATENTS—Concluded

material no longer available to defendants for sale—Balance of convenience and irreparable harm favouring defendants.

ELI LILLY AND CO. V. INTERPHARM INC. (T-3108-91, Rouleau J., order dated 20/4/93, 14 pp.)

## PENITENTIARIES

Action for declaration Penitentiary Act, s. 28 applied to Native and Aboriginal inmates in unequal manner having regard to race and therefore in manner inconsistent with Charter s. 15—Plaintiff, Native Indian, incarcerated in federal penitentiary upon conviction for manslaughter—Application for escorted temporary absence (ETA) to attend son's funeral denied—Penitentiary Act, s. 28 providing head of institution may authorize absence for humanitarian reasons—Plaintiff alleging denial of ETA partly motivated by racial bias in correctional system—Alleging ETA's for humanitarian reasons rarely granted to Native inmates and not granted in numbers proportionate to representation in prison population—Effect of s. 28 therefore amounts, as applied to plaintiff and Native inmates, to unequal treatment—Based on data obtained from personal contacts with individuals who volunteered descriptions of own circumstances and of those close to them, plaintiff's witness concluding Native Indian and Aboriginal prisoners receiving smaller proportion of ETA's than non-Native inmates—Defendant denying s. 28 violating Charter, s. 15 and race factor in decision—Defendant's witness producing data base of all escorted temporary absences granted to inmates in all federal penitentiaries across Canada between April 1, 1986 and March 31, 1990—Concluding Native inmates receiving higher percentage of compassionate ETA's than would be expected given representation in prison population—Also concluding compassionate ETA's extremely rare for those serving sentences for manslaughter and who are in fifth federal prison term; Native inmate convicted of manslaughter more likely to receive compassionate ETA than non-Native inmate—Action dismissed—Onus on plaintiff to establish infringement of Charter, s. 15 rights and on State to justify infringement—Reference to comments of McIntyre J. on interaction between Charter, ss. 1 and 15 in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143—McIntyre J. setting out analysis to determine whether law violating Charter, s. 15—Rejected application of "similarly situated test"—Adopted purposive and contextual approach to equality—Reference to comments of Wilson J. in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, where elaborated on "enumerated and analogous grounds" stage of analysis—Plaintiff not establishing race as basis for refusal to grant ETA—Plaintiff's witness' data found unreliable—Security, not racial discrimination leading to decision to refuse ETA—While Native Indian inmates face unique difficulties during incarceration, Correctional Services Canada taking many actions to eliminate disadvantages—Systemic discrimination not evident given improvements made and anticipated—Penitentiary Act, R.S.C., 1985, c. P-5, s. 28—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.

CROWE V. CANADA (T-216-89, Cullen J., judgment dated 5/5/93, 17 pp.)

## PRACTICE

Process—Court bailiff, Krochenski, seeking "poundage" and "attendance fees" for services in executing Court's order for sale and commissions for sale of two vessels—Federal Court Act, s. 55(5) providing where no sheriff or marshal, process of Court shall be directed to such other person as may be provided by Rules, and such person entitled to take and retain for own use such fees as may be provided by Rules—R. 352 providing sheriffs entitled to fees and poundage prescribed in Tariff A—R. 360 providing in any case where no sheriff or marshal or sheriff or marshal unable or unwilling to act, any process may be issued to any person to whom process of superior court of province in which process to be executed could be issued—No federal marshal and no provincial sheriff able to execute process of Federal Court pursuant to RR. 360, 1003—Civil execution services in British Columbia privatized—Private court bailiffs replacing provincially employed sheriffs—Contracting to perform civil execution services in various areas of province—Exercise powers formerly exercised by sheriffs—Designated "court bailiffs" pursuant to Sheriff Act, s. 2.1—Under s. 2.1(1) court bailiff to exercise powers of sheriff for sole purpose of executing writs and warrants issued in civil proceeding—S. 2.1(2) providing court bailiff may collect fees sheriff entitled to collect, retain portion thereof as provided under contract and remit balance to government—(1) Order for sale and commission for sale "process" within meaning of R. 360—R. 360 made as contemplated by Federal Court Act, s. 55(5)—"Process" expressed in R. 360 must be "process" contemplated in s. 55(5) which is comprehensive, generic "*moyens de contrainte*"—Two versions of section and of Rule equally authoritative and Rule creature of s. 55(5)—"Process" meaning metaphysical determinations, instrumentalities and measures of constraint, forcible restraint and compulsion issued to exact compliance with Court's orders, seizures, warrants, subpoenas, injunction and all other coercive measures emanating from Court—Whole continuity of arresting, seizing and selling vessel regardless of owner's wishes effected through process of Court—(2) Krochenski person to whom process of superior court for province in which process to be executed could be issued within R. 360—Whether Krochenski qualifies to have process of Federal Court issued to him in consonance with laws of Canada determined by that legislation's adoption of test of being one to whom process of particular provincial superior court could be issued—As writs and warrants (Sheriff Act, s. 2.1) included in definition of "process", court bailiff person to whom process of superior court of B.C., province in which Federal Court's process to be executed could be issued, in contemplation of R. 360 and s. 55(5)—Need not be person to whom all process of provincial superior court could be issued—(3) In discharging responsibilities imposed upon him by commission for sale and order for sale Krochenski not exercising powers of sheriff for sole purpose of executing writs and warrants in civil proceedings within Sheriff Act, s. 2.1—Merely derived qualification to be empowered pursuant to federal legislation (Federal Court Act and Rules) from Sheriff Act, but then exercised full, original federal powers—(4) Sheriff Act, ss. 2.1 and 9 not prohibiting Krochenski from demanding or receiving any remuneration for work done in discharging responsibilities imposed by commission for sale and order for sale—Once qualified to be federal marshal or sheriff, by virtue of provincial status, adopted by indirect reference in Federal Court Act and Rules, no provincial empowerments or prohibitions apply unless also adopted in federal law

**PRACTICE—Continued**

by reference to Sheriff Act—Sheriff Act, s. 2.1(2) operating only in province for provincial, not federal purposes—S. 55 and R. 360 not adopting ss. 2.1(2), 9—Krochnenski bound by R. 1008 and Tariff A—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 352, 360 (as am. by SOR/79-58, s. 2), 1008, Tariff A, ss. 7, 9—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 13, 40, 55, 56—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 5], ss. 92(14), 101—Sheriff Act, R.S.B.C. 1979, c. 386, ss. 1 (as am. by S.B.C. 1989, c. 38, s. 37), 2.1 (as enacted *idem*, c. 72, s. 25), 9—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 6, 7, 13.

A/S NORDLANDSBANKEN V. NOR-FISK I (THE) (T-295-91, Muldoon J., order dated 5/3/93, 22 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Stay of Execution*

Application to stay order setting aside default judgment and garnishing order, and rescinding attachment of debts pending disposition of appeal against it—Plaintiff showing arguable case on appeal—Breaching no law or Rules of Court in obtaining default judgment—Defendant SGS presently likely to be able to satisfy judgment, but evincing certain degree of impermanence and potential quicksilver-like mobility—Plaintiff's appeal could be rendered nugatory—Application allowed as against SGS as no evidence other defendant served with notice of proceedings—*Battle Creek Toasted Corn Flake Co. Ltd. v. Kellogg Toasted Corn Flake Co.* (1923), 55 O.L.R. 127 (App. Div.); *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Co. Ltd. and National Energy Board* (1985), 60 N.R. 203 (F.C.A.) applied.

ALFONS KOSTER INTERNATIONAL FORWARDERS LTD. V. UNISPEED GROUP INC. (T-1452-92, Muldoon J., order dated 16/4/93, 4 pp.)

Application to stay execution of Adjudicator's order imposing two-month suspension and reinstating respondent as part-time bus driver—Respondent dismissed for consuming alcohol while working—Canada Labour Code, s. 244(2) providing on filing and registration in Federal Court, Adjudicator's order having same force and effect as judgment of Court—Court can only grant stay of execution where judgment or order of Court given—No evidence Adjudicator's order filed and registered—Application dismissed as premature—Test for imposition of stay set out in *Canadian Broadcasting Corp. v. Frumkin*, [1993] 1 F.C. D-9 (T.D.)—Although demonstrating arguable case for judicial review based on alleged error in calculating damages and in distinguishing between driver who consumes alcohol after all passengers disembarked and driver who consumes alcohol while passengers in bus, no evidence of irreparable harm—Mere speculation as to irreparable harm—Stay should only be issued in moderation and when in interest of justice to do so—Should not be granted on extreme speculation as to what may happen if stay not granted—Respondent likely to suffer irreparable harm as currently unemployed and not collecting unemployment insurance—Having wife and child to support—Balance of convenience favouring respondent—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 319 (as am. by SOR/88-

**PRACTICE—Continued**

221, s. 4), 321 (as am. *idem*, s. 6), 1909—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 241, 242, 243, 244.

NIAGARA AIRBUS INC. V. CANADA (ADJUDICATOR APPOINTED UNDER CANADA LABOUR CODE, PART III) (T-571-93, Teitelbaum J., order dated 26/3/93, 11 pp.)

**LIMITATION OF ACTIONS**

Motion for preliminary determination of question of law under R. 474—Whether action can proceed in F.C.T.D. when limitation period expired prior to statement of claim being filed—Acts complained of alleged to have taken place from September to December, 1973 at Canadian Armed Forces Base in Manitoba—Under Federal Court Act, s. 39, limitation period that which would apply "between subject and subject" by law of province where cause of action arose—Under Manitoba Limitation of Actions Act, s. 2(1)(e), action must be commenced "within two years after the cause of action arose"—Plaintiff relying upon National Defence Act, s. 269(1) referring to "continuance of injury or damage"—S. 269(1) relating specifically to liability of service personnel, not to Crown—Words "in the case of continuance of injury or damage" refer to duration of wrongful acts or omissions complained of, not of consequences—S. 269(1) should not be given broad effect as in *Keddy v. Canada* (1992), 55 F.T.R. 110 (T.D.), even if applicable to actions against Crown—Action cannot proceed against Crown as brought many years after expiration of limitation period prescribed in law of Manitoba—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 32—Limitation of Actions Act, R.S.M. 1970, c. L-150, s. 2(1)(e)—National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 269(1).

WAY V. CANADA (T-3041-92, Strayer J., order dated 26/4/93, 8 pp.)

**PLEADINGS**

Originating notice of motion by applicant seeking declaratory relief and other relief with respect to Oak Hammock Marsh "Conservation Centre" project—Pre-emptive motion by respondent Ducks Unlimited to have claim against it dismissed or stayed—Issue purely procedural—Inherent jurisdiction in Court to exercise discretion and split case in manner suggested by respondent—Substantive issues set out by respondents can be interpreted as motion for directions as to conduct of proceedings before Court—Administration of justice, interests of parties better served should Court proceed in two stages—Motion allowed.

FRIENDS OF OAK HAMMOCK MARSH INC. V. CANADA (MINISTER OF WESTERN ECONOMIC DIVERSIFICATION) (T-612-93, Joyal J., order dated 7/4/93, 4 pp.)

*Motion to Strike*

Appeal from A.S.P.'s order striking out paragraphs 10 and 17 of thrice further amended statement of defence—Preliminary objection by plaintiff as to whether appeal from decision of A.S.P. properly before Court—Appeal procedure not invalidated—Defect purely formal in nature, cannot defeat appeal proceeding otherwise validly launched—Defendant's first ground of appeal ill-founded as R. 419 authorizing party to

**PRACTICE—Concluded**

launch motion to strike at any stage of action, whether pleadings deemed closed or not—Presumption of ownership of copyrights held to be sufficient to establish ownership of copyright in absence of evidence title lies with someone else—Allegation plaintiff not first owner of copyrights in issue not reaching presumption of ownership arising from certificate of registration—Presumption standing as *prima facie* evidence of ownership in work against all including first owner—Conclusion of paragraph 10 plaintiff did not acquire copyrights in work by way of legal assignment entirely speculative and without factual foundation—Onus on defendant to rebut presumption of ownership—Last sentence of paragraph 10 also to be struck as being frivolous, vexatious, likely to embarrass fair trial of action and as abuse of process of Court—Paragraph 17 of statement of defence must also be struck out—Defendant granted right of further amendment with respect to paragraphs 10 and 17 of statement of defence—Appeal dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419, 431.

SAMSONITE CANADA INC. v. COSTCO WHOLESALE CORP. (T-500-92, Noël J., order dated 1/4/93, 10 pp.)

**TRADE MARKS****INFRINGEMENT**

Motion for interlocutory injunction to forbid defendant from advertising and selling wares said to infringe plaintiffs' trade marks for "line of Ray-Ban sunglasses"—Defendant's brand name of sunglasses "Rayex" and serrated circle design close approximations of plaintiffs' trade marks—Evidence of compelling comparisons and observations demonstrating irreparable harm inflicted on plaintiffs by defendant—Bold and deliberate duplication of models, trade mark designs and promotional material—Defendant's copied products inferior in quality—Comparison, confusion and completely false anti-ultraviolet claims by defendant occurring since latter started marketing of wares—Application for interlocutory injunction determined on affidavit evidence—Criteria for such applications articulated in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.) all met—Strong *prima facie* case against defendant—Irreparable harm due to confusion shown by defendant in identifying wares and commercial marks with those of Bausch & Lomb Inc (B & L) in leech-like fashion—Damages not providing adequate remedy for B & L—Balance of convenience in favour of plaintiff—Defendant's copying *prima facie* evidence of infringement of B & L proprietary right in asserted trade-marks—Motion granted.

BAUSCH & LOMB INC. v. NEVITT SALES CORP. (T-1706-92, Muldoon J., order dated 26/3/93, 11 pp.)

**PRACTICE**

Motion to strike reamended statement of claim—Defendant obtaining registration as trade marks in association with restaurant services and/or food products for four of 51 phone numbers ending in "1111" assigned to it by plaintiff—Reamended statement of claim seeking (1) expungement of registrations; (2) declaration telephone numbers assigned by plaintiff owned

**TRADE MARKS—Concluded**

by plaintiff, not constituting registrable trade marks, and defendants not entitled to registration; or (3) if registrable, and defendant entitled to registration, declaration such registrations not affecting interpretation and application of terms of service, and *bona fide* use by other customers not constituting infringement—Trade-marks Act, s. 57 giving Federal Court exclusive original jurisdiction to order any entry in register struck out on ground at time of application entry not accurately expressing existing rights of apparent registered owner—S. 58 providing application under s. 57 to be made by statement of claim in action claiming additional relief under Act—Motion allowed—Declaration plaintiff owned telephone numbers inadmissible in so far as concerns registered trade marks as serving no useful purpose and not resolving dispute between parties—Declaration trade marks not registrable, so far as relates to telephone numbers assigned to defendant not yet registered as trade marks, attempt to circumvent entrenched statutory provisions of Trade-marks Act, which provides complete code of procedure (ss. 38, 55 to 61), and not to be by-passed—Since purely speculative and hypothetical, second relief struck—Third relief denied as no allegations of existing dispute to be resolved—Issues raised purely speculative and hypothetical—Such determination could affect rights of third parties not before Court—First relief cannot stand alone—By seeking order expunging trade mark registrations, plaintiff attempting to apply under Trade-marks Act, s. 57, which, according to s. 58, must be made by statement of claim in action claiming additional relief under Act—As second and third relief struck, no additional relief claimed in action and first relief also struck—In any event, declaratory relief not constituting additional relief under Trade-marks Act within meaning of s. 58—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 57, 58.

BELL CANADA v. PIZZA PIZZA LTD. (T-3183-90, Pinard J., order dated 28/4/93, 6 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application to review and set aside Umpire's decision dismissing appeal from Board of Referees—Respondent's employment reduced from full-time to two days and later to one day per week—To commence working one day per week on February 18—Filed claim for unemployment insurance benefits on February 13—Canada Employment and Immigration Commission employee advising could work any day between Monday and Friday without prejudicing entitlement to benefits—Subsequently told ineligible to claim benefits as no interruption of earnings—Unemployment Insurance Act, s. 6(2) and Unemployment Insurance Regulations, s. 37(1) providing interruption of earnings occurring when employee laid off, and seven or more consecutive days during which no work performed for that employer and no earnings arising from that employment—Decision successfully appealed to Board of Referees—In dismissing appeal therefrom Umpire applying by analogy "good cause" test found in s. 9(4)—Also distinguished *Granger v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1986] 3 F.C. 70 (C.A.)—Application allowed—*Granger* indistinguishable—Respondent acted upon erroneous interpre-

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—**  
Continued

tation of law by Commission's agent resulting in no interruption of earnings as required by Act and Regulations to qualify for benefits—That respondent did what reasonable person would have done to inquire as to rights and obligations under Act irrelevant in context of what constitutes interruption of earnings—Definition of "interruption of earnings" in s. 37(1) allowing for no exception or justification relating to claimant's

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—**  
Concluded

behaviour, unlike s. 9(4)—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 6(2) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 5), 9(4) (as am. *idem.*, s. 7)—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 37 (as am. by SOR/82-778, s. 1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. DUFFENNAIS (A-551-92, Létourneau J.A., judgment dated 23/4/93, 4 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

## ACCÈS À L'INFORMATION

Demande de contrôle du refus de communiquer la rémunération journalière exacte de certaines personnes nommées par le gouverneur en conseil—L'art. 19 de la Loi sur l'accès à l'information prévoit que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de certains renseignements personnels—L'art. 19(2)c) permet la communication de renseignements personnels si la communication est conforme à l'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—La définition de l'expression «renseignements personnels» figurant à l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels exclut de la non-divulgateion la classification, l'éventail des salaires et les attributions du poste occupé par un cadre ou employé d'une institution fédérale—Elle exclut également les avantages financiers facultatifs—Application de la règle d'interprétation «*expressio unius est exclusio alterius*»—Étant donné que seul l'«éventail des salaires» est visé par l'exception relative aux «renseignements personnels», le montant exact du traitement ou de la rémunération monétaire demeure un «renseignement personnel»—L'art. 8(2)m)(i) permet la communication de renseignements personnels «à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution, des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée»—La législation, en habilitant la Cour à effectuer le contrôle, a investi celle-ci de l'obligation et du pouvoir, «indépendant du pouvoir exécutif», de préférer sa propre appréciation de la prépondérance de l'intérêt public à celle du responsable de l'institution fédérale—La divulgation des renseignements demandés détruirait le caractère privé de la rémunération exacte que le législateur a prescrit—La magistrature ne doit jamais se laisser aller à faire fi du législateur puisque le pays est fondé sur les principes de la primauté du droit—Il y va également de l'intérêt public—En l'espèce, l'intérêt public ne réside pas dans la divulgation du montant exact de la rémunération des personnes en cause—Les raisons d'intérêt public ne l'emportent pas nettement sur la règle relative à la violation de la vie privée—Si le gouvernement «enrichissait ses favoris» par une dépense abusive des deniers publics, l'intérêt public exigerait la divulgation—La Loi sur l'accès à l'information ne doit jamais avoir pour effet de dissimuler les folies ou la mauvaise administration—Par «avantage financier facultatif», le législateur n'entend pas uniquement les avantages à titre gracieux—Pour respecter la cohérence interne de la loi, l'exception concernant l'«avantage financier facultatif» n'est pas retenue, de façon à

## ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

respecter la volonté du législateur, qui spécifie que l'éventail des salaires est la seule exception à la non-divulgateion de renseignements personnels—Si l'information est mise à la disposition du public, elle doit être communiquée—Les avantages non monétaires conférés à une personne nommée par le gouverneur en conseil constituent un avantage financier facultatif devant être divulgué—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 19, 41—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3, 8(2).

RUBIN C. CANADA (GREFFIER DU CONSEIL PRIVÉ)  
(T-2651-90, T-1587-91, T-1391-92, juge Muldoon,  
ordonnance en date du 25-3-93, 13 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de révision et d'annulation de la décision par laquelle le juge-arbitre a rejeté l'appel interjeté contre la décision du conseil arbitral—L'emploi à plein temps de l'intimé avait été réduit à deux jours, puis à un jour par semaine—L'intimé devait commencer à travailler un jour par semaine le 18 février—Le 13 février, il a présenté une demande de prestations d'assurance-chômage—Un fonctionnaire de la Commission de l'emploi et de l'immigration a informé l'intimé qu'il pouvait faire sa journée de travail n'importe quel jour de la semaine, du lundi au vendredi, sans porter atteinte à son droit aux prestations—L'intimé s'est par la suite fait dire qu'il n'avait pas droit aux prestations puisqu'il n'avait subi aucun arrêt de rémunération—L'art. 6(2) de la Loi sur l'assurance-chômage et l'art. 37(1) du Règlement sur l'assurance-chômage prévoient qu'un arrêt de rémunération survient lorsque l'employé est licencié et qu'il n'a pas travaillé pour l'employeur ni touché de rémunération à l'égard de cet emploi durant une période de sept jours consécutifs ou plus—L'intimé a eu gain de cause auprès du conseil arbitral—En rejetant l'appel de cette décision, le juge-arbitre a appliqué par analogie le critère du «motif justifiant» le retard figurant à l'art. 9(4)—Il a également fait une distinction entre les faits de l'espèce et ceux de l'arrêt *Granger c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1986] 3 C.F. 70 (C.A.)—Demande accueillie—Aucune distinction ne peut être faite entre les deux affaires—L'intimé s'est fondé sur l'interprétation erronée du droit donnée par le représentant de la Commission, de sorte qu'il n'y

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin**

a pas eu d'arrêt de rémunération au sens de la Loi et du Règlement ouvrant droit aux prestations—Le fait que l'intimé s'est comporté en bon père de famille pour s'informer des droits et obligations qu'il avait en vertu de la Loi n'est pas pertinent, compte tenu de ce qui constitue un arrêt de rémunération—La définition de l'expression «arrêt de rémunération» figurant à l'art. 37(1) ne prévoit, contrairement à l'art. 9(4), aucune exception ou justification en ce qui concerne le comportement du prestataire—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 6(2) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 5), 9(4) (mod., *idem*, art. 7)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 37 (mod. par DORS/82-778, art. 1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. DUFFENAI (A-551-92, juge Lévesque, J.C.A., jugement en date du 23-4-93, 5 p.)

**BREVETS**

## PRATIQUE

Demande de suspension de l'exécution de l'ordonnance accordant l'autorisation d'utiliser dans une autre instance le nom et l'adresse du fabricant du chlorhydrate de fluoxétine, ceux-ci étant indiqués dans l'affidavit de Bernard Sherman, en attendant le règlement de l'appel interjeté contre cette ordonnance—Les pièces jointes à l'affidavit de B. C. Sherman font l'objet d'une ordonnance de confidentialité et de préservation—Une autre ordonnance protectrice a été rendue sur consentement, laquelle prévoit que les renseignements confidentiels ne doivent servir qu'à des fins liées à cette action—L'ordonnance ne s'applique pas aux renseignements qui sont portés à la connaissance du public—L'affidavit de Sherman, qui a été scellé et déclaré confidentiel, contenait le nom de la personne qui fournissait le chlorhydrate de fluoxétine aux défendeurs ainsi qu'une description du procédé de fabrication—Pendant l'audition de la demande en vue de l'obtention d'une injonction enjoignant aux défendeurs de cesser la contrefaçon alléguée, les défendeurs ont déposé un «exposé supplémentaire des faits et du droit» portant sur la contrefaçon—Cet exposé contenait le nom du fournisseur étranger ainsi qu'une description partielle du procédé de fabrication—L'exposé supplémentaire des faits et du droit a, par inadvertance, été versé au dossier principal de la Cour—Les demanderesse ont demandé l'ordonnance faisant l'objet de l'appel un an plus tard—Elles ont indiqué que le nom et l'adresse du fournisseur étranger avaient déjà été rendus publics dans l'exposé supplémentaire des faits et du droit et qu'elles pouvaient maintenant se servir de ces renseignements dans une autre instance—En plus de l'ordonnance contestée, le juge avait ordonné que l'exposé supplémentaire des faits et du droit soit scellé et demeure confidentiel et qu'il soit retiré du dossier public de la Cour, sous réserve qu'une tierce personne qui avait obtenu copie de la documentation pendant que l'exposé était accessible au public ne violait pas les ordonnances de la Cour en obtenant les renseignements ou en les communiquant à d'autres—Les défendeurs soutiennent que si la suspension n'était pas accordée, l'appel deviendrait inutile puisque les demanderesse, ayant appris le nom et l'adresse du fournisseur étranger, auraient déjà pu intenter une action contre ce dernier dans un autre ressort, et pourraient l'empêcher d'approvisionner Apotex—Les demanderesse

**BREVETS—Fin**

allèguent que les délais de prescription courent et qu'elles risquent de se voir privées de la possibilité de faire respecter les droits qu'elles possèdent sur le brevet dans le ressort étranger—Demande accueillie—Les renseignements dont la communication et l'utilisation avaient été autorisées ont été scellés en janvier 1992—Ils ont été portés à la connaissance du public par inadvertance—Les demanderesse savaient dès le début que les renseignements étaient confidentiels—Rien ne prouve qu'une action dans le ressort étranger sera prescrite si elle n'est pas intentée immédiatement puisque le délai de prescription ne s'appliquera pas si la contrefaçon continue—Si l'ordonnance contestée était infirmée en appel, l'appel deviendrait inutile puisque, à ce stade-là, des actions auraient probablement été intentées contre le fournisseur étranger—Il existe une question sérieuse à trancher—Les demanderesse ne subiront d'autre préjudice que celui de voir retardée l'introduction de leur instance dans le ressort étranger—Les défendeurs pourraient perdre leur source étrangère d'approvisionnement, rendant sans objet toutes les procédures devant les tribunaux canadiens puisqu'ils ne disposeraient plus du produit prétendu contrefait en vue de la vente—La prépondérance des inconvénients joue en faveur des défendeurs, qui subiront un préjudice irréparable.

ELI LILLY AND CO. C. INTERPHARM INC. (T-3108-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 20-4-93, 16 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

Demande en vue de l'obtention d'un bref de *certiorari* annulant la décision de l'agente d'immigration, apparemment fondée sur des conclusions de fait manifestement erronées—Le requérant demande à être dispensé de l'application de l'art. 9 de la Loi sur l'immigration pour des raisons d'ordre humanitaire—L'agente a conclu que le requérant s'était marié pour des seules fins d'immigration—L'objection préliminaire soulevée par l'intimé en vertu de l'art. 77(3) de la Loi est rejetée pour le motif que le droit d'appel conféré par l'art. 77 appartient au répondant, à savoir l'épouse du requérant, et non à ce dernier—Le droit d'appel appartenant à une personne n'a pas pour effet d'éteindre le droit au contrôle judiciaire appartenant à une autre personne—La recommandation de l'agente d'immigration était fondée sur une conclusion de fait manifestement erronée—L'équité en matière de procédure n'exige pas que le requérant ait la possibilité d'expliquer les contradictions relevées au cours de l'entrevue des conjoints—L'entrevue est menée séparément pour éviter toute collusion entre le demandeur et ses témoins quant aux circonstances du soi-disant mariage véritable et pour découvrir la vérité—L'équité en matière de procédure n'exige pas que l'agente d'immigration prenne les mesures nécessaires pour visionner la bande vidéo de la cérémonie de mariage du requérant—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1), 77(3), 114(2).

GREWAL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1505-02, juge Noël, jugement en date du 17-3-93, 5 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

### *Compétence de la Cour fédérale*

Aux fins du contrôle judiciaire, la décision de la section du statut doit être interprétée dans son ensemble—Il est possible de disséquer des remarques particulières, mais on doit analyser la décision dans le contexte de la preuve elle-même pour déterminer si les conclusions tirées sont raisonnables ou manifestement déraisonnables—Les plaideurs habiles découvrent de nombreuses erreurs dans les décisions de tribunaux administratifs, mais la Cour suprême du Canada a dit, dans un pourvoi en matière criminelle où les motifs invoqués étaient les erreurs commises dans les directives au jury, qu'en l'absence de déni de justice, le pourvoi ne pouvait être accueilli—Il est toujours possible qu'on ne s'entende pas sur la preuve et qu'un tribunal différemment constitué rende une décision contraire—Si l'on compare la preuve à la décision de la section du statut, la décision est compatible avec la preuve.

MIRANDA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-6660, juge Joyal, ordonnance en date du 6-5-93, 3 p.)

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Personnes non admissibles*

Farahi-Mahdavi est entrée illégalement au Canada—Par la suite, elle a été mise sous garde par des agents d'immigration agissant en vertu d'une attestation remise, conformément aux art. 40.1(1) et (2) de la Loi sur l'immigration, à la suite de l'obtention de renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité—L'attestation dit que Mahdavi faisait partie d'une catégorie non admissible de personnes dont on peut penser qu'elles commettront des actes de violence—Un double de l'attestation a été transmis à la Cour fédérale pour qu'elle détermine si celle-ci était raisonnable, compte tenu de la preuve et des renseignements présentés en application de l'art. 40.1(4)d—La Cour a examiné à huis clos les renseignements secrets en matière de sécurité et les autres éléments de preuve—Elle a fourni à Mahdavi un résumé de l'information—Le Service canadien de renseignement de sécurité (le SCRS) soutient que Mahdavi est un membre dirigeant de la Moudjahidin-é Khalq (la MEK), organisation terroriste connue se livrant à des actes de guérilla urbaine à l'échelle internationale, et ayant pour objectif de renverser le gouvernement iranien—Il allègue que Mahdavi est la dirigeante de la MEK au Canada, qu'elle a participé à la préparation de l'attaque dirigée contre l'ambassade iranienne à Ottawa, qu'elle dirigeait les activités de financement et de recrutement de nouveaux membres au sein de la MEK et de l'Armée nationale de libération de l'Iran—Mahdavi a reconnu être membre de la MEK et s'être livrée à des activités de financement et de recrutement, mais a nié avoir joué un rôle important au sein de l'organisation, et avoir pris part à l'attaque dirigée contre l'ambassade—Question de savoir si l'attestation remise en vertu de l'art. 40.1 est raisonnable—Dans *Smith c. Canada*, [1991] 3 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.), il a été jugé qu'il y avait lieu d'appliquer une norme de preuve plus élevée lorsqu'il s'agit de statuer sur le caractère raisonnable d'une attestation remise en application de l'article 40.1, étant donné que la personne désignée dans l'attestation doit être détenue pendant que la Cour

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

détermine si le ministre et le solliciteur général ont exercé leur pouvoir discrétionnaire d'une manière raisonnable, mais la Cour ne devrait pas exiger que l'exécutif respecte une norme plus élevée en ce qui a trait à la preuve du caractère raisonnable, lorsque le ministre et le solliciteur général ont déterminé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que l'intéressé commettra des actes de violence—Lorsque l'attestation visée à l'art. 40.1 n'est pas annulée par la Cour fédérale, elle constitue une preuve concluante que la personne en cause fait partie d'une catégorie non admissible, à savoir les personnes qui se livrent à des actes de violence, d'espionnage et de subversion—L'attestation se fonde sur des renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité—La question de la sécurité nationale est soulevée—Dans ces conditions, les ministres n'ont pas à établir qu'il est très probable que la personne en cause commettra de fait des actes de violence ou qu'elle est réellement membre d'une organisation susceptible de commettre des actes de violence—Il suffit de prouver l'existence de motifs raisonnables permettant de croire que la personne en cause est membre de pareille organisation—Le critère applicable est énoncé dans *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.)—Le témoignage de Mahdavi n'est pas digne de foi—La participation de l'intéressée aux activités de la MEK est plus importante que celle-ci ne l'a prétendu devant la Cour—La participation de la MEK à l'attaque violente dirigée contre l'ambassade mène à la conclusion selon laquelle il y a des motifs raisonnables de croire que la MEK est une organisation susceptible de commettre des actes de violence de nature à porter atteinte à la sécurité humaine au Canada—Le juge Denault a reconnu que l'art. 40.1 constitue un code légal en soi—Si l'on applique les lignes directrices établies par le juge Addy dans *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.), en ce qui concerne l'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire dans une demande de communication de renseignements, la déclaration résumant les renseignements disponibles est suffisante pour que la personne détenue soit raisonnablement informée des circonstances ayant donné lieu à la délivrance de l'attestation—La communication de renseignements supplémentaires plus précis pourrait compromettre la sécurité nationale ou la sécurité des personnes—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 4, 5, 19(1)g), 32, 40.1 (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4).

FARAHI-MAHDAVIEH (RE) (DES-1-93, juge Denault, ordonnance en date du 25-3-93, 14 p.)

### STATUT AU CANADA

#### *Citoyens*

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a approuvé la demande de citoyenneté de l'intimée—Question de savoir si l'intimée avait résidé au Canada pendant au moins trois ans en tout dans les quatre ans qui ont précédé la date de sa demande, conformément à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté—L'intimée s'était trouvée au Canada pendant 740 jours sur les 1 476 jours qui ont précédé la date de sa demande—Elle a obtenu le droit d'établissement en octobre 1985—En juillet 1987, elle a épousé en Angleterre un citoyen du Royaume-Uni dans une cérémonie religieuse—La période

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

de quatre ans précédant la demande de citoyenneté de l'intimée a débuté le 7 mars 1987—Pendant qu'elle cohabitait avec son mari, le lieu où l'intimée avait son mode de vie habituel était l'Angleterre—Pendant la période où elle se préparait pour son mariage religieux, l'intimée avait avec l'Angleterre des liens beaucoup plus étroits que ceux qu'elle avait avec le Canada—L'intimée n'est pas demeurée résidente du Canada pendant ladite période—Du 18 janvier 1988 au 26 septembre 1989, elle maintenait son mode de vie habituel en Angleterre—Une fois en instance de divorce, l'intimée a manifesté l'intention de résider au Canada—Il n'est pas établi qu'elle se soit temporairement absentée pour poursuivre ses études en Angleterre pendant la période pertinente de quatre ans—La conclusion selon laquelle elle s'était temporairement absentée pour préparer son mariage en Angleterre ne correspond pas à la preuve—La condition fixée à l'art. 5(1)c) n'est pas remplie—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c), 14(5).

CANADA (MINISTRE DU MULTICULTURALISME ET DE LA CITOYENNETÉ) C. SHANSHAL (T-17-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 26-3-93, 13 p.)

Appel de la décision du juge de la citoyenneté—L'appelant a une connaissance suffisante du Canada ainsi que de son système politique pour avoir droit à la citoyenneté—Le juge de la citoyenneté a procédé d'une manière irrégulière en interrogeant l'appelant et sa femme ensemble et en ne posant des questions à la femme de l'appelant que lorsque les réponses de ce dernier ne la satisfaisaient pas—Cette façon de procéder n'est ni équitable ni raisonnable—Appel accueilli.

BINDISCH (RE) (T-2022-92, juge Reed, jugement en date du 5-5-93, 1 p.)

### *Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de révision de la décision par laquelle un arbitre et un membre de la section du statut ont conclu que la demande de statut présentée par le requérant n'avait pas de minimum de fondement—Le requérant était membre de la «contra», dont l'objectif était de renverser le régime sandiniste—Les sandinistes contrôlaient les forces militaires—Le requérant a quitté le Nicaragua en 1979 et a obtenu le statut de réfugié au Costa Rica—Il est devenu citoyen du Costa Rica tout en conservant sa citoyenneté nicaraguayenne—Il est arrivé au Canada en 1988 et a revendiqué le statut de réfugié—Le tribunal a jugé que la revendication était dénuée d'un minimum de fondement—Le demandeur qui a une double citoyenneté doit prouver sa revendication à l'égard des deux pays—Au Costa Rica, la maison du requérant a été cambriolée, on l'avait traité de [TRADUCTION] «larve» (terme que les sandinistes emploient pour décrire un membre de la «contra»), deux amis de la «contra» avaient été tués ou avaient disparu—Il allègue qu'il a raison de craindre d'être persécuté et que le gouvernement du Costa Rica ne peut pas ou ne veut pas le protéger contre la persécution—Il croit que les sandinistes ont pris le contrôle du Costa Rica—Il soutient que sa vie serait en danger s'il retournait au Nicaragua puisque les sandinistes contrôlent toujours les forces militaires—Le tribunal a conclu que les preuves soumises par le requérant pour étayer sa crainte de persécution

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

n'étaient pas crédibles et qu'il n'existait aucune preuve digne de foi que le gouvernement du Costa Rica ne pouvait pas protéger le demandeur—Rien ne laisse entendre que la section n'a pas examiné la preuve concernant le changement de gouvernement et les indications selon lesquelles les sandinistes continuaient à participer indirectement, à certains égards, à la direction du pays—Dans l'éventualité du rejet de la demande, le requérant demande également que la Cour certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale, conformément à l'art. 83(1) de la Loi—La question de savoir si la simple incapacité de protéger un individu contre les actes d'autres individus peut servir de minimum de fondement à la crainte de persécution d'un individu qui ne s'est pas réclamé de la protection des autorités de l'État ne mérite pas d'être certifiée—Le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement a été aboli; de plus, une question de portée générale devrait être axée sur l'avenir—La notion du «minimum de fondement» continue à être importante en vertu de la Loi, mais elle sera appliquée dans un cadre législatif différent—Une réponse aurait peu d'utilité, à l'heure actuelle ou à l'avenir—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01 (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14), 83 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

BALDIZON-ORTEGARAY C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1933, juge Noël, ordonnance en date du 7-5-93, 7 p.)

Demande d'annulation de la décision du tribunal chargé de vérifier l'existence d'un minimum de fondement—L'intimé et ses amis ont signalé à la police qu'on se livrait à des activités illégales dans le village, dans le domaine de la drogue et des jeux illégaux—Il n'a pas été donné suite aux renseignements fournis—Il est allégué que la police était corrompue—Un ami de l'intimé a été assassiné, et sa femme agressée par des personnes qu'on soupçonnait être des trafiquants de drogues—La crédibilité du requérant a été contestée sur la base de l'ouï-dire et de la nature conjecturale de ses conclusions—Étant donné qu'il ne pouvait pas déterminer si les conclusions de l'intimé étaient déraisonnables, l'arbitre a jugé que ce dernier était digne de foi—Demande accueillie—L'arbitre n'a pas conclu à l'existence d'une preuve digne de foi permettant à la section du statut de conclure que l'intimé était un réfugié au sens de la Convention, mais il a plutôt conclu qu'il existait une preuve qu'il n'était pas disposé à rejeter, que la section du statut pourrait trouver digne de foi et qui permettrait à celle-ci, si elle la trouvait digne de foi, de conclure que l'intimé était un réfugié au sens de la Convention—Abdication de pouvoir—Le tribunal du premier palier est tenu de faire sa propre évaluation de la crédibilité: *Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 238 (C.A.).

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. RAJARAM (A-339-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 19-5-93, 4 p.)

Appel de la décision par laquelle la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande de statut pour le motif que le demandeur n'avait pas raison de craindre d'être persécuté au Sri Lanka, et qu'il avait la possibilité de se réfugier dans une autre partie du pays—



**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

L'appelant a invoqué *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration)*, [1992] 1 C.F. 706 (C.A.), où il avait jugé que la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du pays devait être expressément soulevée à l'audience et que le demandeur devait avoir la possibilité de l'aborder—Appel rejeté—La Commission n'a pas à aviser le demandeur qu'elle a l'intention d'examiner la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du pays dans son raisonnement et sa conclusion, si la question est soulevée par l'agent d'audience au cours de la procédure—L'agent d'audience a interrogé le demandeur au sujet des problèmes qu'il avait avec les militaires et les Tigres libérateurs tamouls lorsqu'il vivait à Colombo—La question a également été débattue dans les observations faites à la Commission par l'agent d'audience et par l'avocate du demandeur—Un type plus formel d'avis ou de procédure n'est pas nécessaire—La Commission a eu raison de conclure que l'appelant pouvait se réfugier dans une autre partie du pays.

BALACHANDRAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-773-91, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 21-4-93, 3 p.)

La Couronne a consenti à ce que l'appel soit accueilli, mais l'appelant a soutenu que la Cour devrait exercer son pouvoir en vertu de l'art. 52c(i) de la Loi sur la Cour fédérale et déclarer qu'il est un réfugié au sens de la Convention, plutôt que déférer l'affaire à la Commission—Le fait que la Commission a commis une erreur de droit en portant son attention sur la vérification de la citoyenneté de Somaliens-Kényens l'a conduit à conclure que l'appelant craignait d'être poursuivi, et non d'être persécuté—À cause de l'erreur, la Commission n'a pas examiné la preuve selon laquelle l'appelant craignait d'être persécuté du fait qu'il était un Somalien-Kényen ethnique et du fait de ses activités antigouvernementales—Il reste des faits que la Commission doit examiner—Distinction faite avec *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Burgon* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 102 (C.A.F.)—La preuve n'est pas «si manifestement concluante» que la seule conclusion que la Commission pouvait tirer est que l'appelant est un réfugié au sens de la Convention—Appel accueilli—L'affaire est déférée à une formation différemment constituée pour nouvelle audition et réexamen—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52c(i).

DOLI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1179-91, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 20-4-93, 2 p.)

**CONTRATS**

Appel de la décision ((1990), 34 F.T.R. 241), par laquelle la Section de première instance a rejeté l'action en violation de contrat—L'appelant soutient qu'il y a des vices dans le yacht de 60 pieds construit par les intimés—Le juge de première instance a ordonné que le bateau soit achevé, essayé en mer et livré à l'appelant—L'appelant a consigné la somme de 30 000 \$ à la Cour conformément à l'ordonnance—Il a été

**CONTRATS—Fin**

jugé qu'au Royaume-Uni et au Canada, la Sale of Goods Act de la Colombie-Britannique s'appliquait à la vente de navires—Le contrat ici en cause est un contrat de vente de biens—La Loi s'applique au contrat de la construction et de vente du navire—L'appelant ne pouvait pas résilier le contrat le 9 mars 1989, date de l'introduction de l'action devant la Section de première instance, du fait que les intimés avaient violé celui-ci par anticipation—Ces derniers ont essayé de mettre le bateau en bon état avant le procès—L'inexécution par les intimés n'était pas inévitable au moment où l'appelant a intenté l'action—Question de savoir si les intimés ont violé les conditions implicites prévues dans la Sale of Goods Act—Le navire n'a pas été livré avant l'introduction de l'action—Les conditions prévues dans la Sale of Goods Act ne s'appliquent pas encore—L'art. 17 de la Loi traite de la vente sur description—Le contrat entre les parties ne renferme pas de conditions précises qui viennent s'ajouter aux obligations incombant au vendeur en vertu de l'art. 17—La description donnée dans le contrat crée une obligation de common law et une obligation légale—Il n'a pas été conclu que le navire ne correspondait pas à la description—Le juge de première instance a conclu que l'art. 18 de la Loi n'avait pas été violé en ce qui concerne l'adaptation du navire à l'usage auquel il était destiné—Le pouvoir d'un tribunal d'appel de modifier une conclusion de fait ne peut s'exercer que dans le cas où le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante influant sur son appréciation des faits—La conclusion de fait qui a été tirée, à savoir que la coque était adaptée à l'usage auquel elle était destinée, est étayée par une preuve suffisante—La Cour ne devrait pas modifier la conclusion selon laquelle les vides avaient été comblés par une méthode communément employée dans le secteur—Le juge de première instance ne manquait pas de preuves, qu'il s'agisse des dépositions d'experts ou d'autres éléments, pour apaiser les inquiétudes exprimées par l'appelant—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que le bateau était raisonnablement adapté à l'usage auquel il était destiné—Les tribunaux ont imposé aux vendeurs des exigences sévères relativement à la condition implicite de la qualité marchande—La notion de qualité marchande doit s'adapter aux circonstances de chaque affaire—Les art. 18a) et b) de la Loi sont des dispositions différentes devant être examinées séparément—Les conclusions de fait tirées en l'espèce ne permettent pas de conclure à la violation de l'art. 18b)—Le fait qu'on a dit à l'appelant que le navire était de conception Huntingford ne constitue pas une fausse déclaration—L'intimé n'avait aucune intention frauduleuse d'induire qui que ce soit en erreur—Le juge de première instance a conclu que l'intimé était un témoin digne de foi—Rien ne permet de modifier la conclusion selon laquelle les déclarations faites avant la signature du contrat n'étaient pas délibérément frauduleuses—Les dommages-intérêts ne sont pas accordés puisqu'il n'a pas été conclu que le contrat avait été violé—Appel rejeté—Sale of Goods Act, R.S.B.C., 1979, ch. 370, art. 17, 18.

CASDEN C. COOPER ENTERPRISES LTD. (A-510-90, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 8-2-93, 25 p.)

## DOMMAGES-INTÉRÊTS

## COMPENSATOIRES

Demande de réparation des avaries subies par une partie de la cargaison de sucre brut en vrac transportée de l'Australie à Toronto à bord d'un navire appartenant à la défenderesse Federal Pacific (Liberia) Ltd.—La Cour n'a à se prononcer que sur la question du montant des dommages-intérêts dus à la défenderesse—Les inspecteurs des parties s'accordent pour dire que, de la quantité de sucre brut initialement chargée dans la cale n° 1, 15 % étaient sains et 85 % étaient avariés—Le contrat prévoyait qu'aucun sucre titrant moins de 96 degrés ne serait chargé—Le sucre avarié se trouvant dans la cale n° 1 avait une polarité de 93,39 degrés, alors que le sucre sain titrait 98,72 degrés—Lorsqu'une cargaison subit des avaries en mer, l'évaluation des dommages-intérêts est fondée sur le calcul de la différence entre la valeur marchande saine à destination (VMSD) et la valeur marchande avariée à destination (VMAD) de la cargaison—La partie lésée est tenue de mitiger l'étendue du dommage—Les calculs et la méthode retenus par la défenderesse ne constituent pas une application correcte de la formule—Les règles de la London Sugar Association constituent un moyen objectif d'établir la valeur marchande, au jour de livraison, du sucre titrant 93,39 degrés de polarité—Application des primes et rabais prévus à l'échelle britannique des Règles de Londres en vue du calcul de la moins-value du sucre due à une baisse de polarité—La différence entre la VMSD, soit 738 352,40 \$, et la VMAD, soit 649 186,73 \$, est de 89 165,69 \$—La défenderesse s'est acquittée de l'obligation qui lui incombait de mitiger l'étendue des dommages en transformant le sucre avarié—Il est pleinement tenu compte de la baisse de valeur du sucre avarié correspondant aux dommages-intérêts dus à la défenderesse après qu'elle a mitigé le dommage—La défenderesse a engagé des frais supplémentaires de déchargement d'un montant de 31 071,34 \$ plus 2 155,10 \$ pour les honoraires des inspecteurs, lesquels sont accordés—Le montant supplémentaire des frais de transformation, qui est de 5 000 \$, est également accordé, les dommages-intérêts s'élevant au total à 127 392,13 \$—La question de la préclusion a été soulevée par l'avocat de la défenderesse, étant donné que l'inspecteur des défenderesses avait convenu que la dépréciation était de 50 %—Le fondement de la préclusion est une démarche qui, par des mots ou un comportement, incite quelqu'un à agir à son détriment—Redpath n'a pas agi contrairement à ses intérêts en se fondant sur ce que son inspecteur avait fait à la réunion du 22 juin 1989—Le dossier ne contient aucun document alléguant la préclusion ou l'acquiescement des propriétaires du navire ou de leurs assureurs—Le fait que l'inspecteur des défenderesses a indiqué que le chiffre de 50 % était juste et raisonnable ne permet pas de conclure à la préclusion—La défenderesse a reçu une compensation pour le risque qu'elle a assumé en raffinant le sucre avarié—La somme de 127 392,13 \$, plus les intérêts composés semestriellement, est accordée.

REDPATH INDUSTRIES LTD. C. FEDERAL CALUMET (LE)  
(T-1051-90, juge Rothstein, jugement en date du 23-4-93,  
25 p.)

## DOUANES ET ACCISE

## LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appels du jugement de première sentence rejetant les appels interjetés contre les cotisations concernant la taxe d'accise pour l'importation de vin de cuisine en vrac (Grantham seulement) et la taxe de vente fédérale pour la vente de vin de cuisine dans un nouvel emballage (Grantham et National)—L'art. 24 de la Loi sur la taxe d'accise prévoit le prélèvement d'une taxe d'accise à l'égard du vin importé dont le montant varie selon la teneur en alcool du vin—L'expression «vin» est définie comme comprenant les liqueurs spiritueuses qui sont le produit de nombreuses substances fermentables obtenues par la fermentation normale alcoolique de jus et non par la distillation—Les appelantes soutiennent que le caractère non potable du vin de cuisson, obtenu en ajoutant du sel à du vin en vrac non millésimé, a pour effet d'exempter celui-ci de l'application de dispositions fiscales, c'est-à-dire que s'il n'est pas une «boisson», il ne peut être du vin—Appel interjeté par Grantham accueilli en partie—Le vin de cuisson est assujéti à la taxe d'accise en vertu de l'art. 24—Le caractère non potable du vin de cuisson n'a pas pour effet de le soustraire à l'application de l'art. 24—La taxe d'accise est prélevée «sur les vins de toute espèce» (art. 24(1)) (dont le sens est précisé dans le jugement rendu par le juge Létourneau, J.C.A.)—Le vin est défini d'une façon large et «comprend» les liqueurs spiritueuses, lesquelles ne sont pas habituellement considérées comme du vin—L'emploi du mot «comprend» dans la définition indique que celle-ci n'est pas destinée à être limitative—Les appelantes n'ont pas pu établir que l'interprétation donnée est contraire à l'objet de la Loi—Le législateur n'avait pas l'intention de faire une distinction entre le vin potable et le vin non potable—Le vin de cuisson n'est pas assujéti à l'application de la taxe de vente fédérale en vertu de l'art. 27—L'art. 29 exempte les marchandises énumérées à l'annexe III de l'application de l'art. 27—L'annexe mentionne les aliments et boissons destinés à la consommation humaine, sauf «les vins ... et autres boissons alcooliques»—Mention expresse du caractère potable—Le vin est mentionné avec les «autres boissons alcooliques»—Il est juste et raisonnable de considérer que le vin de cuisson bénéficie de l'exemption accordée à l'égard des aliments destinés à la consommation humaine dans la mesure où les édulcorants, les assaisonnements et d'autres ingrédients sont également expressément exemptés—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 24(1a) (mod. par S.C. 1986, ch. 54, art. 3), (5) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 68, art. 7), 27(1) (mod. par S.C. 1986, ch. 54, art. 4), (1.1) (mod., *idem*, ch. 9, art. 16), a) (mod. par L.C. 1988, ch. 18, art. 15), (6) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 68, art. 10), 29(1) (mod., *idem*, ch. 104, art. 9), annexe III, Partie V (mod. par S.C. 1986, ch. 9, art. 1).

NATIONAL IMPORTERS LTD. C. CANADA (A-1155-91, juges Létourneau et Robertson, J.C.A., jugement en date du 25-2-93, 5 p.)

GRANTHAM FOODS LTD. C. CANADA (A-1156-91, juges Létourneau et Robertson, J.C.A., jugement en date du 25-2-93, 5 p.)

## ÉNERGIE

Appel de la décision ((1992), 50 F.T.R. 260), par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande visant à l'obtention de subventions du secteur pétrolier s'élevant au total à 3 680 000 \$ relativement à l'année 1985—L'intimé a interjeté un appel incident par suite de la réduction du montant initialement réclamé—L'intimée, Mon-Oil, a conclu avec Exco Energy Ltd. des accords portant sur des travaux de prospection de pétrole et de gaz sur des terres domaniales—Tous les frais d'exploration payés étaient réputés donner droit au versement d'une subvention en vertu de la Loi sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier (la Loi) et être considérés comme des frais d'exploration au Canada au sens de la Loi de l'impôt sur le revenu—Les subventions payables à Mon-Oil représentaient 80 % des frais d'exploration admissibles—En 1983 et 1984, Mon-Oil a obtenu près de la totalité du montant réclamé—Exco a été réputée en faillite en juillet 1985—En 1988, une action a été intentée en vue du versement des montants prévus par la Loi—Le juge de première instance a conclu que Mon-Oil avait le droit de recevoir la subvention demandée en 1985 relativement aux frais d'exploration admissibles—Il a été jugé que les frais engagés par Mon-Oil étaient raisonnables—Le juge de première instance a rejeté la demande que Mon-Oil avait été présentée en vue d'obtenir des dommages-intérêts généraux pour le manque à gagner parce qu'elle était trop conjecturale—La Couronne a fait valoir quatre moyens d'appel, qui ont tous été rejetés—En l'espèce, la question du fardeau de la preuve est entièrement théorique—C'était à la Couronne qu'il incombait d'établir le bien-fondé de sa demande de recouvrement des présumés montants versés en trop au cours des années en question et de démontrer le caractère raisonnable des dépenses—La question du caractère raisonnable d'une dépense est une question de fait—Au début du procès, la Couronne a retiré ses allégations au sujet des activités frauduleuses d'Exco et de Mon-Oil—Après le procès, le commettant d'Exco a été accusé et reconnu coupable de fraude à l'égard du Programme d'encouragement du secteur pétrolier—En appel, la Couronne n'a pas le droit de mentionner la déclaration de culpabilité en la produisant à titre de «jurisprudence» étant donné qu'elle a sciemment et délibérément choisi de ne pas prouver la fraude au procès—Appel et appel incident rejetés—Loi sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier, S.C. 1980-81-82-83, ch. 107, art. 3, 4, 12, 13, 14, 15, 16, 24.

MON-OIL LTD. C. CANADA (A-667-92, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 10-3-93, 25 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

### CALCUL DU REVENU

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté les appels interjetés contre les cotisations—Les parents du demandeur étaient les copropriétaires inscrits des terrains et de la maison situés au 4136, rue 108, Edmonton, où ils avaient leur domicile matrimonial depuis novembre 1973—Ils n'ont pas été en mesure d'effectuer à temps leurs versements hypothécaires, et des actions en conclusion ont été intentées en 1983—Le 18 octobre 1983, ils ont procédé à un transfert immobilier visant à transmettre le titre de propriété au demandeur, sans

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

qu'il en ait connaissance ou qu'il donne son consentement—Le demandeur n'a pris connaissance du transfert que le 17 avril 1984, lorsqu'il a reçu signification d'une déclaration déposée par le créancier hypothécaire du premier rang—Le demandeur a cédé la propriété aux créanciers de deuxième rang et l'a rachetée le 10 octobre 1984—L'art. 160 de la Loi de l'impôt sur le revenu prévoit que le cessionnaire d'un bien dans une opération avec lien de dépendance est conjointement et solidairement tenu de payer une partie de l'impôt du cédant—Le demandeur a fait l'objet d'une cotisation à l'égard des impôts sur le revenu impayés dus par ses parents pour les années 1981, 1982 et 1983, qui n'avaient pas encore été acquittés le 18 octobre 1983—La Cour de l'impôt a rejeté l'appel—Appel accueilli—L'art. 160 vise à aider le ministre dans des situations où la dette du contribuable pourrait faire l'objet d'un jugement ou d'un certificat et entraîner par la suite un enregistrement ou une exécution portant sur le bien du débiteur, et où le contribuable tente de contourner les mesures ainsi prises par le ministre en transférant le bien à un membre de sa famille—Une opération effectuée entièrement sans la connaissance ou le consentement du demandeur n'a pas pour effet de déposséder ses parents de leur titre—Le ministre n'a pas à recourir à l'art. 160 à moins que le transfert ne soit valide—Le 18 octobre 1983, les parents du demandeur étaient les propriétaires bénéficiaires du terrain et étaient passibles de mesures d'exécution à l'égard des arriérés d'impôt—Les tentatives infructueuses de transfert n'ont pas mis en danger la garantie du ministre—La réclamation du ministre sous le régime de l'art. 160 aurait pour effet de faire assumer au demandeur une responsabilité supplémentaire alors que ce dernier n'avait pas connaissance du transfert ou de la dette—L'art. 160 ne s'applique pas au demandeur tant qu'il n'est pas au courant du transfert prévu—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 160 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 107).

MAH C. M.R.N. (T-1173-90, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 29-9-93, 11 p.)

Appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'argent que le défendeur a reçu de son employeur ne devait pas être inclus dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 1987—Le défendeur a été muté de Moncton à Winnipeg à la suite de l'annonce faite par le CN, en 1986, au sujet de son intention de fermer les ateliers de Moncton—Accord conclu entre le CN et le Syndicat des wagonniers, selon lequel les membres du syndicat auraient la possibilité d'être mutés à Winnipeg ou à Montréal pour accomplir les travaux—L'accord prévoyait également qu'une indemnité de réinstallation de 10 000 \$ serait versée aux membres du syndicat, à certaines conditions—Le montant a été versé au défendeur, les conditions fixées dans l'accord spécial ayant été remplies—Le MRN a inclus la somme de 8 500 \$ dans le revenu du défendeur pour l'année d'imposition 1987—Sens de l'expression «allocation» figurant à l'art. 6(1)b) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La notion d'allocation ne s'applique clairement pas à la somme reçue par le défendeur—Le paiement a été effectué dans le but de satisfaire à une obligation contractuelle du CN dans le cadre de l'accord spécial conçu pour rembourser au défendeur les frais engagés—Les employés mutés ont le droit d'être rétablis financièrement dans une situation semblable à celle dans laquelle ils étaient au lieu

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

de leur résidence antérieure sans que cela soit considéré comme un avantage imposable en vertu de l'art. 6(1)a—Il n'existe en l'espèce aucun élément de preuve étayant la conclusion selon laquelle le paiement en question satisfait aux critères d'un avantage—Le défendeur a simplement été rétabli, quoique en partie seulement, dans la situation financière où il était avant la mutation—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 5(1), 6(1), (3).

M.R.N. c. PHILLIPS (T-1421-90, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 6-5-93, 12 p.)

La demanderesse exploitait un club automobile—NDR Technologies Inc. (NDR), qui était une société avec lien de dépendance, construisait un voilier de course ayant une quille expérimentale—La demanderesse assurait le financement—Conformément à une entente datée du 18 mai 1984, NDR a émis en faveur de la demanderesse un billet à ordre de 120 000 \$ ne portant pas intérêt—L'art. 194 de la Loi de l'impôt sur le revenu autorise la désignation d'un montant de la valeur de la contrepartie pour laquelle une corporation a émis une créance ou accordé un droit en vertu d'un contrat de financement pour la recherche scientifique et le développement expérimental—NDR a désigné la somme de 120 000 \$ à l'égard du billet à ordre émis au nom de la demanderesse—La demanderesse a avancé plus de 30 000 \$ à NDR avant la date de l'entente, plus de 50 000 \$ avant la date de la désignation visée à l'art. 194 et, enfin de compte, plus de 120 000 \$ au total—La demanderesse a demandé un crédit d'impôt de 60 000 \$—L'art. 127.3(1) prévoit la déduction du crédit d'impôt pour la recherche scientifique et le développement expérimental (défini, à l'art. 127.3(2)a), comme étant le «total de toutes les sommes» égales à 50 % d'un montant désigné en vertu de l'art. 194(4)—La défenderesse conteste la validité de la désignation de la somme de 120 000 \$ parce qu'elle excède la contrepartie pour laquelle le billet à ordre a été émis—Elle soutient que les sommes versées avant et après la date de l'émission du billet à ordre ne constituent pas une «contrepartie» pour laquelle le billet à ordre a été émis au sens de l'art. 194(4)—Sens de l'expression «contrepartie» figurant à l'art. 194(4)—Appel accueilli—L'interprétation donnée par la défenderesse à l'expression «contrepartie» n'est pas réaliste et est contraire à l'intention du législateur—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 127.3(1) (édicte par S.C. 1984, ch. 1, art. 73; 1986, ch. 6, art. 15), (2)a) (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 46; 1986, ch. 6, art. 15), 194(4) (édicte par S.C. 1984, ch. 1, art. 95; 1986, ch. 6, art. 15).

GROUPMARK CANADA LTD. c. CANADA (T-2635-90, juge suppléant Walsh, jugement en date du 12-3-93, 12 p.)

**Déductions**

Appel de la décision rendue par la Section de première instance ((1991), 91 DTC 5327) au sujet de la question de savoir si l'exemption d'impôt accordée par Porto Rico à une corporation affiliée d'une société canadienne est un stimulant à l'exportation sous le régime de la loi canadienne de l'impôt sur le revenu—L'intimée a cherché à déduire de son revenu imposable des fractions des dividendes reçus d'une corporation étrangère, la Bacardi Corporation—La question de l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 5907(10) du Règlement de l'impôt sur le revenu qui est ici en litige n'a pas été soulevée

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

dans l'argumentation devant le juge de première instance—Distinction entre les pays «énumérés» et les pays «non énumérés» faite à l'art. 5907(11)—L'expression «gains exonérés» est définie à l'art. 5907(1)b) du Règlement—Le pays dont il est question à l'art. 5907(10)a) ne peut pas, selon les faits, être les États-Unis, mais Porto Rico, puisque les gains ont été réalisés à Porto Rico—Les art. 5907(10) et (11) du Règlement ne sont pas des dispositions d'allègement parallèles—L'intimée n'est pas visée par la catégorie des stimulants à l'exportation puisque Porto Rico est distinct des États-Unis—L'intimée ne peut se prévaloir de l'art. 5907(10) et (11) du Règlement—Appel accueilli—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 5907(1)b), (10), (11).

OLD HW-GW LTD. c. CANADA (A-455-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 18-3-93, 12 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****CONTREFAÇON**

Requête en injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse d'annoncer et de vendre des marchandises qui violeraient apparemment les marques de commerce des demanderesse concernant la «ligne de lunettes de soleil Ray-Ban»—La marque nominale des lunettes de soleil «Rayex» et le dessin de cercle dentelé de la défenderesse se rapprochent fortement des marques de commerce des demanderesse—Preuve de comparaisons et d'observations convaincantes démontrant l'existence d'un préjudice irréparable causé aux demanderesse par la défenderesse—Reproduction hardie et délibérée des modèles, des dessins de marque et du matériel publicitaire—Les produits copiés de la défenderesse sont de qualité inférieure—La comparaison, la confusion et les déclarations complètement fausses au sujet des rayons ultraviolets existent depuis que la défenderesse a commencé à commercialiser les marchandises—Demande d'injonction interlocutoire réglée à l'aide d'une preuve par affidavit—Les critères applicables à pareilles demandes, énoncés dans *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.), sont tous satisfaits—Forte preuve *prima facie* contre la défenderesse—Il existe un préjudice irréparable étant donné la confusion semée par la défenderesse du fait que ses marchandises et marques commerciales sont identifiées à celles de Bausch & Lomb Inc. (B & L) d'une manière importune—L'octroi de dommages-intérêts ne fournirait certainement pas de réparation adéquate à B & L—La prépondérance des inconvénients penche du côté de la demanderesse—L'imitation effectuée par la défenderesse constitue une preuve *prima facie* de la violation du droit de propriétaire de B & L sur les marques de commerce revendiquées—Requête accueillie.

BAUSCH & LOMB INC. c. NEVITT SALES CORP. (T-1706-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 26-3-93, 12 p.)

**PRATIQUE**

Requête en radiation de la déclaration plusieurs fois modifiée—La défenderesse a obtenu l'enregistrement de quatre numéros de téléphone sur 51 se terminant pas «1111» que lui avait attribués la demanderesse, à titre de marques de com-

## MARQUES DE COMMERCE—Fin

merce employées en liaison avec ses services de restauration ou ses produits alimentaires—La déclaration plusieurs fois modifiée vise à l'obtention (1) de la radiation des enregistrements; (2) d'une ordonnance déclaratoire portant que les numéros de téléphone attribués par la demanderesse appartiennent à cette dernière et ne constituent pas des marques de commerce enregistrables, et que les défenderesses n'ont pas droit à l'enregistrement ou (3) si les numéros sont enregistrables et si la défenderesse a droit à l'enregistrement, d'une ordonnance déclaratoire portant que pareils enregistrements n'ont pas d'incidence sur l'interprétation et l'application des conditions de service, et que l'utilisation de bonne foi par d'autres clients ne constitue pas une violation—L'art. 57 de la Loi sur les marques de commerce confère à la Cour fédérale une compétence initiale exclusive pour ordonner qu'une inscription dans le registre soit biffée parce que, à la date de la demande, l'inscription n'exprime pas exactement les droits existants de la personne paraissant être le propriétaire inscrit—L'art. 58 prévoit que la demande prévue à l'art. 57 est faite par un exposé de réclamation dans une action demandant un redressement additionnel en vertu de la Loi—Requête accueillie—La conclusion visant à l'obtention d'une ordonnance déclaratoire portant que la demanderesse est propriétaire des numéros de téléphone est inadmissible, en ce qui concerne les marques de commerce enregistrées, parce que pareil jugement aurait peu d'utilité et ne réglerait pas le litige—Dans la mesure où elle vise les numéros de téléphone attribués à la défenderesse qui n'ont pas encore été enregistrés à titre de marques de commerce, l'ordonnance déclaratoire selon laquelle ces numéros ne constituent pas des marques de commerce enregistrables constituerait une tentative pour contourner les dispositions de la Loi sur les marques de commerce, qui prévoient exhaustivement la procédure applicable (art. 38, et 55 à 61) et auxquelles on ne saurait déroger—Comme la question est purement conjecturale et hypothétique, le deuxième redressement demandé doit être rejeté—Le troisième redressement n'est pas accordé, vu l'absence d'allégations selon lesquelles un litige existant serait réglé—Les questions soulevées sont purement conjecturales et hypothétiques—Pareille décision pourrait porter atteinte aux droits de tiers qui ne sont pas parties à l'action—Le premier redressement demandé ne peut subsister seul—En demandant une ordonnance radiant l'enregistrement des marques de commerce, la demanderesse tente de présenter une demande, en vertu de l'art. 57 de la Loi sur les marques de commerce, laquelle, selon l'art. 58, doit être faite au moyen d'un exposé de réclamation dans une action visant à l'obtention d'un redressement additionnel en vertu de la Loi—Étant donné que les deuxième et troisième redressements demandés sont rejetés, aucun redressement additionnel n'est demandé dans l'action et le premier redressement est également rejeté—De toute façon, l'ordonnance déclaratoire ne constitue pas un redressement additionnel en vertu de la Loi sur les marques de commerce au sens de l'art. 58—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 57, 58.

BELL CANADA C. PIZZA PIZZA LTD. (T-3183-90, juge Pinard, ordonnance en date du 28-4-93, 6 p.)

## PÉNITENCIERS

Action en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que l'art. 28 de la Loi sur les pénitenciers s'applique d'une façon inégale aux détenus autochtones, compte tenu de leur race, et qu'il est donc incompatible avec l'art. 15 de la Charte—Le demandeur, un Indien, a été incarcéré dans un pénitencier fédéral après avoir été reconnu coupable d'homicide involontaire—La demande qu'il a présentée en vue d'obtenir la permission de sortir sous surveillance pour assister aux funérailles de son fils a été rejetée—L'art. 28 de la Loi sur les pénitenciers prévoit que le responsable du pénitencier peut accorder la permission de sortir pour des raisons humanitaires—Le demandeur soutient que, s'il s'est vu refuser une sortie surveillée, c'est en partie à cause des préjugés raciaux existant au sein du système correctionnel—Il soutient que les sorties surveillées fondées sur des raisons humanitaires sont rarement accordées à des détenus autochtones et que le nombre de sorties qui sont accordées à ceux-ci ne correspond pas au pourcentage qu'ils représentent dans la population carcérale—La manière dont l'art. 28 est appliqué au demandeur et aux détenus autochtones équivaut donc à un traitement inégal—En se fondant sur les données obtenues par suite de rapports personnels qu'il avait eus avec des gens qui avaient décrit, de leur plein gré, leur situation et celle de leurs proches, le témoin du demandeur a conclu que les détenus autochtones obtenaient un pourcentage moins important de permissions de sortir sous surveillance que les détenus non autochtones—Le défendeur a nié que l'art. 28 violait l'art. 15 de la Charte et que la race entrainait en ligne de compte dans la décision—Le témoin du défendeur a produit une base de données sur toutes les sorties surveillées accordées aux détenus de tous les pénitenciers fédéraux du Canada entre le 1<sup>er</sup> avril 1986 et le 31 mars 1990—Il a conclu que les détenus autochtones se voyaient accorder un pourcentage plus élevé de sorties surveillées pour raisons humanitaires que celui auquel on pourrait s'attendre, vu leur nombre par rapport à la population carcérale—Il a également conclu que des sorties surveillées fondées sur des raisons humanitaires sont très rarement accordées à ceux qui doivent encore purger cinq ans de leur peine pour homicide involontaire dans un établissement fédéral et que les détenus autochtones purgeant une peine pour homicide involontaire sont plus susceptibles de se voir accorder des sorties surveillées pour des raisons humanitaires que les détenus non autochtones—Action rejetée—Il incombe au demandeur d'établir que les droits reconnus à l'art. 15 de la Charte ont été violés et à l'État de justifier la violation—Mention des remarques faites par le juge McIntyre au sujet de l'interaction entre l'article premier et l'art. 15 de la Charte dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143—Le juge McIntyre a formulé l'analyse qu'il faut faire pour déterminer si une loi viole l'art. 15 de la Charte—Il a rejeté l'application du «critère de la situation analogue»—Il a adopté un critère d'égalité fondé sur l'objet et le contexte—Mention des remarques faites par le juge Wilson dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, où Madame le juge Wilson a donné plus de détails au sujet de l'étape de l'analyse relative aux «motifs énumérés et analogues»—Le demandeur n'a pas établi que le refus d'accorder la permission de sortir sous surveillance était fondé sur sa race—Il a été jugé que les données fournies par le témoin du demandeur n'étaient pas fiables—Le refus était fondé sur des motifs d'ordre sécuritaire et non sur la discrimination raciale—Les détenus autochtones font face à des problèmes uniques en leur genre pendant leur incarcération, mais le Service correctionnel du Canada prend de nom-

**PÉNITENCIERS—Fin**

breuses mesures pour éliminer ces désavantages—L'existence de la discrimination systémique n'est pas évidente compte tenu des améliorations qui ont été et doivent être faites—Loi sur les pénitenciers, L.R.C. (1985), ch. P-5, art. 28—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.

CROWE C. CANADA (T-216-89, juge Cullen, jugement en date du 5-5-93, 19 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES****ÉLECTIONS**

Requête en vue de l'obtention d'une mesure provisoire fondée sur l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale (interdisant la tenue d'élections le 24 avril 1993)—Une déclaration sur l'état du droit portant sur la question du quorum du Conseil mohawk d'Akwesasne serait, par sa nature, finale—La requête en vue de l'obtention de deux ordonnances provisoires est donc rejetée—Les requérants sont des membres du Conseil représentant la faction minoritaire—La décision de tenir des élections le 24 avril 1993, prise par voie de résolution, fait l'objet de la requête introductive d'instance des requérants—La contestation de la décision du Conseil par les requérants est fondée sur l'Akwesasne Election Regulation et sur le fait que les membres du Conseil sont élus pour un mandat de trois ans—Une question sérieuse est soulevée, à savoir si la résolution 162 constitue un texte autorisant régulièrement la tenue d'élections complémentaires—En appréciant la prépondérance des inconvénients, la Cour doit prendre en compte l'intérêt du public ainsi que les besoins et les intérêts de la communauté d'Akwesasne—Les perturbations au sein de la communauté d'Akwesasne risquent d'être importantes, si les élections, par ailleurs valides et démocratiquement tenues, sont annulées en raison de l'absence d'un texte en autorisant régulièrement la tenue—Le statu quo devrait être maintenu jusqu'à ce que la question de la légitimité des élections complémentaires soit tranchée—Ordonnance provisoire accordée.

FRANCIS C. CONSEIL DES MOHAWK D'AKWESASNE (T-759-93, juge Noël, ordonnance en date du 22-4-93, 6 p.)

**PRATIQUE**

Moyens de contrainte—L'huissier de la Cour, Krochenski, cherche à obtenir des «frais d'exécution sur la somme recouvrée» et des «indemnisés de présence» pour les services rendus dans le cadre de l'exécution de l'ordonnance de vente de la Cour et des commissions de vente de deux navires—L'art. 55(5) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que si l'on ne peut recourir aux services du shérif ou du prévôt, le moyen de contrainte est adressé à toute autre personne prévue par les règles et cette personne a droit, pour son propre compte, aux émoluments prévus par les règles—La Règle 352 prévoit que les shérifs peuvent percevoir les droits et commissions qui leur sont alloués au tarif A—La Règle 360 prévoit que chaque fois

**PRATIQUE—Suite**

qu'il n'y a pas de shérif ni de prévôt ou qu'un shérif ou prévôt est incapable d'exercer les fonctions ou ne veut pas les exercer, les brefs peuvent être adressés à toute personne habilitée à exécuter un bref émanant d'une cour supérieure de la province dans laquelle le bref doit être exécuté—Aucun shérif fédéral ou prévôt provincial n'a pu exécuter le bref de la Cour fédérale conformément aux Règles 360 et 1003—Les services d'exécution civile ont été privatisés en Colombie-Britannique—Des huissiers privés ont remplacé les shérifs employés par la province—Ils ont passé des contrats de services d'exécution civile dans diverses régions de la province—Les huissiers exercent les pouvoirs auparavant exercés par les shérifs—Ils sont désignés comme [TRADUCTION] «huissiers» conformément à l'art. 2.1 de la Sheriff Act—En vertu de l'art. 2.1(1), l'huissier exerce les pouvoirs du shérif aux seules fins d'exécuter les brefs et mandats décernés dans une procédure civile—L'art. 2.1(2) prévoit que l'huissier peut recevoir des droits qu'un shérif peut percevoir, conserver une partie des droits comme le prévoit le contrat et doit remettre le solde au gouvernement—(1) L'ordonnance de vente et la commission de vente constituent des «brefs» au sens de la Règle 360—La Règle 360 a été établie conformément à l'art. 55(5) de la Loi sur la Cour fédérale—Les «brefs» visés à la Règle 360 doivent être les «moyens de contrainte» prévus à l'art. 55(5), soit des «moyens de contrainte» de portée générique et étendue—Les deux versions de l'article et de la Règle ont également force de loi et la Règle est la créature de l'art. 55(5)—«Moyens de contrainte» s'entend de décisions métaphysiques, de moyens et de mesures de contrainte, de restrictions et d'interdictions imposées par la force, visant à faire respecter les ordonnances, saisies, mandats, subpoena, injonctions de la Cour et toutes les autres mesures de correction émanant de celle-ci—Le fait de saisir et de vendre un navire sans tenir compte des désirs de ses propriétaires se réalise par le moyen de contrainte de la Cour—(2) Krochenski est la personne habilitée à exécuter le bref de la cour supérieure de la province dans laquelle le bref doit être exécuté au sens de la Règle 360—La question de savoir si Krochenski est la personne qui peut demander que les brefs de la Cour fédérale lui soient adressés conformément aux lois du Canada est tranchée par l'adoption dans la loi du critère de la personne habilitée à exécuter un bref émanant de la cour supérieure de la province en cause—Étant donné que les brefs et les mandats (art. 2.1 de la Sheriff Act) sont inclus dans la définition de l'expression [TRADUCTION] «moyen de contrainte», l'huissier est la personne habilitée à exécuter le bref de la Cour supérieure de la C.-B., la province dans laquelle le bref de la Cour fédérale doit être exécuté, compte tenu de la Règle 360 et de l'art. 55(5)—Il n'est pas nécessaire que ce soit la personne à laquelle tous les brefs de la Cour supérieure de la province pourraient être adressés—(3) En s'acquittant des responsabilités qui lui étaient imposées par la commission de vente et l'ordonnance de vente, Krochenski n'exerçait pas les pouvoirs d'un shérif aux seules fins d'exécuter des brefs et mandats dans une procédure civile, au sens de l'art. 2.1 de la Sheriff Act—Il tirait de la Sheriff Act la simple aptitude à être habilité sous le régime de la loi fédérale (Loi sur la Cour fédérale et Règles), mais il exerçait alors les pleins pouvoirs fédéraux originaux—(4) Les art. 2.1 et 9 de la Sheriff Act n'interdisent pas à Krochenski de demander ou de recevoir une rémunération pour le travail qu'il a fait en s'acquittant des responsabilités qui lui étaient imposées par la commission de vente et

## PRATIQUE—Suite

l'ordonnance de vente—Une fois habilité à être un prévôt ou un shérif fédéral, en vertu de son statut provincial, adopté par renvoi indirect dans la Loi sur la Cour fédérale et les Règles, Krochenski ne peut faire l'objet d'aucune procuration ni d'aucune interdiction provinciale, à moins qu'elle ne soit adoptée dans la loi fédérale par renvoi à la Sheriff Act—L'art. 2.1(2) de la Sheriff Act est opérant seulement dans la province pour des fins provinciales, et non pour des fins fédérales—L'art. 55 et la Règle 360 n'adoptent pas l'art. 2.1(2) et 9—Krochenski est lié par la Règle 1008 et par le tarif A—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 352, 360 (mod. par DORS/79-58, art. 2), 1008, tarif A, art. 7, 9—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 13, 40, 55, 56—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 92(14), 101—Sheriff Act, R.S.B.C. 1979, ch. 386, art. 1 (mod. par S.B.C. 1989, ch. 38, art. 37), 2.1 (édicte, *idem*, ch. 72, art. 25), 9—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, art. 6, 7, 13.

A/S NORDLANDSBANKEN C. NOR-FISK I (LE) (T-295-91, juge Muldoon, ordonnance en date du 5-3-93, 24 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Suspension d'exécution*

Demande de suspension de l'ordonnance infirmant un jugement rendu par défaut et une ordonnance de saisie-arrêt, et annulant la saisie-arrêt des créances en attendant le règlement de l'appel y afférent—La demanderesse a prouvé l'existence d'une cause défendable en appel—Elle n'a enfreint aucune loi ni aucune règle de la Cour en obtenant le jugement par défaut—La défenderesse SGS est, à l'heure actuelle, vraisemblablement en mesure d'exécuter le jugement, mais elle fait montre d'un certain degré de fugacité et d'une grande mobilité potentielle—L'appel interjeté par la demanderesse pourrait devenir inutile—Demande accueillie à l'encontre de SGS, car il n'a pas été établi qu'un avis de la procédure a été signifié à l'autre défenderesse—*Battle Creek Toasted Corn Flake Co. Ltd. c. Kellogg Toasted Corn Flakes Co.* (1923), 55 O.L.R. 127 (Div. App.); *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Co. Ltd. et l'Office national de l'énergie* (1985), 60 N.R. 203 (C.A.F.), appliqués.

ALFONS KOSTER INTERNATIONAL FORWARDERS LTD. C. UNISPEED GROUP INC. (T-1452-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 16-4-93, 5 p.)

Demande de suspension de l'exécution de l'ordonnance par laquelle l'arbitre a imposé une suspension de deux mois à l'intimé et l'a réintégré comme chauffeur d'autobus à temps partiel—L'intimé avait été congédié parce qu'il avait consommé de l'alcool pendant qu'il travaillait—L'art. 244(2) du Code canadien du travail prévoit que, sur dépôt et enregistrement à la Cour fédérale, l'ordonnance de l'arbitre a valeur de jugement de ce tribunal—La Cour ne peut suspendre l'exécution d'un jugement ou d'une ordonnance que si un tel jugement ou une telle ordonnance existe—Il n'est pas établi que l'ordonnance de l'arbitre a été déposée et enregistrée—Demande rejetée pour le motif qu'elle est prématurée—Critère de l'octroi d'une

## PRATIQUE—Suite

suspension énoncé dans *Société Radio-Canada c. Frumkin*, [1993] 1 C.F. F-14 (1<sup>re</sup> inst.)—L'existence d'une cause défendable pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire a été démontrée, étant donné qu'on aurait apparemment commis une erreur en calculant le montant des dommages-intérêts et en faisant une distinction entre le chauffeur qui consomme de l'alcool après que tous les passagers sont descendus et celui qui consomme de l'alcool pendant qu'il y a des passagers dans l'autobus, mais le préjudice irréparable n'a pas été établi—L'existence d'un préjudice irréparable est une simple conjecture—La suspension ne devrait être accordée que modérément et lorsqu'il est dans l'intérêt de la justice de le faire—On ne devrait pas accorder de suspension en se fondant sur l'hypothèse extrême de ce qui pourrait arriver si la suspension n'était pas accordée—L'intimé risque de subir un préjudice irréparable puisque, à l'heure actuelle, il ne travaille pas et ne touche pas de prestations d'assurance-chômage—Il a son épouse et un enfant à sa charge—La prépondérance des inconvénients joue en faveur de l'intimé—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 319 (mod. par DORS/88-221, art. 4), 321 (mod., *idem*, art. 6), 1909—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 241, 242, 243, 244.

NIAGARA AIRBUS INC. C. CANADA (ARBITRE DÉSIGNÉ EN VERTU DE LA PARTIE III DU CODE CANADIEN DU TRAVAIL) (T-571-93, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 26-3-93, 11 p.)

## PLAIDOIRES

Avis de requête introductive d'instance présenté par la requérante en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire et d'une réparation à l'égard du projet du «Centre de conservation» de Oak Hammock Marsh—L'intimée Ducks Unlimited a déposé une requête visant au rejet ou à la suspension de l'action intentée contre elle—La question en litige est uniquement d'ordre procédural—La Cour a une compétence inhérente pour exercer son pouvoir discrétionnaire et pour diviser l'affaire de la manière proposée par l'intimée—Les questions de fond énoncées par les intimés peuvent être interprétées comme constituant une requête en vue de l'obtention de directives au sujet de la conduite des procédures devant la Cour—L'administration de la justice et l'intérêt des parties sont mieux servis si la Cour agit en deux étapes—Requête accueillie.

FRIENDS OF OAK HAMMOCK MARSH INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA DIVERSIFICATION DE L'ÉCONOMIE DE L'OUEST) (T-612-93, juge Joyal, ordonnance en date du 7-4-93, 4 p.)

*Requête en radiation*

Appel de l'ordonnance du protonotaire adjoint radiant les paragraphes 10 et 17 de la défense de nouveau modifiée à trois reprises—La demanderesse soulève préliminairement la question de savoir si la Cour est à juste titre saisie de l'appel interjeté contre la décision du protonotaire adjoint—La procédure d'appel n'a pas été rendue inopérante—Un simple vice de forme ne saurait invalider une procédure d'appel par ailleurs valablement engagée—Le premier moyen d'appel soulevé par la défenderesse n'est pas fondé car la Règle 419 autorise une partie à introduire une requête en radiation à tout stade d'une action, que les plaidoiries soient censées être closes ou non—Il

**PRATIQUE—Suite**

a été jugé que la présomption de propriété des droits d'auteur suffisait pour établir la propriété des droits d'auteur, en l'absence d'éléments de preuve indiquant que quelqu'un d'autre en était titulaire—L'allégation selon laquelle la demanderesse n'était pas la première titulaire des droits d'auteur litigieux n'atteint pas la présomption de propriété découlant du certificat d'enregistrement—La présomption vaut preuve *prima facie* du droit de propriété sur l'œuvre vis-à-vis de tous, y compris le premier titulaire—La conclusion du paragraphe 10, à savoir que la demanderesse n'a pas acquis les droits d'auteur par voie de cession légale est tout à fait conjecturale et ne repose sur aucun fait—Il incombe à la défenderesse de réfuter la présomption de propriété—La dernière phrase du paragraphe 10 doit également être radiée pour le motif qu'elle est futile et vexatoire et qu'elle peut gêner l'instruction équitable de l'action et constituer un emploi abusif des procédures de la Cour—Le paragraphe 17 de la défense doit également être radié—La défenderesse se voit accorder le droit de modifier de nouveau les paragraphes 10 et 17 de la défense—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 431.

SAMSONITE CANADA INC. C. COSTCO WHOLESALE CORP.  
(T-500-92, juge Noël, ordonnance en date du 1-4-93, 12 p.)

**PRESCRIPTION**

Requête en vue de la détermination préliminaire d'un point de droit en vertu de la Règle 474—Question de savoir si la Section de première instance de la Cour fédérale peut connaître d'une action lorsque le délai de prescription a expiré avant le

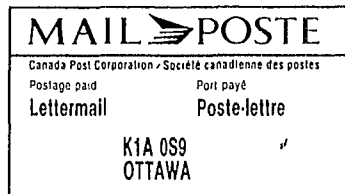
**PRATIQUE—Fin**

dépôt de la déclaration—Les actes reprochés auraient été commis du mois de septembre au mois de décembre 1973 dans une base des Forces armées canadiennes du Manitoba—En vertu de l'art. 39 de la Loi sur la Cour fédérale, le délai de prescription est celui qui régirait les rapports «entre particuliers» dans la province où le fait générateur est survenu—En vertu de l'art. 2(1)e) de la Loi sur les prescriptions du Manitoba, l'action se prescrit par «deux ans, à compter de la naissance de la cause d'action»—Le demandeur invoque l'art. 269(1) de la Loi sur la défense nationale, qui mentionne que, «dans le cas d'un préjudice ou dommage», le demandeur peut intenter une action à tout moment—L'art. 269(1) porte expressément sur la responsabilité des militaires, et ne vise pas la Couronne—L'expression «dans le cas d'un préjudice ou d'un dommage» se rapporte à la durée des actes ou omissions illicites reprochés, et non aux conséquences—L'art. 269(1) ne devrait pas avoir une portée aussi grande que celle qui a été reconnue dans *Keddy c. Canada* (1992), 55 F.T.R. 110 (1<sup>re</sup> inst.), même s'il était applicable aux actions intentées contre la Couronne—L'action est irrecevable contre la Couronne puisqu'elle a été intentée de nombreuses années après l'expiration du délai de prescription prévu par la loi manitobaine—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 32—Loi sur les prescriptions, S.R.M. 1970, ch. L-150, art. 2(1)e)—Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 269(1).

WAY C. CANADA (T-3041-92, juge Strayer, ordonnance en date du 26-4-93, 8 p.)







*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9