



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2002, Vol. 1, Part 1**

**2002, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**



## IN MEMORIAM

### THE HONOURABLE F. JOSEPH McDONALD

The Honourable F. Joseph McDonald, a member of the Federal Court of Appeal since 1993, died in Ottawa on Thursday, September 6, 2001 at the age of 67. He died surrounded by his family and close friends. Justice McDonald is remembered for his common sense and understanding of people.

Justice McDonald was born and raised in Ottawa. He obtained a Bachelor of Commerce degree from St. Francis Xavier University in Antigonish, Nova Scotia in 1957 and graduated with an LL.B. from Dalhousie University in Halifax in 1960. He returned to Ottawa and was called to the Ontario Bar in 1962. He practised law at Ottawa for 18 years where he was a distinguished litigator.

Justice McDonald was appointed a County Court Judge for Grey County, Ontario, in November 1980. He was transferred to Kitchener in 1981 and to the Ontario Court of Justice (General Division) in 1991 in Ottawa. During his term with the Ontario Court, Justice McDonald earned a reputation as a no non-sense judge who understood people. He kept criminal trials short long before case management became a part of the legal landscape.

In April 1993, Justice McDonald was appointed to the Federal Court of Appeal. His reputation as a fair judge was further enhanced and his judgments displayed his legal intelligence which had been apparent since his days at Dalhousie. He made his mark as a jurist by writing concise judgments which were strong in innate common sense. He was a convivial and collegial judge.

Justice McDonald's populism and common sense were demonstrated best in *Scott v. Canada*, [1998] F.C.J. No. 1037 (C.A.) where he held that a "foot and transit courier" travelling 150 kilometers a day throughout the Toronto area and carrying a

### L'HONORABLE F. JOSEPH McDONALD

L'Honorable F. Joseph McDonald, membre de la Cour d'appel fédérale depuis 1993, est décédé à Ottawa le jeudi 6 septembre 2001 à l'âge de 67 ans, entouré de sa famille et de ses proches. Personne n'oubliera le bon sens et la compréhension des gens qui le caractérisaient.

Le juge McDonald est né à Ottawa où il a grandi. Il a obtenu son baccalauréat en commerce de l'université St. Francis Xavier à Antigonish, Nouvelle-Écosse, en 1957 et son baccalauréat en droit de l'université Dalhousie à Halifax en 1960. Il est revenu à Ottawa où il a été admis au Barreau en 1962. Il a exercé le droit à Ottawa pendant 18 ans comme avocat-plaideur éminent.

Le juge McDonald a été nommé juge de la Cour du comté de Grey, Ontario, au mois de novembre 1980. Il a été muté à Kitchener en 1981 et à la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) à Ottawa en 1991. Pendant son mandat à la Cour de l'Ontario, il s'est acquis la réputation d'un juge au franc-parler qui comprenait les gens. Il menait rondement les procès criminels bien avant que la gestion des causes devienne partie intégrante du monde juridique.

Au mois d'avril 1993, le juge McDonald a été nommé à la Cour d'appel fédérale où sa réputation de juge équitable s'est encore accrue et où ses jugements ont fait ressortir la maîtrise du droit qui était évidente chez lui depuis ses études à Dalhousie. Il a fait sa marque comme juriste en rédigeant des décisions concises solidement ancrées dans un bon sens inné. C'était un juge chaleureux favorisant la collégialité.

La décision *Scott c. Canada*, [1998] A.C.F. n° 1037 (C.A.) constitue le meilleur exemple du populisme et du bon sens du juge McDonald. Il a statué qu'on devait autoriser un messenger se déplaçant à pied et dans les transports publics qui parcourt 150 km par

backpack weighing between 20-50 pounds was entitled to deduct as a business expense a modest amount for extra food and water. He reasoned that the "foot and transit courier and the automobile courier are engaged in identical activities the only difference being one uses a car as a means of transport and the other his body or a bicycle. Because the courier who drives the automobile is allowed to deduct his or her fuel, the foot and transit courier should be able to deduct the fuel his body needs".

Justice McDonald was a popular judge who had numerous friends in both law and outside legal circles. He is survived by his wife Betty Ann and their four children and their three spouses and five grandchildren.

Hon. William P. McKeown  
January 14, 2002

jour dans la région de Toronto en transportant un sac à dos pesant entre 20 et 50 livres à déduire un montant modeste comme dépense d'entreprise représentant le supplément de nourriture et d'eau qu'il devait consommer. Le juge McDonald a soutenu que ce messenger et le messenger se déplaçant en automobile se livrent à des activités identiques, à la seule différence près que l'un utilise son corps ou un vélo comme mode de transport et l'autre une automobile et que puisqu'on permet à ce dernier de déduire ses frais de carburant, on devait permettre au messenger se déplaçant à pied et dans les transports publics de déduire les frais du carburant dont son corps a besoin.

Le juge McDonald était un juge populaire qui comptait de nombreux amis au sein et à l'extérieur des milieux juridiques. Il laisse dans le deuil sa femme Betty Ann, leurs quatre enfants et les trois conjoints de ces derniers de même que cinq petits-enfants.

L'Honorable William P. McKeown  
Le 14 janvier 2002

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIault

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2002.

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

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

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

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

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Spécialiste adjointe des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIault

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2002.

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

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à: L'arrêtiste en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 995-2706.*

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

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

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

*All judgments and digests published in the Federal Court Reports as well as a feature "Coming Attractions" (an awareness service being brief notes on decisions selected for reporting) may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>*

## CONTENTS

Digests .....	D-1
Appeals Noted .....	I
Canada v. Monias (C.A.) .....	51

Income Tax — Exemptions — Appeal from T.C.C. decision employment income exempt from income tax under Indian Act, s. 87(1)(b) — S. 87(1) exempting property of Indian situated on reserve from taxation — Respondent, Indian, employed by native-run Awasis Agency, established to provide social services to children, families on reserves of northern Manitoba — Chiefs electing board of directors from among themselves — Meetings held, registered office situated, respondent residing, off reserve — Respondent spending 15% of time on reserve — T.C.C. relied on nature of work performed, nature of employee, to conclude employment income situated on reserve — Preliminary observations: (1) purpose of s. 87 to protect reserve lands, Indians' personal property thereon, from erosion, so that bands able to sustain themselves on reserves as economic, social units — If all connecting factors off reserve, more difficult to link policy underlying exemption to context — (2) Application of connecting factors test requiring consideration of nature of property, type of tax — (3) As connecting factors balanced in factual matrix, example in Revenue Canada Guidelines given little weight as facts given incomplete, not identical — Appeal allowed — Application of connecting factors test — Nature of employment requiring

*Continued on next page*

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

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

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

*Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale, ainsi que la rubrique «Bientôt à l'écran» (annonces, au moyen de brèves notes, des décisions choisies pour publication) peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>*

## SOMMAIRE

Fiches analytiques .....	F-1
Appels notés .....	I
Canada c. Monias (C.A.) .....	51

Impôt sur le revenu — Exemptions — Appel d'une décision de la C.C.I. selon laquelle le revenu d'emploi est exonéré d'impôt en vertu de l'art. 87(1)(b) de la Loi sur les Indiens — L'art. 87(1) exempte de taxation les biens d'un Indien situés sur une réserve — L'intimé est un Indien à l'emploi d'une société contrôlée par les Autochtones, l'agence Awasis, créée pour offrir des services sociaux aux enfants et aux familles dans les réserves du nord du Manitoba — Les chefs des bandes en cause élisent le conseil d'administration d'Awasis parmi eux — Les réunions se tiennent, le siège est situé et l'intimé résidait hors des réserves — L'intimé a passé 15 p. cent de son temps sur la réserve — La C.C.I. s'est fondée sur la nature du travail exécuté et sur la nature de l'employé pour conclure que le revenu d'emploi était situé sur la réserve — Observations préliminaires: 1) l'objectif qui sous-tend l'art. 87 est de protéger de toute atteinte les terres de la réserve, ainsi que les biens personnels des Indiens situés sur la réserve, afin que les bandes puissent assurer leur subsistance dans les unités économiques et sociales que sont les réserves — Si tous les facteurs de rattachement ne se trouvent plus liés à la réserve, il devient difficile de trouver un lien entre la politique qui sous-tend l'exemption et le contexte — 2) L'application du

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

consideration of location of employment, nature of services, surrounding circumstances — That respondent resided off reserve, performed duties off reserve, weighed against benefits to residents of reserves from respondent's services, identity of employer, importance of services to strengthening essential social fabric of reserves — But Awasis not benefiting reserves by providing consequential economic benefits for Band members on reserves because administration located elsewhere — Not consistent with purpose of s. 87 to conclude that, on, facts respondent's employment income situated on reserve so as to exempt it from income tax.

Native Peoples — Taxation — Appeal from T.C.C. decision respondent's employment income situated on reserve — Indian Act, s. 87(2) providing no Indian subject to taxation in respect of ownership of personal property situated on reserve — Appellant, Indian employed by Native-run agency providing social services to families on reserves in northern Manitoba — Board of directors elected by Chiefs from among themselves — Practical considerations dictating holding of board meetings off reserve — Application of connecting factors test — That respondent resided off reserve, performed duties off reserve, often at great distances from reserves, weighed against benefits to residents of reserves from respondent's services, identity of employer, importance of services to strengthening essential social fabric of reserves — Although relatively close case, inconsistent with purpose of s. 87 to conclude respondent's employment income situated on reserve so as to exempt it from income tax.

### **Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Airlines International Ltd. (T.D.) ..... 158**

Human Rights — Predominantly female flight attendants alleging wage discrimination compared with male comparator groups — Airlines' position that groups not in same "establishment" for CHRA, s. 11 purposes — Tribunal finding groups not forming single establishment — Statutory

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

critère des facteurs de rattachement doit tenir compte de la nature des biens en cause et des types d'imposition — 3) Comme les facteurs de rattachement sont pondérés dans une matrice factuelle donnée, il serait difficile d'accorder beaucoup de poids à un exemple des Lignes directrices de Revenu Canada, alors que les faits qu'on y mentionne ne sont ni complets, ni identiques à ceux en cause ici — Appel accueilli — Application du critère des facteurs de rapprochement — Pour déterminer la nature de l'emploi, il faut tenir compte de l'emplacement de l'emploi, de la nature des services et des circonstances y afférentes — Il faut pondérer le fait que l'intimé résidait hors réserve et qu'il y exerçait ses fonctions avec les bénéfices réels que les résidents des réserves tiraient des services de l'intimé, l'identité de l'employeur et le rôle important que ces services jouaient dans le renforcement du tissu social fondamental des réserves — Mais Awasis n'offrait pas aux réserves des avantages économiques pour les membres qui y vivent, étant donné que sa gestion est située ailleurs — On ne peut pas se fonder sur l'objectif de l'art. 87 pour arriver à la conclusion qu'au vu des faits, le revenu d'emploi de l'intimé était situé sur une réserve aux fins de l'exempter de l'impôt sur le revenu.

Peuples autochtones — Taxation — Appel d'une décision de la C.C.I. selon laquelle l'emploi de l'intimé était situé sur une réserve — L'art. 87(2) de la Loi sur les Indiens prévoit que nul Indien n'est assujéti à une taxation concernant la propriété d'un bien meuble situé sur une réserve — L'intimé est un Indien à l'emploi d'une société contrôlée par les Autochtones qui offre des services sociaux aux familles dans les réserves du nord du Manitoba — Les chefs des bandes en cause élisent le conseil d'administration parmi eux — Les réunions du conseil ont lieu hors des réserves pour des raisons pratiques — Application du critère des facteurs de rapprochement — Il faut pondérer le fait que l'intimé résidait hors réserve et qu'il y exerçait ses fonctions, souvent fort loin des réserves, avec les bénéfices réels que les résidents des réserves tiraient des services de l'intimé, l'identité de l'employeur et le rôle important que ces services jouaient dans le renforcement du tissu social fondamental des réserves — Même si cette affaire soulevait un cas frontière, on ne peut se fonder sur l'objectif de l'art. 87 pour arriver à la conclusion que le revenu d'emploi de l'intimé était situé sur une réserve aux fins de l'exempter de l'impôt sur le revenu.

### **Canada (Commission des droits de la personne) c. Lignes aériennes Canadien International Ltée (1<sup>o</sup> inst.) ..... 158**

Droits de la personne — Le groupe des agents de bord, groupe à prédominance féminine, allègue la discrimination salariale par rapport aux groupes de référence masculins — Les lignes aériennes prétendent que les groupes ne sont pas dans le même «établissement» aux fins de l'art. 11 de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

framework, Tribunal decision explained — Institutional impartiality of Tribunal — Extent to which Equal Wages Guidelines (EWG) binding Tribunal — Whether collective agreements to be considered — As to meaning of “establishment”, Tribunal referring to Hansard report of Justice Minister’s remarks when legislation introduced — Tribunal ruling not within mandate to look into systemic discrimination against women in occupationally segregated workplaces and in effect to amend CHRA, s. 11 — Phrase “notwithstanding any collective agreement” in EWG, s. 10 not precluding consideration of collective agreements — Whether EWG, s. 10 restricting “establishment” to workers subject to common personnel, wage policy — Argument that Tribunal breached natural justice principles in refusing to hear evidence as to systemic wage discrimination, occupational segregation — Evidence of gender predominance in certain occupational groups irrelevant to Tribunal’s interpretation of “establishment” — Did not err in refusing to hear evidence — Tribunal interpreted “establishment” as liberally as possible without rewriting CHRA, s. 11 — Tribunal did not overly rely on Hansard evidence.

Construction of statutes — Human Rights Tribunal’s interpretation of phrase “notwithstanding any collective agreement” in Equal Wages Guidelines, s. 10 — Whether phrase free of ambiguity — Whether Tribunal’s interpretation contravening statutory interpretation principle in Interpretation Act, s. 16 — Phrase not meaning “notwithstanding any collective agreement to the contrary” — Plain, dictionary meaning — “in spite of” — inadequate to give meaning to “notwithstanding” in present context — Regard must be had to contextual use within provision, with respect to statute to which applies — To interpret s. 10 as requiring collective agreements be ignored would lead to inconsistent application of “wages” definition in CHRA, s. 11(7) — Human rights legislation to be interpreted generously but rewriting Act not permitted.

### **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini (C.A.) ..... 200**

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible persons — Appeal from Motions Judge’s decision, purporting to follow *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon*, holding deportation order

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

LCDP — Le Tribunal conclut que les groupes ne forment pas un seul établissement — Explication du cadre législatif et de la décision du Tribunal — Impartialité institutionnelle du Tribunal — Dans quelle mesure l’Ordonnance de 1986 sur la parité salariale (OPS) lie-t-elle le Tribunal? — Les conventions collectives doivent-elles être prises en compte? — Quant au sens du mot «établissement», le Tribunal s’est appuyé sur les remarques du ministre de la Justice rapportées dans le Hansard lors de l’adoption de la Loi — Le Tribunal a conclu qu’il ne lui appartenait pas d’examiner la discrimination systémique faite à l’endroit des femmes dans les lieux de travail caractérisés par le cloisonnement professionnel ni de modifier l’art. 11 de la LCDP — Les mots «indépendamment des conventions collectives» contenus à l’art. 10 de l’OPS ne font pas obstacle à la prise en compte des conventions collectives — L’art. 10 de l’OPS limite-t-il la définition d’«établissement» aux employés visés par la même politique en matière de personnel et de salaires? — Argument selon lequel le Tribunal a contrevenu aux principes de justice naturelle lorsqu’il a refusé d’entendre la preuve se rapportant à la discrimination salariale systémique et au cloisonnement professionnel — La preuve de la prédominance de tel ou tel sexe dans certains groupes professionnels n’était pas utile pour l’interprétation par le Tribunal du mot «établissement» — Le Tribunal n’a pas commis d’erreur en refusant d’entendre la preuve — Le Tribunal a interprété le mot «établissement» d’une manière aussi large et aussi libérale que possible, sans récrire l’art. 11 de la LCDP — Le Tribunal ne s’est pas appuyé indûment sur la preuve constituée par le Hansard.

Interprétation des lois — Interprétation par le Tribunal des droits de la personne des mots «indépendamment des conventions collectives» contenus à l’art. 10 de l’Ordonnance de 1986 sur la parité salariale — Ces mots sont-ils exempts d’ambiguïtés? — L’interprétation donnée par le Tribunal contrevient-elle au principe d’interprétation législative énoncé à l’art. 16 de la Loi d’interprétation? — Ces mots ne signifient pas «indépendamment des conventions collectives contraaires» — Le sens ordinaire — «en dépit de» — ne suffit pas à lui seul pour donner une signification à «indépendamment» en l’espèce — Il faut tenir compte de son emploi contextuel dans la disposition elle-même et du texte législatif dans lequel il se trouve — Interpréter l’art. 10 de manière à ignorer les conventions collectives conduirait à des applications incohérentes de la définition du mot «salaire» à l’art. 11(7) de la LCDP — Les termes de la loi doivent être interprétés généreusement, mais il n’est pas pour autant permis de la récrire.

### **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Saini (C.A.) ..... 200**

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel d’une décision par laquelle le juge des requêtes, qui prétendait suivre l’arrêt *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c.*

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

could not be executed — Respondent convicted in Pakistan of hijacking airliner, later pardoned — Deportation order issued based on Immigration Act, s. 19(1)(c.1)(i) excluding persons convicted outside Canada of offence punishable in Canada by maximum prison term of 10 years or more — Motions Judge misinterpreted *Burgon* — *Burgon* not holding foreign law superceding Canadian immigration law — Canadian courts may consider effects of foreign laws in appropriate circumstances — Foreign pardon recognized only if establishing: (1) similarity of foreign legal system to Canadian legal system; (2) similarity of aim, content, effect of specific legislation to corresponding Canadian law; (3) no valid reason not to respect effect of foreign law — No evidence supporting Motions Judge's assumption Pakistani legal system similar to Canadian legal system — No evidence of similarity of aim, content of Canadian, Pakistani law re: pardons — In any event, aircraft hijacking such serious, abhorrent crime, Court not required to respect foreign pardon of such offence — Foreign pardons should be recognized only in rare situations where unjust not to give effect to similar country's similar laws.

Conflict of Laws — Appeal from Motions Judge's decision holding deportation order based on Immigration Act, s. 19(1)(c.1)(i) could not be executed — S. 19(1)(c.1)(i) excluding persons convicted outside Canada of offence punishable in Canada by maximum prison term of 10 years or more — Respondent convicted in Pakistan of hijacking airliner, later pardoned — Foreign law question of fact — Court will only interfere with finding of fact if palpable, overriding error — Motions Judge finding, as fact, Pakistani pardon operated under Pakistani law to erase negative consequences of conviction — No palpable overriding error in finding of fact — Foreign pardon, discharge given same effect as Canadian pardon, such that individual not considered convicted or subject to disqualifications resulting from conviction in regards to s. 19(1)(c.1)(i) only if establishing: (1) foreign legal system generally similar to Canadian system; (2) aim, content, effect of specific foreign legislation similar to corresponding Canadian law; and (3) no valid reason not to respect pardon granted in foreign jurisdiction — Respondent not demonstrating legal system of Pakistan, Pakistan pardoning provisions, similar to Canadian legal system, specific legislation — In any event, aircraft hijacking such serious, abhorrent crime, Court not required to respect foreign pardon — Foreign pardons

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

*Burgon*, a statué qu'une mesure d'expulsion ne pouvait pas être exécutée — L'intimé, déclaré coupable au Pakistan du détournement d'un avion de ligne, a par la suite été gracié — Une mesure d'expulsion a été prise contre lui en vertu de l'art. 19(1)c.1(i) de la Loi sur l'immigration, qui exclut les personnes qui ont été déclarées coupables à l'étranger d'une infraction punissable, au Canada, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à 10 ans — Le juge des requêtes a mal interprété l'arrêt *Burgon* — Dans l'arrêt *Burgon*, la Cour n'a pas décidé que le droit étranger l'emportait sur le droit canadien en matière d'immigration — Les tribunaux canadiens peuvent tenir compte de l'effet des lois étrangères lorsqu'ils l'estiment justifié dans les circonstances — Une réhabilitation accordée à l'étranger n'est reconnue que si les conditions suivantes sont réunies: 1) similitude du système juridique étranger avec celui du Canada; 2) similitude de l'objet, du contenu et des effets des dispositions législatives étrangères avec celles de la loi canadienne correspondante; 3) absence de raison valable de ne pas reconnaître l'effet du droit étranger — Absence de preuve appuyant la présomption du juge des requêtes suivant laquelle le système juridique du Pakistan est semblable à celui du Canada — Absence de preuve sur la similitude entre l'objet et le contenu des dispositions législatives pakistanaïses concernant la réhabilitation et celles du droit canadien — De toute façon, la piraterie aérienne est un crime tellement grave et odieux que la Cour n'est pas tenue de respecter la réhabilitation accordée à l'étranger pour cette infraction — Les réhabilitations accordées à l'étranger ne devraient être reconnues que dans les rares cas où il serait injuste de ne pas donner effet aux lois semblables d'un pays semblable.

Conflit de lois — Appel d'une décision par laquelle le juge des requêtes a statué qu'une mesure d'expulsion prise en vertu de l'art. 19(1)c.1(i) de la Loi sur l'immigration ne pouvait pas être exécutée — L'art. 19(1)c.1(i) exclut les personnes qui ont été déclarées coupables à l'étranger d'une infraction punissable, au Canada, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à 10 ans — L'intimé, qui avait été déclaré coupable au Pakistan du détournement d'un avion de ligne, a par la suite été gracié — Le droit étranger est une question de fait — La Cour ne modifiera une conclusion de fait que si une erreur manifeste et dominante a été commise — Le juge des requêtes a tenu pour avéré qu'en droit pakistanais, la réhabilitation avait pour effet d'effacer les conséquences négatives de la déclaration de culpabilité — Il n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en tirant cette conclusion — On ne donne effet à la réhabilitation ou à l'absolution accordée à l'étranger comme on le ferait pour une réhabilitation octroyée au Canada, de sorte que la personne qui a obtenue une réhabilitation n'est pas considérée comme ayant été déclarée coupable ou comme étant assujettie aux incapacités découlant d'une déclaration de culpabilité en ce qui concerne l'art. 19(1)c.1(i), que si les trois conditions suivantes sont réunies: 1) le système juridique du pays étranger est, dans

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

should be recognized only in rare situations where unjust not to give effect to similar country's similar laws.

### **Carcross/Tagish First Nation v. Canada (C.A.) ... 3**

Native Peoples — Taxation — In 1993 federal, Yukon governments, Council for Yukon Indians representing 14 Yukon First Nations signing Umbrella Final Agreement (UFA) — Cl. 20.6.1 providing tax exemption in Indian Act, s. 87 no longer applying to any Yukon First Nation as of third anniversary of settlement legislation, defined as federal Yukon First Nations Land Claims Settlement Act (LCSA), corresponding Yukon legislation — Contemplated UFA would be included in 14 separate final agreements — Seven final agreements signed to date, incorporating UFA into text — Appellant not yet signing final agreement — Refusing to accept share of payment for loss of tax exemption — F.C.T.D. Judge dismissing motion for declaration s. 87 continued to apply, holding cl. 20.6.1 incorporated into LCSA, enforceable against all Aboriginal Peoples who agreed to UFA whether or not signed final agreement — Appeal allowed; declaration issued s. 87 applies to appellant until ratifies final agreement — F.C.T.D. Judge erred in not ascertaining purpose, effect of UFA before interpreting LCSA — (i) UFA having no legal significance except as agreement to negotiate unless, until incorporated in final agreement — Parties intended s. 87 to cease to apply on third anniversary of coming into force of settlement legislation — Aware cl. 20.6.1 by itself could not trigger “disapplication” of s. 87 — (ii) LCSA giving effect to UFA only by giving effect to final agreement, which by definition incorporates UFA — Inference that measures necessary to give effect to disapplication of s. 87 to be carried out in manner provided by that final agreement — (iii) By ignoring UFA, Yukon legislation confirming settlement legislation aimed at specific final agreement — Yukon First Nations Self-Government Act, s. 17(3) establishing direct linkage between disapplication of s. 87 tax exemption, final agreement — If intention to have disapplication of s. 87 in force in 1998, not carried out in legislation — Crown not demonstrating disapplication of s. 87 in effect with respect to appellant, others.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

son ensemble, semblable à celui du Canada; 2) l'objet, le contenu et l'effet de la loi étrangère en cause sont similaires à ceux de la loi canadienne correspondante; 3) il n'existe aucune raison valable de ne pas respecter la réhabilitation accordée par le pays étranger — L'intimé n'a pas démontré que le système juridique du Pakistan et les dispositions de la loi pakistanaise relatives à la réhabilitation étaient semblables au système juridique et aux dispositions législatives canadiens — De toute façon, la piraterie aérienne est un crime tellement grave et odieux que la Cour n'est pas tenue de respecter la réhabilitation accordée à l'étranger — Les réhabilitations accordées à l'étranger ne devraient être reconnues que dans les rares cas où il serait injuste de ne pas donner effet aux lois semblables d'un pays semblable.

### **Première nation Carcross/Tagish c. Canada (C.A.) 3**

Peuples autochtones — Taxation — En 1993, les gouvernements fédéral et du Yukon et le Conseil des Indiens du Yukon, représentant 14 premières nations du Yukon, ont signé un Accord-cadre définitif (ACD) — La clause 20.6.1 porte qu'à compter du troisième anniversaire de la date d'entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre, savoir la Loi fédérale sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon (LRRT) et la loi du Yukon correspondante, l'exemption fiscale prévue à l'art. 87 de la Loi sur les Indiens cessera de s'appliquer aux premières nations du Yukon — L'ACD visait l'incorporation de ses dispositions dans 14 ententes définitives — Sept ententes définitives incorporant les dispositions de l'ACD ont été signées jusqu'ici — L'appelante n'a pas encore signé d'entente définitive — Elle a refusé d'accepter sa part du paiement prévu pour la perte de l'exemption fiscale — Un juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a rejeté une requête pour obtenir un jugement déclaratoire portant que l'art. 87 continuait à s'appliquer, au motif que la clause 20.6.1, incorporée à la LRRT, s'appliquait à tous les peuples autochtones qui avaient ratifié l'ACD, qu'ils aient signé ou non une entente définitive — Appel accueilli; un jugement déclaratoire est délivré portant que l'art. 87 continue de s'appliquer à l'appelante jusqu'à ce qu'elle ratifie une entente définitive — Le juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a commis une erreur en n'établissant pas le sens réel et l'impact de l'ACD avant d'interpréter la LRRT — (i) L'ACD n'a aucune force juridique, sauf celle d'un accord pour négociier, jusqu'à ce qu'il soit incorporé dans une entente définitive — L'intention des parties était que l'art. 87 cesse de s'appliquer à compter du troisième anniversaire de la date d'entrée en vigueur de la législation de mise en œuvre — Les parties savaient que la clause 20.6.1 ne pouvait en elle-même amener la «non-application» de l'art. 87 — (ii) La LRRT ne met en vigueur l'ACD qu'en mettant en vigueur un accord définitif qui, par définition, incorpore les dispositions de l'ACD — On peut déduire que les mesures visant à donner effet à la non-application de l'art. 87 doivent être menées dans le cadre de la procédure prévue par l'accord définitif

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes — Indian Act, s. 87 — Appeal from dismissal by F.C.T.D. Judge of motion for declaration s. 87 continued to apply to appellant, holding Yukon First Nations Land Claims Settlement Act implicitly amending scope of s. 87 — S. 87 tax exemption part of legislative package reflecting Crown's obligation to native peoples recognized since 1763 — Such important legal right should not be removed by implication — Very persuasive wording required to demonstrate First Nation deprived of tax exemption by clause in umbrella land claims settlement agreement to be incorporated in final agreement to which First Nation not party, and then into legislation said to give umbrella agreement force of law as against Yukon First Nations who have not signed final agreement — F.C.T.D. Judge erred in failing to appreciate burden on Crown to demonstrate s. 87 tax exemption taken away; interpreting Yukon First Nations Land Claims Settlement Act without regard to what was actually incorporated by failing to look initially to UFA.

### **Hoechst Marion Roussel Canada v. Canada (Attorney General) (T.D.) ..... 76**

Practice — Parties — Standing — Motion by staff of the Patented Medicine Prices Review Board (Staff) to be added as respondent under Federal Court Rules, 1998, r. 104, to applications for judicial review of Board's dismissal of allegations of bias, breach of natural justice, lack of jurisdiction — R. 104 permitting addition of "person" who ought to have been joined or whose presence before Court necessary to ensure all matters in dispute may be completely determined — Staff submitting should have been served as respondent under r. 303(1), requiring applicant to name as respondent every person directly affected — Staff, employees who work under supervision of Board Chairperson, employed to support, serve purposes of Board, not within definition of "person" in r. 2 — Patent Act

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

en cause — (iii) En ne faisant pas mention de l'ACD, la loi du Yukon vient confirmer que la législation de mise en œuvre ne vise que les ententes finales spécifiques — L'art. 17(3) de la Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon institue un lien direct entre la non-application de l'exemption fiscale prévue à l'art. 87 et l'entente définitive — Si l'intention était que l'art. 87 cesse de s'appliquer en 1998, elle n'a pas été précisée dans la législation — La Couronne n'a pas démontré que l'appelante et ses membres étaient visés par la non-application de l'art. 87.

Interprétation des lois — Art. 87 de la Loi sur les indiens — Appel du rejet par un juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. de la requête pour obtenir un jugement déclaratoire portant que l'art. 87 continuait à s'appliquer à l'appelante, au motif que la Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon venait implicitement modifier la portée de l'art. 87 — L'exemption fiscale prévue à l'art. 87 fait partie d'un ensemble législatif qui fait état d'une obligation de la Couronne envers les peuples autochtones reconnue depuis 1763 — Un droit légal d'une telle importance ne peut être supprimé simplement de façon implicite — Il faudrait une formulation très convaincante pour établir le fait qu'on puisse priver une première nation d'une exemption fiscale par le biais d'une clause d'un accord-cadre qui se trouve insérée dans une entente définitive à laquelle cette première nation n'est pas partie, et ensuite dans une loi prévue pour donner force de loi à l'accord-cadre vis-à-vis les premières nations du Yukon n'ayant pas encore signé d'entente définitive — Le juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a commis une erreur en n'évaluant pas correctement le fardeau incombant à la Couronne de démontrer que l'exemption prévue à l'art. 87 avait été supprimée et en interprétant la Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon sans tenir compte de ce qu'on avait incorporé dans ce texte, en n'examinant pas d'abord l'ACD.

### **Hoechst Marion Roussel Canada c. Canada (Procureur général) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 76**

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Demande visant à obtenir que le personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le personnel du Conseil) soit constitué partie défenderesse, conformément à la règle 104 des Règles de la Cour fédérale (1998), aux demandes de contrôle judiciaire du rejet par le Conseil des allégations de partialité, de manquement aux règles de justice naturelle et de défaut de compétence — La règle 104 permet l'ajout d'une «personne» qui aurait dû être jointe ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer le règlement complet de toutes les questions en litige — Le personnel du Conseil a allégué qu'il aurait dû être désigné à titre de défendeur conformément à la règle 303(1) qui oblige le demandeur à désigner à titre de défendeur toute

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

neither conferring special status on Staff nor constituting it as entity distinct from Board — Staff's standing before Board conferred by Patented Medicine Prices Review Board Rules — Latter not having statutory authority to bind Court — Federal Court of Appeal holding Staff not having legal status independent of Board in 1996 (*ICN* case) — *ICN* not overtaken by 1998 amendments to Federal Court Rules — As statutory mandate conferred on Board, Staff neither "party directly affected" nor party who "ought to have been joined" or "necessary" to have before Court — Motion dismissed.

Practice — Parties — Intervention — Motions by (1) staff of Patented Medicine Prices Review Board (Staff) and (2) Board to intervene under Federal Court Rules, 1998, r. 109 in applications for judicial review of Board's decisions dismissing allegations of bias, breach of natural justice, lack of jurisdiction — Court may grant leave to "person" to intervene under r. 109 — (1) As Staff found to not be "person" for purposes of being added as party under r. 104, cannot be "person" for purposes of r. 109 — (2) R. 109 requiring notice of motion to describe how proposed intervenor wishes to participate, how participation will assist Court in determination of factual, legal issues in proceeding — Other factors identified in case law still relevant, including ability of existing parties to adduce all relevant evidence, adequately advance proposed intervenor's position — Courts disinclined to hear agencies speak to merits of own decisions, thereby allying them with one party to dispute, particularly since decision may be referred back to agency — Recent cases restricting intervention of tribunal to submissions in respect of essential jurisdiction of tribunal — Board's participation in first judicial review application would assist Court in determination of issues relating to organizational practices, Board policies — Board authorized to intervene for limited purpose of explaining roles of Chairperson, Staff in carrying out Board's mandate under governing legislation and pursuant to Board Rules, policy but only to extent such explanation not otherwise provided by Attorney General — Board not to address applicable standard of review — Leave granted to intervene in second application dealing with Board's jurisdiction — Submissions restricted to statutory jurisdiction, not already made by Attorney General — May not address standard of review.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

personne directement touchée — Le personnel du Conseil, qui est constitué d'employés qui travaillent sous la surveillance du président du Conseil et sont engagés pour appuyer les fins de l'organisme, n'est pas visé par la définition du mot «personne» à la règle 2 — La Loi sur les brevets ne confère pas de statut spécial au personnel du Conseil et ne fait pas de lui une entité distincte de l'organisme — La qualité pour agir est conférée au personnel du Conseil par les Règles du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés — Ces règles ne peuvent être considérées comme un texte législatif liant la Cour — En 1996 (arrêt *ICN*), la Cour d'appel fédérale a statué que le personnel du Conseil ne jouit pas d'une qualité pour agir indépendante de celle du Conseil — L'arrêt *ICN* n'est pas devenu chose du passé par suite des modifications apportées aux Règles de la Cour fédérale en 1998 — Étant donné qu'un mandat d'origine législative est conféré au Conseil, le personnel du Conseil n'est pas «une partie directement touchée» ni une personne qui «aurait dû être constituée comme partie» ou dont la présence «est nécessaire» devant la Cour — Demande rejetée.

Pratique — Parties — Intervention — Demandes présentées 1) par le personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le personnel du Conseil) et 2) par le Conseil en vue d'intervenir, conformément à la règle 109 des Règles de la Cour fédérale (1998), dans des demandes de contrôle judiciaire relatives aux décisions par lesquelles le Conseil a rejeté des allégations de partialité, de manquement aux règles de justice naturelle et de défaut de compétence — La Cour peut autoriser une «personne» à intervenir dans une instance conformément à la règle 109 — 1) Puisque le personnel du Conseil n'est pas une «personne» aux fins de la constitution comme partie en vertu de la règle 104, il ne peut être considéré comme une «personne» aux fins de la règle 109 — 2) La règle 109 exige la présentation d'un avis de requête qui explique de quelle manière la personne désire participer à l'instance et en quoi sa participation aidera la Cour à trancher les questions de fait ou de droit de l'instance en question — D'autres facteurs que la Cour a pris en compte dans le passé demeurent pertinents, notamment la possibilité pour les parties existantes de présenter toute la preuve pertinente ou de faire valoir de façon satisfaisante la position de l'intervenant proposé — Les tribunaux se sont montrés peu enclins à accepter que des organismes plaident devant eux le bien-fondé de leurs propres décisions, appuyant de ce fait l'une des parties au litige, d'autant plus que la décision peut être renvoyée à l'organisme — Dans ses décisions récentes, la Cour a restreint le droit d'intervention d'un tribunal à la présentation d'arguments concernant la compétence essentielle dudit tribunal — La participation du Conseil au premier contrôle judiciaire aiderait la Cour à trancher les questions en litige concernant les pratiques et les politiques de l'organisme — Le Conseil est autorisé à intervenir uniquement pour expliquer le rôle de son président et de son personnel

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Patents — Practice — Patented Medicine Prices Review Board — Applications for judicial review of Board decisions — Whether Board Staff may, of own right, have standing as party or intervener — Patent Act neither conferring special status on Staff nor constituting it as entity distinct from Board — Staff's standing before Board conferred by Board Rules lacking statutory authority, not binding Court — Board itself may intervene for limited purpose to explain policies, organizational practices as this is Court's first opportunity for considering Board's mandate, policies as related to Board's independence.

### **Liebmann v. Canada (Minister of National Defence) (C.A.)** ..... 29

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal from dismissal by F.C.T.D. of action for declaration process for considering nomination to position with Canadian Forces in Middle East infringed Charter, s. 15 equality rights — Appellant denied posting as Jewish — S. 15 dealing with equality rights with respect to "law" — Charter applies to administrative decisions made pursuant to statutory authority — Officers considering nomination acting pursuant to delegated statutory authority of Chief of Defence Staff to control, administer Canadian Forces — Decision not to appoint appellant subject to scrutiny under s. 15 — Decision drew distinction between appellant, other members of Canadian Forces, subjected appellant to differential treatment on basis of personal characteristic (religion) — Differential treatment amounted to discrimination, both subjectively and objectively — Decision to deny posting made in factual, evidentiary vacuum — Neither political climates of Bahrain, Saudi Arabia nor approaches by other members of coalition deploying forces to region considered — Decision based upon presumed characteristics of Jews, Arabs — Way of thinking perpetuating view appellant less worthy member of Canadian Forces, society as whole — Appellant's Charter, s. 15 rights breached.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

relativement à l'exécution du mandat dont il est investi en vertu de la loi habilitante ainsi que ses règles et politiques, mais seulement dans la mesure où le procureur général ne fournit pas par ailleurs ses explications — Le Conseil ne pourra pas commenter la norme d'examen applicable — Le Conseil est autorisé à intervenir dans la deuxième demande concernant sa compétence — Il est autorisé à formuler des arguments au sujet de la compétence dont il est investi par la loi, dans la mesure où le procureur général ne s'est pas déjà exprimé à ce sujet — Il n'est pas autorisé à commenter la norme d'examen applicable.

Brevets — Pratique — Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés — Demandes de contrôle judiciaire de décisions du Conseil — Le personnel du Conseil peut-il avoir qualité pour agir que ce soit comme partie ou comme intervenant? — La Loi sur les brevets ne confère aucun statut spécial au personnel du Conseil et ne fait pas de lui une entité distincte de l'organisme — La qualité pour agir devant le Conseil est conférée au personnel du Conseil par les Règles du Conseil qui ne peuvent être considérées comme un texte législatif liant la Cour — Le Conseil lui-même peut intervenir uniquement pour expliquer les politiques et les pratiques de l'organisme puisque c'est la première occasion pour la Cour d'examiner le mandat et les politiques du Conseil du point de vue de l'indépendance de ce dernier.

### **Liebmann c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (C.A.)** ..... 29

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel de la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale de rejeter une action visant l'obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel le processus d'examen d'une affectation au Moyen-Orient pour les Forces canadiennes portait atteinte à l'art. 15 de la Charte sur le droit à l'égalité — L'appellant s'est vu refuser l'affectation parce qu'il est juif — L'art. 15 porte sur le droit à l'égalité à l'égard de la «loi» — La Charte s'applique aux décisions administratives qui sont prises en vertu d'un pouvoir prévu par la loi — Les officiers chargés d'examiner la candidature de l'appellant agissaient conformément au pouvoir légal que possède le chef d'état-major de la Défense de diriger et de gérer les Forces canadiennes — La décision de ne pas nommer l'appellant est assujettie à un examen en vertu de l'art. 15 — La décision en cause a établi une distinction entre l'appellant et les autres membres des Forces canadiennes, et a assujetti l'appellant à un traitement différent en raison d'une caractéristique personnelle (sa religion) — Cette différence de traitement constitue de la discrimination, d'un point de vue subjectif et objectif — La décision de refuser l'affectation a été prise en l'absence de faits et d'éléments de preuve — On n'a aucunement examiné le climat politique dans l'État de Bahreïn ou en Arabie saoudite ou les approches adoptées par

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Armed Forces — Naval Reservist nominated for Gulf War posting but not selected when superiors realized he was of Jewish religion — Decision that “it was better not to send a Jew to the Middle East” — Reservist unsuccessful before F.C.T.D. in action for declarations Charter equality rights infringed by process ending in rejection, CFAO 20-53 (peacekeeping policy) unconstitutional — F.C.A. declining to deal with latter issue as moot, impugned order subsequently replaced and, in any event, inapplicable as posting to war theatre — Court unwilling to interfere with policies of military where evidentiary record incomplete — Impugned decision made under delegated statutory authority of CDS under National Defence Act — Rejection decision accordingly subject to Charter scrutiny — Rejection demeaning Reservist’s dignity, perpetuating view was less worthy member of Canadian Forces, society as whole — Rejection decision taken in factual vacuum, no consideration being given to political climates of Bahrain, Saudi Arabia or approaches taken by other coalition members — Trial Judge finding testimony of witnesses called by military not worthy of belief — F.C.A. disapproving conduct of military authorities herein — Should have squarely faced discrimination allegation, directed pleadings, evidence, argument to that issue.

Judges and Courts — Federal Court of Appeal — Naval Reservist denied posting to war theatre as of Jewish religion — Appeal from F.C.T.D. decision Canadian Forces Administrative Order (CFAO) 20-53 on peacekeeping not contravening Charter s. 15 — Application of S.C.C. decision in *Borowski* on approach to doctrine of mootness — Whether issues have become academic — Court having discretion to address moot issue if circumstances warrant — Constitutionality of CFAO 20-53 moot issue as no longer in effect — Adversarial context existing as issue zealously argued by parties at trial — But discretion not exercised in view of Court’s awareness of proper role in law-making process —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

les autres membres de la coalition qui déployaient des forces dans la région — La décision se fonde sur de présumées caractéristiques propres aux juifs et aux arabes — Cette conception perpétue l’idée selon laquelle l’appelant était un membre moins digne des Forces canadiennes et de la société canadienne dans son ensemble — Il y a violation des droits que confère la Charte à l’appelant.

Forces armées — Un membre de la Réserve navale avait été désigné à une affectation pour la guerre du Golfe, mais il n’a pas été choisi quand ses supérieurs se sont rendus compte qu’il était de religion juive — Ceux-ci ont décidé qu’«il était préférable de ne pas envoyer un juif au Moyen-Orient» — La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté l’action intentée par le réserviste en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que le processus se terminant par un rejet portait atteinte au droit à l’égalité que lui garantissait la Charte, et un jugement déclaratoire selon lequel l’OAF 20-53 (politique en matière de maintien de la paix) était inconstitutionnelle — La C.A.F. a refusé d’examiner cette dernière question en raison de son caractère théorique, l’ordonnance contestée ayant par la suite été remplacée et, de toute façon, elle ne s’appliquait pas en raison de l’affectation de l’appelant sur le site de la guerre — La Cour n’est pas disposée à modifier les politiques militaires lorsque le dossier est incomplet sur le plan de la preuve — La décision contestée a été prise en vertu du pouvoir délégué que possède le CEMD aux termes de la Loi sur la défense nationale — Elle est donc assujettie à un examen en vertu de la Charte — Elle portait atteinte à la dignité du réserviste et perpétuait l’idée selon laquelle celui-ci était un membre moins digne des Forces canadiennes et de la société canadienne dans son ensemble — La décision de refuser l’affectation a été prise en l’absence de faits, sans examen du climat politique dans l’État de Bahreïn et en Arabie saoudite ou des approches adoptées par les autres membres de la coalition — Le juge de première instance a conclu que le témoignage des témoins assignés par les Forces canadiennes n’était pas digne de foi — La C.A.F. condamne la conduite des autorités militaires en l’espèce — Elle aurait dû faire carrément face à l’allégation de discrimination et examiner les plaidoiries, la preuve et les arguments par rapport à cette question.

Juges et tribunaux — Cour d’appel fédérale — Un membre de la Réserve navale se voit refuser une affectation au site d’une guerre parce qu’il est de religion juive — Appel d’une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale selon laquelle l’Ordonnance administrative des Forces canadiennes (OAF 20-53 en matière de maintien de la paix ne contrevient pas à l’art. 15 de la Charte — Application de l’approche énoncée par la C.S.C. dans l’arrêt *Borowski* en ce qui touche la doctrine relative au caractère théorique — Les questions sont-elles devenues théoriques? — La Cour a le pouvoir discrétionnaire d’examiner une question théorique si les circonstances le justifient — La

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Court not prepared to interfere with policies of military on incomplete evidentiary record.

### **Merck & Co., Inc. v. Nu-Pharm Inc. (T.D.) . . . . . 105**

Practice — Parties — Third party proceedings — Motion under Federal Court Rules, 1998, r. 194 — Patent holder may initiate third party claim against generic drug manufacturer to prevent latter from re-introducing infringing drug, and challenging patent, through different corporate privy — Requirements for granting leave under r. 194(a) met: third party claim need only disclose subsisting cause of action and have sufficient nexus to subject-matter of action — *Seemle*: Application for leave should also be granted under r. 194(b) as issue between parties to action and good reason why proposed third party should be bound by findings.

Patents — Practice — Merck, pharmaceutical company, moves for order granting leave to commence third party claim against generic drug company, Apotex — Initial Court consideration of r. 194 — Main proceeding patent infringement action against Nu-Pharm and Apotex concerning “Vasotek” enalapril moleate tablets — Allegation that defendants used Nu-Pharm to circumvent injunction by reintroducing infringing Apo-Enalapril into market under new name Nu-Enalapril — Third party claim denied only if plain, obvious cannot succeed — Merck not attempting to base action on hypothetical, future events — Seeking to prevent further abuses — Relief sought, not allegations made, that related to future events — Up to trial judge to decide whether relief sought too remote, speculative — Given repeated attempts by Apotex to challenge patent, Merck may have reason to believe Apotex will repeat scheme under different corporate vehicle — Adding third parties serving useful purpose if precluding such outcome could reduce multiplicity of proceedings.

### **Villani v. Canada (Attorney General) (C.A.) . . . . . 130**

Pensions — Severe and prolonged disability within meaning of Canada Pension Plan, s. 42(2) — Correctness standard of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

constitutionnalité de l’OAF 20-53 est une question théorique parce que la politique ne s’applique plus — Il y a un débat contradictoire parce que les parties ont défendu avec ferveur leur position au procès — Mais, prenant en considération sa fonction véritable dans l’élaboration du droit, la Cour n’exerce pas son pouvoir discrétionnaire — La Cour n’est pas disposée à modifier les politiques militaires en se fondant sur un dossier incomplet sur le plan de la preuve.

### **Merck & Co., Inc. c. Nu-Pharm Inc. (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 105**

Pratique — Parties — Procédure de mise en cause — Requête en vertu de la règle 194 des Règles de la Cour fédérale (1998) — Le titulaire de brevet peut engager une procédure de mise en cause contre un fabricant de médicaments génériques pour empêcher celui-ci de remettre sur le marché le médicament contrefaisant et de contester le brevet par l’entremise d’une autre société étant son ayant droit — Les conditions pour accorder l’autorisation en vertu de la règle 194a) sont remplies: la demande de mise en cause doit seulement faire état d’une cause d’action et avoir une connexité suffisante avec l’objet de l’action — Il semble que la demande d’autorisation doit aussi être accordée en vertu de la règle 194b), car il existe un litige entre les parties à l’action et des raisons valables pour lesquelles les mises en cause proposées devraient être liées par les conclusions.

Brevets — Pratique — Merck, société pharmaceutique, cherche à obtenir une ordonnance lui accordant l’autorisation d’introduire une mise en cause contre une société de fabrication de médicaments génériques, Apotex — C’est la première occasion fournie à la Cour d’examiner la règle 194 — La procédure principale concerne une action en contrefaçon de brevet contre Nu-Pharm et Apotex au sujet du «Vasotek», marque de comprimés de maléate d’énalapril — Il est allégué que les défendeurs ont utilisé Nu-Pharm pour contourner l’injonction en remettant sur le marché le produit contrefaisant Apo-Enalapril sous le nouveau nom de Nu-Enalapril — La mise en cause est rejetée dans les seuls cas où il est clair et net que ses chances de succès sont nulles — Merck ne cherche pas à fonder sa cause d’action sur des faits hypothétiques à venir — Elle cherche à empêcher de nouveaux abus — C’est la réparation demandée, et non les allégations, qui concerne des événements à venir — Il incombe au juge d’instance de trancher si la réparation demandée est trop éloignée ou trop conjecturale — Étant donné les tentatives répétées d’Apotex de contester le brevet, Merck peut avoir de bonnes raisons de croire qu’Apotex reprendra la même stratégie sous le couvert d’une entité juridique différente — La mise en cause est utile dans la mesure où empêcher pareil résultat peut limiter la multiplication des procédures.

### **Villani c. Canada (Procureur général) (C.A.) . . . . . 130**

Pensions — Invalidité grave et prolongée au sens de l’art. 42(2) du Régime de pensions du Canada — La norme de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

review — Board decisions adopting extremely strict approach to severity requirement disapproved of — Severity requirement to be applied in “real world” context, taking into consideration applicant’s age, education, language proficiency and work and life experience — Employability relevant.

Construction of statutes — Severe and prolonged disability within meaning of Canada Pension Plan, s. 42(2) — CPP as benefits-conferring legislation to be given liberal construction — Severity requirement to be applied in “real world” context, taking into account applicant’s age, education, language proficiency and work and life experience — Employability relevant.

## SOMMAIRE (Fin)

contrôle est celle de la décision correcte — Les décisions de la Commission adoptant une démarche extrêmement stricte à l’égard de l’exigence relative à la gravité sont désapprouvées — L’exigence relative à la gravité doit être appliquée dans un contexte «réaliste», en tenant compte de l’âge, du niveau d’instruction, des aptitudes linguistiques, des antécédents de travail et de l’expérience de vie du demandeur — L’employabilité est un critère pertinent.

Interprétation des lois — Invalidité grave et prolongée au sens de l’art. 42(2) du Régime de pensions du Canada — Le RPC, en tant que loi conférant des avantages, doit être interprété de façon libérale — L’exigence relative à la gravité doit être appliquée dans un contexte «réaliste», en tenant compte de l’âge, du niveau d’instruction, des aptitudes linguistiques, des antécédents de travail et l’expérience de vie du demandeur — L’employabilité est un facteur pertinent.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 71 (T.D.), has been reversed on appeal (A-289-00). The reasons for judgment, handed down 21/12/01, will be reported in the *Federal Court Reports*.

*Stamicarbon B.V. v. Urea Casale S.A.*, [2001] 1 F.C. 172 (T.D.), has been reversed in part on appeal (A-512-00). The reasons for judgment, handed down 15/1/02, will be published in the *Federal Court Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Chu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. D-3 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 24/1/02.

*1185740 Ontario Ltd. v. M.N.R.*, [2001] 4 F.C. D-24 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 31/1/02.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 71 (1<sup>re</sup> inst.), a été infirmée en appel (A-289-00). Les motifs du jugement, prononcés le 21-12-01, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Stamicarbon S.A.R.L. c. Casale S.A.*, [2001] 1 C.F. 172 (1<sup>re</sup> inst.), a été infirmée en partie en appel (A-512-00). Les motifs du jugement, prononcés le 15-1-02, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Chu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 3 C.F. F-3 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-1-02.

*1185740 Ontario Ltd. c. M.R.N.*, [2001] 4 C.F. F-27 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31-1-02.



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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2002, Vol. 1, Part 1**

**2002, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-232-00  
2001 FCA 231

A-232-00  
2001 CAF 231

**Carcross/Tagish First Nation (Appellant)**

v.

**Her Majesty the Queen (Respondent)**

**INDEXED AS: CARCROSS/TAGISH FIRST NATION v. CANADA (C.A.)**

Court of Appeal, Décary, Evans and Sharlow JJ.A.—  
Calgary, June 6; Ottawa, July 5, 2001.

*Native Peoples — Taxation — In 1993 federal, Yukon governments, Council for Yukon Indians representing 14 Yukon First Nations signing Umbrella Final Agreement (UFA) — Cl. 20.6.1 providing tax exemption in Indian Act, s. 87 no longer applying to any Yukon First Nation as of third anniversary of settlement legislation, defined as federal Yukon First Nations Land Claims Settlement Act (LCSA), corresponding Yukon legislation — Contemplated UFA would be included in 14 separate final agreements — Seven final agreements signed to date, incorporating UFA into text — Appellant not yet signing final agreement — Refusing to accept share of payment for loss of tax exemption — F.C.T.D. Judge dismissing motion for declaration s. 87 continued to apply, holding cl. 20.6.1 incorporated into LCSA, enforceable against all Aboriginal Peoples who agreed to UFA whether or not signed final agreement — Appeal allowed; declaration issued s. 87 applies to appellant until ratifies final agreement — F.C.T.D. Judge erred in not ascertaining purpose, effect of UFA before interpreting LCSA — (i) UFA having no legal significance except as agreement to negotiate unless, until incorporated in final agreement — Parties intended s. 87 to cease to apply on third anniversary of coming into force of settlement legislation — Aware cl. 20.6.1 by itself could not trigger “disapplication” of s. 87 — (ii) LCSA giving effect to UFA only by giving effect to final agreement, which by definition incorporates UFA — Inference that measures necessary to give effect to disapplication of s. 87 to be carried out in manner provided by that final agreement — (iii) By ignoring UFA, Yukon legislation confirming settlement legislation aimed at specific final agreement — Yukon First Nations Self-Government Act, s. 17(3) establishing direct linkage between disapplication of s. 87 tax exemption, final agreement — If intention to have disapplication of s. 87 in force in 1998, not carried out in legislation — Crown not demonstrating disapplication of s. 87 in effect with respect to appellant, others.*

**La première nation Carcross/Tagish (appelante)**

c.

**Sa Majesté la Reine (intimée)**

**RÉPERTORIÉ: PREMIÈRE NATION CARCROSS/TAGISH c. CANADA (C.A.)**

Cour d’appel, juges Décary, Evans et Sharlow, J.C.A.—  
Calgary, 6 juin; Ottawa, 5 juillet 2001.

*Peuples autochtones — Taxation — En 1993, les gouvernements fédéral et du Yukon et le Conseil des Indiens du Yukon, représentant 14 premières nations du Yukon, ont signé un Accord-cadre définitif (ACD) — La clause 20.6.1 porte qu’à compter du troisième anniversaire de la date d’entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre, savoir la Loi fédérale sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon (LRRT) et la loi du Yukon correspondante, l’exemption fiscale prévue à l’art. 87 de la Loi sur les Indiens cessera de s’appliquer aux premières nations du Yukon — L’ACD visait l’incorporation de ses dispositions dans 14 ententes définitives — Sept ententes définitives incorporant les dispositions de l’ACD ont été signées jusqu’ici — L’appelante n’a pas encore signé d’entente définitive — Elle a refusé d’accepter sa part du paiement prévu pour la perte de l’exemption fiscale — Un juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a rejeté une requête pour obtenir un jugement déclaratoire portant que l’art. 87 continuait à s’appliquer, au motif que la clause 20.6.1, incorporée à la LRRT, s’appliquait à tous les peuples autochtones qui avaient ratifié l’ACD, qu’ils aient signé ou non une entente définitive — Appel accueilli; un jugement déclaratoire est délivré portant que l’art. 87 continue de s’appliquer à l’appelante jusqu’à ce qu’elle ratifie une entente définitive — Le juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a commis une erreur en n’établissant pas le sens réel et l’impact de l’ACD avant d’interpréter la LRRT — (i) L’ACD n’a aucune force juridique, sauf celle d’un accord pour négocier, jusqu’à ce qu’il soit incorporé dans une entente définitive — L’intention des parties était que l’art. 87 cesse de s’appliquer à compter du troisième anniversaire de la date d’entrée en vigueur de la législation de mise en œuvre — Les parties savaient que la clause 20.6.1 ne pouvait en elle-même amener la «non-application» de l’art. 87 — (ii) La LRRT ne met en vigueur l’ACD qu’en mettant en vigueur un accord définitif qui, par définition, incorpore les dispositions de l’ACD — On peut déduire que les mesures visant à donner effet à la non-application de l’art. 87 doivent être menées dans le cadre de la procédure prévue par l’accord définitif en cause — (iii) En ne faisant pas mention de l’ACD, la loi*

*Construction of Statutes — Indian Act, s. 87 — Appeal from dismissal by F.C.T.D. Judge of motion for declaration s. 87 continued to apply to appellant, holding Yukon First Nations Land Claims Settlement Act implicitly amending scope of s. 87 — S. 87 tax exemption part of legislative package reflecting Crown's obligation to native peoples recognized since 1763 — Such important legal right should not be removed by implication — Very persuasive wording required to demonstrate First Nation deprived of tax exemption by clause in umbrella land claims settlement agreement to be incorporated in final agreement to which First Nation not party, and then into legislation said to give umbrella agreement force of law as against Yukon First Nations who have not signed final agreement — F.C.T.D. Judge erred in failing to appreciate burden on Crown to demonstrate s. 87 tax exemption taken away; interpreting Yukon First Nations Land Claims Settlement Act without regard to what was actually incorporated by failing to look initially to UFA.*

This was an appeal from the dismissal of a motion for a declaration that *Indian Act*, section 87 continued to apply to the appellant. On May 29, 1993 the Government of Canada, the Government of the Yukon Territory, and the Council for Yukon Indians, representing 14 Yukon First Nations including the appellant, signed a comprehensive land claims Umbrella Final Agreement (UFA), which stated in clause 20.6.1 that, as of the third anniversary of the effective date of settlement legislation, the tax exemption provided by *Indian Act*, section 87 would no longer apply to any Yukon First Nation. "Settlement Legislation" is defined as federal and Yukon legislation giving effect to settlement agreements. Clauses 20.6.5 and 20.6.6 provided for a payment to be made to each of the 14 First Nations upon the loss of the tax exemption in section 87. The UFA contemplated that its provisions would be included in separate "final agreements", one for each of the 14 First Nations represented by the Council. On May 29, 1993 four of the Yukon First Nations signed "final agreements" with Canada and Yukon, which incorporated the provisions of the UFA and included

*du Yukon vient confirmer que la législation de mise en œuvre ne vise que les ententes finales spécifiques — L'art. 17(3) de la Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon institue un lien direct entre la non-application de l'exemption fiscale prévue à l'art. 87 et l'entente définitive — Si l'intention était que l'art. 87 cesse de s'appliquer en 1998, elle n'a pas été précisée dans la législation — La Couronne n'a pas démontré que l'appelante et ses membres étaient visés par la non-application de l'art. 87.*

*Interprétation des lois — Art. 87 de la Loi sur les indiens — Appel du rejet par un juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. de la requête pour obtenir un jugement déclaratoire portant que l'art. 87 continuait à s'appliquer à l'appelante, au motif que la Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon venait implicitement modifier la portée de l'art. 87 — L'exemption fiscale prévue à l'art. 87 fait partie d'un ensemble législatif qui fait état d'une obligation de la Couronne envers les peuples autochtones reconnue depuis 1763 — Un droit légal d'une telle importance ne peut être supprimé simplement de façon implicite — Il faudrait une formulation très convaincante pour établir le fait qu'on puisse priver une première nation d'une exemption fiscale par le biais d'une clause d'un accord-cadre qui se trouve insérée dans une entente définitive à laquelle cette première nation n'est pas partie, et ensuite dans une loi prévue pour donner force de loi à l'accord-cadre vis-à-vis les premières nations du Yukon n'ayant pas encore signé d'entente définitive — Le juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a commis une erreur en n'évaluant pas correctement le fardeau incombant à la Couronne de démontrer que l'exemption prévue à l'art. 87 avait été supprimée et en interprétant la Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon sans tenir compte de ce qu'on avait incorporé dans ce texte, en n'examinant pas d'abord l'ACD.*

Le présent appel porte sur le rejet d'une requête pour obtenir un jugement déclaratoire portant que l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* continuait à s'appliquer à l'appelante. Le 29 mai 1993, le gouvernement du Canada, le gouvernement du Yukon et le Conseil des Indiens du Yukon, représentant 14 premières nations du Yukon, y compris l'appelante, ont signé un Accord-cadre définitif (ACD) en matière de revendications territoriales. La clause 20.6.1 de l'ACD porte qu'à compter du troisième anniversaire de la date d'entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre, l'exemption fiscale prévue à l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* cessera de s'appliquer aux premières nations du Yukon. Les «lois de mise en œuvre» sont définies comme étant des lois fédérales ou du Yukon qui donnent force de loi aux ententes définitives. Les clauses 20.6.5 et 20.6.6 prévoient que certaines sommes seront versées à chacune des 14 premières nations pour compenser la perte de l'exemption fiscale prévue à l'article 87. L'ACD visait à incorporer les dispositions de l'ACD dans des «ententes définitives» distinctes, une pour chacune des 14 premières nations représentées par le

provisions specific to the signatory First Nations. The *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act* (the Land Claims Settlement Act), *Yukon First Nations Self-Government Act* (both federal legislation) and *An Act approving Yukon Land Claims Final Agreements* (Yukon legislation) all came into force on February 14, 1995. Since that date three other First Nations have signed final agreements, but the appellant has not yet signed a final agreement. Canada submitted that clause 20.6.1 confirms an agreement that the section 87 tax exemption would end with respect to all 14 First Nations as of the third anniversary of the effective date of the Land Claims Settlement Act, i.e. as of February 14, 1998, if at that time one First Nation had signed a final agreement.

In February and March, 1998, Canada made arrangements to pay each First Nation the amounts stipulated in clauses 20.6.5 and 20.6.6, but the appellant refused to accept its share, and brought a motion for a declaration that section 87 continued to apply to it as it had not yet ratified a final agreement. In dismissing the motion, the Trial Judge found that clause 20.6.1 of the UFA had been incorporated into the Land Claims Settlement Act and was enforceable as against all Yukon First Nations, whether or not they had signed a final agreement.

The issue was whether the appellant had given up its exemption under *Indian Act*, section 87, although it has not signed a final agreement.

*Held*, the appeal should be allowed, and a declaration should issue that section 87 applies, after 1998, to the appellant and its members until such time as it ratifies a final agreement as contemplated by the comprehensive land claims UFA.

The Trial Judge erred in interpreting the Land Claims Settlement Act as implicitly amending the scope of section 87 so as to affect First Nations who had not entered into a final agreement. There were two flaws in his approach. First, he failed to appreciate the weight of the burden upon the Crown to demonstrate that the section 87 tax exemption had been taken away from the appellant. The section 87 tax exemption is part of a legislative package which bears the impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since 1763. While it is always open to Parliament to amend or repeal section 87, courts should be reluctant to find that such an important legal right has

Conseil. Le 29 mai 1993, quatre des premières nations du Yukon ont signé des «ententes définitives» avec le Canada et le Yukon, qui incorporaient les dispositions de l'ACD en plus de comprendre des dispositions ne s'appliquant qu'aux premières nations signataires. La *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon* (la Loi sur le règlement des revendications territoriales), la *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon* (deux lois fédérales) et la *Loi approuvant les Ententes finales avec les premières nations du Yukon* (une loi du Yukon), sont entrées en vigueur le 14 février 1995. Depuis lors, trois autres premières nations ont signé une entente définitive. L'appelante n'a pas encore signé d'entente définitive. Le Canada est d'avis que la clause 20.6.1 vient confirmer l'entente qui porte que l'exemption prévue à l'article 87 deviendrait caduque pour les 14 premières nations à compter du troisième anniversaire de la date d'entrée en vigueur de la Loi sur le règlement des revendications territoriales, soit au 14 février 1998, à condition qu'à ce moment-là une des premières nations ait signé une entente définitive.

En février et mars 1998, le Canada a pris des arrangements pour que chaque première nation reçoive les sommes prévues aux clauses 20.6.5 et 20.6.6, mais l'appelante a refusé d'accepter sa part de ces sommes, présentant plutôt une requête pour obtenir un jugement déclaratoire portant que l'article 87 continuait à s'appliquer à elle car elle n'avait pas encore ratifié d'entente définitive. En rejetant la requête, le juge de première instance a conclu que la clause 20.6.1 de l'ACD avait été incorporée dans la Loi sur le règlement des revendications territoriales et qu'elle liait donc toutes les premières nations du Yukon, qu'elles aient signé ou non une entente définitive.

La question en litige consiste à savoir si l'appelante a renoncé à l'exemption prévue à l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, bien qu'elle n'ait pas encore signé d'entente définitive.

*Arrêt*: l'appel est accueilli et un jugement déclaratoire est délivré portant que l'article 87 continue de s'appliquer à l'appelante et à ses membres après 1998, et jusqu'à ce qu'elle ratifie une entente définitive comme il est prévu dans l'ACD portant sur les revendications territoriales.

Le juge de première instance a commis une erreur en interprétant la Loi sur le règlement des revendications territoriales comme si elle venait implicitement modifier la portée de l'article 87, affectant ainsi les premières nations qui n'avaient pas signé d'entente définitive. Cette approche est viciée de deux façons. Le premier vice tient au fait qu'il n'a pas bien évalué le fardeau incombant à la Couronne de démontrer que la première nation appelante avait perdu le bénéfice de l'exemption prévue à l'article 87. L'exemption fiscale prévue à l'article 87 fait partie d'un ensemble législatif qui fait état d'une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l'existence tout au

been removed merely by implication. The Crown submitted that the tax exemption was set aside not by direct legislation, but from the incorporation of an agreement (the UFA) in a federal statute (the Land Claims Settlement Act). It must be shown that there is something about the Land Claims Settlement Act “which compels the conclusion” that statutory force was actually conferred upon the UFA. Very persuasive wording in the Land Claims Settlement Act will be required to demonstrate that a First Nation has been deprived of a tax exemption by a clause in an umbrella agreement making its way first into a final agreement to which that First Nation is not a party and then into legislation said to give the UFA the force of law as against Yukon First Nations who have not signed a final agreement.

Second, the Trial Judge interpreted the Land Claims Settlement Act without first ascertaining the true purpose and effect of the UFA which was allegedly incorporated into it. To that end, it was necessary to first examine the UFA, and then the federal and Yukon legislation.

(i) The terms of the UFA confirm that it is essentially a collective agreement of a preliminary nature signifying the intention of each First Nation to negotiate a final agreement on an individual basis; as such, it did not create or affect any legal rights; and a final agreement relates to one First Nation only. Unless and until the UFA is incorporated in a final agreement, it has no legal significance except as an agreement to negotiate. If and when incorporated into a final agreement, it is to be read together with the provisions of that final agreement, and the final agreement becomes the entire agreement between the parties thereto. The intention of the parties, as expressed in clause 20.6.1 of the UFA, was that section 87 would cease to apply on the third anniversary of the coming into force of the “Settlement Legislation” which was defined in the UFA to mean the Land Claims Settlement Act and the corresponding Yukon legislation. But the parties were clearly aware that clause 20.6.1 by itself could not trigger the “disapplication” of section 87. They agreed that the required legislation would be included in the Land Claims Settlement Act. They did not expressly agree on whether that Act would result in the disapplication of section 87 to all First Nations in the Yukon, or only those that signed a final agreement.

(ii) There is no suggestion in the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act* that it gives any effect to the UFA otherwise than by giving effect to a final agreement

moins depuis 1763. Le législateur peut toujours modifier l'article 87, ou même l'abroger, mais les tribunaux doivent être réticents à conclure qu'un droit légal d'une telle importance a été supprimé simplement de façon implicite. Selon la Couronne, l'exemption fiscale n'a pas été supprimée directement par voie législative, mais à la suite de l'incorporation d'un accord (l'ACD) dans une loi fédérale (la Loi sur le règlement des revendications territoriales). Il faut démontrer que le contenu de la Loi sur le règlement des revendications territoriales «oblige à conclure» que l'ACD s'est vu conférer force de loi. Il faudrait une formulation très convaincante de la Loi sur le règlement des revendications territoriales pour établir le fait qu'on puisse priver une première nation d'une exemption fiscale par le biais d'une clause d'un accord-cadre qui se trouve insérée dans une entente définitive à laquelle cette première nation n'est pas partie, et ensuite dans une loi prévue pour donner force de loi à l'ACD vis-à-vis les premières nations du Yukon n'ayant pas encore signé d'entente définitive.

Le second vice tient au fait que le juge de première instance a interprété la Loi sur le règlement des revendications territoriales sans établir d'abord le sens réel et l'impact de l'ACD, auquel cette Loi était censée donner force de loi. À cette fin, il devait d'abord examiner l'ACD pour ensuite aborder la législation fédérale et celle du Yukon.

(i) Les termes mêmes de l'ACD établissent de façon non équivoque que l'ACD est essentiellement une entente collective de nature préliminaire qui exprime l'intention de chacune des premières nations de négocier une entente définitive pour son compte, qu'elle n'a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits, et qu'une entente définitive ne porte que sur une première nation. L'ACD n'a aucune force juridique, sauf celle d'un accord pour négocier, et ce jusqu'à ce qu'il soit incorporé dans une entente définitive. Lorsqu'il est incorporé dans une entente définitive, il doit être interprété en corrélation avec les dispositions de celle-ci et l'entente définitive constitue l'entente complète intervenue entre les parties. L'intention des parties, exprimée dans la clause 20.6.1 de l'ACD, était que l'article 87 cesse de s'appliquer à compter du troisième anniversaire de la date d'entrée en vigueur de la «législation de mise en œuvre», définie dans l'ACD comme étant la Loi sur le règlement des revendications territoriales et la loi du Yukon correspondante. Toutefois, les parties savaient pertinemment que la clause 20.6.1 ne pouvait en elle-même amener la «non-application» de l'article 87. Il fallait une disposition législative et les parties ont convenu que celle-ci serait insérée dans la Loi sur le règlement des revendications territoriales. Les parties ne se sont pas expressément mises d'accord sur la question de savoir si cette Loi entraînerait la non-application de l'article 87 à toutes les premières nations du Yukon, ou seulement aux premières nations ayant signé une entente définitive.

(ii) Rien dans la *Loi approuvant les ententes finales avec les premières nations du Yukon* n'indique qu'elle viendrait mettre en vigueur l'ACD, autrement qu'en mettant en



which, by its very definition, incorporates the provisions of the UFA. There is no suggestion, either, that the Act applies to any land in the Yukon other than a “settlement land” i.e. by definition “a land identified in a first nation’s final agreement as settlement land of the first nation”. There is no suggestion, finally, that the Act applies to any First Nation other than the four that are listed in section 4 and that have signed a final agreement. Subsection 6(2), which provides that a final agreement “is binding on all persons and bodies that are not parties to it”, merely confirms that whenever and wherever it applies, a final agreement binds everyone who happens to come within its purview. Section 12, the method chosen by Parliament to set aside the section 87 tax exemption, only applies by its very terms to settlement land identified in a specific final agreement. Section 16 states that the consultation process leading to amendments to section 87 is the one referred to in clause 20.6.3 of a final agreement, not the UFA. It was inferred that the “measures necessary for the purpose of giving effect to” the “disapplication” of section 87 are to be carried out in the manner provided by that final agreement.

(iii) An Act approving Yukon Land Claims Final Agreement ignores for all practical purposes the UFA, thereby implicitly confirming that settlement legislation is aimed only at specific final agreements.

(iv) By the words “except as provided by the First Nation’s final agreement in relation to the application of section 87 of the Indian Act”, the Yukon First Nations Self-Government Act, subsection 17(3) establishes a direct linkage between the “disapplication” of the section 87 tax exemption and a final agreement. Further, subsection 22(3) provides that the section 87 tax exemption will cease to apply on February 14, 1998 in respect of any interest of a First Nation “in lands to which section 21 applies” i.e. to lands identified in a final agreement.

It may have been the intention of Canada, the Yukon Territory and the Council to have the “disapplication” of section 87 in force on February 14, 1998 with respect to each First Nation, but, if so, such intention was not carried out in the legislation. Whether or not the Yukon First Nations Land Claims Settlement Act gives force of law through incorporation to the UFA is irrelevant because, even if it did, it would do so only with respect to those First Nations who have signed a final agreement. The Crown failed to demonstrate that the disapplication of section 87 of the Indian Act ever came into effect with respect to the appellant and its members.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act approving Yukon Land Claims Final Agreements*, S.Y. 1993, c. 19, ss. 1 “Agreement”, “Subsequent Agreement”, 2, 3.

vigueur un accord définitif qui, par définition, incorpore les dispositions de l’ACD. Il n’est pas non plus suggéré que la Loi s’applique aux terres du Yukon autres que les «terres désignées», à savoir les «terres visées par le règlement, au sens de l’accord définitif». Finalement, rien n’indique que la Loi s’appliquerait à une première nation autre que les quatre mentionnées à l’article 4 qui ont signé un accord définitif. Le paragraphe 6(2), qui prévoit qu’un accord définitif «a force obligatoire pour toute personne et tout organisme qui n’y sont pas parties», ne vient que confirmer que, lorsqu’un accord définitif s’applique, il a force de loi pour tous ceux qui sont concernés. L’article 12, la disposition que le législateur a prévue pour écarter l’exemption fiscale de l’article 87, ne s’applique qu’aux terres désignées dans un accord définitif donné. L’article 16, qui porte que les consultations menant à des modifications de l’article 87 sont celles qui sont mentionnées à la clause 20.6.3 d’un accord définitif, et non dans l’ACD. On peut en déduire que les «mesures visant à donner effet» à la «non-application» de l’article 87 doivent être menées dans le cadre de la procédure prévue par l’accord définitif en cause.

(iii) À toutes fins utiles, la Loi approuvant les ententes finales avec les premières nations du Yukon ne fait pas mention de l’ACD, venant ainsi confirmer implicitement que la législation de mise en œuvre ne vise que les ententes finales spécifiques.

(iv) En utilisant les termes «sous réserve des dispositions de l’accord définitif concernant l’application de son article 87 [Loi sur les Indiens]», le paragraphe 17(3) de la Loi sur l’autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon institue un lien direct entre la «non-application» de l’exemption fiscale prévue à l’article 87 et l’entente définitive. De plus, le paragraphe 22(3) porte que l’exemption fiscale prévue à l’article 87 cessera de s’appliquer le 14 février 1998 aux droits d’une première nation à toutes les «terres visées à l’article 21», c’est-à-dire les terres précisées dans l’entente définitive.

L’intention du Canada, du Yukon et du Conseil était peut-être que l’article 87 cesse de s’appliquer le 14 février 1998 à chacune des premières nations, mais cette intention n’a pas été précisée dans la législation. La question de savoir si la Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon incorpore l’Accord-cadre définitif et lui donne force de loi n’est pas pertinente, parce que, même si c’était le cas, les seules parties touchées seraient les premières nations qui ont signé une entente définitive. La Couronne n’a pas démontré que l’appelante et ses membres étaient visés par la non-application de l’article 87 de la Loi sur les Indiens.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon, 1993, préambule, chapitre

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87.

Umbrella Final Agreement, between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon, 1993, Preamble, Chapter 1, clauses 2.1.0, 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.15, 2.4.0, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.2.1, 2.4.2.2, 2.4.2.3, 2.4.2.4, 2.6.0, 2.6.1, 4.1.0, 4.1.1, 4.1.1.1, 4.1.1.2, 4.1.2, 20.2.0, 20.2.4, 20.6.0, 20.6.1, 20.6.1.1, 20.6.1.2, 20.6.2, 20.6.3, 20.6.4.

*Yukon First Nations Land Claims Settlement Act*, S.C. 1994, c. 34, preamble, ss. 2 "final agreement", "settlement land", 4, 5, 6, 7, 12, 13, 16.

*Yukon First Nations Self-Government Act*, S.C. 1994, c. 35, preamble, ss. 2 "final agreement", "first nation", "settlement land", 4, 5, 17, 21, 22, Sch. II.

1, clauses 2.1.0, 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.15, 2.4.0, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.2.1, 2.4.2.2, 2.4.2.3, 2.4.2.4, 2.6.0, 2.6.1, 4.1.0, 4.1.1, 4.1.1.1, 4.1.1.2, 4.1.2, 20.2.0, 20.2.4, 20.6.0, 20.6.1, 20.6.1.1, 20.6.1.2, 20.6.2, 20.6.3, 20.6.4.

*Loi approuvant les ententes finales avec les premières nations du Yukon*, L.Y. 1993, ch. 19, art. 1 «Entente», «Entente subséquente.

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

*Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 35, préambule, art. 2 «accord définitif», «premières nations», «terres désignées», 4, 5, 17, 21, 22, ann. II.

*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.

*Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 34, préambule, art. 2 «accord définitif», «terres désignées», 4, 5, 6, 7, 12, 13, 16.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 87.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General); An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re)*, [1994] 2 S.C.R. 41; (1994), 114 D.L.R. (4th) 193; [1994] 6 W.W.R. 1; 44 B.C.A.C. 1; 91 B.C.L.R. (2d) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 1; 166 N.R. 81.

##### REFERRED TO:

*Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219.

##### AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

APPEAL from the dismissal of a motion for a declaration that *Indian Act*, section 87 continued to apply to the appellant ((2000), 184 F.T.R. 184 (F.C.T.D.)). Appeal allowed.

##### APPEARANCES:

*H. George McKenzie* and *D. Blair Nixon* for appellant.  
*Douglas B. Titosky* for respondent.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l'île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41; (1994), 114 D.L.R. (4th) 193; [1994] 6 W.W.R. 1; 44 B.C.A.C. 1; 91 B.C.L.R. (2d) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 1; 166 N.R. 81.

##### DÉCISION CITÉE:

*Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219.

##### DOCTRINE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.

APPEL du rejet d'une requête pour obtenir un jugement déclaratoire portant que l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* continuait à s'appliquer à l'appelante ((2000), 184 F.T.R. 184 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Appel accueilli.

##### ONT COMPARU:

*H. George McKenzie* et *D. Blair Nixon* pour l'appelante.  
*Douglas B. Titosky* pour l'intimée.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Felesky Flynn LLP*, Calgary, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] DÉCARY J.A.: On May 29, 1993, the Government of Canada (Canada), the Government of Yukon (Yukon) and the Council for Yukon Indians (the Council) representing 14 Yukon First Nations, including the appellant First Nation, signed a comprehensive land claims Umbrella Final Agreement (UFA). The UFA contained a clause, clause 20.6.1, which stated that, at a given date, the tax exemption provided by section 87 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 would no longer apply to any Yukon First Nation. The UFA by itself was not intended to affect any legal rights or obligations of the parties. Rather, it was contemplated that the provisions of the UFA would be included in 14 separate “final agreements”, one for each of the 14 First Nations represented by the Council. Each final agreement would also contain provisions applicable only to the First Nation signing it. The appellant First Nation has not yet signed a final agreement.

[2] The question in this appeal is whether the appellant First Nation has given up its exemption under section 87 of the *Indian Act* although it has not signed a final agreement. The Trial Judge, in a decision reported at (2000), 184 F.T.R. 184, found that clause 20.6.1 of the UFA had been incorporated into the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act*, S.C. 1994, c. 34 (the Land Claims Settlement Act) and was enforceable as against all Yukon First Nations, whether or not they had signed a Final Agreement.

The historical background and the relevant statutory and contractual provisions

[3] In 1973, Canada, Yukon and the Council commenced negotiation of a comprehensive land claims

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Felesky Flynn LLP*, Calgary, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Le 29 mai 1993, le gouvernement du Canada (le Canada), le gouvernement du Yukon (le Yukon) et le Conseil des Indiens du Yukon (le Conseil), représentant les 14 premières nations du Yukon, y compris l'appelante, ont signé un Accord-cadre définitif (ACD) en matière de revendications territoriales. La clause 20.6.1 de l'ACD porte qu'à une date donnée, l'exemption fiscale fondée sur l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, cessera de s'appliquer aux premières nations du Yukon. L'ACD n'avait pas pour but de modifier les droits légaux ou les obligations légales des parties. Il visait plutôt à incorporer les dispositions de l'ACD dans 14 «ententes définitives» (appelées également accords définitifs ou ententes finales selon les textes juridiques concernés) distinctes, une pour chacune des 14 premières nations représentées par le Conseil. Chaque entente définitive comprendrait aussi des dispositions ne s'appliquant qu'à la première nation signataire. La première nation appelante n'a pas encore signé d'entente définitive.

[2] La question en litige dans cet appel consiste à savoir si la première nation appelante a renoncé à l'exemption prévue à l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, bien qu'elle n'ait pas encore signé d'entente définitive. Dans une décision publiée à (2000), 184 F.T.R. 184, le juge de première instance a conclu que la clause 20.6.1 de l'ACD avait été incorporée dans la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 34 (la Loi sur le règlement des revendications territoriales) et qu'elle liait donc toutes les premières nations du Yukon, qu'elles aient signé ou non une entente définitive.

Le contexte historique et les dispositions législatives et contractuelles pertinentes

[3] En 1973, le Canada, le Yukon et le Conseil ont amorcé des pourparlers en vue d'un règlement général

settlement. In May 1989, the parties signed an Agreement in Principle, which formed the basis for further negotiations and led to a draft of an Umbrella Final Agreement in 1991. The Umbrella Final Agreement (UFA) was signed on May 29, 1993.

[4] The following provisions of the UFA are particularly relevant:

**WHEREAS:**

...

the parties to the Umbrella Final Agreement intend to negotiate land claims agreements securing for Yukon First Nations and Yukon Indian People the rights and benefits set out therein;

the Yukon First Nations, Canada and the Yukon have authorized their representatives to sign this land claims agreement;

...

**Chapter 1-Definitions**

...

“Council for Yukon Indians” includes any successor to the Council for Yukon Indians and, in the absence of any successor, the Yukon First Nations.

...

“Settlement Agreement” means a Yukon First Nation Final Agreement or a Transboundary Agreement.

...

“Settlement Legislation” means the Act of Parliament and the Act of the Yukon Legislative Assembly described in 2.4.2.

...

“Yukon First Nation” means one of the following:

Carcross/Tagish First Nation;  
 Champagne and Aishihik First Nations;  
 Dawson First Nation;  
 Kluane First Nation;  
 Kwanlin Dun First Nation;  
 Liard First Nation;  
 Little Salmon/Carmacks First Nation;

en matière de revendications territoriales. En mai 1989, les parties ont signé une entente de principe, qui formait la base des négociations à venir et qui a mené en 1991 à l'ébauche de l'Accord-cadre définitif. L'Accord-cadre définitif (ACD) a été signé le 29 mai 1993.

[4] Les dispositions suivantes de l'ACD sont particulièrement pertinentes:

**ATTENDU QUE:**

[. . .]

les parties à l'Accord-cadre définitif entendent négocier des ententes sur des revendications territoriales visant à assurer aux premières nations du Yukon et aux Indiens du Yukon les droits et avantages y énoncés;

les premières nations du Yukon, le Canada et le Yukon ont autorisé leurs représentants à signer la présente entente en matière de revendications territoriales;

[. . .]

**Chapitre 1-Définitions**

[. . .]

«Conseil des Indiens du Yukon» S'entend en outre de tout organisme succédant au Conseil des Indiens du Yukon et, à défaut de successeur, des premières nations du Yukon.

[. . .]

«entente définitive» Entente sur les revendications territoriales d'une première nation du Yukon, laquelle, en plus d'incorporer les dispositions de l'Accord-cadre définitif, inclut des dispositions spécifiques visant cette première nation du Yukon.

«entente portant règlement» S'entend de l'entente définitive conclue par une première nation du Yukon ou d'un accord transfrontalier.

[. . .]

«loi de mise en œuvre» La loi du Parlement et la loi de l'Assemblée législative du Yukon visées à l'article 2.4.2.

[. . .]

«première nation du Yukon» Selon le cas:

la première nation de Carcross/Tagish;  
 les premières nations de Champagne et de Aishihik;  
 la première nation de Dawson;  
 la première nation de Kluane;  
 la première nation des Kwanlin Dun;  
 la première nation de Liard;  
 la première nation de Little Salmon/Carmacks;

First Nation of Nacho Nyak Dun;  
 Ross River Dena Council;  
 Selkirk First Nation;  
 Ta'an Kwach'an Council;  
 Teslin Tlingit Council;  
 Vuntut Gwitchin First Nation; or  
 White River First Nation.

“Yukon First Nations” means all of the Yukon First Nations defined as a Yukon First Nation.

. . .

“Yukon First Nation Final Agreement” means a land claims agreement for a Yukon First Nation that includes provisions specific to that Yukon First Nation and incorporates the provisions of the Umbrella Final Agreement.

. . .

## Chapter 2-General Provisions

### 2.1.0 The Umbrella Final Agreement

**2.1.1** Ratification of the Umbrella Final Agreement by the Yukon First Nations, through the Council for Yukon Indians, and by Canada and the Yukon signifies their mutual intention to negotiate Yukon First Nation Final Agreements in accordance with the Umbrella Final Agreement.

**2.1.2** The Umbrella Final Agreement does not create or affect any legal rights.

**2.1.3** A Yukon First Nation Final Agreement shall include the provisions of the Umbrella Final Agreement and the specific provisions applicable to that Yukon First Nation.

. . .

**2.2.7** Except as provided in Chapter 4-Reserves and Lands Set Aside and Chapter 20-Taxation, nothing in Settlement Agreements shall affect any rights or benefits Yukon First Nations or Yukon Indian People may have or be entitled to under the *Indian Act*, R.S. 1985, c. I-5.

**2.2.8** The parties to the Umbrella Final Agreement shall negotiate the processes for ratification of the Umbrella Final Agreement and the ratification of those processes shall be sought at the same time as ratification of the Umbrella Final Agreement.

**2.2.9** Each Yukon First Nation and Government shall negotiate the processes for ratification of that Yukon First Nation's Final Agreement and the ratification of those processes shall be sought prior to or at the same time as ratification of the Yukon First Nation Final Agreement.

. . .

la première nation des Nacho Nyak Dun;  
 le conseil Déna de Ross River;  
 la première nation de Selkirk;  
 le conseil des Ta'an Kwach'an;  
 le conseil des Tlingits de Teslin;  
 la première nation des Gwitchin Vuntut;  
 la première nation de White River.

«premières nations du Yukon» Ensemble des premières nations du Yukon énumérées dans la définition de première nation du Yukon.

[. . .]

## Chapitre 2-Dispositions générales

### 2.1.0 L'Accord-cadre définitif

**2.1.1** La ratification de l'Accord-cadre définitif par les premières nations du Yukon-par l'entremise du Conseil des Indiens du Yukon-ainsi que par le Canada et par le Yukon témoigne de l'intention mutuelle des parties de négocier, conformément à cet Accord-cadre, des ententes définitives visant les premières nations du Yukon.

**2.1.2** L'Accord-cadre définitif n'a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits.

**2.1.3** Toute entente définitive conclue par une première nation du Yukon doit inclure les dispositions de l'Accord-cadre définitif ainsi que les dispositions spécifiques applicables à cette première nation du Yukon.

[. . .]

**2.2.7** Exclusion faite des dispositions prévues au Chapitre 4-Réserves et terres mises de côté et au Chapitre 20-Fiscalité, les ententes portant règlement n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits ou avantages reconnus aux premières nations du Yukon ou aux Indiens du Yukon par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

**2.2.8** Les parties à l'Accord-cadre définitif négocient les mécanismes de ratification de l'Accord-cadre définitif et elles visent à faire ratifier ces mécanismes en même temps que l'Accord-cadre définitif lui-même.

**2.2.9** Chaque première nation du Yukon et le gouvernement négocient les mécanismes de ratification de l'entente définitive conclue par cette première nation du Yukon et ils visent à faire ratifier ces mécanismes avant la ratification de cette entente définitive ou en même temps que celle-ci.

[. . .]

**2.2.15** Settlement Agreements shall be the entire agreement between the parties thereto and there shall be no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting those Agreements except as expressed in them.

...

#### **2.4.0 Settlement Legislation**

**2.4.1** Upon ratification of the Umbrella Final Agreement, and upon ratification of a Yukon First Nation Final Agreement, Canada shall recommend to Parliament, and the Yukon shall recommend to the Legislative Assembly, Settlement Legislation.

**2.4.2** Prior to ratification of the Umbrella Final Agreement, the parties to the Umbrella Final Agreement shall negotiate guidelines for drafting the Act that Canada will recommend to Parliament and the Act that the Yukon will recommend to the Yukon Legislative Assembly, which shall, among other things:

**2.4.2.1** approve, give effect to and declare valid those Settlement Agreements which have been ratified at the same time as the Umbrella Final Agreement and enable subsequently ratified Settlement Agreements to be approved, given effect and declared valid by order-in-council;

**2.4.2.2** acknowledge that a Settlement Agreement is a land claims agreement within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982*;

**2.4.2.3** provide that a Settlement Agreement is binding on third parties; and

**2.4.2.4** provide that where there is any doubt in the meaning of Settlement Legislation, any Settlement Agreement may be examined as an aid to interpretation.

...

#### **2.6.0 Interpretation of Settlement Agreements and Application of Law**

**2.6.1** The provisions of the Umbrella Final Agreement, the specific provisions of the Yukon First Nation Final Agreement and Transboundary Agreement applicable to each Yukon First Nation shall be read together.

...

### **Chapter 4-Reserves and Land Set Aside**

#### **4.1.0 Reserves**

**4.1.1** Yukon First Nation Final Agreements shall set out whether a Reserve is to be:

**4.1.1.1** retained as a Reserve to which all the provisions of the *Indian Act*, R.S. 1985, c. I-5 shall continue to

**2.2.15** Chaque entente portant règlement constitue l'entente complète intervenue entre les parties à cette entente et il n'existe aucune autre assertion, garantie, convention accessoire ou condition touchant cette entente que celles qui sont exprimées dans cette dernière.

[. . .]

#### **2.4.0 Loi de mise en œuvre**

**2.4.1** Après ratification de l'Accord-cadre définitif, dès que l'entente définitive conclue par une première nation du Yukon a été ratifiée, le Canada et le Yukon recommandent respectivement au Parlement et à l'Assemblée législative l'adoption d'une loi de mise en œuvre.

**2.4.2** Avant la ratification de l'Accord-cadre définitif, les parties à cet accord négocient les lignes directrices en vue de la rédaction de la loi que le Canada recommandera au Parlement d'adopter et de celle que le Yukon recommandera à l'Assemblée législative du Yukon. Ces lois devront notamment comporter des dispositions ayant pour but:

**2.4.2.1** d'approuver, de mettre en vigueur et de déclarer valides les ententes portant règlement qui ont été ratifiées en même temps que l'Accord-cadre définitif, et de permettre que les ententes portant règlement ratifiées par la suite soient approuvées, mises en vigueur et déclarées valides par décret;

**2.4.2.2** de reconnaître que l'entente portant règlement constitue un accord sur des revendications territoriales au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

**2.4.2.3** d'indiquer que l'entente portant règlement lie les tiers;

**2.4.2.4** d'indiquer qu'en cas de doute quant au sens de la loi de mise en œuvre, toute entente portant règlement peut être utilisée à des fins d'interprétation.

[. . .]

#### **2.6.0 Interprétation des ententes portant règlement et application des règles de droit**

**2.6.1** Les dispositions de l'Accord-cadre définitif, les dispositions spécifiques de l'entente définitive conclue par une première nation du Yukon ainsi que l'accord transfrontalier applicable à chaque première nation du Yukon doivent être lus en corrélation.

[. . .]

### **Chapitre 4-Réserves indiennes et terres mises de côté**

#### **4.1.0 Réserves indiennes**

**4.1.1** L'entente définitive conclue par une première nation du Yukon doit indiquer, à l'égard d'une réserve indienne, si celle-ci est:

**4.1.1.1** soit conservée en tant que réserve indienne à laquelle continueront de s'appliquer l'ensemble des

apply, unless otherwise provided in the Legislation giving effect to that Yukon First Nation's self-government agreement, and except as provided in Chapter 2—General Provisions and Chapter 20-Taxation; or

**4.1.1.2** selected as Settlement Land and cease to be a Reserve.

**4.1.2** Settlement Legislation shall provide that the *Indian Act*, R.S. 1985, c. I-5, shall cease to apply to any Reserve identified pursuant to 4.1.1.2 as of the Effective Date of the Yukon First Nation Final Agreement of the Yukon First Nation for which the land had been set apart as a Reserve.

...

## Chapter 20-Taxation

...

### 20.2.0 General

...

**20.2.4** The *Income Tax Act* shall be amended as required to provide for the implementation and enforcement of the provisions of this chapter.

...

### 20.6.0 Taxation Principles

**20.6.1** As of the third anniversary of the effective date of Settlement Legislation, section 87 of the *Indian Act*, R.S. 1985, c. I-5, shall not apply to:

**20.6.1.1** the interest in a Reserve or surrendered land in the Yukon or any Indian, Yukon First Nation or Band;

**20.6.1.2** the personal property situated on a Reserve in the Yukon of any Indian, Yukon First Nation or Band; and

...

**20.6.2** For all purposes of section 87 of the *Indian Act*, R.S. 1985, c. I-5, all settlement benefits and proceeds arising from the use and disposition of settlement benefits and any income of a Yukon Indian Person or a Yukon First Nation attributable directly or indirectly thereto shall be deemed not to be situated on a Reserve.

**20.6.3** Settlement Legislation shall provide that Government after Consultation with the Council for Yukon Indians, may make such amendments to statutes or regulations as are

dispositions de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, sauf disposition contraire prévue par la mesure législative donnant effet à l'entente sur l'autonomie gouvernementale conclue par cette première nation du Yukon et sous réserve des dispositions du Chapitre 2-Dispositions générales et du Chapitre 20-Fiscalité;

**4.1.1.2** soit choisie en tant que terres visées par le règlement, cessant alors d'être une réserve indienne.

**4.1.2** La loi de mise en œuvre doit comporter une disposition prévoyant que la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 cesse de s'appliquer aux réserves indiennes visées à l'article 4.1.1.2 à compter de la date d'entrée en vigueur de l'entente définitive conclue par la première nation du Yukon en faveur de laquelle ces terres avaient été mises de côté en tant que réserves indiennes.

[ . . ]

## Chapitre 20-Fiscalité

[ . . ]

### 20.2.0 Dispositions générales

[ . . ]

**20.2.4** Les modifications nécessaires doivent être apportées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vue d'assurer la mise en œuvre et l'application des dispositions du présent chapitre.

[ . . ]

### 20.6.0 Principes d'imposition fiscale

**20.6.1** À compter du troisième anniversaire de la date d'entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre, l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, cesse de s'appliquer:

**20.6.1.1** au droit d'un Indien, d'une première nation du Yukon ou d'une bande à l'égard d'une réserve indienne ou de terres cédées situées au Yukon;

**20.6.1.2** aux biens meubles d'un Indien, d'une première nation du Yukon ou d'une bande situés dans une réserve indienne au Yukon;

[ . . ]

**20.6.2** Pour l'application de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, tous les avantages découlant du règlement, les revenus et produits tirés de l'utilisation et de la disposition de tels avantages ainsi que les revenus d'un Indien du Yukon ou d'une première nation du Yukon attribuables directement ou indirectement à ces avantages sont réputés, selon le cas, ne pas être situés dans une réserve indienne.

**20.6.3** La loi de mise en œuvre doit comporter une disposition prévoyant que le gouvernement, après consultation avec le Conseil des Indiens du Yukon, peut apporter les modifica-

necessary for the purpose of giving effect to and enforcing provisions of 20.6.1 and 20.6.2.

**20.6.4** The provisions of 20.6.0 shall not be construed to affect the authority of Parliament to amend or repeal section 87 of the *Indian Act*, R.S. 1985, c. I-5.

Clauses 20.6.5 and 20.6.6 provide for a payment to be made to each of the 14 First Nations upon the loss of the tax exemption in section 87 of the *Indian Act*. The total fund to be shared is approximately \$26.5 million, adjusted for inflation after 1989.

[5] On May 29, 1993, four of the Yukon First Nations signed "Final Agreements" with Canada and Yukon. The Final Agreements incorporated the provisions of the UFA into their text and included provisions specific to the signatory First Nations.

[6] On July 7, 1994, the Land Claims Settlement Act was assented to. It came into force on February 14, 1995. Its relevant provisions read as follows:

An Act to approve, give effect to and declare valid land claims agreements entered into between Her Majesty the Queen in right of Canada, the Government of the Yukon Territory and certain first nations in the Yukon Territory, to provide for approving, giving effect to and declaring valid other land claims agreements entered into after this Act comes into force, and to make consequential amendments to other Acts

[Assented to 7th July, 1994]

WHEREAS representatives of Her Majesty the Queen in right of Canada, the Government of the Yukon Territory and the Council for Yukon Indians signed the Umbrella Final Agreement on May 29, 1993, the provisions of which are intended to be incorporated into final agreements for the settlement of land claims of first nations in the Yukon Territory;

WHEREAS the Champagne and Aishihik First Nations, the First Nation of Nacho Nyak Dun, the Teslin Tlingit Council and the Vuntut Gwitchin First Nation have each entered into a final agreement with Her Majesty and the Government of the Yukon Territory, incorporating the provisions of the Umbrella Final Agreement and including provisions specific to each first nation;

tions législatives ou réglementaires nécessaires pour donner effet aux dispositions des articles 20.6.1 et 20.6.2 et en assurer l'exécution.

**20.6.4** Les dispositions de la section 20.6.0 ne portent pas atteinte aux pouvoirs du Parlement de modifier ou d'abroger l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

Les clauses 20.6.5 et 20.6.6 prévoient que certaines sommes seront versées à chacune des 14 premières nations pour compenser la perte de l'exemption fiscale prévue à l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*. Le fonds prévu à cette fin est d'à peu près 26,5 millions de dollars, corrigé en fonction de l'inflation après 1989.

[5] Le 29 mai 1993, quatre des premières nations du Yukon ont signé des «ententes définitives» avec le Canada et le Yukon. Ces ententes définitives incorporaient les dispositions de l'ACD et comprenaient des dispositions particulières aux premières nations signataires.

[6] Le 7 juillet 1994, la Loi sur le règlement des revendications territoriales a reçu la sanction royale. Elle est entrée en vigueur le 14 février 1995. Les dispositions pertinentes de cette Loi sont rédigées comme suit:

Loi approuvant, mettant en vigueur et déclarant valides les accords sur les revendications territoriales conclus entre Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, le gouvernement du territoire du Yukon et certaines premières nations du Yukon, permettant d'approuver, de mettre en vigueur et de déclarer valides les accords ainsi conclus après l'entrée en vigueur de la présente loi et modifiant d'autres lois en conséquence

[Sanctionnée le 7 juillet 1994]

Attendu:

que les représentants du Conseil des Indiens du Yukon, de Sa Majesté la Reine du chef du Canada et du gouvernement du territoire du Yukon ont signé, le 29 mai 1993, l'accord-cadre dont les dispositions sont destinées à être reprises dans les accords définitifs sur les revendications des premières nations sur des terres du territoire du Yukon;

que les premières nations de Champagne et Aishihik, des Gwitchin Vuntut, des Nacho Nyak Dun et le conseil des Tlingits de Teslin ont conclu avec Sa Majesté et le gouvernement du territoire du Yukon des accords définitifs contenant, outre les dispositions de l'accord-cadre, des dispositions particulières à chacune de ces premières nations;



...

AND WHEREAS the Government of Canada has undertaken to recommend to Parliament the enactment of legislation for approving, giving effect to and declaring valid final agreements and transboundary agreements;

...

#### INTERPRETATION

##### 2. In this Act,

...

“final agreement” means a land claims agreement for a first nation that includes provisions specific to the first nation and incorporates the provisions of the Umbrella Final Agreement, and includes any amendments made to it from time to time in accordance with its provisions;

...

“settlement land” means land identified in a first nation’s final agreement as settlement land of the first nation;

...

#### LAND CLAIMS AGREEMENTS

4. Each of the following final agreements entered into between Her Majesty the Queen in right of Canada, the Government of the Yukon Territory and the respective first nation, signed on May 29, 1993, is hereby approved, given effect and declared valid:

- (a) the Champagne and Aishihik First Nations Final Agreement;
- (b) the First Nation of Nacho Nyak Dun Final Agreement;
- (c) the Teslin Tlingit Council Final Agreement; and
- (d) the Vuntut Gwitchin First Nation Final Agreement.

5. (1) The Governor in Council may, by order, approve, give effect to and declare valid any final agreement or transboundary agreement entered into after this Act comes into force.

...

#### EFFECT OF AGREEMENTS

6. (1) A final agreement or transboundary agreement that is in effect is a land claims agreement within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

(2) For greater certainty, such an agreement is binding on all persons and bodies that are not parties to it.

7. For greater certainty, a first nation for which a final agreement is in effect has the rights, title, obligations and

[. . .]

que le gouvernement du Canada s’est engagé à recommander au Parlement des mesures législatives permettant d’approuver, de mettre en vigueur et de déclarer valides les accords définitifs et transfrontaliers,

[. . .]

#### DÉFINITIONS

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[. . .]

«accord définitif» Accord sur les revendications territoriales d’une première nation qui contient, outre les dispositions de l’accord-cadre, des dispositions particulières à celle-ci, ainsi que toutes les modifications qui peuvent lui être apportées conformément à ses dispositions.

[. . .]

«terres désignées» Terres visées par le règlement, au sens de l’accord définitif.

[. . .]

#### ACCORDS VISÉS PAR LA PRÉSENTE LOI

4. Les accords définitifs conclus entre Sa Majesté, le gouvernement du territoire du Yukon et les premières nations de Champagne et Aishihik, des Gwitchin Vuntut, des Nacho Nyak Dun et le conseil des Tlingits de Teslin, signés le 29 mai 1993, sont approuvés, mis en vigueur et déclarés valides.

5. (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, approuver, mettre en vigueur et déclarer valide tout accord définitif ou transfrontalier conclu après la date d’entrée en vigueur de la présente loi.

[. . .]

#### PORTÉE DES ACCORDS

6. (1) Tout accord—définitif ou transfrontalier—en vigueur constitue un accord sur des revendications territoriales au sens de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

(2) Il est entendu qu’il a force obligatoire pour toute personne et tout organisme qui n’y sont pas parties.

7. Il est entendu que le titre sur les terres désignées ainsi que les droits et les obligations qui s’y rattachent sont

liabilities in respect of settlement land provided for in the final agreement.

...

#### APPLICATION OF LAWS AND AGREEMENTS

12. When a final agreement is given effect, the *Indian Act* ceases to apply in respect of any reserve, within the meaning of that Act, that is identified in the agreement as settlement land.

13. (1) Subject to subsections (2) and (3), federal and territorial laws, including the *Yukon First Nations Self-Government Act*, apply to a first nation for which a final agreement is in effect, to persons enrolled under such an agreement and in respect of settlement land of the first nation.

(2) In the event of a conflict or inconsistency between a final agreement or transboundary agreement that is in effect and any federal or territorial law, including this Act, the agreement prevails to the extent of the conflict or inconsistency.

...

#### CONSULTATION

16. Consultations referred to in clause 20.6.3 of a final agreement in connection with measures necessary for the purpose of giving effect to clause 20.6.1 or 20.6.2 of the agreement shall be carried out in the manner provided by the agreement.

[7] Like the Land Claims Settlement Act, the *Yukon First Nations Self-Government Act*, S.C. 1994, c. 35 (the Self-Government Act) was assented to on July 7, 1994 and came into force on February 14, 1995. Its relevant provisions are:

WHEREAS representatives of Her Majesty the Queen in right of Canada, the Government of the Yukon Territory and the Council for Yukon Indians signed the Umbrella Final Agreement on May 29, 1993, the provisions of which are intended to be incorporated into final agreements for the settlement of land claims of first nations in the Yukon Territory;

WHEREAS the Champagne and Aishihik First Nations, the First Nation of Nacho Nyak Dun, the Teslin Tlingit Council and the Vuntut Gwitchin First Nation have each entered into a final agreement with Her Majesty and the Government of the Yukon Territory, incorporating the provisions of the Umbrella Final Agreement and including provisions specific to each first nation;

dévolus à la première nation selon les termes de l'accord définitif en vigueur qui la concerne.

[. . .]

#### INTERPRÉTATION

12. Dès l'entrée en vigueur d'un accord définitif, la *Loi sur les Indiens* cesse de s'appliquer aux terres qui font partie d'une réserve, au sens de cette loi, et qui deviennent, aux termes de l'accord, des terres désignées.

13. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), les règles de droit territoriales et fédérales, y compris la *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, s'appliquent aux personnes inscrites aux termes d'un accord définitif en vigueur, à la première nation visée et à ses terres désignées.

(2) Les dispositions d'un accord—définitif ou transfrontalier—en vigueur l'emportent sur les dispositions incompatibles d'une règle de droit territoriale ou fédérale, y compris la présente loi.

[. . .]

#### CONSULTATION

16. Les consultations mentionnées à l'article 20.6.3 de l'accord définitif concernant les mesures visant à donner effet aux articles 20.6.1 et 20.6.2 sont menées en conformité avec la procédure prévue par l'accord.

[7] La *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 35 (*Loi sur l'autonomie gouvernementale*) a reçu la sanction royale le 7 juillet 1994, comme la *Loi sur le règlement des revendications territoriales*. Elle est aussi entrée en vigueur le 14 février 1995. Les dispositions pertinentes de cette *Loi* sont les suivantes:

Attendu:

que les représentants du Conseil des Indiens du Yukon, de Sa Majesté la Reine du chef du Canada et du gouvernement du territoire du Yukon ont signé, le 29 mai 1993, l'accord-cadre dont les dispositions sont destinées à être reprises dans les accords définitifs sur les revendications des premières nations sur des terres du territoire du Yukon;

que les premières nations de Champagne et Aishihik, des Gwitchin Vuntut, des Nacho Nyak Dun et le conseil des Tlingits de Teslin ont conclu avec Sa Majesté et le gouvernement du Yukon des accords définitifs contenant, outre les dispositions de l'accord-cadre, des dispositions particulières à chacune de ces premières nations;

WHEREAS those final agreements provide that Her Majesty and the Government of the Yukon Territory are to enter into negotiations with those first nations for self-government agreements appropriate to the circumstances of each of them and in accordance with the Constitution of Canada;

WHEREAS self-government agreements have been concluded with those first nations, and have been signed on behalf of each first nation, Her Majesty and the Government of the Yukon Territory;

WHEREAS other first nations of the Yukon Territory may conclude self-government agreements;

...

#### INTERPRETATION

2. In this Act,

...

“final agreement” means a land claims agreement for a first nation that includes provisions specific to the first nation and incorporates the provisions of the Umbrella Final Agreement, and includes any amendments made to it from time to time in accordance with its provisions;

...

“first nation” means a first nation named in column II of Schedule I;

...

“settlement land” means land identified in a first nation’s final agreement as settlement land of the first nation;

...

#### PURPOSE AND EFFECT OF THIS ACT

4. The purpose of this Act and orders of the Governor in Council made pursuant to this Act is to bring into effect self-government agreements concluded with first nations.

5. (1) The self-government agreements of the Champagne and Aishihik First Nations, the First Nation of Nacho Nyak Dun, the Teslin Tlingit Council and the Vuntut Gwitchin First Nation, signed on May 29, 1993, are brought into effect on the day this Act comes into force.

(2) Where a self-government agreement is concluded with a first nation after this Act comes into force, the Governor in Council may, by order, bring the agreement into effect and add the name of the first nation to Schedule II.

...

#### LAWS OF GENERAL APPLICATION

17. (1) Subject to subsections (2) and (3) and section 22, the *Indian Act* does not apply to a first nation named in

que ces accords définitifs font état de l’engagement de la part de Sa Majesté, du gouvernement du Yukon et de ces premières nations à négocier des accords sur l’autonomie gouvernementale adaptés à la situation de chacune de ces premières nations et conformes à la Constitution du Canada;

que les représentants de ces premières nations ont conclu de tels accords avec Sa Majesté et le gouvernement du Yukon;

que les premières nations du Yukon peuvent aussi conclure des accords sur leur autonomie gouvernementale;

[. . .]

#### DÉFINITIONS

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[. . .]

«accord définitif» Accord sur les revendications territoriales de la première nation qui contient, outre les dispositions de l’accord-cadre, des dispositions particulières à celle-ci, ainsi que toutes les modifications qui peuvent lui être apportées conformément à ses dispositions.

[. . .]

«première nation» Première nation dont le nom figure à la colonne II de l’annexe I.

[. . .]

«terres désignées» Terres visées par le règlement, au sens de l’accord définitif.

[. . .]

#### PORTÉE DE LA PRÉSENTE LOI

4. La présente loi et les décrets pris sous son régime visent à donner effet aux accords conclus avec les premières nations.

5. (1) Les accords visant les premières nations de Champagne et Aishihik, des Gwitchin Vuntut, des Nacho Nyak Dun et le conseil des Tlingits de Teslin signés le 29 mai 1993 prennent effet à la date d’entrée en vigueur de la présente loi.

(2) Le gouverneur en conseil peut, par décret, donner effet à tout accord conclu après la date d’entrée en vigueur de la présente loi et ajouter, le cas échéant, le nom de la première nation à l’annexe II.

[. . .]

#### LOIS D’APPLICATION GÉNÉRALE

17. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3) et de l’article 22, la *Loi sur les Indiens* ne s’applique ni à la

Schedule II or to its citizens.

(2) The provisions of the *Indian Act* respecting the registration of persons as Indians and entitlement to registration as such apply to citizens of a first nation.

(3) Except as provided by the first nation's final agreement in relation to the application of section 87 of the *Indian Act*, the provisions of that Act, except sections 74 to 80, apply to a first nation named in Schedule II and to its citizens . . .

. . .

#### DISPOSITION OF RESERVE LANDS

21. (1) Notwithstanding sections 37 to 41 of the *Indian Act*, where the self-government agreement of a first nation named in Schedule II so provides, interests in lands previously held for the use and benefit of a predecessor band of the first nation shall be transferred to the first nation in accordance with the self-government agreement.

(2) Notwithstanding sections 37 to 41 of the *Indian Act*, where

(a) lands are identified, in a final agreement that is in effect, as the subject of a claim against Her Majesty by the first nation, and

(b) a subsequent agreement between Her Majesty and the first nation declares those lands to have been previously held for the use and benefit of a predecessor band of the first nation,

interests in those lands shall be transferred or recognized in accordance with the subsequent agreement.

. . .

(5) The final agreement of a first nation applies in respect of lands in which an interest is transferred or recognized under subsection (1) or (2) in the manner and to the extent provided in the self-government agreement.

22. (1) Subject to subsection (2), after a self-government agreement referred to in subsection 21(1) or a subsequent agreement referred to in subsection 21(2) is brought into effect, lands referred to in the self-government agreement that were previously held by Her Majesty for the use and benefit of a predecessor band of the first nation, or lands declared in the subsequent agreement to have been so held, are not subject to the *Indian Act*.

(2) Where a first nation's self-government agreement provides that the *Indian Act* will continue to apply in respect of lands referred to in subsection (1), that Act continues to apply in respect of those lands as if the first nation were a band and as if citizens of the first nation registered or entitled to be registered as Indians were members of that band, within the meaning of that Act.

première nation dont le nom figure à l'annexe II ni à ses citoyens.

(2) Ses dispositions portant sur le droit à l'inscription des Indiens et la procédure afférente s'appliquent toutefois aux citoyens de la première nation.

(3) Elle s'applique également, sauf pour ses articles 74 à 80, et sous réserve des dispositions de l'accord définitif concernant l'application de son article 87 [. . .] La première nation est, le cas échéant, réputée une «bande» et ses citoyens inscrits ou qui ont droit à l'inscription sont réputés des «membres de la bande» au sens de la même loi.

[. . .]

#### RÉSERVES

21. (1) Malgré les articles 37 à 41 de la *Loi sur les Indiens*, le droit de propriété sur les terres détenues à l'usage et au profit de la bande antérieure est transféré, s'il y a lieu, à la première nation dont le nom figure à l'annexe II conformément à l'accord qui la concerne.

(2) Malgré les articles 37 à 41 de la *Loi sur les Indiens*, les droits sur les terres revendiquées auprès de Sa Majesté, délimitées dans un accord définitif en vigueur et pour lesquelles il est convenu ultérieurement que Sa Majesté les détenait à l'usage et au profit de la bande antérieure sont transférés à la première nation ou reconnus siens en conformité avec cette convention.

[. . .]

(5) L'accord définitif s'applique aux terres visées aux paragraphes (1) et (2) en conformité avec l'accord qui concerne cette première nation.

22. (1) Sous réserve du paragraphe (2), dès que prend effet l'accord visé au paragraphe 21(1) ou la convention visée au paragraphe 21(2), les terres visées par cet accord qui étaient détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit de la bande antérieure ainsi que celles visées par cette convention qui sont réputées avoir été détenues de la sorte cessent d'être assujetties à la *Loi sur les Indiens*.

(2) Malgré le paragraphe (1), la *Loi sur les Indiens* s'applique aux terres visées à ce paragraphe dans les cas prévus par l'accord. La première nation est réputée une «bande» et ses citoyens inscrits ou qui ont droit à l'inscription sont réputés des «membres de la bande» au sens de cette loi.

(3) Notwithstanding subsection (1), section 87 of the *Indian Act* applies for a period ending three years after the commencement of this Act, in respect of

(a) any interest of an Indian, a first nation or a band, as defined in that Act, in lands to which section 21 applies, or

(b) any personal property of an Indian, a first nation or a band, as defined in that Act, situated on such lands,

as if those lands were reserves of a band within the meaning of that Act and as if the first nation were such a band.

...

#### SCHEDULE II

(Sections 5, 7 to 11, 14 to 21, 24,  
27, 28 and 30)

#### FIRST NATIONS HAVING SELF- GOVERNMENT AGREEMENTS IN EFFECT

Champagne and Aishihik First Nations

First Nation of Nacho Nyak Dun

Teslin Tlingit Council

Vuntut Gwitchin First Nation

[8] In the meantime, on March 17, 1993, *An Act approving Yukon Land Claims Final Agreements*, S.Y. 1993, c. 19, had been adopted by the Yukon Legislative Assembly (Yukon Land Claims Final Agreements Act). That Act came into force on February 14, 1995, at the same time as the Land Claims Settlement Act. Of relevance are the following provisions:

#### Definitions

1. In this Act,

“Agreement” means the Yukon Land Claim Final Agreement between the Government of Canada, the Government of the Yukon and the Champagne and Aishihik First Nations ratified by these First Nations on September 15, 1992 and tabled in the Legislative Assembly on December 14, 1992, and includes any amendments to the Agreement;

...

“Subsequent Agreement” means a Yukon Land Claim Final Agreement entered into between the Government of Canada, the Government of the Yukon, and a Yukon First Nation

[. . .]

#### ANNEXE II

(articles 5, 7 à 11, 14 à 21, 24,  
27, 28 et 30)

#### PREMIÈRES NATIONS VISÉES PAR UN ACCORD EN VIGUEUR

Les premières nations de Champagne et Aishihik

La première nation des Gwitchin Vuntut

La première nation des Nacho Nyak Dun

Le conseil des Tlingits de Teslin

[8] Entre temps, soit le 17 mars 1993, l'Assemblée législative du Yukon a adopté la *Loi approuvant les ententes finales avec les premières nations du Yukon*, L.Y. 1993, ch. 19 (Loi du Yukon sur les ententes finales). Cette Loi est entrée en vigueur le 14 février 1995, au même moment que la Loi sur le règlement des revendications territoriales. Voici les dispositions pertinentes:

#### Définitions

1. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«Entente» Entente finale, dans son état éventuellement modifié, intervenue entre le gouvernement du Canada, le gouvernement du Yukon et les Premières nations Champagne et Aishihik, ratifiée par ces Premières nations le 15 septembre 1992 et déposée devant l'Assemblée législative le 14 décembre 1992.

«Entente subséquente» Entente finale, dans son état éventuellement modifié, intervenue entre le gouvernement du Canada, le gouvernement du Yukon et une Première nation

and ratified by the Yukon First Nation subsequent to September 15, 1992 and includes any amendment to the Subsequent Agreement;

...

### Agreement Approved

2. The agreement is hereby approved as a land claims agreement referred to in section 35 of the *Constitution Act, 1982* and has the force of law.

### Subsequent Agreements

3. (1) The Commissioner in Executive Council may by order approve a Subsequent Agreement as a land claims agreement referred to in section 35 of the *Constitution Act, 1982* and the Subsequent Agreement has the force of law.

(2) An order under subsection (1), together with the Subsequent Agreement to which the order relates, shall be tabled and recorded before the Legislative Assembly not later than 15 days after its issue, or if the Legislative Assembly is not then sitting, within the first 15 days next thereafter that the Legislative Assembly is sitting.

[9] As appears from the above recital, by February 14, 1995 four First Nations had negotiated and signed a final agreement with Canada and Yukon. The Court was informed at the hearing that three other First Nations have since signed a final agreement. One of the original four final agreements, namely the final agreement between Canada, Yukon and the Champagne and Aishihik First Nations (the Champagne Agreement), has been filed in the record to illustrate a typical final agreement (Appeal Book, Vol. 2, page 506). That Agreement was signed on May 29, 1993. While the “whereas” provisions introducing the UFA referred to the Yukon First Nations and the Yukon Indian People, the corresponding provisions in the Champagne Agreement refer exclusively to the Champagne and Aishihik First Nations, to their people, their lands and their history.

[10] The Champagne Agreement faithfully reproduces the terms of the UFA, interrupting their flow occasionally with an insert described as a “specific provision” applicable to the Champagne and Aishihik First Nations. No specific provisions are found in Chapter 20 (Taxation).

[11] Canada is of the view that clause 20.6.1 of the UFA confirms an agreement that the tax exemption in

du Yukon et ratifiée par la Première nation après le 15 septembre 1992.

[. . .]

### Entente approuvée

2. L'Entente est par les présentes approuvée à titre d'accord sur des revendications territoriales dont il est fait état à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et a force de loi.

### Ententes subséquentes

3. (1) Le Commissaire en conseil exécutif peut, par décret, approuver une Entente subséquente à titre d'accord sur des revendications territoriales dont il est fait état à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette entente a force de loi.

(2) Le décret pris en vertu du paragraphe (1), accompagné de l'Entente subséquente visée par le décret, est déposé devant l'Assemblée législative et enregistré dans les quinze jours de son établissement ou, si l'Assemblée ne siège pas, dans les quinze premiers jours de la séance suivante.

[9] Comme il ressort de cette narration, quatre premières nations avaient négocié et signé une entente définitive avec le Canada et le Yukon au 14 février 1995. La Cour a été informée à l'audience que trois autres premières nations ont signé une entente définitive depuis lors. Afin d'illustrer une entente définitive typique, une des quatre ententes définitives originales, savoir l'entente définitive entre le Canada, le Yukon et les premières nations de Champagne et d'Aishihik (l'Entente Champagne) a été déposée au dossier (dossier d'appel, vol. 2, page 506). Cette Entente a été signée le 29 mai 1993. Alors que les «attendus» de l'ACD parlent des premières nations du Yukon et des Indiens du Yukon, les dispositions correspondantes de l'Entente Champagne ne se réfèrent qu'aux premières nations de Champagne et d'Aishihik, à leurs peuples, leurs terres et leur histoire.

[10] L'Entente Champagne reproduit intégralement les dispositions de l'ACD, mais elle comprend à l'occasion par une «disposition particulière» ne s'appliquant qu'aux premières nations de Champagne et d'Aishihik. Il n'existe aucune disposition particulière au chapitre 20 (Fiscalité).

[11] Le Canada est d'avis que la clause 20.6.1 de l'ACD vient confirmer l'entente qui porte que

section 87 of the *Indian Act* would end with respect to all 14 First Nations as of the third anniversary of the effective date of the Land Claims Settlement Act, i.e., as of February 14, 1998, if at that time one First Nation had signed a final agreement. The effective date of the end of the tax exemption was extended to December 31, 1998 by a remission order made pursuant to the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (Appeal Book, Vol. 3, page 1069). Strangely enough, as noted by counsel for the appellant, the remission order refers not to the Land Claims Settlement Act but to the Self-Government Act.

[12] In February and March of 1998, Canada made arrangements to pay each First Nation, including the appellant, the amounts stipulated in clauses 20.6.5 and 20.6.6. However, the appellant refused to accept its share of the payments.

[13] On May 21, 1999, the appellant brought a motion for a declaration that section 87 of the *Indian Act* continued to apply to it as it had not yet ratified a final agreement.

[14] The Trial Judge dismissed the motion. He did so, essentially, on the basis that the Land Claims Settlement Act was “intended to give statutory force to the terms of the named Final Agreement, thereby directly applying to those bound by those agreements, but also directly applying to all Aboriginal People who agreed to the UFA” (reasons, at paragraph 28). In my respectful view, the Trial Judge erred in interpreting the Land Claims Settlement Act as implicitly amending the scope of section 87 of the *Indian Act* so as to affect First Nations who had not entered into a final agreement.

#### Interpretation of the Land Claims Settlement Act

[15] There are two flaws in the approach taken by the Trial Judge that led him to give to the Land

l'exemption prévue à l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* deviendrait caduque pour les 14 premières nations à compter du troisième anniversaire de la date d'entrée en vigueur de la Loi sur le règlement des revendications territoriales, soit au 14 février 1998, à condition qu'à ce moment-là une des premières nations ait signé une entente définitive. Ce délai a par la suite été prorogé au 31 décembre 1998, par une ordonnance de remise délivrée en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985) ch. F-11 (Dossier d'appel, vol. 3, page 1069). L'avocat de l'appelante fait remarquer qu'il est étrange que l'ordonnance de remise ne renvoie pas à la Loi sur le règlement des revendications territoriales, mais bien à la Loi sur l'autonomie gouvernementale.

[12] En février et mars 1998, le Canada a pris des arrangements pour que chaque première nation, y compris l'appelante, reçoive les sommes prévues aux clauses 20.6.5 et 20.6.6. L'appelante a toutefois refusé d'accepter sa part de ces sommes.

[13] Le 21 mai 1999, l'appelante a présenté une requête pour obtenir un jugement déclaratoire portant que l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* continuait à s'appliquer car elle n'avait pas encore ratifié une entente définitive.

[14] Le juge de première instance a rejeté la requête. Pour l'essentiel, il s'est fondé sur sa propre conclusion que la Loi sur le règlement des revendications territoriales «visait à donner force de loi aux modalités des ententes définitives en question, ces modalités s'appliquant directement par le fait même aux personnes qui sont parties à ces ententes, mais également aux peuples autochtones qui ont ratifié l'ACD» (motifs, au paragraphe 28). En toute déférence, le juge de première instance a commis une erreur en interprétant la Loi sur le règlement des revendications territoriales comme si elle venait implicitement modifier la portée de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, affectant ainsi les premières nations qui n'avaient pas signé d'entente définitive.

#### Interprétation de la Loi sur le règlement des revendications territoriales

[15] L'approche du juge de première instance est viciée de deux façons, ce qui l'a mené à donner à la

Claims Settlement Act a meaning and effect it could not bear.

[16] The first flaw is that he failed to appreciate the weight of the burden resting upon the Crown to demonstrate that the section 87 tax exemption had been taken away from the appellant First Nation and its members.

[17] The second flaw is that he interpreted the Land Claims Settlement Act without first ascertaining the true purpose and effect of the Umbrella Final Agreement to which that Act was alleged to give the force of law.

(a) Amendment of legislation

[18] What is at issue is the tax exemption set out in section 87 of the *Indian Act* (the section 87 tax exemption). That tax exemption was found by the Supreme Court of Canada to be “part of a legislative ‘package’ which bears the impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the Royal Proclamation of 1763” (*Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, La Forest J., at page 131). It is always open to Parliament to amend section 87, or repeal it, but the courts should be reluctant to find that such an important legal right has been removed merely by implication.

[19] As noted by Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed., Carswell, 2000, at page 505:

All things being equal, when doubt subsists as to the interpretation of an enactment, the judge is justified in choosing the construction which encourages continuity with existing law over one that departs from it. As Cory J. explained for the majority of the Court in the *Rawluk* [*Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, at 90] case:

It is trite but true to state that as a general rule a legislature is presumed not to depart from prevailing law “without expressing its intentions to do so with irresistible clearness” (*Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614).

The greater the change, the stronger the presumption . . . .

Loi sur le règlement des revendications territoriales un sens et une application qui ne se justifient pas.

[16] Le premier vice tient au fait qu’il n’a pas bien évalué le fardeau incombant à la Couronne de démontrer que la première nation appelante et ses membres avaient perdu le bénéfice de l’exemption prévue à l’article 87.

[17] Le second vice tient au fait qu’il a interprété la Loi sur le règlement des revendications territoriales sans établir d’abord le sens réel de l’Accord-cadre définitif, auquel cette Loi était censée donner force de loi.

a) Modification législative

[18] La question en litige porte sur l’exemption fiscale prévue à l’article 87 de la *Loi sur les Indiens* (l’exemption fiscale fondée sur l’article 87). La Cour suprême du Canada a conclu que cette exemption fiscale fait «partie d’un ensemble législatif qui fait état d’une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l’existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763» (*Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, le juge La Forest, à la page 131). Le législateur peut toujours modifier l’article 87, ou même l’abroger, mais les tribunaux doivent être réticents à conclure qu’un droit légal d’une telle importance a été supprimé de façon implicite.

[19] Comme le fait remarquer Côté, dans *L’interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Thémis, 1999, aux pages 636 et 637:

S’il se présente un doute dans l’interprétation d’une loi, un juge peut être justifié, toutes choses étant égales par ailleurs, de préférer le sens qui assure la continuité avec le droit existant à celui qui suppose une rupture avec celui-ci. Le juge Cory, s’exprimant au nom de la majorité dans *Rawluk c. Rawluk* [[1990] 1 R.C.S. 70, à la page 90], a écrit:

Il est banal mais juste d’affirmer qu’en règle générale le législateur est présumé ne pas s’écarter du droit existant [TRADUCTION] «sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire» (*Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, à la p. 614).

Cette présomption est d’autant plus forte que le changement paraît important.



[20] The setting aside of the section 87 tax exemption is said by the Crown to result not from direct legislation, but from the incorporation of an agreement (the UFA) in a federal statute (the Land Claims Settlement Act). As appears from the reasons of Iacobucci J., speaking for a majority of eight justices in *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General); An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re)*, [1994] 2 S.C.R. 41, at page 108 ff. it must be shown, to paraphrase his words at page 111, that there is something about the statute at issue “which compels the conclusion” that statutory force was actually conferred upon the agreement at issue.

[21] The UFA was not, properly speaking, incorporated in the Land Claims Settlement Act. Rather, the UFA was incorporated in a final agreement which, allegedly, was incorporated in the Land Claims Settlement Act. This is a case, therefore, of what I shall describe as “double incorporation”. The Crown is in reality seeking to enforce against the appellant a final agreement to which the appellant is not a party, on the basis of an earlier Umbrella final agreement to which the appellant had subscribed through the Council that represented all Yukon First Nations.

[22] I venture to state at this stage that very persuasive wording in the Land Claims Settlement Act will be required to demonstrate that a First Nation has been deprived of a cherished tax exemption by a clause found in an umbrella agreement (which, as we shall see, was meant to have no legal effects) making its way first into a final agreement to which that First Nation is not a party and then into legislation said to give the Umbrella Final Agreement the force of law as against Yukon First Nations who have not signed a final agreement.

(b) The true purpose and effect of the UFA

[23] In *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533 (C.A.), where this Court was asked to determine whether the James Bay and Northern Quebec Agreement had been incorpo-

[20] Selon la Couronne, l'exemption fiscale prévue à l'article 87 n'a pas été supprimée directement par voie législative, mais suite à l'incorporation d'un accord (l'ACD) dans une loi fédérale (la Loi sur le règlement des revendications territoriales). Il ressort des motifs du juge Iacobucci, parlant au nom de la majorité des huit juges dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41, aux p. 108 et suivantes, qu'il faut démontrer que le contenu de la loi en cause, pour paraphraser ses mots à la page 111, «oblige à conclure» que l'entente en question s'est vu conférer force de loi.

[21] Au sens strict, l'ACD n'a pas été incorporé à la Loi sur le règlement des revendications territoriales. En fait, l'ACD a été incorporé aux ententes définitives qui auraient été incorporées à la Loi sur le règlement des revendications territoriales. Je dirais donc qu'il s'agit ici d'une «incorporation à deux niveaux». En fait, la Couronne cherche à appliquer à l'appelante les dispositions d'une entente définitive à laquelle elle n'est pas partie, en se fondant sur un Accord-cadre définitif antérieur auquel l'appelante a souscrit par l'entremise du Conseil qui représentait toutes les premières nations du Yukon.

[22] À cette étape, je peux affirmer qu'il faudrait une formulation très convaincante de la Loi sur le règlement des revendications territoriales pour établir le fait qu'on puisse priver une première nation d'une exemption fiscale fort appréciée par le biais d'une clause d'un accord-cadre (qui, comme nous allons le voir, ne devait avoir aucun effet juridique) qui se trouve insérée dans une entente définitive à laquelle cette première nation n'est pas partie et ensuite dans une loi prévue pour donner force de loi à l'Accord-cadre définitif en ce qui concerne les premières nations du Yukon n'ayant pas encore signé d'entente définitive.

b) L'objectif et l'effet réels de l'ACD

[23] Dans l'arrêt *Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533 (C.A.), où la Cour devait déterminer si la Convention de la Baie James et du Nord québécois avait été

rated into federal legislation, MacGuigan J.A. looked “initially to the Agreement rather than to the federal Act as a background to the intention of Parliament in the federal Act itself” (at page 549). In failing to pursue this approach, the Trial Judge interpreted the Land Claims Settlement Act without regard to what in fact was allegedly incorporated into it.

[24] I shall turn first to the Umbrella Final Agreement, then to the other two statutes that form the Settlement Legislation, i.e. the federal Land Claims Settlement Act and the Yukon Land Claims Final Agreements Act, and, lastly, to the federal Self-Government Act.

(i) The UFA

[25] It is apparent from the very terms of the Umbrella Final Agreement, particularly in the preamble and in Chapter 2 (General Provisions), that it is an agreement by which the Yukon First Nations, represented for the purpose of negotiating that agreement by the Council, agree to negotiate claims agreements pertaining to each First Nation.

[26] Clauses 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.2.9 and 2.4.2 confirm in unequivocal terms (a) that the UFA is essentially a collective agreement of a preliminary nature signifying the intention of each First Nation to negotiate a final agreement on an individual basis, (b) that, being essentially an agreement to negotiate an agreement, the UFA “does not create or affect any legal rights” and (c) that a final agreement relates to one First Nation only, is negotiated by that First Nation alone and is comprised of both the provisions of the UFA and the specific provisions that are applicable to that First Nation alone.

[27] There is no suggestion anywhere in the UFA that it might have a life of its own. It begins its life as a non-legally binding step in a collective negotiating process and ends it as an integral, necessary part of an individual final agreement. Unless and until it is incorporated in a final agreement, it has no legal significance except as an agreement to negotiate. If

incorporée dans la Loi fédérale, le juge MacGuigan, J.C.A., a examiné «tout d’abord la Convention plutôt que la Loi fédérale pour découvrir l’intention du législateur dans la Loi fédérale elle-même» (à la page 549). En n’utilisant pas cette approche, le juge de première instance a interprété la Loi sur le règlement des revendications territoriales sans tenir compte de ce qu’on avait prétendument incorporé dans ce texte.

[24] Je vais d’abord examiner l’Accord-cadre définitif, pour ensuite traiter des deux autres lois qui constituent la législation de mise en œuvre, savoir la Loi fédérale sur le règlement des revendications territoriales et la Loi du Yukon sur les ententes finales, pour finalement examiner la Loi fédérale sur l’autonomie gouvernementale.

i) L’ACD

[25] Il ressort des termes mêmes de l’Accord-cadre définitif, notamment dans le préambule et au chapitre 2 (Dispositions générales), qu’il s’agit d’un accord par lequel les premières nations du Yukon, représentées par le Conseil aux fins des négociations, convenaient de négocier des ententes de règlement pour chacune d’entre elles.

[26] Les clauses 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.2.9 et 2.4.2 portent de façon non équivoque a) que l’ACD est essentiellement une entente collective de nature préliminaire qui exprime l’intention de chacune des premières nations de négocier une entente définitive pour son compte, b) que comme l’ACD est une entente pour négocier des ententes, il «n’a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits», et c) qu’une entente définitive ne porte que sur une première nation, qu’elle est négociée par cette seule première nation et qu’elle inclut les dispositions de l’ACD ainsi que les dispositions particulières applicables à cette seule première nation.

[27] Rien dans l’ACD n’indique qu’il ait été conçu comme un document autonome. Il a vu le jour comme une étape sans force obligatoire dans le cadre d’une négociation collective et il doit devenir caduc après avoir été incorporé dans les ententes définitives particulières. L’ACD n’a donc aucune force juridique, sauf celle d’un accord pour négocier, et ce jusqu’à ce

and when incorporated in a final agreement, it is to be read together with the provisions of that final agreement (clause 2.6.1) and the final agreement becomes “the entire agreement between the parties thereto” (clause 2.2.15).

[28] Clauses 4.1.1 and 4.1.2 clearly set out that the legal status of any existing Reserve will be determined with respect to each First Nation by the final agreement negotiated by that First Nation. It is up to each First Nation to “identify” what land it selects as settlement land, which land in turn ceases to be governed by the *Indian Act*.

[29] The intention of the parties, as expressed in clause 20.6.1 of the UFA, was that section 87 of the *Indian Act* would cease to apply on the third anniversary of the coming into force of the “Settlement Legislation”, which was defined in the UFA to mean the Land Claims Settlement Act and the corresponding Yukon legislation. But the parties were clearly aware that clause 20.6.1 could not, in and by itself, trigger the “disapplication” of section 87. Legislation would be required to accomplish that, and the parties agreed that the required legislation would be included in the Land Claims Settlement Act. The parties did not expressly agree, however, on whether the Land Claims Settlement Act would result in the disapplication of section 87 to all First Nations in the Yukon, or only those First Nations that signed a final agreement. That is the question raised in this appeal. The answer depends upon the correct interpretation of the Land Claims Settlement Act.

(ii) The Yukon First Nations Land Claims Settlement Act (Canada)

[30] The Land Claims Settlement Act’s very title sets out the purpose of the Act as being three-fold: to approve, give effect to and declare valid certain final agreements; to provide for approving, giving effect to and declaring valid forthcoming final agreements; and to make consequential amendments to other federal statutes.

qu’il soit incorporé dans une entente définitive. Lorsqu’il est incorporé dans une entente définitive, il doit être interprété en corrélation avec les dispositions de celle-ci (clause 2.6.1) et l’entente définitive constitue «l’entente complète intervenue entre les parties» (clause 2.2.15).

[28] Les clauses 4.1.1 et 4.1.2 énoncent clairement que le statut juridique de toute réserve existante sera déterminé pour chaque première nation par l’entente définitive qu’elle négocie. Chaque première nation doit déterminer quelles terres sont visées par le règlement, celles-ci cessant d’être régies par la *Loi sur les Indiens*.

[29] L’intention des parties, exprimée dans la clause 20.6.1 de l’ACD, était que l’article 87 de la *Loi sur les Indiens* cesse de s’appliquer à compter du troisième anniversaire de la date d’entrée en vigueur de la législation de mise en œuvre (définie dans l’ACD comme étant la Loi sur le règlement des revendications territoriales et la Loi du Yukon correspondante). Toutefois, les parties savaient pertinemment que la clause 20.6.1 ne pouvait en elle-même amener la «non-application» de l’article 87. Pour arriver à cette fin, il fallait une disposition législative et les parties ont convenu que celle-ci serait insérée dans la Loi sur le règlement des revendications territoriales. Les parties ne se sont pas mises d’accord, cependant, sur la question de savoir si la Loi sur le règlement des revendications territoriales entraînerait la non-application de l’article 87 à toutes les premières nations du Yukon ou seulement aux premières nations ayant signé une entente définitive. C’est la question soulevée dans le présent appel. La réponse dépend de l’interprétation correcte donnée à la Loi sur le règlement des revendications territoriales.

ii) La Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon (Canada)

[30] Le titre même de la Loi sur le règlement des revendications territoriales nous indique que l’objectif de la Loi est triple: approuver, mettre en vigueur et déclarer valides certains accords définitifs; permettre d’approuver, de mettre en vigueur et de déclarer valides les accords définitifs à conclure plus tard; et modifier d’autres lois fédérales en conséquence.

[31] There is no suggestion in the terms of the Act that it gives any effect to the UFA otherwise than by giving effect to a final agreement which, by its very definition, incorporates the provisions of the UFA. There is no suggestion, either, that the Act applies to any land in the Yukon other than a “settlement land”, i.e. by definition “a land identified in a first nation’s final agreement as settlement land of the first nation”. There is no suggestion, finally, that the Act applies to any First Nation other than the four that are listed in section 4 and that have signed a final agreement. Contrary to the view advanced by the Trial Judge, subsection 6(2), which provides that a final agreement “is binding on all persons and bodies that are not parties to it”, merely confirms that whenever and wherever it applies, a final agreement binds everyone who happens to come within its purview. Section 7 makes it abundantly clear that the rights, title, obligations and liabilities provided for in a final agreement are those of the very First Nation that signed the agreement and are in respect of the settlement land of that First Nation.

[32] Section 12 of the Act, which, presumably, is the method chosen by Parliament to set aside the section 87 tax exemption, only applies by its very terms to settlement land identified in a specific final agreement.

[33] Section 16 is also relevant. It states that the consultation process leading to amendments to section 87 of the *Indian Act* is the one referred to in clause 20.6.3 of a final agreement. It can be inferred from the words used by Parliament that what is incorporated is not clause 20.6.3 of the UFA, but clause 20.6.3 of a final agreement and that the “measures necessary for the purpose of giving effect to” the “disapplication” of section 87 are to be carried out in the manner provided by that final agreement.

(iii) *An Act approving Yukon Land Claims Final Agreements (Yukon)*

[34] The Yukon legislation ignores for all practical purposes the Umbrella Final Agreement, thereby implicitly confirming that settlement legislation is only aimed at specific final agreements.

[31] Rien dans la Loi n’indique qu’elle viendrait mettre en vigueur l’ACD, autrement qu’en mettant en vigueur un accord définitif qui, par définition, incorpore les dispositions de l’ACD. Il n’est pas non plus suggéré que la Loi s’applique aux terres du Yukon autres que les «terres désignées», à savoir les «terres visées par le règlement, au sens de l’accord définitif». Finalement, rien n’indique que la Loi s’appliquerait à une première nation autre que les quatre mentionnées à l’article 4 qui ont signé un accord définitif. Contrairement au point de vue exprimé par le juge de première instance, le paragraphe 6(2), qui prévoit qu’un accord définitif «a force obligatoire pour toute personne et tout organisme qui n’y sont pas parties», ne vient que confirmer que lorsqu’un accord définitif s’applique, il a force de loi pour tous ceux qui sont concernés. L’article 7 fait clairement ressortir que les droits et les obligations qui se rattachent à un accord définitif sont dévolus à la première nation qui a signé l’accord et portent sur les terres désignées de cette première nation.

[32] L’article 12 de la Loi, qui semble être la disposition que le législateur a prévue pour écarter l’exemption fiscale de l’article 87, ne s’applique qu’aux terres désignées dans un accord définitif donné.

[33] L’article 16 est aussi pertinent. Il porte que les consultations menant aux modifications à l’article 87 de la *Loi sur les Indiens* sont celles qui sont mentionnées à la clause 20.6.3 d’un accord définitif. On peut déduire des termes utilisés par le législateur que ce qui est incorporé n’est pas la clause 20.6.3 de l’ACD, mais bien la clause 20.6.3 d’un accord définitif et que «les mesures visant à donner effet» à la non-application de l’article 87 doivent être menées dans le cadre de la procédure prévue par l’accord définitif en cause.

iii) *La Loi approuvant les ententes finales avec les premières nations du Yukon (Yukon)*

[34] À toutes fins utiles, la Loi du Yukon ne fait pas mention de l’Accord-cadre définitif, venant ainsi confirmer implicitement que la législation de mise en œuvre ne vise que les ententes finales spécifiques.

[35] I note in passing that the Yukon Act expressly states, in section 2, that a final agreement “has the force of law” in addition to being a land claims agreement referred to in section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. These words do not appear in the parallel federal statute.

(iv) The Yukon First Nations Self-Government Act (Canada)

[36] While this Act is not part of the “Settlement Legislation” referred to in clause 2.4.2 of the UFA, it is part of the larger legislative context.

[37] The Act, it seems to me, is even more specific than the Land Claims Settlement Act is with respect to the section 87 tax exemption. By the use of the words “except as provided by the first nation’s final agreement in relation to the application of section 87 of the *Indian Act*”, subsection 17(3) establishes a direct linkage between the “disapplication” of the section 87 tax exemption and a final agreement. Further, subsection 22(3) provides that the section 87 tax exemption will cease to apply on February 14, 1998 in respect of any interest of a First Nation “in lands to which section 21 applies”, i.e. to lands identified in a final agreement.

Conclusion

[38] In the end, it seems to me that the terms of the Umbrella Final Agreement, of the Settlement Legislation (the *Yukon First Nations Land Claims Settlement (Canada)* and *An Act approving Yukon Land Claims Final Agreements (Yukon)*) and of the *Yukon First Nations Self-Government Act (Canada)* all point in the same direction: it might have been the intention of Canada, Yukon and the Council to have the “disapplication” of section 87 in force on February 14, 1998 with respect to each First Nation, but that intention was not carried out in the legislation.

[39] Whether or not the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act* gives force of law through

[35] Je ferai remarquer en passant que la Loi du Yukon déclare expressément, en son article 2, qu’une entente finale «a force de loi», en plus d’être un accord sur des revendications territoriales dont il est fait état à l’article 35 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]]. Ces mentions n’apparaissent pas dans la Loi fédérale équivalente.

(iv) La Loi sur l’autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon (Canada)

[36] Bien que cette loi ne fasse pas partie de la «loi de mise en œuvre» mentionnée à la clause 2.4.2 de l’ACD, elle fait partie du contexte législatif pertinent.

[37] Selon moi, cette Loi est encore plus spécifique que la Loi sur le règlement des revendications territoriales lorsqu’il s’agit de l’exemption fiscale prévue à l’article 87. En utilisant les termes «sous réserve des dispositions de l’accord définitif concernant l’application de son article 87 [*Loi sur les Indiens*]», le paragraphe 17(3) institue un lien direct entre la non-application de l’exemption fiscale prévue à l’article 87 et l’entente définitive. De plus, le paragraphe 22(3) porte que l’exemption fiscale prévue à l’article 87 cessera de s’appliquer le 14 février 1998 sur toutes les «terres visées à l’article 21», c’est-à-dire les terres précisées dans l’entente définitive.

Conclusion

[38] En définitive, je suis d’avis que les termes de l’Accord-cadre définitif et de la législation de mise en œuvre (la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon (Canada)* et la *Loi approuvant les ententes finales avec les premières nations du Yukon (Yukon)*) ainsi que la *Loi sur l’autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon (Canada)* indiquent tous la même chose, savoir que l’intention du Canada, du Yukon et du Conseil était peut-être que l’article 87 cesse de s’appliquer le 14 février 1998 pour chacune des premières nations, mais que cette intention n’a pas été précisée dans la législation.

[39] La question de savoir si la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations*

incorporation to the Umbrella Final Agreement becomes irrelevant, because even if it did, it would do so only with respect to those First Nations who have signed a final agreement. I need not therefore go further: the Crown has failed to demonstrate that the “disapplication” of section 87 of the *Indian Act* ever came into effect with respect to the appellant and its members.

[40] The appeal should be allowed, the decision of the Trial Division should be set aside and the application by the Carcross/Tagish First Nation granted. A declaration should issue that section 87 of the *Indian Act* applies, after 1998, to the Carcross/Tagish First Nation and its members until such time as it ratifies a final agreement as contemplated by the comprehensive land claims Umbrella Final Agreement signed on May 29, 1993 by the Government of Canada, the Government of Yukon and the Council for Yukon Indians.

[41] The appellant should have its costs in both divisions of this Court.

EVANS J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

*du Yukon* incorpore l'Accord-cadre définitif et lui donne force de loi n'est pas pertinente, parce que même si c'était le cas, les seules parties touchées seraient les premières nations qui ont signé une entente définitive. Je n'ai donc pas besoin d'aller plus loin, la Couronne n'ayant pas démontré que l'appelante et ses membres étaient visés par la «non-application» de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*.

[40] L'appel est accueilli et la décision de la Section de première instance annulée, et la demande de la première nation Carcross/Tagish est accueillie. Un jugement déclaratoire devrait être délivré portant que l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* continue de s'appliquer à la première nation Carcross/Tagish et à ses membres après 1998, et jusqu'à ce qu'elle ratifie une entente définitive comme il est prévu dans l'Accord-cadre définitif signé le 29 mai 1993 par le gouvernement du Canada, le gouvernement du Yukon et le Conseil des Indiens du Yukon.

[41] Les dépens devraient être adjugés à l'appelante devant les deux sections de notre Cour.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-602-98  
2001 FCA 243

A-602-98  
2001 CAF 243

**Lieutenant (N) Andrew S. Liebmann** (*Appellant*)

**Le lieutenant (N) Andrew S. Liebmann** (*appelant*)

v.

c.

**Minister of National Defence, Chief of Defence Staff and Her Majesty the Queen** (*Respondents*)

**Le ministre de la Défense nationale, le chef d'état-major de la Défense et Sa Majesté la Reine** (*intimés*)

and

et

**League for Human Rights of B'nai Brith Canada and Canadian Jewish Congress** (*Intervenors*)

**La Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada et le Congrès juif canadien** (*intervenants*)

**INDEXED AS: LIEBMANN v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: LIEBMANN c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (C.A.)**

Court of Appeal, Rothstein, Sexton and Evans JJ.A.  
—Vancouver, June 27; Ottawa, July 31, 2001.

Cour d'appel, juges Rothstein, Sexton et Evans, J.C.A.  
—Vancouver, 27 juin; Ottawa, 31 juillet 2001.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal from dismissal by F.C.T.D. of action for declaration process for considering nomination to position with Canadian Forces in Middle East infringing Charter, s. 15 equality rights — Appellant denied posting as Jewish — S. 15 dealing with equality rights with respect to “law” — Charter applies to administrative decisions made pursuant to statutory authority — Officers considering nomination acting pursuant to delegated statutory authority of Chief of Defence Staff to control, administer Canadian Forces — Decision not to appoint appellant subject to scrutiny under s. 15 — Decision drew distinction between appellant, other members of Canadian Forces, subjected appellant to differential treatment on basis of personal characteristic (religion) — Differential treatment amounted to discrimination, both subjectively and objectively — Decision to deny posting made in factual, evidentiary vacuum — Neither political climates of Bahrain, Saudi Arabia nor approaches by other members of coalition deploying forces to region considered — Decision based upon presumed characteristics of Jews, Arabs — Way of thinking perpetuating view appellant less worthy member of Canadian Forces, society as whole — Appellant’s Charter, s. 15 rights breached.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel de la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale de rejeter une action visant l'obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel le processus d'examen d'une affectation au Moyen-Orient pour les Forces canadiennes portait atteinte à l'art. 15 de la Charte sur le droit à l'égalité — L'appelant s'est vu refuser l'affectation parce qu'il est juif — L'art. 15 porte sur le droit à l'égalité à l'égard de la «loi» — La Charte s'applique aux décisions administratives qui sont prises en vertu d'un pouvoir prévu par la loi — Les officiers chargés d'examiner la candidature de l'appelant agissaient conformément au pouvoir légal que possède le chef d'état-major de la Défense de diriger et de gérer les Forces canadiennes — La décision de ne pas nommer l'appelant est assujettie à un examen en vertu de l'art. 15 — La décision en cause a établi une distinction entre l'appelant et les autres membres des Forces canadiennes, et a assujetti l'appelant à un traitement différent en raison d'une caractéristique personnelle (sa religion) — Cette différence de traitement constitue de la discrimination, d'un point de vue subjectif et objectif — La décision de refuser l'affectation a été prise en l'absence de faits et d'éléments de preuve — On n'a aucunement examiné le climat politique dans l'État de Bahreïn ou en Arabie saoudite ou les approches adoptées par les autres membres de la coalition qui déployaient des forces dans la région — La décision se fonde sur de présumées caractéristiques propres aux juifs et aux arabes — Cette conception perpétue l'idée selon laquelle l'appelant était un membre moins digne des Forces canadiennes et de la société canadienne dans son ensemble — Il y a violation des droits que confère l'art. 15 de la Charte à l'appelant.*

*Armed Forces — Naval Reservist nominated for Gulf War posting but not selected when superiors realized he was of Jewish religion — Decision that “it was better not to send a Jew to the Middle East” — Reservist unsuccessful before F.C.T.D. in action for declarations Charter equality rights infringed by process ending in rejection, CFAO 20-53 (peacekeeping policy) unconstitutional — F.C.A. declining to deal with latter issue as moot, impugned order subsequently replaced and, in any event, inapplicable as posting to war theatre — Court unwilling to interfere with policies of military where evidentiary record incomplete — Impugned decision made under delegated statutory authority of CDS under National Defence Act — Rejection decision accordingly subject to Charter scrutiny — Rejection demeaning Reservist’s dignity, perpetuating view was less worthy member of Canadian Forces, society as whole — Rejection decision taken in factual vacuum, no consideration being given to political climates of Bahrain, Saudi Arabia or approaches taken by other coalition members — Trial Judge finding testimony of witnesses called by military not worthy of belief — F.C.A. disapproving conduct of military authorities herein — Should have squarely faced discrimination allegation, directed pleadings, evidence, argument to that issue.*

*Judges and Courts — Federal Court of Appeal — Naval Reservist denied posting to war theatre as of Jewish religion — Appeal from F.C.T.D. decision Canadian Forces Administrative Order (CFAO) 20-53 on peacekeeping not contravening Charter s. 15 — Application of S.C.C. decision in Borowski on approach to doctrine of mootness — Whether issues have become academic — Court having discretion to address moot issue if circumstances warrant — Constitutionality of CFAO 20-53 moot issue as no longer in effect — Adversarial context existing as issue zealously argued by parties at trial — But discretion not exercised in view of Court’s awareness of proper role in law-making process — Court not prepared to interfere with policies of military on incomplete evidentiary record.*

*Forces armées — Un membre de la Réserve navale avait été désigné à une affectation pour la guerre du Golfe, mais il n’a pas été choisi quand ses supérieurs se sont rendus compte qu’il était de religion juive — Ceux-ci ont décidé qu’«il était préférable de ne pas envoyer un juif au Moyen-Orient» — La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté l’action intentée par le réserviste en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que le processus se terminant par un rejet portait atteinte au droit à l’égalité que lui garantissait la Charte, et un jugement déclaratoire selon lequel l’O AFC 20-53 (politique en matière de maintien de la paix) était inconstitutionnelle — La C.A.F. a refusé d’examiner cette dernière question en raison de son caractère théorique, l’ordonnance contestée ayant par la suite été remplacée et, de toute façon, elle ne s’appliquait pas en raison de l’affectation de l’appelant sur le site de la guerre — La Cour n’est pas disposée à modifier les politiques militaires lorsque le dossier est incomplet sur le plan de la preuve — La décision contestée a été prise en vertu du pouvoir délégué que possède le CEMD aux termes de la Loi sur la défense nationale — Elle est donc assujettie à un examen en vertu de la Charte — Elle portait atteinte à la dignité du réserviste et perpétuait l’idée selon laquelle celui-ci était un membre moins digne des Forces canadiennes et de la société canadienne dans son ensemble — La décision de refuser l’affectation a été prise en l’absence de faits, sans examen du climat politique dans l’État de Bahreïn et en Arabie saoudite ou des approches adoptées par les autres membres de la coalition — Le juge de première instance a conclu que le témoignage des témoins assignés par les Forces canadiennes n’était pas digne de foi — La C.A.F. condamne la conduite des autorités militaires en l’espèce — Elle aurait dû faire carrément face à l’allégation de discrimination et examiner les plaidoiries, la preuve et les arguments par rapport à cette question.*

*Juges et tribunaux — Cour d’appel fédérale — Un membre de la Réserve navale se voit refuser une affectation au site d’une guerre parce qu’il est de religion juive — Appel d’une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale selon laquelle l’Ordonnance administrative des Forces canadiennes (O AFC) 20-53 en matière de maintien de la paix ne contrevient pas à l’art. 15 de la Charte — Application de l’approche énoncée par la C.S.C. dans l’arrêt Borowski en ce qui touche la doctrine relative au caractère théorique — Les questions sont-elles devenues théoriques? — La Cour a le pouvoir discrétionnaire d’examiner une question théorique si les circonstances le justifient — La constitutionnalité de l’O AFC 20-53 est une question théorique parce que la politique ne s’applique plus — Il y a un débat contradictoire parce que les parties ont défendu avec ferveur leur position au procès — Mais, prenant en considération sa fonction véritable dans l’élaboration du droit, la Cour n’exerce pas son pouvoir discrétionnaire — La Cour n’est pas disposée à modifier les politiques militaires en se fondant sur un dossier incomplet sur le plan de la preuve.*



This was an appeal from the Trial Judge's dismissal of an action for a declaration that the process by which the appellant's nomination to a position in the Middle East during the 1990-1991 Persian Gulf crisis was considered, had infringed his right to equality under Charter, section 15; and a declaration that Canadian Forces Administrative Order 20-53, "Policy for the Employment of Canadian Forces Personnel on Peacekeeping Duty", which foresees the possibility that certain personnel may be restricted from participating in peacekeeping operations due to the "cultural, religious or other sensitivities of the parties or host country" was unconstitutional.

The appellant was nominated for the position of Executive Assistant (EA) to the Commander of the Canadian Forces Task Force in the Middle East during the Persian Gulf crisis, but did not get the position because he is Jewish. At the time the Canadian Forces had no formal policy regarding the consideration of personal characteristics such as religion in the selection of personnel for employment in non-peacekeeping operations. The decision that the appellant would not be selected for the posting followed discussions by several staff officers and their superiors on the question as to whether the appellant's religion might have a detrimental impact upon his ability to carry out the duties of the EA position and upon his personal safety. The appellant claimed that the refusal to appoint him to the position constituted discrimination contrary to Charter of Rights, section 15. The Trial Judge found that the appellant had legitimate grievances with respect to the manner in which the defendants conducted themselves in the selection process, but did not directly address the appellant's allegation that this conduct had infringed his right to equality. He found that CFAO 20-53 was not contrary to the equality provisions of the Charter and that, in any event, it had no application herein since the operation was not a peacekeeping mission.

The issues were: (1) whether the Court should inquire into the constitutionality of CFAO 20-53; (2) whether the appellant's rights to equality under Charter, section 15 were limited by the process by which his nomination for the EA position was considered; and (3) if the appellant's equality rights were limited, whether those limits were such "reasonable limits described by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

*Held*, that part of the appeal dealing with the process by which the respondents considered the appellant's nomination for the EA position should be allowed.

Il s'agit d'un appel de la décision du juge de première instance de rejeter une action visant l'obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel le processus par lequel l'affectation de l'appelant au Moyen-Orient pendant la guerre du Golfe de 1990-1991 avait été examinée portait atteinte au droit à l'égalité qui lui était reconnu par l'article 15 de la Charte, et d'un jugement déclaratoire selon lequel est inconstitutionnelle l'Ordonnance administrative des Forces canadiennes 20-53, intitulée: «Politique sur l'affectation du personnel des Forces canadiennes à des fonctions de maintien de la paix», qui prévoit la possibilité que certains membres du personnel ne puissent pas participer à des opérations de maintien de la paix à cause de «sensibilités culturelles, religieuses ou autres des parties en cause dans le conflit ou de la population où ce conflit a lieu».

L'appelant a été désigné à l'affectation d'adjoint administratif (AA) du commandant de la force opérationnelle des Forces canadiennes au Moyen-Orient pendant la guerre du Golfe, mais il n'a pas obtenu le poste parce qu'il était juif. À ce moment-là, les Forces canadiennes n'avaient pas de politique officielle au sujet de l'examen de caractéristiques personnelles telles que la religion dans la sélection du personnel aux fins de l'affectation à des opérations qui ne relevaient pas du maintien de la paix. La décision que l'appelant ne serait pas choisi en vue d'occuper le poste en question découle de discussions de plusieurs officiers d'état-major et de leurs supérieurs sur la question de savoir si la religion de l'appelant était susceptible de nuire à sa capacité de s'acquitter des fonctions du poste d'AA ainsi qu'à sa sécurité personnelle. L'appelant prétend que le refus de le nommer à ce poste constituait de la discrimination en violation de l'article 15 de la Charte. Le juge de première instance était d'avis que l'appelant avait des griefs légitimes à l'égard de la façon dont les défendeurs s'étaient comportés lors du processus de sélection, mais il n'a pas examiné directement l'allégation de l'appelant selon laquelle cette conduite portait atteinte à son droit à l'égalité. Il a conclu que l'OAF 20-53 n'allait pas à l'encontre des dispositions de la Charte relatives à l'égalité et que, de toute façon, cette ordonnance administrative ne s'appliquait pas en l'espèce puisque l'opération en cause n'était pas une mission de maintien de la paix.

Les questions litigieuses sont les suivantes: 1) La Cour devrait-elle enquêter sur la constitutionnalité de l'OAF 20-53? 2) Le droit à l'égalité reconnu à l'appelant en vertu de l'article 15 de la Charte est-il limité par le processus par lequel sa mise en candidature au poste d'AA a été examinée? 3) S'il a été porté atteinte au droit à l'égalité reconnu à l'appelant, ce droit a-t-il été restreint «par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»?

*Arrêt*: la partie de l'appel qui se rapporte au processus par lequel les intimés ont examiné la candidature de l'appelant au poste d'AA est accueillie.

(1) CFAO 20-53 was not applied to preclude the appellant from participating in Operation Friction. That Order was not issued until March 1991, a month after the decision was made not to appoint him to the position with the contingent of the Canadian Forces in the Middle East (CFME). Moreover, the policy set out therein applied only to the selection of personnel for peacekeeping operations. The Middle East operation was not a peacekeeping operation. In fact, Canada was engaged in active hostilities with Iraq. Thus the Order would not have applied to the selection of the appellant even if it had been in force in January and February 1991. Similarly, screening policies contained in directives that preceded CFAO 20-53 all dealt expressly with peacekeeping operations, and did not apply to the appellant's nomination.

The constitutionality of CFAO 20-53 was a moot issue. The policy is no longer in effect. The policy that superseded it, CANFORGEN 113/99 (which did not come into force until more than one year after the Trial Division judgment herein was released) contains different wording than CFAO 20-53 and would have to be evaluated on its own merits. The Court followed the approach to the doctrine of mootness enunciated by the Supreme Court in *Borowski* and declined to exercise its discretion to address the moot issue in view of an awareness of its proper role in the law-making process. At trial, the parties had submitted arguments regarding their positions with respect to the constitutionality of CFAO 20-53 and the Court had before it a complete record related to that policy. But any finding with respect to CFAO 20-53 could impact only that policy. Furthermore, there was no evidence showing how the successor policy has been or is being applied. Even if a *prima facie* breach of section 15 were established, the respondents did not have the opportunity to lead evidence relevant to the justification of any limitation of Charter rights with respect to CANFORGEN 113/99 because it did not exist at the time of the trial. The Court declined to interfere with the respondent's policies on the basis of an unavoidably incomplete evidentiary record.

(2) The Charter applies to administrative decisions made pursuant to statutory authority. There was no selection policy herein to apply to the appellant's nomination and circumstances, but the impugned decision was made under delegated statutory authority. Under the *National Defence Act*, the CDS is charged with the control and administration of all of the Canadian Forces. The *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* provide a basis for the CDS's delegation of his authority to various officers. Thus, all of the officers involved in the process of considering the appellant's nomination were acting pursuant to the CDS's statutory authority to control and administer the Canadian

1) On n'a pas appliqué l'OAF 20-53 de façon à empêcher l'appelant de participer à l'Opération Friction. L'ordonnance n'a été délivrée qu'au mois de mars 1991, un mois après qu'on eut décidé de ne pas désigner l'appelant aux fins du service dans le contingent des Forces canadiennes au Moyen-Orient (FCMO). En outre, la politique énoncée dans l'OAF 20-53 s'appliquait uniquement à la sélection du personnel pour les opérations de maintien de la paix. L'opération au Moyen-Orient n'était pas une opération de maintien de la paix. De fait, le Canada prenait activement part aux hostilités contre l'Iraq. Par conséquent, l'ordonnance ne se serait pas appliquée à la sélection de l'appelant même si elle avait été en vigueur aux mois de janvier et de février 1991. De même, les politiques de présélection énoncées dans les directives qui ont précédé l'OAF 20-53 traitaient toutes expressément des opérations de maintien de la paix et ne s'appliquaient pas à la mise en candidature de l'appelant.

La constitutionnalité de l'OAF 20-53 est une question théorique. La politique ne s'applique plus. La politique qui l'a remplacée, CANFORGEN 113/99 (qui n'est entrée en vigueur qu'au moins un an après le prononcé du jugement de première instance) est libellée en des termes différents et devrait être appréciée selon les faits qui lui sont propres. La Cour suit l'approche énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Borowski* en ce qui touche la doctrine relative au caractère théorique, et, prenant en considération sa fonction véritable dans l'élaboration du droit, elle refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner la question théorique. Au procès, les parties ont défendu leur position en ce qui concerne la constitutionnalité de l'OAF 20-53 et la Cour disposait d'un dossier complet au sujet de cette politique. Mais, toute conclusion relative à l'OAF 20-53 pourrait influencer uniquement sur cette politique. En outre, il n'y a aucun élément de preuve établissant les modalités d'application passées et présentes de la politique remplaçante. Même si la violation de l'article 15 était établie *prima facie*, les intimés n'ont pas eu la possibilité de présenter à l'égard du CANFORGEN 113/99 une preuve sur la question de la justification des restrictions apportées aux droits garantis par la Charte, puisque cette politique n'existait pas au moment du procès. La Cour a refusé de modifier les politiques de l'intimé en se fondant sur un dossier inévitablement incomplet sur le plan de la preuve.

2) La Charte s'applique aux décisions administratives qui sont prises en vertu d'un pouvoir prévu par la loi. En l'espèce, il n'y avait pas de politique de sélection à appliquer à la mise en candidature de l'appelant et aux circonstances, mais la décision contestée a été prise en vertu d'un pouvoir délégué prévu par la loi. En vertu de la *Loi sur la défense nationale*, le CEMD assure la direction et la gestion des Forces canadiennes. Les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* servent de fondement à la délégation du pouvoir du CEMD en faveur de divers officiers. Par conséquent, tous les officiers en cause dans le processus d'examen de la candidature de

Forces. As such, the decision to not appoint him to the EA position was subject to scrutiny under Charter, section 15.

All three elements of a subsection 15(1) analysis were met: the decision-makers who considered the appellant's nomination drew a distinction between him and other members of the Canadian Forces, and subjected him to differential treatment on the basis of a personal characteristic—his religion, and the differential treatment of the appellant's nomination amounted to discrimination in the constitutional sense. Based on the appellant's testimony, the decision had a profound impact upon his human dignity, the very thing that subsection 15(1) was meant to protect. The respondents conceded that the appellant's dignity was demeaned in the subjective sense, and they were unable to show how the objective portion of the analysis of whether the appellant's dignity had been demeaned had not been made out. Any reasonable observer in similar circumstances would conclude that the manner in which the appellant was treated did demean his dignity.

The decision seems to have been reached in a factual and evidentiary vacuum. There was no real consideration of the political climates of Bahrain or Saudi Arabia or the manner in which a Jewish Canadian officer might be perceived by military officials or citizens of those countries. No efforts were made to ascertain the views of any of the states of the Persian Gulf region. No attempt was made to determine the approaches being taken by other members of the coalition who were deploying forces to the region. In fact, the United States had more Jewish personnel in the region than the total of all Canadian forces. By confining whatever analysis they made to a simplistic "Jewish officer in an Arab state" model, the decision-making officers applied stereotypical thinking and based their decision upon presumed characteristics of both Jews and Arabs. This way of thinking perpetuated the view that the appellant was a less worthy member of the Canadian Forces and therefore of Canadian society as a whole. The CDS, through his delegates, limited the appellant's rights to equal treatment under the law and equal benefit of the law in a discriminatory manner, contrary to Charter, section 15.

(3) The burden was on the respondents to show, on the preponderance of probabilities, that the limitation was reasonable and demonstrably justified. Since their written submissions advanced no argument attempting to show that the impugned decision was reasonable or demonstrably justified, they had not discharged that burden.

L'appelant agissaient conformément au pouvoir légal que possède le CEMD de diriger et de gérer les Forces canadiennes. Partant, la décision de ne pas nommer l'appelant au poste d'AA est assujettie à un examen en vertu de l'article 15 de la Charte.

On a satisfait aux trois éléments de l'analyse relative au paragraphe 15(1): les décideurs qui examinaient la candidature de l'appelant ont fait une distinction entre celui-ci et les autres membres des Forces canadiennes, et l'ont assujetti à un traitement différent en raison d'une caractéristique personnelle—sa religion, ce qui constituait de la discrimination au sens constitutionnel du terme. Sur la base du témoignage de l'appelant, la décision avait des répercussions profondes sur la dignité humaine de l'appelant, soit la chose même que le paragraphe 15(1) vise à protéger. Les intimés concèdent qu'il a été porté atteinte à la dignité de l'appelant au sens subjectif du terme et n'ont pas pu expliquer pourquoi l'élément objectif de l'analyse de la question de savoir si on a porté atteinte à la dignité de l'appelant n'avait pas été prouvé. Tout observateur raisonnable se trouvant dans une situation similaire conclurait que la façon dont l'appelant a été traité portait atteinte à sa dignité.

On semble être parvenu à cette décision en l'absence de faits et d'éléments de preuve. Il n'y a eu aucun examen réel du climat politique, dans l'État de Bahreïn ou en Arabie saoudite, ou de la façon dont un officier juif canadien pourrait être perçu par les autorités militaires ou par les citoyens de ces pays. Aucun effort n'a été fait en vue de connaître le point de vue des États de la région du Golfe persique. Aucune tentative n'a été faite pour déterminer les approches adoptées par les autres membres de la coalition qui déployaient des forces dans la région. De fait, les États-Unis avaient un plus grand nombre de membres juifs dans la région que toutes les forces canadiennes dans leur ensemble. En limitant leur analyse à un modèle simpliste, soit celui de «l'officier juif dans un État arabe», les officiers qui ont pris la décision ont appliqué des idées stéréotypées et ont fondé leur décision sur de présumées caractéristiques propres aux juifs et aux arabes. Cette conception perpétuait l'idée selon laquelle l'appelant était un membre moins digne des Forces canadiennes et, par conséquent, de la société canadienne dans son ensemble. Le CEMD, par l'intermédiaire de ses représentants, a restreint les droits à l'égalité de traitement en vertu de la loi et au même bénéfice de la loi garantis à l'appelant, et ce, d'une façon discriminatoire, en violation de l'article 15 de la Charte.

3) Il incombe aux intimés de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les limites étaient raisonnables et que leur justification pouvait se démontrer. Les intimés ne se sont pas acquittés de l'obligation qui leur incombait, puisque, dans leurs observations écrites, ils n'ont pas avancé d'arguments en vue de tenter de démontrer que la décision contestée était raisonnable ou que sa justification pouvait se démontrer.

The Trial Judge did not believe the testimony of respondents' witnesses to the effect that the appellant did not get the EA position because there was no position to fill. Respondents' conduct, as described by the Trial Division Judge, was disapproved of by the Court of Appeal. The respondents should have faced the complaint of discrimination under section 15 squarely, made an honest assessment of whether the action taken was discriminatory and if so, whether it could be justified. The pleadings, evidence and argument should have been addressed to these issues.

Le juge de première instance n'a pas cru la déposition des témoins des intimés selon laquelle l'appelant n'a pas obtenu le poste d'AA parce qu'il n'y en avait aucun à combler. La Cour d'appel condamne la conduite des intimés décrite par le juge de première instance. Les intimés auraient dû faire carrément face à la plainte de discrimination fondée sur l'article 15 et déterminer d'une façon honnête si la mesure qui a été prise était discriminatoire et, dans l'affirmative, déterminer si sa justification pouvait se démontrer. Les plaidoiries, la preuve et les arguments auraient dû ensuite être examinés par rapport à ces questions.

#### 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. 1, 15(1).  
*Canadian Forces Administrative Orders*, 20-53.  
*Charter of the United Nations*, June 26, 1945, [1945] Can. T.S. No. 7.  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 18(1), (2).  
*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1994 Revision).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; [1998] 1 W.W.R. 50; 38 B.C.L.R. (3d) 1; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *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; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1.

##### REFERRED TO:

*The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15(1).  
*Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, [1945] R.T. Can. n° 7.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 18(1),(2).  
*Ordonnances administratives des Forces canadiennes*, 20-53.  
*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1994).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; [1998] 1 W.W.R. 50; 38 B.C.L.R. (3d) 1; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *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; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1.

##### DÉCISION CITÉE:

*La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

APPEAL from the Trial Division judgment (*Liebmann v. Canada (Minister of National Defence)*, [1999] 1 F.C. 20; (1998), 151 F.T.R. 303 (T.D.)) dismissing an action for a declaration that the manner in which the appellant's nomination for a posting during the Persian Gulf crisis was dealt with infringed his constitutional right to equality under Charter, section 15 and for a declaration that Canadian Forces Administrative Order 20-53 was unconstitutional. The appeal was allowed on the Charter, section 15 issue; the constitutionality of CFAO 20-53 was a moot issue which the Court declined to address.

## APPEARANCES:

*Samuel D. Hyman and Robert J. Kincaid* for appellant.

*Linda J. Wall* for respondent.

*David Matas* for intervener League for Human Rights of B'nai Brith Canada.

*David J. Stuart* for intervener Canadian Jewish Congress.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Law Corporation, Vancouver*, for appellant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*David Matas, Winnipeg*, for intervener League for Human Rights of B'nai Brith Canada.

*Kahn Zack Ehrlich Lithwick, Richmond, British Columbia*, for intervener Canadian Jewish Congress.

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

[1] SEXTON J.A.: Lieutenant Andrew S. Liebmann was such a proven and accomplished member of the Canadian Forces' Naval Reserve that he was nominated for the important post of Executive Assistant to the Commander of the Canadian Forces Task Force in the Middle East during the Persian Gulf crisis. None-

APPEL d'un jugement de la Section de première instance (*Liebmann c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] 1 C.F. 20; (1998), 151 F.T.R. 303 (1<sup>re</sup> inst.)), rejetant une action visant l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la manière dont l'affectation de l'appelant pendant la guerre du Golfe avait été examinée portait atteinte au droit constitutionnel à l'égalité qui lui était reconnu par l'article 15 de la Charte, et d'un jugement déclaratoire selon lequel l'Ordonnance administrative des Forces canadiennes 20-53 était inconstitutionnelle. L'appel est accueilli en ce qui touche la question relative à l'article 15 de la Charte; la constitutionnalité de l'O AFC 20-53 est une question théorique que la Cour refuse d'examiner.

## ONT COMPARU:

*Samuel D. Hyman et Robert J. Kincaid* pour l'appelant.

*Linda J. Wall* pour l'intimé.

*David Matas* pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada.

*David J. Stuart* pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Law Corporation, Vancouver*, pour l'appelant.

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

*David Matas, Winnipeg*, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada.

*Kahn Zack Ehrlich Lithwick, Richmond, Colombie-Britannique*, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

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

[1] LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Le lieutenant Andrew S. Liebmann était un membre si expérimenté et accompli de la Réserve navale des Forces canadiennes qu'il a été désigné à l'affectation importante d'adjoint administratif du commandant de la force opérationnelle des Forces canadiennes au Moyen-Orient pendant

theless, he was not appointed to the position. The only objection taken to his nomination was his religion. He was Jewish. This appeal deals with his claim that the refusal to appoint him to the position to which he was nominated constituted discrimination contrary to subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

### Facts

[2] The appellant joined the Naval Reserve in 1983 and served in a variety of roles while completing a university degree and during subsequent employment as a public affairs specialist. By late 1990, he had attained the rank of Lieutenant and had qualified as a ship's officer of the watch and as a clearance diver. He was serving as an officer in HMCS Discovery, the Naval Reserve Division (or unit) in Vancouver. When the events giving rise to this litigation took place, he was employed by the Government of British Columbia as a communications officer, serving his reserve commitment by attending at his unit several evenings a week.

[3] On August 4, 1990, Iraq invaded and occupied Kuwait. During the weeks that followed, Canada commenced Operation Friction—the deployment of a contingent of military forces to the Persian Gulf region in order to enforce a number of resolutions passed by the United Nations Security Council pursuant to Chapter VII of the U.N. Charter.<sup>1</sup> The contingent, known as Canadian Forces Middle East (CFME), was commanded by Commodore Kenneth Summers. His headquarters was in the Emirate of Bahrain. Part of the headquarters' establishment included an Executive Assistant (EA) on the commander's small personal staff.

[4] At the time of CFME's deployment, Canada's commitment of forces was open-ended. As such, plans

la guerre du Golfe. Néanmoins, il n'a pas été nommé au poste en question, et ce, uniquement à cause de sa religion. En effet, il était juif. Le présent appel porte sur l'allégation que l'appelant a faite, à savoir que le refus de le nommer au poste auquel il avait été désigné constituait de la discrimination en violation du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

### Les faits

[2] L'appelant s'est enrôlé dans la Réserve navale en 1983; il a exercé différentes fonctions pendant qu'il effectuait ses études universitaires et, par la suite, pendant qu'il travaillait comme spécialiste des relations publiques. À la fin de 1990, il était lieutenant et il s'était qualifié à titre d'officier de quart et de plongeur démineur. Il était officier auprès du NCSM Discovery, Division (ou unité) de la Réserve navale, à Vancouver. Lorsque les événements ayant donné lieu au présent litige se sont produits, l'appelant travaillait pour le gouvernement de la Colombie-Britannique à titre d'agent de communication; il s'acquittait de son engagement dans la réserve en se présentant à son unité plusieurs soirs par semaine.

[3] Le 4 août 1990, l'Iraq a envahi et occupé le Koweït. Au cours des semaines qui ont suivi, le Canada a entamé l'Opération Friction—le déploiement d'un contingent de forces militaires dans la région du Golfe persique visant à la mise en œuvre d'un certain nombre de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies conformément au chapitre VII de la Charte de l'ONU<sup>1</sup>. Le contingent, connu sous le nom des Forces canadiennes au Moyen-Orient (les FCMO) était commandé par le commodore Kenneth Summers. Son quartier général était situé dans l'État de Bahreïn. L'effectif du quartier général comprenait notamment un adjoint administratif (AA) faisant partie du personnel particulier du commandant, dont le nombre de membres était peu élevé.

[4] Au moment du déploiement des FCMO, l'engagement des forces du Canada était de durée indéterminée.

were developed to rotate personnel and units after a period of time so as to maintain the force at an optimum level of readiness. On December 24, 1990, the Commander of Maritime Command, who was responsible to the Chief of Defence Staff (CDS) for the generation of personnel to fill certain headquarters positions, caused a message to be sent to all Naval Reserve Divisions. A portion of that message called for nominations of officers qualified to fill the position of EA to the Commander beginning in March 1991.

[5] The appellant, who was highly motivated to participate in the Persian Gulf operation and who met all of the requirements set out in the message, was nominated for the EA position by his Commanding Officer. A message to that effect was sent on January 11, 1991.

[6] The Maritime Command staff officers charged with recommending an officer for the EA position seem to have initially looked favourably upon the appellant's nomination. On January 21, 1991, they sent a message to the Directorate of Military Manning at National Defence Headquarters, recommending that the appellant be "hired" under a reserve force contract. The message indicated that he was being considered for the EA position. The Commanding Officer Naval Divisions (the commander of all naval reserve units) concurred in the recommendation. Upon receipt of a copy of this message, the appellant, with the assistance of the regular force Administration Officer at HMCS Discovery, began to make more specific preparations to deploy to Bahrain, following a set of "joining instructions" which had been faxed to him.

[7] At some point during the same time period, the Maritime Command staff became aware that the appellant was Jewish.

[8] At that time, the Canadian Forces had no formal policy regarding the consideration of personal characteristics such as religion in the selection of personnel

née. Cela étant, des plans ont été élaborés afin d'effectuer une rotation du personnel et des unités au bout d'un certain temps, de façon à maintenir la force à un niveau optimal de préparation. Le 24 décembre 1990, le commandant du Commandement maritime, qui était responsable devant le chef d'état-major de la Défense (le CEMD) d'assurer le personnel nécessaire afin de pourvoir à certains postes au quartier général, a fait en sorte qu'un message soit envoyé à toutes les divisions de la Réserve navale. Ce message se rapportait en partie à la désignation d'officiers qualifiés pour pourvoir au poste d'AA auprès du commandant à compter du mois de mars 1991.

[5] L'appelant, qui voulait absolument participer à l'opération dans le Golfe persique et qui satisfaisait à toutes les exigences énoncées dans le message, a été désigné pour le poste d'AA par son commandant. Un message en ce sens a été envoyé le 11 janvier 1991.

[6] Les officiers d'état-major au Commandement maritime qui étaient chargés de recommander un officier pour le poste d'AA semblent avoir initialement bien accueilli la candidature de l'appelant. Le 21 janvier 1991, ils ont envoyé un message à la Direction de l'effectif militaire au quartier général de la Défense nationale et ont recommandé que l'appelant soit «embauché» en vertu d'un contrat de la Force de réserve. Le message indiquait que la candidature de l'appelant au poste d'AA était à l'étude. Les divisions navales du commandant (le commandant de toutes les unités de la Réserve navale) souscrivait à la recommandation. Sur réception d'une copie de ce message, l'appelant, avec l'aide de l'officier d'administration de la Force régulière, NCSM Discovery, a commencé à faire des préparatifs plus précis en vue du déploiement à Bahreïn, à la suite d'une série d'«instructions de ralliement» qui lui avaient été télécopiées.

[7] À un moment donné au cours de la même période, le personnel du Commandement maritime a appris que l'appelant était juif.

[8] À ce moment-là, les Forces canadiennes n'avaient pas de politique officielle au sujet de l'examen de caractéristiques personnelles telles que la

for employment in non-peacekeeping operations. Several staff officers and their superiors at both Maritime Command and National Defence Headquarters allegedly discussed the possibility that under the circumstances, the appellant's religion might have a detrimental impact upon his ability to effectively carry out the duties of the EA position and upon his personal safety. The result of these discussions was a decision that the appellant would not be selected for the position. In the end, the incumbent EA was not replaced.

[9] The appellant was informed in late January or early February of 1991 that he had not been selected for the EA position. He was upset and disappointed. He contacted one of the staff officers who had participated in the decision-making process and was told that the superior officers had "decided that it was better not to send a Jew to the Middle East."

[10] The appellant pursued several avenues of redress, finally bringing an action in the Trial Division of this Court [[1999] 1 F.C. 20 (T.D.)]. In his prayer for relief he sought a declaration that the process by which his nomination was considered had infringed his constitutional right to equality under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as well as a number of statutory rights. He also sought declarations and injunctions relating to *Canadian Forces Administrative Order (CFAO) 20-53, "Policy for the Employment of Canadian Forces Personnel on Peacekeeping Duty"*, which foresees the possibility that certain personnel may be restricted from participating in peacekeeping operations due to the "cultural, religious or other sensitivities of the parties or host country".

#### Decision Appealed From

[11] Following a trial that covered 11 days of testimony and argument, the Trial Judge found that

religion dans la sélection du personnel aux fins de l'affectation à des opérations qui ne relevaient pas du maintien de la paix. Plusieurs officiers d'état-major et leurs supérieurs tant au Commandement maritime qu'au quartier général de la Défense nationale ont censément discuté de la possibilité qu'eu égard aux circonstances, la religion de l'appelant nuise à sa capacité de s'acquitter d'une façon efficace des fonctions du poste d'AA ainsi qu'à sa sécurité personnelle. Par suite de ces discussions, il a été décidé que l'appelant ne serait pas choisi en vue d'occuper le poste en question. En fin de compte, le titulaire du poste d'AA n'a pas été remplacé.

[9] L'appelant a été informé à la fin du mois de janvier ou au début du mois de février 1991 qu'il n'avait pas été choisi pour le poste d'AA. La chose l'a fâché et l'a déçu. Il a communiqué avec l'un des officiers d'état-major qui avait participé au processus de décision et celui-ci lui a dit que les officiers supérieurs avaient [TRADUCTION] «décidé qu'il était préférable de ne pas envoyer un juif au Moyen-Orient».

[10] L'appelant a exercé plusieurs recours, et il a finalement intenté une action devant la Section de première instance de la présente Cour [[1999] 1 C.F. 20 (1<sup>re</sup> inst.)]. Dans sa demande de redressement, il sollicitait un jugement déclaratoire portant que le processus par lequel sa mise en candidature avait été examinée portait atteinte au droit constitutionnel à l'égalité qui lui était reconnu par la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi qu'à un certain nombre de droits reconnus par la loi. Il sollicitait également des jugements déclaratoires et des injonctions se rapportant à l'*Ordonnance administrative des Forces canadiennes (O AFC) 20-53, intitulée: «Politique sur l'affectation du personnel des Forces canadiennes à des fonctions de maintien de la paix»*, qui prévoit la possibilité que certains membres du personnel ne puissent pas participer à des opérations de maintien de la paix à cause de «sensibilités culturelles, religieuses ou autres des parties en cause dans le conflit ou de la population où ce conflit a lieu».

#### Décision faisant l'objet de l'appel

[11] À la suite d'une audience qui a duré 11 jours et au cours de laquelle les témoignages et plaidoiries ont



“[the appellant] more than adequately fulfilled the requirements for the posting,”<sup>2</sup> and that “the evidence clearly supports the [appellant’s] allegation that he was not selected for the position of Executive Assistant because of his religion.”<sup>3</sup> He was “satisfied that Lieutenant Liebmann did have legitimate grievances with respect to the manner in which the defendants conducted themselves in the selection process.”<sup>4</sup> Despite these findings, he did not directly address the appellant’s allegation that this conduct had infringed his right to equality.

[12] The Trial Judge did give some consideration to the constitutionality of CFAO 20-53, finding that it was not contrary to the equality provisions of the Charter. However, he noted that since Operation Friction was not a peacekeeping mission, there was no basis for the application of either it or any other policy that preceded it to the appellant’s situation. In the result, he dismissed the appellant’s claim.

### Issues

[13] The appellant appeals to this Court, essentially repeating the claims made in the Court below. He is supported by two interveners who have focussed their submissions upon the constitutionality of CFAO 20-53 and the policies that preceded and succeeded it.

[14] In my analysis, I will address the following issues:

1. Should this Court inquire into the constitutionality of CFAO 20-53;
2. Were the appellant’s rights to equality under section 15 of the Charter limited by the process by which his nomination for the EA position was considered; and
3. If the appellant’s equality rights were limited, were those limits “reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

été recueillis, le juge de première instance a conclu que «[l’appelant avait] fait plus que se conformer aux exigences inhérentes à l’affectation»<sup>2</sup> et que «la preuve corrobor[ait] [. . .] clairement l’allégation [de l’appelant] qu’il n’a[vait] pas été choisi pour le poste d’adjoint administratif en raison de sa religion»<sup>3</sup>. Le juge était «d’avis que le lieutenant Liebmann avait des griefs légitimes à l’égard de la façon dont les défendeurs [s’étaient] comportés lors du processus de sélection»<sup>4</sup>. Malgré ces conclusions, le juge n’a pas examiné directement l’allégation de l’appelant selon laquelle cette conduite portait atteinte à son droit à l’égalité.

[12] Le juge de première instance a effectué un examen plus ou moins approfondi de la constitutionnalité de l’OAFIC 20-53, en concluant qu’elle n’allait pas à l’encontre des dispositions de la Charte relatives à l’égalité. Toutefois, il a fait remarquer qu’étant donné que l’Opération Friction n’était pas une mission de maintien de la paix, rien ne justifiait l’application de cette ordonnance administrative ou de quelque autre politique antérieure au cas de l’appelant. Le juge a donc rejeté la demande.

### Les points litigieux

[13] L’appelant interjette appel devant la présente Cour, en répétant essentiellement les allégations qu’il a faites devant la cour d’instance inférieure. Deux intervenants l’appuient, ceux-ci ayant axé leurs observations sur la constitutionnalité de l’OAFIC 20-53 et des politiques antérieures et postérieures.

[14] Dans le cadre de mon analyse, j’examinerai les questions suivantes:

1. La présente Cour devrait-elle enquêter sur la constitutionnalité de l’OAFIC 20-53?
2. le droit à l’égalité reconnu à l’appelant en vertu de l’article 15 de la Charte est-il limité par le processus par lequel sa mise en candidature au poste d’AA a été examinée?
3. s’il a été porté atteinte au droit à l’égalité reconnu à l’appelant, ce droit a-t-il été restreint «par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique»?

### Relevant Constitutional Provisions

[15] The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:<sup>5</sup>

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

### Analysis

#### Issue 1: CFAO 20-53, its Predecessors and Successors

[16] The appellant and the interveners seek a declaration that CFAO 20-53, as it was amended, is unconstitutional. Further, they seek orders enjoining the Chief of Defence Staff and his delegates from considering race, religion or ethnic origin in deciding whether a CF member will be deployed on an operational posting.

[17] It is important to note that CFAO 20-53 was not applied to preclude the appellant from participating in Operation Friction. The Order was not issued until March 1991, over a month after the appellant's nomination for service with CFME was decided upon. Moreover, the policy set out in CFAO 20-53 applied only to the selection of personnel for peacekeeping operations. Operation Friction was not a peacekeeping operation. In fact, at the time the impugned decision was made, Canada was engaged in active hostilities against Iraq.

[18] Thus, the Order would not have applied to the selection of the appellant even if it had been in force in January and February of 1991. Similarly, screening

### Les dispositions constitutionnelles pertinentes

[15] La *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>5</sup>:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[. . .]

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

### Analyse

#### Première question: L'O AFC 20-53 et les politiques antérieures et postérieures

[16] L'appelant et les intervenants sollicitent un jugement déclaratoire portant que l'O AFC 20-53, telle qu'elle a été modifiée, est inconstitutionnelle. Ils sollicitent en outre des ordonnances interdisant au chef d'état-major de la Défense et à ses représentants de tenir compte de la race, de la religion ou de l'origine ethnique en déterminant si un membre des FC doit être affecté à une opération.

[17] Il importe de noter que l'on n'a pas appliqué l'O AFC 20-53 de façon à empêcher l'appelant de participer à l'Opération Friction. L'ordonnance n'a été délivrée qu'au mois de mars 1991, plus d'un mois après qu'une décision eut été prise au sujet de la désignation de l'appelant aux fins du service dans les FCMO. En outre, la politique énoncée dans l'O AFC 20-53 s'appliquait uniquement à la sélection du personnel pour les opérations de maintien de la paix. Or, Opération Friction n'était pas une opération de maintien de la paix. De fait, au moment où la décision contestée a été prise, le Canada prenait activement part aux hostilités contre l'Iraq.

[18] Par conséquent, l'ordonnance ne se serait pas appliquée à la sélection de l'appelant même si elle avait été en vigueur aux mois de janvier et de février

policies contained in directives of the Deputy Chief of Defence Staff that were replaced with the promulgation of CFAO 20-53, all dealt expressly with peacekeeping operations and hence did not apply to the appellant's nomination. Indeed, the evidence of the decision-makers in the case at bar clearly demonstrates that they did not purport to apply any formal screening policy at all. The appellant and the respondents both concede this. Nonetheless, the appellants and interveners submit that the Court should hear and determine the constitutional challenge to CFAO 20-53.

[19] All parties agree that the appellant had standing at trial to attack CFAO 20-53, since it could still have been applied so as to preclude his participation in a peacekeeping operation (if there was one) on the ground of his religion. The passage of time, however, has changed this situation. CFAO 20-53 no longer exists. It was expressly superceded on December 9, 1999 by Canadian Forces General Message (CANFORGEN) 113/99, which sets out a general policy regarding the employment of members within the Canadian Forces, not confined to peacekeeping.

[20] The appellant and the interveners argue that CANFORGEN 113/99 carries forward the policy articulated in the former CFAO 20-53. As such, they say, an inquiry into the constitutionality of the CFAO is not moot, since a finding that it was unconstitutional would have an impact on the respondents' authority to apply the current policy.

[21] In *Borowski v. Canada (Attorney General)*,<sup>6</sup> the Supreme Court set out a two-step approach to the doctrine of mootness. First, it is necessary to determine whether there is a "live controversy"—a "tangible and concrete dispute," such that the issues before the Court have not become academic. If there is no such live controversy, the issues are moot. Nevertheless, at the second stage of the test, the Court may choose to exercise its discretion to address a moot

1991. De même, les politiques de présélection énoncées dans les directives du sous-chef d'état-major de la Défense qui ont été remplacées au moment où l'O AFC 20-53 a été promulguée, traitaient toutes expressément des opérations de maintien de la paix et elles ne s'appliquaient donc pas à la mise en candidature de l'appellant. De fait, la preuve fournie par les décideurs en l'espèce démontre clairement qu'ils n'ont aucunement tenté d'appliquer une politique officielle de présélection. L'appellant et les intimés concèdent la chose. Néanmoins, l'appellant et les intervenants soutiennent que la Cour devrait entendre et régler la contestation constitutionnelle de l'O AFC 20-53.

[19] Toutes les parties conviennent que l'appellant avait qualité pour agir à l'instruction en vue de contester l'O AFC 20-53, puisque celle-ci aurait néanmoins pu s'appliquer de façon à l'empêcher de participer à une opération de maintien de la paix (le cas échéant) en raison de sa religion. Toutefois, la situation a changé avec le temps. L'O AFC 20-53 n'existe plus. Elle a expressément été remplacée le 9 décembre 1999 par le Message général des Forces canadiennes (CANFORGEN) 113/99, qui énonce une politique générale au sujet de l'affectation de membres au sein des Forces canadiennes, cette politique n'étant pas limitée au maintien de la paix.

[20] L'appellant et les intervenants soutiennent que le CANFORGEN 113/99 reprend la politique énoncée dans l'ancienne O AFC 20-53. Cela étant, disent-ils, une enquête sur la constitutionnalité de l'O AFC n'a pas simplement un intérêt théorique, étant donné qu'une conclusion selon laquelle cette ordonnance administrative était inconstitutionnelle aurait un effet sur le pouvoir que possèdent les intimés en vue d'appliquer la politique actuelle.

[21] Dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*<sup>6</sup>, la Cour suprême a énoncé une approche en deux temps en ce qui concerne la doctrine relative au caractère théorique. En premier lieu, il faut déterminer s'il existe un «litige actuel»—un «différend concret et tangible», de sorte que les questions dont la Cour est saisie ne sont pas devenues des questions purement théoriques. En l'absence de pareil litige actuel, les questions n'ont plus qu'un intérêt théorique. Néan-

issue if the circumstances warrant.<sup>7</sup>

[22] In my opinion, the constitutionality of CFAO 20-53 is a moot issue. The policy is no longer in effect. The policy that superceded it, CANFORGEN 113/99 (which did not come into force until more than one year after the trial judgment was released), contains different wording than CFAO 20-53 and would have to be evaluated on its own merits.

[23] Thus, I must move on to the second part of the test set out in *Borowski* and decide whether this Court should exercise its discretion to address the moot issue. In doing so, reference must be made to the various rationales for the existence of the mootness doctrine—the requirement of an adversarial context, such that the issue can be well and fully argued by parties who have a stake in the outcome; the need to ration scarce judicial resources; and the Court’s awareness of its proper role in the law-making process.<sup>8</sup>

[24] In my opinion, the key considerations in this case are the first and third rationales. There is no doubt that the parties at trial argued their positions with respect to the constitutionality of CFAO 20-53 zealously. Thus, this Court has before it a complete record related to that policy. However, it is clear that any finding with respect to CFAO 20-53 could impact only that policy. Given the difference in wording between the two policy statements, it is impossible for this Court to conduct a proper and complete Charter analysis of the CANFORGEN 113/99 policy. The record contains no evidence showing how that policy has been or is being applied. Furthermore, even if a *prima facie* breach of section 15 were established, the respondents have not been provided with the opportunity to lead evidence relevant to the justification of any limitation of Charter rights. At trial, the respondents did lead considerable section 1 evidence with respect to CFAO 20-53. However, because it did not

moins, à la seconde étape de l’analyse, la Cour peut décider d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner une question théorique si les circonstances le justifient<sup>7</sup>.

[22] À mon avis, la constitutionnalité de l’O AFC 20-53 est une question théorique. La politique ne s’applique plus. La politique qui l’a remplacée, CANFORGEN 113/99 (qui n’est entrée en vigueur qu’au moins un an après le prononcé du jugement de première instance) est libellée en des termes différents et devrait être appréciée selon les faits qui lui sont propres.

[23] Je dois donc passer à l’examen de la deuxième partie du critère énoncé dans l’arrêt *Borowski* et déterminer si la présente Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire en vue d’examiner la question théorique. Ce faisant, il faut faire mention des diverses raisons d’être justifiant l’existence de la doctrine du caractère théorique—l’exigence voulant qu’il y ait un débat contradictoire, de sorte que les parties ayant un intérêt dans l’issue du litige en débattent complètement tous les aspects; la nécessité de rationner des ressources judiciaires limitées; et la nécessité pour la Cour de prendre en considération sa fonction véritable dans l’élaboration du droit<sup>8</sup>.

[24] À mon avis, les premier et troisième motifs constituent les principales considérations en l’espèce. Il est certain que les parties à l’instruction ont défendu avec ferveur leur position en ce qui concerne la constitutionnalité de l’O AFC 20-53. Par conséquent, la présente Cour dispose d’un dossier complet au sujet de cette politique. Toutefois, il est clair que toute conclusion relative à l’O AFC 20-53 pourrait influencer uniquement sur cette politique. Étant donné la différence entre le libellé des deux énoncés de politique, la Cour ne peut pas effectuer une analyse appropriée complète fondée sur la Charte de la politique énoncée dans le CANFORGEN 113/99. Le dossier ne renferme aucun élément de preuve établissant les modalités d’application passées et présentes de cette politique. En outre, même si la violation de l’article 15 était établie *prima facie*, les intimés n’ont pas eu la possibilité de présenter une preuve au sujet de la question de la justification des restrictions apportées aux droits

exist at that time, they could not have done so with respect to CANFORGEN 113/99. During the hearing, they indicated that if the current policy were to be subjected to constitutional scrutiny, they would wish to have the opportunity to lead additional evidence related to it.

[25] In asking this Court to make declarations and issue injunctions relating to the factors that the respondents can consider in making future employment decisions pursuant to CANFORGEN 113/99, the appellant and the interveners are asking this Court to interfere with the respondent's policies on the basis of an unavoidably incomplete evidentiary record. In my view, we should decline to do so. I do not accept the submission made by counsel on behalf of B'nai Brith that if CANFORGEN 113/99 infringes section 15, it is incapable of being saved by section 1 under any possible circumstances.

### Issue 2: The Appellant's Equality Rights

[26] Section 15 of the Charter deals with a person's equality rights with respect to the "law". However, it is now well established that this term should not be given such a narrow meaning as to deprive individuals of protection from discrimination on the part of government actors. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*,<sup>9</sup> the Supreme Court of Canada held that the Charter is applicable to administrative decisions made pursuant to statutory authority. Lamer J., as he then was, dissented in the result but wrote for a panel that was unanimous on this point:

As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1. Although this Court must not add anything to legislation

garantis par la Charte. À l'instruction, les intimés ont soumis une preuve abondante fondée sur l'article premier à l'égard de l'O AFC 20-53. Toutefois, ils n'auraient pas pu le faire à l'égard du CANFORGEN 113/99, puisqu'il n'existait pas à ce moment-là. Au cours de l'audience, ils ont indiqué que, si la politique actuelle devait être assujettie à un examen constitutionnel, ils voudraient avoir la possibilité de fournir une preuve additionnelle à ce sujet.

[25] En demandant à la présente Cour de rendre des jugements déclaratoires et des injonctions au sujet des facteurs dont les intimés peuvent tenir compte dans l'avenir en prenant des décisions en matière d'affectation conformément au CANFORGEN 113/99, l'appellant et les intervenants demandent à la Cour de modifier les politiques de l'intimé en se fondant sur un dossier inévitablement incomplet sur le plan de la preuve. À mon avis, nous devrions refuser de le faire. Je ne retiens pas l'argument de l'avocat de B'nai Brith selon lequel, si le CANFORGEN 113/99 porte atteinte à l'article 15, il ne peut pas être protégé par l'article premier, et ce, quelles que soient les circonstances.

### Deuxième question: le droit à l'égalité de l'appelant

[26] L'article 15 de la Charte porte sur le droit à l'égalité d'une personne à l'égard de la «loi». Toutefois, il est maintenant bien établi que ce mot ne devrait pas être interprété d'une façon si stricte qu'il empêche une personne d'être protégée contre les actes discriminatoires d'acteurs de l'État. Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*<sup>9</sup>, la Cour suprême du Canada a statué que la Charte s'applique aux décisions administratives qui sont prises en vertu d'un pouvoir prévu par la loi. Le juge Lamer (tel était alors son titre) était dissident quant au résultat, mais il a rédigé des motifs au nom de la formation, qui était unanime sur ce point:

La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la

or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*, and he exceeds his jurisdiction if he does so.<sup>10</sup>

[27] In the more recent case of *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*,<sup>11</sup> the Supreme Court unanimously applied this approach to find that a decision made under a delegated statutory authority was contrary to section 15.

[28] In the case at bar, there was no selection policy to apply to the appellant's nomination and circumstances. However, the impugned decision was made under delegated statutory authority. The *National Defence Act*,<sup>12</sup> charges the CDS with the control and administration of all of the Canadian Forces:

18. (1) The Governor in Council may appoint an officer to be the Chief of the Defence Staff, who shall hold such rank as the Governor in Council may prescribe and who shall, subject to the regulations and under the direction of the Minister, be charged with the control and administration of the Canadian Forces.

(2) Unless the Governor in Council otherwise directs, all orders and instructions to the Canadian Forces that are required to give effect to the decisions and to carry out the directions of the Government of Canada or the Minister shall be issued by or through the Chief of the Defence Staff.

[29] The *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1994 Revision) provide a basis for the CDS's delegation of his authority to various officers. Thus, in this case, all of the officers involved in the process of considering the appellant's nomination were acting pursuant to the CDS's statutory authority to control and administer the Canadian Forces. As such, the decision to not appoint him to the EA position is subject to scrutiny under section 15 of the *Charter*.

déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doit pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait<sup>10</sup>.

[27] Dans l'arrêt plus récent *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*<sup>11</sup>, la Cour suprême a appliqué à l'unanimité cette approche en vue de conclure qu'une décision prise en vertu d'un pouvoir délégué prévu par la loi allait à l'encontre de l'article 15.

[28] En l'espèce, il n'y avait pas de politique de sélection à appliquer à la mise en candidature de l'appelant et aux circonstances. Toutefois, la décision contestée a été prise en vertu d'un pouvoir délégué prévu par la loi. En vertu de la *Loi sur la défense nationale*<sup>12</sup>, le CEMD assure la direction et la gestion des Forces canadiennes:

18. (1) Le gouverneur en conseil peut élever au poste de chef d'état-major de la défense un officier dont il fixe le grade. Sous l'autorité du ministre et sous réserve des règlements, cet officier assure la direction et la gestion des Forces canadiennes.

(2) Sauf ordre contraire du gouverneur en conseil, tous les ordres et directives adressés aux Forces canadiennes pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre émanent, directement ou indirectement, du chef d'état-major de la défense.

[29] Les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1994) servent de fondement à la délégation du pouvoir du CEMD en faveur de divers officiers. Par conséquent, en l'espèce, tous les officiers en cause dans le processus d'examen de la candidature de l'appelant agissaient conformément au pouvoir légal que possède le CEMD de diriger et de gérer les Forces canadiennes. Partant, la décision de ne pas nommer l'appelant au poste d'AA est assujettie à un examen en vertu de l'article 15 de la *Charte*.

[30] In the recent case of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>13</sup> the Supreme Court of Canada summarized the proper approach to a subsection 15(1) analysis. Iacobucci J., writing for a unanimous Court, confirmed that the onus of establishing an infringement of a Charter right rests with the person claiming the right<sup>14</sup> and outlined the following general approach:

. . . a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:

- (A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?
- (B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

- (C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?<sup>15</sup>

[31] The Trial Judge's findings of fact establish that the appellant has made out the first two elements of the test. The decision-makers who considered the appellant's nomination drew a distinction between him and other members of the Canadian Forces, and subjected him to differential treatment on the basis of a personal characteristic—his religion. The respondents did not contest these findings before us.

[32] There remains only to consider the final portion of the test: did the decision-makers' differential treatment of the appellant discriminate against him

[30] Dans l'arrêt récent *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>13</sup>, la Cour suprême du Canada a résumé la façon d'aborder l'analyse relative au paragraphe 15(1). Le juge Iacobucci, au nom de la Cour à l'unanimité, a confirmé que le fardeau de démontrer qu'il y a eu atteinte à un droit protégé par la Charte incombe à la personne qui invoque ce droit<sup>14</sup>; il a résumé l'approche générale comme suit:

[. . .], le tribunal ayant à se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions:

- (A) La loi contestée: a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?
- (B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

- (C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération<sup>15</sup>?

[31] Les conclusions de fait que le juge de première instance a tirées établissent que l'appellant a prouvé les deux premiers éléments du critère. Les décideurs qui examinaient la candidature de l'appellant ont fait une distinction entre celui-ci et les autres membres des Forces canadiennes, et l'ont assujéti à un traitement différent en raison d'une caractéristique personnelle—sa religion. Les intimés n'ont pas contesté ces conclusions devant nous.

[32] Il reste uniquement à examiner la dernière partie du critère: le traitement différent infligé par les décideurs constituait-il de la discrimination à l'endroit

within the meaning of section 15? In answering this question, the Court must bear in mind the purposes of the equality protection. These purposes were articulated by La Forest J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*<sup>16</sup> in a passage referred to by Iacobucci J. in *Law*:

... La Forest J. . . . stated that the equality guarantee was designed to prevent the imposition of differential treatment that was likely to "inhibit the sense of those who are discriminated against that Canadian society is not free or democratic as far as they are concerned", and that was likely to decrease their "confidence that they can freely and without obstruction by the state pursue their and their families' hopes and expectations of vocational and personal development".<sup>17</sup>

The inquiry into whether a person's dignity has been demeaned must be both subjective and objective, with the objective analysis considered from the perspective of a person in circumstances similar to those of the claimant.<sup>18</sup>

[33] In my opinion, the differential treatment of the appellant's nomination amounted to discrimination in the constitutional sense. The appellant testified that he had joined the Naval Reserve, in part:

... to do some national service and work with other Canadians from across Canada. I'm proud to be a Canadian citizen and Canada's been good to me and my family, and I wanted to give something back.

[34] Through his seven years of training and professional development, the appellant acquired skills and knowledge that qualified him for the EA position for which he was nominated. However, by their actions, the decision-makers at Maritime Command and National Defence Headquarters denied the appellant the opportunity for professional and personal development that was presented by the position. He was also denied the benefit of applying his skills and knowledge in order to serve his country and the United Nations in an operational theatre.

[35] There can be no doubt that the decision had a profound impact upon the appellant's human dignity,

de l'appellant au sens de l'article 15? En répondant à cette question, la Cour doit songer aux buts de la protection de l'égalité. Ces buts ont été énoncés par le juge La Forest dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>16</sup> dans un passage que le juge Iacobucci a cité dans l'arrêt *Law*:

[. . .], le juge La Forest [. . .] a dit que la garantie d'égalité visait à empêcher l'imposition d'une différence de traitement susceptible de [TRADUCTION] «laisser croire à ceux qui sont victimes de discrimination que la société canadienne n'est pas libre et démocratique» et de les pousser à ne pas [TRADUCTION] «croire qu'[ils] peuvent librement et sans entrave de la part de l'État poursuivre la réalisation de leurs aspirations et attentes, ainsi que de celles de leur famille, en matière de carrière et d'épanouissement personnel»<sup>17</sup>.

L'enquête se rapportant à la question de savoir s'il a été porté atteinte à la dignité d'une personne doit être à la fois subjective et objective, l'analyse objective devant être considérée du point de vue d'une personne qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur<sup>18</sup>.

[33] À mon avis, la différence de traitement dont l'appellant a fait l'objet en ce qui concerne sa mise en candidature constituait de la discrimination au sens constitutionnel du terme. L'appellant a témoigné qu'il s'était enrôlé dans la Réserve navale, en partie pour les motifs suivants:

[TRADUCTION] [. . .] pour assurer un service national et travailler avec d'autres Canadiens venant d'ici et là au Canada; je suis fier d'être un citoyen canadien et le Canada a été bon pour moi et pour ma famille, et je voulais faire la même chose.

[34] Au cours de ses sept années de formation et de développement professionnel, l'appellant a acquis des compétences et des connaissances qui l'ont qualifié au poste d'AA pour lequel il avait été désigné. Toutefois, par leurs actions, les décideurs au Commandement maritime et au quartier général de la Défense nationale ont refusé à l'appellant la possibilité de bénéficier du perfectionnement professionnel et personnel qu'offrait le poste. L'appellant s'est également vu refuser l'avantage d'appliquer ses compétences et ses connaissances afin de servir son pays et les Nations Unies dans un théâtre d'opérations.

[35] Il est certain que la décision avait des répercussions profondes sur la dignité humaine de l'appellant,



the very thing that subsection 15(1) is meant to protect. The appellant testified that:

. . . up until that very point I thought that things were unlimited for me . . . and all of a sudden I found out that the really good jobs just weren't going to be open to me because I'm Jewish, because although I was good enough to join the forces and good enough to do jobs in Canada, I just wasn't Canadian enough to send overseas. . . I wasn't a good representative of my country.

. . .

I was upset that I'd been selected for a job by the Navy and at the time and at that place I was the best person for the job . . . but I [*sic*] was then overturned by somebody based only on hearing a German last name and checking out my religion. And so I was shattered in one way and angry in another.

[36] On the basis of this evidence, the respondents concede that the appellant's dignity was demeaned in the subjective sense. However, while arguing that the objective portion of the analysis of the appellant's dignity whether had been demeaned had not been made out, counsel for the respondents was unable to point out how this could be so. Indeed, in my opinion, any reasonable observer in similar circumstances would conclude that the manner in which the appellant was treated did demean his dignity.

[37] The record before the Court establishes that although the decision-makers allegedly felt that the appellant's religion might cause him to be less effective and less safe while carrying out his duties in an Arab state, they made little (if any) attempt to collect evidence that might validate or invalidate their concerns. There seems to have been no real consideration of the political climates of Bahrain or Saudi Arabia or the manner in which a Jewish Canadian officer might be perceived by military officials or citizens of those countries. In fact, one of the staff officers conducting an "appreciation" of the situation admitted to not having been aware of the politics of the region. No efforts were made to ascertain the views of any of the states in the Persian Gulf region. No attempt was made to determine the approaches being taken by other members of the coalition who were deploying forces to the region. In fact, the evidence shows that

soit la chose même que le paragraphe 15(1) vise à protéger. L'appelant a témoigné ce qui suit:

[TRADUCTION] [. . .] jusqu'alors, je croyais que toutes les portes m'étaient ouvertes. [. . .] et tout d'un coup, j'ai découvert que les bons emplois véritables ne me seraient pas offerts parce que je suis juif, parce que, même si j'étais suffisamment compétent pour m'enrôler dans les forces et suffisamment compétent pour exercer des fonctions au Canada, je n'étais tout simplement pas suffisamment Canadien pour aller à l'étranger. [. . .] Je n'étais pas un bon représentant de mon pays.

[. . .]

J'étais mécontent de n'avoir pas été choisi par la marine pour occuper un poste; à ce moment-là et à cet endroit-là, j'étais le meilleur candidat [. . .] mais, j'ai été supplanté par quelqu'un qui a uniquement entendu un nom de famille allemand et qui a vérifié ma religion. J'étais donc d'une certaine façon bouleversé et également fâché.

[36] Compte tenu de cette preuve, les intimés concèdent qu'il a été porté atteinte à la dignité de l'appelant au sens subjectif du terme. Toutefois, tout en soutenant que l'élément objectif de l'analyse de la question de savoir si la dignité de l'appelant avait été atteinte n'avait pas été prouvé, l'avocat des intimés n'a néanmoins pas pu signaler de quelle façon il pouvait en être ainsi. De fait, à mon avis, tout observateur raisonnable se trouvant dans une situation similaire conclurait que la façon dont l'appelant a été traité portait de fait atteinte à sa dignité.

[37] Le dossier dont dispose la Cour établit que même si les décideurs croyaient censément que la religion de l'appelant pourrait le rendre moins efficace et qu'il serait moins en sécurité pendant qu'il exercerait ses fonctions dans un État arabe, ils n'ont pas vraiment tenté (et ils n'ont peut-être pas tenté du tout) de recueillir des éléments de preuve tendant à valider ou à invalider leurs préoccupations. Il semble n'y avoir eu aucun examen réel du climat politique, dans l'État de Bahreïn ou en Arabie saoudite, ou de la façon dont un officier juif canadien pourrait être perçu par les autorités militaires ou par les citoyens de ces pays. De fait, l'un des officiers d'état-major qui a effectué une «appréciation» de la situation a admis ne pas avoir été au courant de la situation politique dans la région. Aucun effort n'a été fait en vue de connaître le point de vue des États de la région du Golfe persique. Aucune tentative n'a été faite pour déterminer les

the United States had more Jewish personnel in the region than the total of all Canadian forces. In short, the analysis seems to have been conducted in a factual and evidentiary vacuum.

[38] By confining whatever analysis they made to a simplistic “Jewish officer in an Arab state” model, the decision-making officers applied stereotypical thinking and based their decision upon presumed characteristics of both Jews and Arabs. This way of thinking had the effect, in essence, of imposing upon the appellant the burden of establishing that his religion would not have a detrimental impact upon either his safety or his ability to carry out his duties. It also had the effect of perpetuating the view that the appellant was a less worthy member of the Canadian Forces and, therefore, of Canadian society as a whole.

[39] Therefore, I conclude that Chief of Defence Staff, through the actions of his delegates who considered the nomination of the appellant for the position of Executive Assistant to the Commander of CFME, limited his rights to equal treatment under the law and equal benefit of the law in a discriminatory manner, contrary to section 15 of the Charter.

### Issue 3: Section 1

[40] It only remains to determine whether the limitation of the appellant’s equality rights imposed by the refusal to appoint him to the EA position because of his religion was a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. At this stage of analysis, the burden falls upon the respondents to show, on the preponderance of probabilities, that the limitation was reasonable and demonstrably justified.<sup>19</sup>

[41] In the case at bar, the respondents have failed to fulfill their burden. Their written submissions

approches adoptées par les autres membres de la coalition qui déployaient des forces dans la région. De fait, selon la preuve, les États-Unis avaient un plus grand nombre de membres juifs dans la région que toutes les forces canadiennes dans leur ensemble. Bref, l’analyse semble avoir été effectuée en l’absence de faits et d’éléments de preuve.

[38] En limitant leur analyse à un modèle simpliste, soit celui de «l’officier juif dans un État arabe», les officiers qui ont pris la décision ont appliqué des idées stéréotypées et ont fondé leur décision sur de présumées caractéristiques propres aux juifs et aux arabes. Cette conception avait essentiellement pour effet d’imposer à l’appelant la charge d’établir que sa religion ne nuirait pas à sa sécurité ou à sa capacité de s’acquitter de ses fonctions. Cela avait également pour effet de perpétuer l’idée selon laquelle l’appelant était un membre moins digne des Forces canadiennes et, par conséquent, de la société canadienne dans son ensemble.

[39] Je conclus donc que le chef d’état-major de la Défense, au moyen des actions de ses représentants qui ont examiné la candidature de l’appelant pour le poste d’adjoint administratif du commandant des FCMO, a restreint les droits à l’égalité de traitement en vertu de la loi et au même bénéfice de la loi, et ce, d’une façon discriminatoire, en violation de l’article 15 de la Charte.

### Troisième question: l’article premier

[40] Il reste uniquement à déterminer si les restrictions apportées au droit à l’égalité de l’appelant découlant du refus de nommer celui-ci au poste d’AA en raison de sa religion constituaient une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. À ce stade de l’analyse, il incombe aux intimés de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les limites étaient raisonnables et que leur justification pouvait se démontrer<sup>19</sup>.

[41] En l’espèce, les intimés ne se sont pas acquittés de l’obligation qui leur incombait. Dans leurs observa-

advanced no argument attempting to show that the impugned decision was reasonable or demonstrably justified. During the oral hearing, their counsel expressly told the Court that no such arguments would be advanced.

### Conduct of the Respondents

[42] There is one other aspect of the respondents' conduct that requires comment. Before the Trial Judge the respondents' evidence was that the appellant did not get the EA position because there was no position to fill. The respondents' pleadings were also to this effect. It appears that the respondents took the position that the decision not to send the appellant to the Gulf had nothing to do with his religion.

[43] The Trial Judge did not believe the respondents' witnesses [at paragraphs 14-15].

I am also satisfied that the evidence does not support the defendant's contention that the plaintiff did not get the position because there was no position to fill and that MARCOM was so advised some time on or about January 21, 1991. On the contrary, what the evidence demonstrates is that the extension of the current Executive Assistant's term of duty only arose after it became apparent that the defendants did not want to send Lieutenant Liebmann because of his religion but were concerned over the implications of letting the truth be known. . . .

Furthermore, the fact that the defendants continued processing [another nominee] for the position and advised him as late as February 4, 1991 that he would be going to the Middle East, negates their contention that the decision not to replace the current Executive Assistant was made during the third week of January 1991. . . . Even the three people directly involved in the selection process for the position of Executive Assistant had no records or files of any kind, in spite of the plaintiff's stated intention of filing a grievance.

The conduct of the respondents described by the Trial Judge calls for the disapproval of this Court.

[44] It should go without saying that when the respondents are faced with a complaint of discrimination under section 15, the proper course of action is to face the issue squarely, make an honest assessment of

tions écrites, ils n'ont pas avancé d'arguments en vue de tenter de démontrer que la décision contestée était raisonnable ou que sa justification pouvait se démontrer. Au cours de l'audience, leur avocat a expressément dit à la Cour qu'aucun argument de ce genre ne serait invoqué.

### La conduite des intimés

[42] Il convient de faire des remarques au sujet d'un autre aspect de la conduite des intimés. En effet, selon la preuve soumise par les intimés devant le juge de première instance, l'appelant n'avait pas obtenu le poste d'AA parce qu'il n'y avait pas de poste à combler. Les plaidoiries des intimés le disaient également. Il semble que les intimés aient pris la position selon laquelle la décision de ne pas envoyer l'appelant dans le Golfe n'ait rien eu à voir avec sa religion.

[43] Le juge de première instance ne croyait pas les témoins des intimés [aux paragraphes 14 et 15]:

J'estime que la preuve ne corrobore pas la prétention des défendeurs selon laquelle le demandeur n'a pas obtenu le poste en raison du fait qu'il n'y en avait aucun à combler et que le COMMAR en avait été informé vers le 21 janvier 1991. La preuve démontre, au contraire, que la prolongation de la période d'affectation de l'adjoint administratif de l'époque est survenue seulement après qu'il soit devenu apparent que les défendeurs ne voulaient pas envoyer le lieutenant Liebmann en raison de sa religion mais qu'ils s'inquiétaient des conséquences de la vérité si elle était connue. [ . . . ]

De plus, le fait que les défendeurs aient continué leur processus [ . . . ] [à l'égard d'un autre candidat], pour le poste et qu'ils l'aient informé aussi tard que le 4 février 1991 qu'il serait envoyé au Moyen-Orient, réfute leur prétention selon laquelle la décision de ne pas remplacer l'adjoint administratif de l'époque avait été prise pendant la troisième semaine de janvier 1991 [ . . . ] Même les trois personnes directement impliquées dans le processus de sélection pour le poste d'adjoint administratif ne disposaient d'aucun dossier de quelque nature que ce soit malgré l'intention déclarée du demandeur de déposer un grief.

La présente Cour doit condamner la conduite des intimés décrite par le juge de première instance.

[44] Il va sans dire que lorsque les intimés font face à une plainte de discrimination fondée sur l'article 15, la conduite qu'il convient d'adopter consiste à faire carrément face à la question et à déterminer d'une

whether the action taken was discriminatory and if it appears to be, whether it can be justified. Pleadings, evidence and argument must then be addressed to these issues.

### Conclusion

[45] I would allow that part of the appeal dealing with the process by which the respondents considered his nomination for the EA position. The appellant is entitled to a declaration that the refusal to select him for duty with CFME because of his religion was unconstitutional, being contrary to his rights to equality under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would dismiss the other parts of the appeal.

[46] I would order the respondents to pay the appellant's costs both at trial and in this appeal.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

---

<sup>1</sup> *Charter of the United Nations*, 26 June 1945, [1945] Can. T.S. No. 7. Chapter VII, entitled "Threats to the Peace, Breaches of the Peace and Acts of Aggression", empowers the Security Council to take action aimed at "peace enforcement". This is in contrast to "peace keeping" measures taken under the authority of Chapter VI of the Charter, "Pacific Settlement of Disputes".

<sup>2</sup> At para. 5.

<sup>3</sup> *Ibid.*, at para. 16.

<sup>4</sup> *Ibid.*, at para. 26.

<sup>5</sup> Ss. 1 and 15.

<sup>6</sup> [1989] 1 S.C.R. 342.

<sup>7</sup> *Ibid.*, at p. 353.

<sup>8</sup> *Ibid.*, at pp. 358-363.

<sup>9</sup> [1989] 1 S.C.R. 1038.

<sup>10</sup> *Ibid.*, at p. 1078.

<sup>11</sup> [1997] 3 S.C.R. 624.

<sup>12</sup> R.S.C., 1985, c. N-5.

<sup>13</sup> [1999] 1 S.C.R. 497.

<sup>14</sup> *Ibid.*, at para. 81.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 197.

<sup>17</sup> *Supra*, note 13, at para. 43.

<sup>18</sup> *Ibid.*, at para. 88.

<sup>19</sup> *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136.

façon honnête si la mesure qui a été prise était discriminatoire et, si elle semblait l'être, à déterminer si sa justification peut se démontrer. Les plaidoiries, la preuve et les arguments doivent ensuite être examinés par rapport à ces questions.

### Conclusion

[45] J'accueillerais la partie de l'appel qui se rapporte au processus par lequel les intimés ont examiné la candidature de l'appelant au poste d'AA. L'appelant a droit à un jugement déclaratoire portant que le refus de le choisir pour servir dans les FCMO en raison de sa religion était inconstitutionnel étant donné que cela portait atteinte au droit à l'égalité qui lui est garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejetterais les autres parties de l'appel.

[46] J'ordonnerais aux intimés de payer les dépens de l'appelant en première instance et en appel.

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

---

<sup>1</sup> *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, [1945] R.T. Can. n° 7. Le chapitre VII, intitulé: «Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression», autorise le Conseil de sécurité à prendre des mesures à l'égard de l'«imposition de la paix». Il faut comparer cette disposition aux mesures de «maintien de la paix» qui sont prises en vertu du chapitre VI de la Charte, intitulé: «Règlement pacifique des différends».

<sup>2</sup> Au par. 5.

<sup>3</sup> *Ibid.*, au par. 16.

<sup>4</sup> *Ibid.*, au par. 26.

<sup>5</sup> Art. 1 et 15.

<sup>6</sup> [1989] 1 R.C.S. 342.

<sup>7</sup> *Ibid.*, à la p. 353.

<sup>8</sup> *Ibid.*, aux p. 358 à 363.

<sup>9</sup> [1989] 1 R.C.S. 1038.

<sup>10</sup> *Ibid.*, aux p. 1077 et 1078.

<sup>11</sup> [1997] 3 R.C.S. 624.

<sup>12</sup> L.R.C. (1985), ch. N-5.

<sup>13</sup> [1999] 1 R.C.S. 497.

<sup>14</sup> *Ibid.*, au par. 81.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 197.

<sup>17</sup> *Supra*, note 13, au par. 43.

<sup>18</sup> *Ibid.*, au par. 88.

<sup>19</sup> *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136.

A-617-99  
2001 FCA 239

A-617-99  
2001 CAF 239

**Her Majesty the Queen (Appellant)**

v.

**David Monias (Respondent)**

**INDEXED AS: CANADA v. MONIAS (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Isaac and Evans J.J.A.—  
Winnipeg, May 22; Ottawa, July 20, 2001.

*Income Tax—Exemptions—Appeal from T.C.C. decision employment income exempt from income tax under Indian Act, s. 87(1)(b) — S. 87(1) exempting property of Indian situated on reserve from taxation — Respondent, Indian, employed by native-run Awasis Agency, established to provide social services to children, families on reserves of northern Manitoba — Chiefs electing board of directors from among themselves — Meetings held, registered office situated, respondent residing, off reserve — Respondent spending 15% of time on reserve — T.C.C. relied on nature of work performed, nature of employee, to conclude employment income situated on reserve — Preliminary observations: (1) purpose of s. 87 to protect reserve lands, Indians' personal property thereon, from erosion, so that bands able to sustain themselves on reserves as economic, social units — If all connecting factors off reserve, more difficult to link policy underlying exemption to context — (2) Application of connecting factors test requiring consideration of nature of property, type of tax — (3) As connecting factors balanced in factual matrix, example in Revenue Canada Guidelines given little weight as facts given incomplete, not identical — Appeal allowed — Application of connecting factors test — Nature of employment requiring consideration of location of employment, nature of services, surrounding circumstances — That respondent resided off reserve, performed duties off reserve, weighed against benefits to residents of reserves from respondent's services, identity of employer, importance of services to strengthening essential social fabric of reserves — But Awasis not benefiting reserves by providing consequential economic benefits for Band members on reserves because administration located elsewhere — Not consistent with purpose of s. 87 to conclude that on facts respondent's employment income situated on reserve so as to exempt it from income tax.*

**Sa Majesté la Reine (appelante)**

c.

**David Monias (intimé)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA c. MONIAS (C.A.)**

Cour d'appel, juges Strayer, Isaac et Evans, J.C.A.—  
Winnipeg, 22 mai; Ottawa, 20 juillet 2001.

*Impôt sur le revenu — Exemptions — Appel d'une décision de la C.C.I. selon laquelle le revenu d'emploi est exonéré d'impôt en vertu de l'art. 87(1)(b) de la Loi sur les Indiens — L'art. 87(1) exempte de taxation les biens d'un Indien situés sur une réserve — L'intimé est un Indien à l'emploi d'une société contrôlée par les Autochtones, l'agence Awasis, créée pour offrir des services sociaux aux enfants et aux familles dans les réserves du nord du Manitoba — Les chefs des bandes en cause élisent le conseil d'administration d'Awasis parmi eux — Les réunions se tiennent, le siège est situé et l'intimé résidait hors des réserves — L'intimé a passé 15 p. cent de son temps sur la réserve — La C.C.I. s'est fondée sur la nature du travail exécuté et sur la nature de l'employé pour conclure que le revenu d'emploi était situé sur la réserve — Observations préliminaires: 1) l'objectif qui sous-tend l'art. 87 est de protéger de toute atteinte les terres de la réserve, ainsi que les biens personnels des Indiens situés sur la réserve, afin que les bandes puissent assurer leur subsistance dans les unités économiques et sociales que sont les réserves — Si tous les facteurs de rattachement ne se trouvent plus liés à la réserve, il devient difficile de trouver un lien entre la politique qui sous-tend l'exemption et le contexte — 2) L'application du critère des facteurs de rattachement doit tenir compte de la nature des biens en cause et des types d'imposition — 3) Comme les facteurs de rattachement sont pondérés dans une matrice factuelle donnée, il serait difficile d'accorder beaucoup de poids à un exemple des Lignes directrices de Revenu Canada, alors que les faits qu'on y mentionne ne sont ni complets, ni identiques à ceux en cause ici — Appel accueilli — Application du critère des facteurs de rapprochement — Pour déterminer la nature de l'emploi, il faut tenir compte de l'emplacement de l'emploi, de la nature des services et des circonstances y afférentes — Il faut pondérer le fait que l'intimé résidait hors réserve et qu'il y exerçait ses fonctions avec les bénéfices réels que les résidents des réserves tiraient des services de l'intimé, l'identité de l'employeur et le rôle important que ces services jouaient dans le renforcement du tissu social fondamental des réserves — Mais Awasis n'offrait pas aux réserves des avantages économiques pour les membres qui*

*Native Peoples — Taxation — Appeal from T.C.C. decision respondent's employment income situated on reserve — Indian Act, s. 87(2) providing no Indian subject to taxation in respect of ownership of personal property situated on reserve — Appellant, Indian employed by Native-run agency providing social services to families on reserves in northern Manitoba — Board of directors elected by Chiefs from among themselves — Practical considerations dictating holding of board meetings off reserve — Application of connecting factors test — That respondent resided off reserve, performed duties off reserve, often at great distances from reserves, weighed against benefits to residents of reserves from respondent's services, identity of employer, importance of services to strengthening essential social fabric of reserves — Although relatively close case, inconsistent with purpose of s. 87 to conclude respondent's employment income situated on reserve so as to exempt it from income tax.*

This was one of five related appeals from the Tax Court of Canada's decision that the respondents' employment income was exempt from income tax as "the personal property of an Indian situated on a reserve" for the purpose of *Indian Act*, paragraph 87(1)(b). The reasons herein applied to the other four related appeals. The respondent is an Indian employed by the Native-run Awasis Agency of Northern Manitoba, which was established to provide social services to children and families on the reserves of northern Manitoba. The articles of incorporation of Awasis envisioned that the agency would provide its services "within the reserves," but it has not proved practicable for it to provide most of its services on the reserves. In the material years, Awasis served 25 bands. The chiefs of those bands elect the board of directors of Awasis from among themselves. All reside on reserves. They hold their 10 meetings a year at Thompson, Winnipeg or the town of The Pas. The registered office from which Awasis is administered, the payroll prepared and salary cheques issued, is in Thompson. None of the respondents resided on a reserve in the years in question. They performed some of their work on reserves. Mr. Monias spent 15% of his time on reserves. The appeals related to different taxation years, but Mr. Monias' appeal related to 1992-1993. Because of an example of the availability of the section 87 exemption given in a Revenue Canada Guideline, the Crown limited its appeals to the portion of the respondents' income that was not directly attributable to the time that they actually worked on the reserves.

*y vivent, étant donné que sa gestion est située ailleurs — On ne peut pas se fonder sur l'objectif de l'art. 87 pour arriver à la conclusion qu'au vu des faits, le revenu d'emploi de l'intimé était situé sur une réserve aux fins de l'exempter de l'impôt sur le revenu.*

*Peuples autochtones — Taxation — Appel d'une décision de la C.C.I. selon laquelle l'emploi de l'intimé était situé sur une réserve — L'art. 87(2) de la Loi sur les Indiens prévoit que nul Indien n'est assujéti à une taxation concernant la propriété d'un bien meuble situé sur une réserve — L'intimé est un Indien à l'emploi d'une société contrôlée par les Autochtones qui offre des services sociaux aux familles dans les réserves du nord du Manitoba — Les chefs des bandes en cause élisent le conseil d'administration parmi eux — Les réunions du conseil ont lieu hors des réserves pour des raisons pratiques — Application du critère des facteurs de rapprochement — Il faut pondérer le fait que l'intimé résidait hors réserve et qu'il y exerçait ses fonctions, souvent fort loin des réserves, avec les bénéfices réels que les résidents des réserves tiraient des services de l'intimé, l'identité de l'employeur et le rôle important que ces services jouaient dans le renforcement du tissu social fondamental des réserves — Même si cette affaire soulevait un cas frontière, on ne peut se fonder sur l'objectif de l'art. 87 pour arriver à la conclusion que le revenu d'emploi de l'intimé était situé sur une réserve aux fins de l'exempter de l'impôt sur le revenu.*

Il s'agissait de l'un des cinq appels connexes formés contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle le revenu d'emploi des intimés était exonéré d'impôt à titre de «biens meubles d'un Indien situés sur une réserve» aux fins de l'alinéa 87(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*. Les présents motifs s'appliquaient aux quatre autres appels connexes. L'intimé est un Indien à l'emploi d'une société contrôlée par les Autochtones, l'agence Awasis du nord du Manitoba, créée pour offrir des services sociaux aux enfants et aux familles dans les réserves du nord du Manitoba. Les lettres patentes d'Awasis portent que l'agence fournit des services «dans les réserves», mais l'expérience a démontré qu'il n'était pas pratique qu'Awasis fournisse la plupart de ses services dans les réserves. À l'époque pertinente, Awasis desservait 25 bandes. Ce sont les chefs des bandes en cause qui élisent le conseil d'administration d'Awasis parmi eux. Ils résident tous dans une réserve. Ils tiennent leurs dix réunions annuelles à Thompson, Winnipeg ou The Pas. Le siège social où la gestion d'Awasis est assurée et où la liste des employés est conservée pour établir les chèques de paye se trouve à Thompson. Aucun des intimés ne résidait dans une réserve durant les années en cause. Leurs fonctions les amenaient à l'occasion dans les réserves. M. Monias a passé 15 p. 100 de son temps dans les réserves. Les appels portaient sur des années d'imposition différentes, mais l'appel de M. Monias portait sur les années 1992 et 1993. Au vu d'un exemple quant à la possibilité de se prévaloir de l'exemption prévue à l'article 87 qui se trouve dans une ligne directrice de Revenu

*Indian Act*, subsection 87(1) provides that notwithstanding any other Act of Parliament, the personal property of an Indian situated on a reserve is exempt from taxation. Subsection 87(2) provides that no Indian is subject to taxation in respect of the ownership of such property. *Income Tax Act*, subsection 81(1) excludes from income an amount that is declared to be exempt from income by any other enactment of Parliament.

The Tax Court relied upon the nature of the work performed by the employees and the nature of the employer to conclude that the respondent's employment income was situated on a reserve.

The issue was whether the respondent's employment income was "situated on a reserve".

*Held*, the appeal(s) should be allowed.

The Court made three preliminary observations. (1) The purpose of section 87 is not to redress generally the economic disadvantages suffered by Indians but to protect reserve lands, and Indians' personal property on a reserve, from erosion, so that the bands are able to sustain themselves on the reserves as economic and social units. Thus, it is fully consistent with legislative policy to apply section 87 to income that is earned by Indians who reside on a reserve from work that is performed on a reserve. But if all the connecting factors are not located on a reserve, it becomes difficult to link the policy underlying the section 87 exemption to the factual context in which the employment income was acquired. (2) An application of the connecting factors test in the light of the policy underlying section 87 must have regard to the nature of the particular property and the type of tax in question. Application of the balancing factors test to determine whether tangible property is situated on a reserve must be treated with caution when intangible property is concerned. Further, the protection of reserve lands from erosion by tax lies closer to the core of section 87 than does the protection of items of individually owned personal property while they are situated on a reserve. Thus the purpose of the *situs* test in section 87 would seem more apposite to reserve lands than to personal property, such as employment income, which is owned by Indians individually. As to the nature of the tax, the connecting factors may not be balanced in exactly the same way for a transaction-based tax, such as sales tax, as for income tax. (3) Since the appeals must be decided by applying the *Indian Act* and the relevant case law to the facts, which involves balancing various connecting factors in a particular factual matrix, it would be difficult to attach much weight to an example in the Guidelines, where the facts given are neither complete nor identical to those herein.

Canada, la Couronne a limité ses appels à la partie du revenu d'emploi des intimés qui n'était pas directement attribuable à la période de temps où ils travaillaient dans la réserve.

Le paragraphe 87(1) de la *Loi sur les Indiens* prévoit que, nonobstant toute autre loi fédérale, les biens meubles d'un Indien situés sur une réserve sont exemptés de taxation. Le paragraphe 87(2) prévoit que nul Indien n'est assujéti à une taxation concernant la propriété d'un tel bien. Le paragraphe 81(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dit qu'une somme exonérée de l'impôt sur le revenu par toute autre loi fédérale n'est pas incluse dans le calcul du revenu.

La Cour de l'impôt s'est appuyée sur la nature des fonctions des employés et sur le type d'employeur pour conclure que le revenu d'emploi de l'intimé était situé sur une réserve.

La question en litige était de savoir si le revenu d'emploi de l'intimé était «situé sur une réserve».

*Arrêt*: les appels sont accueillis.

La Cour a présenté trois observations préliminaires. 1) L'objectif qui sous-tend l'article 87 n'est pas de remédier en général à la situation économiquement défavorable des Indiens, mais de protéger de toute atteinte les terres de la réserve, ainsi que les biens personnels des Indiens situés sur la réserve, afin que les bandes puissent assurer leur subsistance dans les unités économiques et sociales que sont les réserves. Par conséquent, il est tout à fait correct au vu de la politique législative d'appliquer l'article 87 aux revenus gagnés par les Indiens qui résident dans la réserve, dans le cadre d'un travail accompli dans la réserve. Mais si tous les facteurs de rattachement ne se trouvent plus liés à la réserve, il devient difficile de trouver un lien entre la politique qui sous-tend l'exemption prévue à l'article 87 et le contexte factuel dans lequel le revenu d'emploi en cause a été obtenu. 2) L'application du critère des facteurs de rattachement au vu de la politique qui sous-tend l'article 87 doit tenir compte de la nature des biens en cause et des types d'imposition. Une application du critère qui consiste à soupeser les facteurs de rattachement lorsqu'un bien corporel est situé sur une réserve doit être utilisée avec prudence lorsqu'il s'agit d'un bien incorporel. De plus, la protection des terres de la réserve de toute atteinte par le biais de l'impôt est plus directement visée par l'article 87 que la protection des biens personnels situés sur la réserve. Par conséquent, le critère du *situs* à l'article 87 semblerait s'appliquer plus aux terres de la réserve qu'aux biens personnels, comme le revenu d'emploi, qui sont la propriété personnelle de chaque Indien. Quant à la nature de l'impôt, les facteurs de rattachement peuvent ne pas être pondérés exactement de la même façon pour une taxe liée à une transaction, comme la taxe de vente, qu'ils le seraient pour l'impôt sur le revenu. 3) Comme les appels doivent être décidés en appliquant la *Loi sur les Indiens*, ainsi que la jurisprudence pertinente, ce qui suppose la pondération des

The determination of the issue turned on the application of the connecting factors test. (a) The weight given to a particular connecting factor depends on the facts of each case, but generally the (i) location and (ii) nature of the employment and (iii) the surrounding circumstances will be important in situating an Indian's employment income for the purpose of section 87. (i) While performance of work off reserve is an indication that the employment income is not situated on a reserve, the location of the employment is not in itself determinative. If the Minister abandoned the appeals in so far as they related to income earned while the employees were working on a reserve because he regarded location as determinative, his view of the law was incorrect. That it was impractical for the work to be performed on the reserves did not enable the Court to proceed on the basis that the employment duties had in fact been performed there. Necessity cannot locate on a reserve the performance of employment duties that were clearly performed off reserve, nor situate employment income on a reserve when the connecting factors clearly point to another location.

(ii) The principal focus of the services provided by Awasis was to support and strengthen Native families on the reserves, and to attend to the social needs of children on the reserves. But while the employees' work may have helped to maintain and enhance the quality of life on the reserves for members of the Bands living there, it did not necessarily connect the acquisition or use of their employment income to the reserves as physical locations.

(iii) As part of the totality of circumstances in which work was performed, regard was had to the fact that it was not possible to deliver on the reserves many of the services and programmes provided by the employees of Awasis, such as counselling and court services, and that many of the necessary facilities existed only off reserve.

(b) The location of the employer has been regarded as a connecting factor, but in the absence of some evidence of the scope of the employer's activities on the reserve, or some benefit flowing to a reserve from the presence of the employer, it is not likely to be given much weight. Awasis is closely linked to reserves through the residency and identity of its members and directors, as well as through the reason for its creation, funding, statutory status, objects and the nature of the services that it provides. However, the fact that Awasis does not conduct its business on a reserve and apparently provides no employment opportunities on

divers facteurs de rattachement dans une matrice factuelle donnée, il serait difficile d'accorder beaucoup de poids à un exemple des Lignes directrices, alors que les faits qu'on y mentionne ne sont ni complets, ni identiques à ceux en cause ici.

Le règlement de ce litige est lié à l'application du critère des facteurs de rattachement. a) Le poids accordé à un facteur de rattachement particulier dépend des faits de chaque affaire, mais (i) l'emplacement et (ii) la nature de l'emploi, ainsi que (iii) les circonstances y afférentes, seront généralement importants lorsqu'il s'agit de déterminer où se situe le revenu d'emploi d'un Indien aux fins de l'article 87. (i) Bien que le fait d'effectuer le travail hors des réserves soit une indication que le revenu d'emploi n'est pas situé sur une réserve, le lieu de l'emploi ne permet pas à lui seul de trancher la question. Si le ministre a abandonné les appels en ce qu'ils concernent le revenu gagné lorsque les employés travaillaient dans une réserve du fait qu'il considérait cette question comme déterminante, son interprétation de la Loi était erronée. Le fait qu'il n'était pas pratique de faire le travail dans les réserves n'autorisait pas la Cour à procéder comme si le travail avait en fait été exécuté dans la réserve. La nécessité ne peut situer dans une réserve des fonctions qui ont été clairement exécutées hors de la réserve, non plus que situer un revenu d'emploi sur une réserve lorsque les facteurs de rattachement indiquent un autre emplacement.

(ii) L'objectif principal des services qu'Awasis fournissait était de soutenir et renforcer les familles autochtones vivant dans les réserves et de s'occuper des besoins sociaux des enfants dans les réserves. Mais, bien que le travail des employés ait pu aider à maintenir ou à améliorer la qualité de vie dans la réserve pour les membres des bandes qui y vivaient, ce fait ne venait pas nécessairement rattacher l'acquisition ou l'utilisation de leur revenu d'emploi à la réalité physique des réserves.

(iii) Il a été tenu compte, dans le cadre de l'ensemble des circonstances entourant l'exécution du travail, du fait qu'il n'était pas possible de procéder dans les réserves à la prestation de plusieurs des services et programmes fournis par les employés d'Awasis, tels que les conseils psychologiques et l'accès aux tribunaux, ainsi que du fait que la plupart des installations nécessaires ne se trouvaient que hors des réserves.

b) L'emplacement de l'employeur a été considéré comme un facteur de rattachement, mais, en l'absence d'une preuve au sujet de l'importance des activités de l'employeur dans la réserve, ou d'un bénéfice pour la réserve du fait de la présence de l'employeur, il n'y avait pas lieu d'accorder beaucoup de poids à ce facteur. Awasis est liée de très près aux réserves du fait de l'identité de ses membres et administrateurs et de leur résidence, des motifs qui ont mené à sa création, de son financement, de son statut d'organisme prévu par la loi, de ses objectifs et de la nature des services qu'elle fournit. Toutefois, le fait qu'Awasis ne conduise pas



reserves, pointed to an off-reserve residency and weakened the connection between the employer and the reserves for the purpose of determining the *situs* of the respondent's employment income under paragraph 87(1)(b).

(c) Since the policy underlying section 87 is to protect the reserves as an economic unit for the members of the bands living there, the residence of employees can be a significant factor in determining the *situs* of employment income. The respondent did not reside on a reserve during the taxation years in question. But because the residency of the owner of the personal property is not part of the statutory definition of the scope of section 87, it cannot be a universal requirement.

The nature of the work performed by the respondent and the nature of the employer were closely connected with the reserves. But Awasis did not benefit the reserves by providing consequential economic benefits for Band members on the reserves, because its administration is located off reserve, albeit by necessity.

The fact that the respondent resided and performed his employment duties off reserve, often at great distances from the reserves served by Awasis, had to be weighed against the benefits to the residents of the reserves from the respondent's services, the identity of the employer and the importance of the services to strengthening the essential social fabric of the reserves. That the work from which employment income is earned benefits Indians on reserves and may be integral to maintaining the reserves as viable social units, was not in itself sufficient to situate the employment income there.

Paragraph 87(1)(b) does not exempt from income tax Indians' employment income that was not clearly earned in circumstances that link its acquisition to a reserve as an economic base. This was a relatively close case, but it would be difficult to justify a conclusion that the respondent acquired his employment income on the reserves served by Awasis, when he neither lived nor worked there. It would not be consistent with the purpose of section 87 to conclude that, on the facts of this case, the respondent's employment income was situated on a reserve so as to exempt it from income tax.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Child and Family Services Act*, C.C.S.M., c. C80.  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 81(1)(a).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 87(1)(b), 89 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 12).

ses affaires dans une réserve et, semble-t-il, n'offre pas d'emploi dans les réserves, indiquait que son emplacement était hors réserve, ce qui venait affaiblir le lien entre l'employeur et les réserves aux fins de déterminer le *situs* du revenu d'emploi de l'intimé en vertu de l'alinéa 87(1)(b).

c) Étant donné que la politique qui sous-tend l'article 87 vise à protéger les réserves en tant qu'entités économiques au bénéfice des membres de la bande qui y résident, la résidence des employés peut être un facteur significatif lorsqu'il s'agit de déterminer le *situs* du revenu d'emploi. L'intimé ne résidait pas dans une réserve durant les années d'imposition en cause. Mais la résidence du propriétaire du bien personnel ne peut être une exigence universelle, étant donné qu'elle n'est pas mentionnée dans la définition que la loi donne à la portée de l'article 87.

La nature du travail de l'intimé et la nature de l'employeur se rattachaient de près aux réserves. Mais Awasis n'offrait pas aux réserves des avantages économiques pour les membres qui y vivent, étant donné que sa gestion est située hors réserve, même si elle ne peut faire autrement.

Il faut pondérer le fait que l'intimé résidait hors réserve et qu'il y exerçait ses fonctions, souvent fort loin des réserves auxquelles Awasis offrait ses services, avec les bénéfices réels que les résidents des réserves tiraient des services de l'intimé, l'identité de l'employeur et le rôle important que ces services jouaient dans le renforcement du tissu social fondamental des réserves. Le fait que le travail qui donne lieu au revenu d'emploi soit au bénéfice des Indiens dans les réserves et qu'il puisse être essentiel au maintien des réserves comme groupes sociaux viables, n'était pas en soi suffisant pour situer le revenu d'emploi dans les réserves.

L'alinéa 87(1)(b) n'exempte pas de l'impôt sur le revenu le revenu d'emploi des Indiens qui n'a pas clairement été gagné dans des circonstances qui lient son acquisition à une réserve en tant qu'unité économique. Cette affaire soulevait un cas frontière, mais il serait difficile de justifier une conclusion voulant que l'intimé a obtenu son revenu d'emploi dans les réserves qui sont servies par Awasis, alors qu'il n'y résidait pas et qu'il n'y travaillait pas. On ne peut se fonder sur l'objectif de l'article 87 pour arriver à la conclusion qu'au vu des faits de la présente affaire, le revenu d'emploi de l'intimé était situé sur une réserve aux fins de l'exempter de l'impôt sur le revenu.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 81(1)a).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 87(1)(b), 89 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 12).  
*Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M., ch. C80.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Shilling v. M.N.R.*, [2001] 4 F.C. 364 (C.A.); *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Bell v. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 32; (2000), 2000 DTC 6365; 256 N.R. 147 (F.C.A.); *Bell v. Canada* (1998), 98 DTC 1857 (T.C.C.).

## DISTINGUISHED:

*Canada v. Folster*, [1997] 3 F.C. 269; (1997), 148 D.L.R. (4th) 314; [1997] 3 C.T.C. 157; 97 DTC 5315; 212 N.R. 342 (C.A.); *Amos v. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 1; (1999), 99 DTC 5333 (F.C.A.); *Desnomie v. Canada* (2000), 186 D.L.R. (4th) 718; 2000 DTC 6250; 254 N.R. 58 (F.C.A.); *Recalma v. Canada* (1998), 158 D.L.R. (4th) 59; [1998] 3 C.N.L.R. 279; 98 DTC 6238; 232 N.R. 7 (F.C.A.); *McNab v. Canada*, [1992] 4 C.N.L.R. 52; [1992] 2 C.T.C. 2547 (T.C.C.).

## CONSIDERED:

*Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161; (1998), 200 N.B.R. (2d) 201; 161 D.L.R. (4th) 193; 512 A.P.R. 201; [1998] 3 C.N.L.R. 295; 98 G.T.C. 6247; 227 N.R. 92.

## REFERRED TO:

*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [2001] F.C.J. No. 725 (C.A.) (QL).

## AUTHORS CITED

Revenue Canada. *Revenue Canada Indian Act Exemptions for Employment Income Guidelines*. Ottawa: Revenue Canada, 1994.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision that the respondent's employment income during 1992-1993 was exempt from income tax as "the personal property of an Indian situated on a reserve" under *Indian Act*, paragraph 87(1)(b) (*Monias v. Canada* (1999), 99 DTC 1021 (T.C.C.)). Appeal allowed.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Shilling c. M.R.N.*, [2001] 4 C.F. 364 (C.A.); *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Bell c. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 32; (2000), 2000 DTC 6365; 256 N.R. 147 (C.A.F.); *Bell c. Canada* (1998), 98 DTC 1857 (C.C.I.).

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Canada c. Folster*, [1997] 3 C.F. 269; (1997), 148 D.L.R. (4th) 314; [1997] 3 C.T.C. 157; 97 DTC 5315; 212 N.R. 342 (C.A.); *Amos c. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 1; (1999), 99 DTC 5333 (C.A.F.); *Desnomie c. Canada* (2000), 186 D.L.R. (4th) 718; 2000 DTC 6250; 254 N.R. 58 (C.A.F.); *Recalma c. Canada* (1998), 158 D.L.R. (4th) 59; [1998] 3 C.N.L.R. 279; 98 DTC 6238; 232 N.R. 7 (C.A.F.); *McNab c. Canada*, [1992] 4 C.N.L.R. 52; [1992] 2 C.T.C. 2547 (C.C.I.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161; (1998), 200 N.B.R. (2d) 201; 161 D.L.R. (4th) 193; 512 A.P.R. 201; [1998] 3 C.N.L.R. 295; 98 G.T.C. 6247; 227 N.R. 92.

## DÉCISION CITÉE:

*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2001] A.C.F. n° 725 (C.A.) (QL).

## DOCTRINE

Revenu Canada. *Exonération du revenu réel selon la Loi sur les Indiens: lignes directrices*. Ottawa: Revenu Canada, 1994.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle le revenu d'emploi gagné par l'intimé durant les années 1992 et 1993 était exonéré d'impôt à titre de «biens meubles d'un Indien situés sur une réserve» en vertu de l'alinéa 87(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* (*Monias c. Canada* (1999), 99 DTC 1021 (C.C.I.)). Appel accueilli.

## APPEARANCES:

*Gerald L. Chartier* for appellant.  
*Cy M. Fien and Cary M. Reiss* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Fillmore Riley, Winnipeg*, for respondent.

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

EVANS J.A.:

## A. INTRODUCTION

[1] David Monias is the respondent in this appeal, and Leona St. Denis, Beverly Robinson, Walter Spence and Karen Chevillard are respondents in the four appeals closely related to it. They are all Indians employed by a Native-run corporation, the Awasis Agency of Northern Manitoba (Awasis), which was established to provide social services to children and families on the reserves of northern Manitoba.

[2] The respondents appealed to the Tax Court of Canada against their income tax assessments for the years in dispute, on the ground that their employment income was exempt from income tax as “the personal property of an Indian situated on a reserve” for the purpose of paragraph 87(1)(b) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. The Tax Court allowed the appeals: *Monias v. Canada* (1999), 99 DTC 1021 (T.C.C.).

[3] The five appeals by the Crown (A-617-99, A-616-99, A-615-99, A-618-99 and A-619-99) from the decisions of the Tax Court were heard together on common evidence, although the facts pertaining to each respondent are not identical. The appeals raise the single issue of whether the respondents’ employment income in the relevant years was, as the Tax Court held, “situated on a reserve”.

[4] The determination of this issue turns on the application of the connecting factors test established

## ONT COMPARU:

*Gerald L. Chartier* pour l’appelante.  
*Cy M. Fien et Cary M. Reiss* pour l’intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’appelante.  
*Fillmore Riley, Winnipeg*, pour l’intimé.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

## A. INTRODUCTION

[1] L’intimé dans cet appel est David Monias. Leona St. Denis, Beverly Robinson, Walter Spence et Karen Chevillard sont intimés dans les quatre appels directement liés à celui-ci. Ce sont tous des Indiens à l’emploi d’une société contrôlée par les Autochtones, l’agence Awasis du Nord du Manitoba (Awasis), créée pour offrir des services sociaux aux enfants et aux familles dans les réserves du nord du Manitoba.

[2] Les intimés se sont pourvus devant la Cour canadienne de l’impôt à l’encontre de leur cotisation d’impôt sur le revenu pour les années en cause, au motif que leur salaire était exonéré d’impôt à titre de «biens meubles d’un Indien situé sur une réserve» aux fins de l’alinéa 87(1)b) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. La Cour de l’impôt a accueilli les appels: *Monias c. Canada* (1999), 99 DTC 1021 (C.C.I.).

[3] Les cinq appels interjetés par la Couronne (A-617-99, A-616-99, A-615-99, A-618-99 et A-619-99) des décisions de la Cour de l’impôt ont été entendus en même temps sur une preuve commune, bien que la situation de fait des intimés ne soit pas identique. Les appels soulèvent une seule question, celle de savoir si le revenu d’emploi des intimés au cours des années en cause est, comme la Cour de l’impôt l’a conclu, «situé sur une réserve».

[4] Le règlement de ce litige est lié à l’application du critère des facteurs de rattachement établi par la

by the Supreme Court of Canada in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, and on its elaboration by this Court, most recently in *Shilling v. M.N.R.*, [2001] 4 F.C. 364 (C.A.). Some factors tend to connect the respondents' employment income to reserves (the nature and beneficiaries of the respondents' work and the identity of their employer), while others (the place where the services are performed and the respondents' place of residence, for instance) point to an off-reserve location.

[5] The reasons given in this appeal, in which Mr. Monias is the respondent, are applicable to the four related appeals, and a copy of these reasons will accordingly be inserted in each file.

## B. THE FACTS

[6] Awasis was incorporated in 1984 as a child caring agency under Manitoba's *Child and Family Services Act*, [C.C.S.M., c. C80] following an agreement in 1983 among the governments of Canada and Manitoba, and an organization representing the Indian chiefs of Manitoba. Awasis is funded by the federal government through the Minister of Indian Affairs and Northern Development.

[7] The origins of Awasis, and of similar organizations serving reserves in other parts of Manitoba, lie in the confusion over which level of government was responsible for providing services for children and their families on reserves, and in the unsatisfactory child welfare arrangements that had been made for reserves. Prior to 1984, the Indian agent, an employee with the Department of Indian Affairs and Northern Development, acted as a child care agency for the reserves.

[8] General by-law No. 1 of Awasis sets out its objects, which include:

(i) acting as an Indian child care agency as defined in Manitoba's child and family services legislation and, as such, performing the relevant statutory functions and carrying out such other duties as may be directed by the

Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, ainsi qu'à son élaboration par notre Cour, le plus récent arrêt étant *Shilling c. M.N.R.*, [2001] 4 C.F. 364 (C.A.). Certains facteurs viennent rattacher le revenu d'emploi des intimés aux réserves (la nature de leur travail et les personnes qui en bénéficient, ainsi que l'identité de leur employeur), alors que d'autres (par exemple le lieu où les services sont rendus et le lieu de résidence des intimés) tendraient à indiquer qu'il est situé hors de la réserve.

[5] Les motifs dans le présent appel, où M. Monias est l'intimé, s'appliquent aux quatre appels connexes. Par conséquent, une copie de ces motifs sera déposée dans chacun des dossiers.

## B. LES FAITS

[6] Awasis a été constituée en société en 1984 en vertu de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* [C.P.L.M., ch. C80] du Manitoba, suite à une entente conclue en 1983 entre les gouvernements du Canada et du Manitoba et une organisation représentant les chefs indiens du Manitoba. Awasis obtient son financement du gouvernement fédéral, par l'entremise du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

[7] Awasis, comme les organisations semblables au service des réserves dans les autres parties du Manitoba, est née de l'incertitude entourant la question de savoir quel niveau de gouvernement était responsable des services à l'enfant et à la famille dans les réserves, ainsi que de l'insatisfaction engendrée par l'aspect peu satisfaisant des arrangements visant la prestation de services à l'enfant dans les réserves. Jusqu'en 1984, c'est un agent des Indiens du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien qui faisait office d'agence de service à l'enfant dans les réserves.

[8] Le règlement général n° 1 d'Awasis énonce ses objectifs, qui comprennent notamment:

### [TRADUCTION]

(i) agir à titre d'agence d'aide à l'enfant indien au sens de la législation du Manitoba sur les services à l'enfant et à la famille et, en tant que telle, exercer les fonctions prévues dans cette législation et toute autre fonction mandatée par

Indian bands served by Awasis and communicated by the board of directors;

(ii) strengthening and unifying Indian families in general and, in particular, those living on or connected to the reserves of the bands, the chiefs of which are members of the corporation;

(iii) striving to ensure that Native children coming into its care are placed within their own communities or with other Native families in Manitoba; and

(iv) assisting in returning to their bands or families Native children who had been placed with a child care agency or family outside Manitoba.

[9] The articles of incorporation of Awasis, as well as the provincial Order in Council, envisage that the agency will provide its services “within the reserves”. However, it has not proved practicable for Awasis to provide most of its services on the reserves.

[10] The number of bands served by Awasis has fluctuated somewhat, but in the material years there were 25, spread over a large area and located in some remote places. The chiefs of the bands that Awasis serves elect the board of directors of Awasis from among themselves. All reside on reserves. Because the distances and locations involved make travel to and from many of the reserves expensive and time-consuming, and there is no suitable accommodation on most of the reserves, the board of directors of Awasis finds it practical and cost-efficient to hold its 10 meetings a year in Thompson, Winnipeg or the town of The Pas.

[11] In addition, because of the remote location of the reserves and their lack of facilities, it is not practicable to administer Awasis, or to develop new programmes and to produce materials, from a reserve. Consequently, its registered office is in Thompson, which is the largest centre of population closest to the majority of the reserves, and it is from here that Awasis is administered, the payroll is prepared and salary cheques issued.

[12] None of the respondents resided on a reserve in the years in question. Indeed, neither Ms. Chevillard,

les bandes indiennes servies par Awasis et communiquée par le conseil d’administration;

(ii) soutenir et unifier les familles indiennes en général et, en particulier, les familles indiennes qui vivent dans les réserves ou qui ont des liens avec les bandes indiennes dont les chefs sont membres de la société;

(iii) s’efforcer d’assurer le placement de tout enfant autochtone confié à la société au sein de sa propre collectivité, ou dans des familles autochtones de la province du Manitoba; et

(iv) aider tout enfant autochtone auparavant confié à une agence de services à l’enfant ou à une famille à l’extérieur du Manitoba à réintégrer sa famille ou sa bande.

[9] Les lettres patentes d’Awasis et le décret du Manitoba portent que l’agence fournit des services «dans les réserves». Toutefois, l’expérience a démontré qu’il n’était pas pratique qu’Awasis fournisse la plupart de ses services dans les réserves.

[10] Le nombre de bandes qui reçoivent les services d’Awasis a fluctué quelque peu, mais il y en avait 25 à l’époque pertinente. Ces bandes sont disséminées sur un large territoire et situées dans des endroits reculés. Ce sont les chefs des bandes en cause qui élisent le conseil d’administration d’Awasis parmi eux. Ils résident tous dans une réserve. Étant donné que les distances et les lieux en cause font que les allers-retours à partir de plusieurs des réserves sont dispendieux et prennent beaucoup de temps, et qu’il n’y a pas de locaux appropriés dans la plupart des réserves, le conseil d’administration tient ses 10 réunions annuelles à Thompson, Winnipeg ou The Pas, pour des raisons pratiques et d’économie.

[11] De plus, étant donné l’emplacement éloigné des réserves et le manque de locaux, il n’est pas pratique d’assurer la gestion d’Awasis ou l’élaboration de nouveaux programmes et la production de matériel à partir d’une réserve. Par conséquent, le siège social est à Thompson, qui est le plus grand centre de population situé le plus près de la majorité des réserves. C’est là que la gestion d’Awasis est assurée, et on y conserve la liste des employés pour établir les chèques de paye.

[12] Aucun des intimés ne résidait dans une réserve durant les années en cause. En fait, M<sup>mes</sup> Chevillard et

nor Ms. Robinson, has ever lived on a reserve. In the relevant years, four of the respondents, Mr. Monias, Mr. Spence, Ms. St. Denis and Ms. Chevillard, resided in Thompson and worked from Awasis' head office there. Mr. Monias, Mr. Spence and Ms. Chevillard did their banking in Thompson at all times material to this appeal.

[13] Mr. Monias, Mr. Spence and Ms. St. Denis performed some of their work on reserves in the years in question; Ms. Chevillard, who was Awasis' financial manager, did not. Thus, Mr. Monias, a unit supervisor and later the coordinator of Awasis' child and family services programme, spent 15% of his time on reserves. Mr. Spence, who was first a regional services worker, and later director of programmes, spent between 5% and 10% of his time on reserves. Ms. St. Denis, who performed secretarial and clerical duties, spent 75% of her time on reserves after her appointment as senior statistical officer.

[14] The fifth of the respondents, Ms. Robinson, has lived all her life in Winnipeg, where she carried out all her employment duties from Awasis' sub-office as the Winnipeg resource worker for independent bands and, later, as legal assistant to the general counsel of Awasis.

[15] The appeals relate to different but overlapping taxation years. The appeals of Mr. Spence and Ms. St. Denis relate to 1990-1993 inclusive; those of Mr. Monias and Ms. Robinson to 1992-1993; and the appeal of Ms. Chevillard to 1992.

[16] The Crown advised the Court that, because of an example of the availability of the section 87 exemption given in *Revenue Canada Indian Act Exemptions for Employment Income Guidelines*, it did not think it appropriate to pursue its appeals with respect to the portion of the respondents' employment income attributable to the time that they spent on a reserve in the performance of their employment duties. The appeals are therefore concerned only with the portion of the respondents' income that is not directly

Robinson n'ont jamais résidé dans une réserve. Au cours des périodes pertinentes, M. Monias, M. Spence, M<sup>me</sup> St. Denis et M<sup>me</sup> Chevillard résidaient à Thompson et y travaillaient au siège social d'Awasis. M. Monias, M. Spence et M<sup>me</sup> Chevillard avaient leurs comptes bancaires à Thompson durant toute l'époque en cause.

[13] Durant les années en cause, les fonctions de M. Monias, de M. Spence et de M<sup>me</sup> St. Denis les amenaient à l'occasion dans les réserves; ce n'était pas le cas de l'agent financier d'Awasis, M<sup>me</sup> Chevillard. M. Monias, un superviseur d'unité qui est par la suite devenu coordonnateur des programmes de services à l'enfant et à la famille d'Awasis, a passé 15 p. 100 de son temps dans les réserves. M. Spence, d'abord agent des services régionaux et ensuite directeur des programmes, a passé 5 à 10 p. 100 de son temps dans les réserves. M<sup>me</sup> St. Denis, qui s'occupait des fonctions cléricales et de secrétariat, a passé 75 p. 100 de son temps dans les réserves après avoir été nommée agente principale préposée aux statistiques.

[14] La cinquième intimée, M<sup>me</sup> Robinson, a toujours vécu à Winnipeg, où elle exerçait au bureau d'Awasis les fonctions de responsable des ressources à Winnipeg pour les bandes indépendantes et, plus tard, celles d'assistante juridique à la directrice des affaires juridiques d'Awasis.

[15] Les appels portent sur des années d'imposition différentes, mais qui se recoupent. Les appels de M. Spence et de M<sup>me</sup> St. Denis portent sur les années 1990 à 1993 inclusivement, ceux de M. Monias et de M<sup>me</sup> Robinson sur les années 1992 et 1993, et l'appel de M<sup>me</sup> Chevillard sur l'année 1992.

[16] La Couronne a informé la Cour qu'au vu d'un exemple quant à la possibilité de se prévaloir de l'exemption prévue à l'article 87 qui se trouve au document de Revenu Canada intitulé *Exonération du revenu selon la Loi sur les Indiens: lignes directrices*, elle ne considérait pas approprié de maintenir ses appels quant à la partie du revenu d'emploi des intimés liée au temps passé dans les réserves dans l'exécution de leurs fonctions. Par conséquent, les appels ne portent que sur la partie du revenu des

attribuable to the time that they actually worked on the reserves. However, while the Court must treat the appeals as in part abandoned, I do not necessarily adopt the view of the law on which the Minister seems to have made this concession.

## B. LEGISLATION

[17] The following statutory provisions are relevant to the disposition of this appeal.

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

87. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

(a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and

(b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property. [Underlining added.]

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

81. (1) There shall not be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year,

(a) an amount that is declared to be exempt from income tax by any other enactment of Parliament, other than an amount received or receivable by an individual that is exempt by virtue of a provision contained in a tax convention or agreement with another country that has the force of law in Canada; [Underlining added.]

## C. DECISION OF THE TAX COURT

[18] After carefully setting out the facts and the arguments of the parties, the Tax Court Judge relied on the nature of the work performed by the employees and the nature of the employer, Awasis, to conclude that the respondents' employment income was situated on a reserve. He concluded that it was not fatal to the claims that most of the services were rendered by the

intimés qui n'est pas directement attribuable à la période de temps où ils travaillaient dans la réserve. Toutefois, bien que la Cour doive aborder les appels comme ayant été abandonnés en partie, je ne me range pas nécessairement à l'interprétation du droit sur laquelle le ministre semble s'être appuyé pour faire cette concession.

## B. LA LÉGISLATION

[17] Voici les dispositions législatives pertinentes pour trancher cet appel:

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

87. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation:

a) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;

b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

(2) Nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas (1)a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens. [Soulignement ajouté.]

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.

81. (1) Ne sont pas inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition:

a) une somme exonérée de l'impôt sur le revenu par toute autre loi fédérale, autre qu'un montant reçu ou à recevoir par un particulier qui est exonéré en vertu d'une disposition d'une convention ou d'un accord fiscal conclu avec un autre pays et qui a force de loi au Canada; [Soulignement ajouté.]

## C. LA DÉCISION DE LA COUR DE L'IMPÔT

[18] Après avoir exposé de façon minutieuse les faits, ainsi que les arguments de chacune des parties, le juge de la Cour de l'impôt s'est appuyé sur la nature des fonctions des employés et sur le type d'employeur qu'est Awasis pour conclure que le revenu d'emploi des intimés était situé sur une réserve. Il a conclu que leurs réclamations ne devaient pas

employees off reserve. The core of the Tax Court Judge's reasons is found at paragraph 31, where he said:

The respective work of each of the [respondents] was performed on the instruction of an employer whose sole purpose and indeed, mandated responsibility, was to benefit Indians on their reserves. That certain of these functions could only be performed off reserve, and this includes both necessary administrative functions as well as the apprehension and provision of assistance for runaway children does not alter that fact . . . Their clients, if one may refer to them as such, are mainly served on the reserve, and the services provided are done so strictly for the improvement of life on the reserve and are not in any sense ancillary services provided to reserve residents.

[19] As for the residency of Awasis, the Tax Court Judge concluded (at paragraphs 25-26) that, since the corporation's head office, administration and board of directors' meetings were off reserve "for sound practical and financial reasons" (paragraph 26), and it was reasonable for the chiefs to meet in Thompson, the Crown's "emphasis on the 'employer's residence' test in the particular circumstances of these appeals is misplaced" (paragraph 26).

[20] Finally, the Judge doubted whether it was appropriate to extend the benefit of section 87 to the two employees, Ms. Chevillard and Ms. Robinson, who had never lived on a reserve, and might therefore be regarded as working in the "commercial mainstream" (paragraph 23). However, he concluded that, despite this doubt, when each of the employees started to work for Awasis, their situations became identical and it would be discriminatory to refuse their section 87 claim on this ground.

#### D. ANALYSIS

##### (i) Introduction

[21] It is not necessary to repeat the general principles established by the Supreme Court of Canada for

être rejetées du seul fait que la plupart des services rendus par les employés l'étaient hors des réserves. Au cœur des motifs du juge de la Cour de l'impôt, on trouve le paragraphe 31, qui est rédigé comme suit:

Le travail respectif de chaque appelant était exécuté suivant les directives d'un employeur dont l'unique objet et, de fait, la seule responsabilité, était de servir les Indiens dans leurs réserves. Que certaines de ces fonctions ne puissent être exécutées qu'à l'extérieur des réserves, et cela inclut les fonctions administratives nécessaires et celles qui consistent à appréhender les enfants fugueurs et à leur fournir de l'aide, ne change rien à ce fait [. . .] Leurs clients, si on peut les appeler ainsi, reçoivent les services principalement dans les réserves, et les services fournis sont expressément destinés à améliorer la vie dans la réserve et ne sont d'aucune manière des services accessoires fournis aux résidents des réserves.

[19] Quant à la résidence d'Awasis, le juge de la Cour de l'impôt a conclu (aux paragraphes 25 et 26) que comme le siège social de la société, sa gestion et les réunions de son conseil d'administration n'étaient pas situés dans les réserves, «pour des raisons financières et pratiques valables» (paragraphe 26), et du fait qu'il était raisonnable que les chefs se rencontrent à Thompson, l'«importance accordée par l'intimée au critère de la "résidence de l'employeur" dans les circonstances particulières de ces appels n'est pas fondée» (paragraphe 26).

[20] Finalement, le juge s'est demandé s'il était approprié d'accorder le bénéfice de l'article 87 aux deux employées qui n'avaient jamais vécu dans une réserve, M<sup>me</sup> Chevillard et M<sup>me</sup> Robinson, qui pourraient de ce fait être considérées travailler dans le «marché ordinaire» (paragraphe 33). Il a toutefois conclu malgré ce doute que, lorsque chacun des employés ont commencé à travailler pour Awasis, leurs situations sont devenues identiques, et qu'il serait discriminatoire de leur refuser le bénéfice de l'article 87 pour ce motif.

#### D. ANALYSE

##### (i) Introduction

[21] Il n'est pas nécessaire de reprendre ici les principes généraux établis par la Cour suprême du



determining the *situs* of intangible property in order to decide whether it is “situated on a reserve” for the purpose of paragraph 87(1)(b) of the *Indian Act*. This Court most recently performed this exercise in the context of employment income in *Shilling v. M.N.R.*, *supra*.

[22] However, before I turn to the application of the connecting factors test, I would make three preliminary observations. First, as La Forest J. said in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at page 131, the policy underlying section 87 is not to redress generally the economic disadvantages suffered by Indians “by ensuring that Indians may acquire, hold, and deal with property in the commercial mainstream on different terms than their fellow citizens.”

[23] Rather, like the companion provision in section 89 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 12], the more limited and specific purpose of section 87 is to protect reserve lands, and Indians’ personal property on a reserve, from erosion, so that the bands are able to sustain themselves on the reserves as economic and social units. Hence, it is fully consistent with legislative policy to apply section 87 to income that is earned by Indians who reside on a reserve from work that is performed on a reserve.

[24] However, once all the connecting factors cease to be located on a reserve, it quickly becomes difficult to link the policy underlying the section 87 exemption to the factual context in which a person acquired the employment income in question. Thus, despite the admonition of La Forest J. in *Mitchell*, *supra*, at page 133, that “it will normally be appropriate to take a fair and liberal approach to the problem whether the paramount location of . . . a chose-in-action is situated on the reserve”, to stretch the benefit of paragraph 87(1)(b) beyond its limited rationale would be likely to produce incoherent and *ad hoc* decisions.

Canada pour déterminer le *situs* de biens incorporels afin de décider s’ils sont «situés sur une réserve» aux fins de l’alinéa 87(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*. Ce travail a été fait récemment par notre Cour dans le contexte d’un revenu d’emploi, dans l’arrêt *Shilling c. M.N.R.*, précité.

[22] Toutefois, avant de traiter de l’application du critère des facteurs de rattachement, je veux présenter trois observations préliminaires. Premièrement, comme le juge La Forest l’a déclaré dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la page 131, l’objectif qui sous-tend l’article 87 n’est pas de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens «en leur assurant le pouvoir d’acquérir, de posséder et d’aliéner des biens sur le marché à des conditions différentes de celles applicables à leurs concitoyens».

[23] On doit plutôt dire qu’à l’instar de la disposition connexe qu’on trouve à l’article 89 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 12], l’objectif spécifique et plus limité de l’article 87 est de protéger de toute atteinte les terres de la réserve, ainsi que les biens personnels des Indiens situés sur la réserve, afin que les bandes puissent assurer leur subsistance dans les unités économiques et sociales que sont les réserves. Par conséquent, il est tout à fait correct au vu de la politique législative d’appliquer l’article 87 aux revenus gagnés par les Indiens qui résident dans la réserve, dans le cadre d’un travail accompli dans la réserve.

[24] Toutefois, dès que tous les facteurs de rattachement ne se trouvent plus liés à la réserve, il devient rapidement difficile de trouver un lien entre la politique qui sous-tend l’exemption prévue à l’article 87 et le contexte factuel dans lequel une personne a obtenu le revenu d’emploi en cause. Par conséquent, nonobstant le point de vue du juge La Forest exprimé dans l’arrêt *Mitchell*, précité, à la page 133, qu’«il sera normalement approprié d’aborder de façon juste et libérale la question de savoir si l’emplacement prépondérant du bien tangible [. . .] est situé sur une réserve», le fait de porter les limites du bénéfice accordé par l’alinéa 87(1)(b) au-delà du principe limité qui le sous-tend occasionnerait probablement la prise de décisions incohérentes et *ad hoc*.

[25] It is for this reason, in my view, that this Court appears to have upheld a section 87 claim in respect of employment income when its *situs* was in dispute in only two cases, *Canada v. Folster*, [1997] 3 F.C. 269 (C.A.); and *Amos v. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 1 (F.C.A.). In *Folster*, *supra*, the only factor that did not connect the employment income to the reserve was the place where the employees worked, which was then, by happenstance, just off reserve. Similarly, in *Amos*, *supra*, while the employees did not work on the reserve, part of the employer's business was conducted on contiguous reserve land that it had leased from the band with the expectation that employment opportunities for band members would be created in the business. In both *Folster*, *supra*, and *Amos*, *supra*, the employees lived on the reserve adjacent to where they worked.

[26] Second, in *Williams*, *supra*, at page 892, Gonthier J. emphasized that an application of the connecting factors test in the light of the policy underlying section 87 must have regard to the nature of the particular property and the type of tax in question. Hence, for example, an application of the balancing factors test to determine whether tangible property is situated on a reserve must be treated with caution when intangible property is concerned.

[27] Further, in my opinion, the protection of reserve lands from erosion by tax lies closer to the core of section 87 than does the protection of items of individually owned personal property while they are situated on a reserve. Reserve lands, which are communally owned by members of the bands that occupy them (*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, 2001 FCA 67; [2001] F.C.J. No. 725 (C.A.) (QL), at paragraphs 16-18), represent the Bands' economic base and are critically important to the maintenance of their cultural, spiritual and social life.

[28] I would also note in this context that in *Amos*, *supra*, at paragraph 7, Strayer J.A. concluded by saying that, because the employer had leased reserve land for the purpose of its business, the employment

[25] Selon moi, c'est pour cette raison que notre Cour semble n'avoir accepté une réclamation portant sur un revenu d'emploi en vertu de l'article 87 lorsque son *situs* était contesté que dans deux arrêts, *Canada c. Folster*, [1997] 3 C.F. 269 (C.A.); et *Amos c. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 1 (C.A.F.). Dans l'arrêt *Folster*, précité, le seul facteur qui ne rattachait pas le revenu d'emploi à la réserve était le lieu où l'employé travaillait, qui se trouvait par hasard être à proximité de la réserve. De la même façon, dans l'arrêt *Amos*, précité, bien que les employés ne travaillaient pas dans la réserve, une partie des affaires de l'employeur se traitait sur des terres de la réserve qui lui étaient cédées en location par la bande, l'objectif étant de voir se créer des emplois dans l'entreprise pour les membres de la bande. Dans ces deux arrêts, *Folster*, précité, et *Amos*, précité, les employés vivaient dans la réserve contiguë à leur lieu d'emploi.

[26] Deuxièmement, dans l'arrêt *Williams*, précité, le juge Gonthier a souligné, à la page 892, que l'application du critère des facteurs de rattachement au vu de la politique qui sous-tend l'article 87 doit tenir compte de la nature des biens en cause et des types d'imposition. Par conséquent, pour prendre en exemple, une application du critère qui consiste à soupeser les facteurs de rattachement lorsqu'un bien corporel est situé sur une réserve doit être utilisée avec prudence lorsqu'il s'agit d'un bien incorporel.

[27] De plus, selon moi, la protection des terres de la réserve de toute atteinte par le biais de l'impôt est plus directement visée par l'article 87 que la protection des biens personnels situés sur la réserve. Les terres de la réserve, qui appartiennent conjointement aux membres des bandes qui les occupent (*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2001 CAF 67; [2001] A.C.F. n° 725 (C.A.) (QL), aux paragraphes 16 à 18), constituent la base économique de la vie de la bande et elles sont essentielles au maintien de sa vie culturelle, spirituelle et sociale.

[28] Je veux aussi faire état dans ce contexte du fait que dans l'arrêt *Amos*, précité, le juge Strayer, J.C.A., a conclu au paragraphe 7 que comme l'employeur avait loué des terres de la réserve pour y conduire ses

in the business of members of the Band that had leased the land:

. . . was directly related to the realization by the Band and its members of their entitlements to the reserve land and, in accordance with the purpose of the tax exemption in section 87, the government should not be able through income taxation to erode income from such use, direct or indirect, of their land as is found in this case.

[29] Thus, Gonthier J.'s statement in *Williams*, *supra*, at page 887, that the purpose of the *situs* test in section 87 is to determine whether the Indian holds the property in question "as part of the entitlement of an Indian *qua* Indian on the reserve" would seem more apposite to reserve lands than to personal property, such as employment income, which is owned by Indians individually.

[30] As to the nature of the tax, the connecting factors may not be balanced in exactly the same way for a transaction-based tax, such as sales tax, that is focussed on a specific transaction at a single point in time, as for income tax, which is levied on money earned over a period.

[31] Third, counsel for the respondents relied on an example illustrating Guideline Four of *Revenue Canada Indian Act Exemptions for Employment Income Guidelines* to support his position. This was the provision to which counsel for the Crown had referred when he advised the Court that the appeals were not being pursued with respect to income that four of the respondents had earned for work performed while on reserves.

[32] However, these appeals must be decided by applying the *Indian Act* and the relevant case law to the particular facts of the case. Since this exercise involves weighing and balancing various connecting factors in a particular factual matrix, it is difficult to attach much weight to an example in the Guidelines, where the facts given are neither complete, nor identical with those in the present case.

affaires, les emplois occupés par les membres de la bande ayant loué les terres:

[. . .] étaient directement liés à la réalisation par la bande et ses membres de leurs droits fonciers sur les terres de la réserve; partant, le gouvernement, en conformité avec l'objectif visé par l'exemption fiscale de l'article 87, ne devrait pas être en mesure de porter atteinte, par le biais de l'impôt, au revenu tiré directement ou indirectement d'une pareille utilisation de leur terre, comme il ressort de ce cas d'espèce.

[29] Par conséquent, la déclaration du juge Gonthier dans l'arrêt *Williams*, précité, à la page 887, que le critère du *situs* à l'article 87 a pour objet de déterminer si l'Indien détient les biens en question «en vertu des droits qu'il possède à titre d'Indien sur la réserve» semblerait s'appliquer plus aux terres de la réserve qu'aux biens personnels, comme le revenu d'emploi, qui sont la propriété personnelle de chaque Indien.

[30] Quant à la nature de l'impôt, les facteurs de rattachement peuvent ne pas être pondérés exactement de la même façon pour une taxe liée à une transaction précise réalisée à un moment donné, comme la taxe de vente, qu'ils le seraient pour l'impôt sur le revenu, qui est perçu sur des sommes gagnées pendant une certaine période de temps.

[31] Troisièmement, les avocats des intimés se sont appuyés sur un exemple qui illustre la ligne directrice n° 4 du document de Revenu Canada, *Exonération du revenu selon la Loi sur les Indiens: lignes directrices*, pour étayer leur point de vue. C'est le texte auquel l'avocat de la Couronne s'est rapporté lorsqu'il a informé la Cour qu'il ne poursuivait pas les appels quant au revenu de quatre des intimés qui était lié au travail effectué dans les réserves.

[32] Toutefois, les présents appels doivent être décidés en appliquant la *Loi sur les Indiens*, ainsi que la jurisprudence pertinente, aux faits de l'affaire. Comme cet exercice suppose la pondération des divers facteurs de rattachement dans une matrice factuelle donnée, il est difficile d'accorder beaucoup de poids à un exemple des Lignes directrices, alors que les faits qu'on y mentionne ne sont ni complets, ni identiques à ceux en cause ici.

(ii) Weighing the Connecting Factors(a) Nature of employment

[33] While the weight to be assigned to particular connecting factors must always depend on the facts of each case, the location and nature of the employment, and the circumstances surrounding it, will generally be very important in situating an Indian's employment income for the purpose of section 87.

[34] Thus, in *Folster, supra*, at paragraph 27, Linden J.A. provided a compelling reason for affording particular weight to this connecting factor:

In my view, having regard for the legislative purpose of the tax exemption and the type of personal property in question, the analysis must focus on the nature of the appellant's employment and the circumstances surrounding it. The type of personal property at issue, employment income, is such that its character cannot be appreciated without reference to the circumstances in which it was earned. [Emphasis added.]

Similarly, in *Bell v. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 32 (F.C.A.), at paragraph 36, Létourneau J.A. said:

. . . the connecting factor that best indicates whether the personal property in question is within the commercial mainstream or not is the nature of the employment and the circumstances surrounding it.

This view was recently reiterated in *Shilling, supra*, at paragraphs 46-52.

[35] A consideration of this connecting factor requires the Court to examine the following aspects of the employees' work.

Location of employment

[36] The first aspect is the location of the performance of the services, or where the employee works. As a result of the Crown's decision to pursue the appeals in part only, the appeals are limited to the employment income earned by the respondents in respect of work performed off reserve.

(ii) La pondération des facteurs de rattachementa) La nature de l'emploi

[33] Bien que le poids à accorder aux facteurs de rattachement particuliers doit toujours dépendre des faits de chaque affaire, l'emplacement et la nature de l'emploi, ainsi que les circonstances y afférentes, seront généralement très importants lorsqu'il s'agit de déterminer où se situe le revenu d'emploi d'un Indien aux fins de l'article 87.

[34] Ainsi, dans l'arrêt *Folster*, précité, le juge Linden, J.C.A., au paragraphe 27, a fait état d'un motif convaincant pour accorder un poids donné à ce facteur de rattachement:

À mon avis, étant donné le but poursuivi par le législateur en créant l'exemption d'impôt et le genre de bien meuble en cause, l'analyse doit porter sur la nature de l'emploi de l'appelante et les circonstances qui s'y rapportent. Le genre de bien meuble en cause, c'est-à-dire le revenu d'emploi, est tel qu'on ne peut juger de sa nature sans se référer aux circonstances dans lesquelles il a été gagné. [Je souligne.]

De la même façon, le juge Létourneau, J.C.A., a déclaré, dans l'arrêt *Bell c. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 32 (C.A.F.), au paragraphe 36:

[. . .] le facteur de rattachement qui indique le mieux si les biens personnels en question font partie du «marché» se rapporte à la nature de l'emploi et aux circonstances y afférentes.

Ce point de vue a été réitéré récemment dans l'arrêt *Shilling*, précité, aux paragraphes 46 à 52.

[35] La prise en compte de ce facteur de rattachement exige que la Cour examine les aspects suivants du travail des employés.

L'emplacement de l'emploi

[36] Le premier aspect est le lieu où les services sont rendus, ou le lieu où l'employé travaille. Comme la Couronne a décidé de ne poursuivre ces appels qu'en partie, ils sont limités au revenu d'emploi des intimés lié au travail effectué hors des réserves.

[37] There is no doubt that the performance of work off reserve is an indication that the employment income is not situated on a reserve: *Shilling, supra*, at paragraphs 47-48. However, the location of the employment is not in itself determinative: *Bell v. Canada* (1998), 98 DTC 1857 (T.C.C.), at page 1863. If the Minister abandoned the appeals in so far as they relate to income earned while the employees were working on a reserve because he regarded location as determinative, his view of the law was in my opinion incorrect.

[38] In *Folster, supra*, the employment income was held to be situated on a reserve, even though the hospital at which the employee worked was located off reserve. Indeed, the Court allowed the appeal primarily because the trial judge had regarded the fact that the services were not actually rendered on reserve as conclusively situating the employment income off reserve.

[39] However, an assessment of *Folster, supra*, must be made in light of its very particular facts. Connecting factors other than the location of the work performed, including the residency of the employees and of the beneficiaries of their services, pointed clearly to the reserve as the *situs* of the employment income. In addition, the hospital where the employees worked, and which served the medical needs of the reserve, had originally been on the reserve, but when it was rebuilt after a fire it was the subject of a “technical relocation” (paragraph 24) just outside the boundaries of the reserve. I note, parenthetically, that the hospital is now back on the reserve.

[40] In these circumstances, and in light of the policy of section 87, it would surely have been arbitrary to have concluded that the location of the employment precluded the employment income from being situated on a reserve. Similarly, in *Amos, supra*, Strayer J.A. concluded (at paragraph 6) that it would have been “too arbitrary” to withhold the benefit of section 87 from those employees who worked in the part of the business located on leased reserve land, when those whose employment duties were performed on contiguous reserve land were entitled to it.

[37] Il n’y a pas de doute que le fait d’effectuer le travail hors des réserves est une indication que le revenu d’emploi n’est pas situé sur une réserve: *Shilling*, précité, aux paragraphes 47 et 48. Toutefois, le lieu de l’emploi ne permet pas à lui seul de trancher la question: *Bell c. Canada* (1998), 98 DTC 1857 (C.C.I.), à la page 1863. Si le ministre a abandonné les appels en ce qu’ils concernent le revenu gagné lorsque les employés travaillaient dans une réserve du fait qu’il considérait cette question comme déterminante, je suis d’avis que son interprétation de la loi est erronée.

[38] Dans l’arrêt *Folster*, précité, on a conclu que le revenu d’emploi était situé sur la réserve, même si l’hôpital où l’employé travaillait était à l’extérieur de la réserve. En fait, la Cour a accueilli l’appel principalement parce que le juge du procès avait conclu que le fait que les services n’étaient pas rendus dans la réserve était déterminant et situait le revenu d’emploi hors de la réserve.

[39] Il faut toutefois évaluer l’arrêt *Folster*, précité, au vu de ses faits très particuliers. Les facteurs de rattachement autres que le lieu où le travail est effectué, y compris le lieu de résidence des employés et des bénéficiaires de leurs services, indiquaient clairement que la réserve était le *situs* du revenu d’emploi. De plus, l’hôpital où les employés travaillaient, qui répondait aux besoins de la réserve, était à l’origine dans la réserve. Reconstitué après un incendie, il avait fait l’objet d’un «déplacement technique» (paragraphe 24) le situant dans le voisinage immédiat de la réserve. Je note en passant que l’hôpital est à nouveau dans la réserve.

[40] Dans de telles circonstances, et au vu de la politique qui sous-tend l’article 87, il aurait sûrement été arbitraire de conclure que le lieu de l’emploi faisait que le revenu d’emploi ne pouvait être situé sur la réserve. De la même façon, le juge Strayer a conclu, dans l’arrêt *Amos*, précité (au paragraphe 6), qu’il aurait été «trop arbitraire» de ne pas accorder le bénéfice de l’article 87 aux employés qui travaillaient dans le secteur de l’entreprise situé dans la partie de la réserve cédée en location, alors que ceux dont les fonctions étaient exécutées sur les terres adjacentes de la réserve y avaient droit.

[41] The facts of the present case are very different. The factors connecting the income to the reserve are not as strong: in particular, the employees do not reside on the reserve and two have no connection at all with a reserve. Moreover, many of the services are provided at a great distance from the reserves, and not just outside a reserve.

[42] That it was impracticable for the work to be performed on the reserves, as Awasis' articles of incorporation and the Order in Council seem originally to have envisaged, does not enable the Court to proceed on the basis that the employment duties had in fact been performed there. As Rothstein J.A. said in *Desnomie v. Canada* (2000), 186 D.L.R. (4th) 718 (F.C.A.), at paragraph 21:

The necessity argument in effect says that the employer, employee and place of employment would be on a reserve if that were possible and therefore the employment income should be treated as if it were located on a reserve. The difficulty with this argument is that in the circumstances of this case, it does not deal with the issue at hand, namely, whether the appellant's employment income is his property on a reserve. This is a locational, or situs determination, based upon the location of the relevant transaction. [Emphasis added.]

[43] I agree that necessity cannot locate on a reserve the performance of employment duties that were clearly performed off reserve, nor situate employment income on a reserve when the connecting factors clearly point to another location. The fact that the respondent works off reserve is a factor that tends to connect his employment income elsewhere than on a reserve.

#### Nature of employment services

[44] The nature of the services rendered by the respondent in the course of his employment connects his employment income to reserves. The principal focus of the services provided by Awasis through its employees is to support and strengthen Native families on the reserves, and, in particular, to attend to the social needs of children on the reserves. Reconnecting with their bands children in the care of Awasis, and of other child care agencies, is an important part of Awasis' mandate, and hence of its employees' work.

[41] En l'instance, les faits sont très différents. Les facteurs rattachant le revenu à la réserve ne sont pas aussi marqués: notamment, les employés ne résident pas dans la réserve et deux d'entre eux n'ont aucun lien avec une réserve. De plus, une bonne partie des services sont fournis fort loin des réserves et non juste à l'extérieur de celles-ci.

[42] Le fait qu'il n'était pas pratique de faire le travail dans les réserves, comme les lettres patentes d'Awasis et le décret semblent l'avoir prévu à l'origine, n'autorise pas la Cour à procéder comme si le travail avait en fait été exécuté dans la réserve. Comme l'a déclaré le juge Rothstein, dans l'arrêt *Desnomie c. Canada* (2000), 186 D.L.R. (4th) 718 (C.A.F.), au paragraphe 21:

En pratique dans les faits, l'argument fondé sur la nécessité veut que la résidence de l'employeur et de l'employé, comme le lieu d'emploi, seraient dans la réserve si cela était possible et que, par conséquent, le revenu d'emploi devrait être considéré comme étant situé dans la réserve. Le problème avec cet argument est qu'il n'est pas lié à la question en litige dans les circonstances de la présente affaire, soit celle de savoir si le revenu d'emploi de l'appellant est un bien situé dans une réserve. Il s'agit de déterminer un lieu, un situs, en se fondant sur le lieu des opérations pertinentes effectuées. [Je souligne.]

[43] Je conviens que la nécessité ne peut situer dans une réserve des fonctions qui ont été clairement exécutées hors de la réserve, non plus que situer un revenu d'emploi sur une réserve lorsque les facteurs de rattachement indiquent un autre emplacement. Le fait que l'intimé travaille hors de la réserve est un facteur qui tendrait à rattacher son revenu d'emploi à un endroit situé hors de la réserve.

#### La nature des services offerts

[44] La nature des services fournis par l'intimé dans le cadre de son emploi rattache son revenu d'emploi aux réserves. L'objectif principal des services qu'Awasis fournit par l'entremise de ses employés est de soutenir et renforcer les familles autochtones vivant dans les réserves et, notamment, de s'occuper des besoins sociaux des enfants dans les réserves. Une partie importante du mandat d'Awasis, et donc du travail de ses employés, consiste à remettre les enfants qui lui ont été confiés en rapport avec leurs bandes. Il

At all material times, nearly all Awasis' employees were Treaty Indians.

[45] Clearly, individuals on the reserves served by Awasis, as well as the reserves themselves viewed as social units, are, as in *Folster, supra*, the immediate beneficiaries of the employees' work. This aspect of the work performed distinguishes the present case from *Desnomie, supra*, where the students supported by the services were off reserve and there was no evidence that they were necessarily intending to return to a reserve.

[46] However, while the employees' work may help to maintain and enhance the quality of life on the reserves for members of the bands living there, it does not necessarily connect the acquisition or use of their employment income to the reserves as physical locations.

#### Surrounding circumstances

[47] In considering an employee's work as a connecting factor, the Court should not overlook the circumstances surrounding it: *Folster, supra*, at paragraph 27. This consideration ensures that, in weighing the employment factor, the Court assesses the situation as a whole. However, since necessity is relevant only as part of the context in which the services were rendered, it plays a secondary role in the analysis.

[48] Counsel submitted that the rejection of the necessity argument may have been appropriate in *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161, on which *Desnomie, supra*, relied, because the tax in question in that case, sales tax, was imposed on a particular transaction respecting tangible property. However, he argued, it is not appropriate in cases involving income tax, which is not imposed on a particular property and specific transactions, but on an intangible, the receipt of income earned over a period of time. Accordingly, in determining whether a person is entitled to an

en va ainsi des autres services aux enfants. À toutes les époques pertinentes, presque tous les employés d'Awasis étaient des Indiens inscrits.

[45] Il est clair que ce sont les personnes se trouvant dans les réserves où opère Awasis, ainsi que les réserves elles-mêmes envisagées comme des groupes sociaux, qui sont les bénéficiaires directs du travail des employés, comme c'était le cas dans l'arrêt *Folster*, précité. Cet aspect du travail permet de distinguer la présente instance de l'arrêt *Desnomie*, précité, où les étudiants qui obtenaient les services étaient hors de la réserve et aucune preuve ne venait indiquer qu'ils avaient l'intention ferme de retourner vivre dans une réserve.

[46] Toutefois, bien que le travail des employés puisse aider à maintenir ou à améliorer la qualité de vie dans la réserve pour les membres des bandes qui y vivent, ce fait ne vient pas nécessairement rattacher l'acquisition ou l'utilisation de leur revenu d'emploi à la réalité physique des réserves.

#### Les circonstances y afférentes

[47] En considérant le travail de l'employé comme un facteur de rattachement, la Cour ne peut ignorer les circonstances y afférentes: *Folster*, précité, au paragraphe 27. Ceci vient assurer qu'en pondérant le facteur de l'emploi, la Cour évalue la situation dans son ensemble. Toutefois, comme la nécessité n'est pertinente qu'en tant qu'élément du contexte dans lequel les services sont fournis, elle ne joue qu'un rôle secondaire dans l'analyse.

[48] L'avocat a soutenu que le rejet de l'argument de la nécessité était peut-être approprié dans l'arrêt *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161, sur lequel l'arrêt *Desnomie*, précité, s'appuie, étant donné que la taxe en cause, savoir la taxe de vente, portait sur une transaction donnée visant un bien corporel. Il a toutefois soutenu que cette solution n'est pas appropriée dans des affaires d'impôt sur le revenu, qui ne porte pas sur des biens corporels et des transactions spécifiques, mais sur un bien incorporel, savoir un revenu gagné sur une certaine période de

income tax exemption under section 87, the Court should take into account all the circumstances in which it was earned.

[49] On the basis of this contention, I have had regard, as part of the totality of the circumstances in which the work was performed, to the fact that it was not possible to deliver on the reserves many of the services and programmes provided by the employees of Awasis (such as counselling and court services), and that many of the necessary facilities (group homes and treatment centres, for example) only existed off reserve.

(b) Location and nature of employer

[50] The location of the employer has been regarded as a connecting factor under the analysis mandated by *Williams, supra*. However, in the absence of some evidence of the scope of the employer's activities on the reserve, or some benefit flowing to a reserve from the presence of the employer, it is not a factor to which much weight is apt to be assigned: *Shilling, supra*, at paragraph 35. In particular, an employer's location of convenience on a reserve will do little to connect the employment income to a reserve.

[51] From a corporate perspective, Awasis is located off reserve because its registered office is in Thompson, where, in addition, it is administered and its board of directors' meetings are held. However, the directing minds of the corporation, namely its members and the directors whom they elect, are all chiefs of bands residing on the reserves served by the corporation.

[52] In order to determine whether the employer tends to connect the respondent's employment income to a reserve, it is relevant to have regard to the employer's corporate objects and the circumstances in which it came into existence. The welfare of Indian children on reserves, and the strengthening of their families, closely link the employer to the well-being of the reserves.

temps. Par conséquent, afin de déterminer si une personne a droit à l'exemption de l'impôt sur le revenu en vertu de l'article 87, la Cour doit tenir compte de toutes les circonstances entourant l'acquisition du revenu.

[49] Me fondant sur cet argument, j'ai tenu compte, dans le cadre de l'ensemble des circonstances entourant l'exécution du travail, du fait qu'il n'était pas possible de procéder dans les réserves à la prestation de plusieurs des services et programmes fournis par les employés d'Awasis (les conseils psychologiques et l'accès aux tribunaux, notamment), ainsi que du fait que la plupart des installations nécessaires (foyers de groupe et centres de traitement, notamment), ne se trouvent que hors des réserves.

b) L'emplacement et la nature de l'employeur

[50] L'emplacement de l'employeur est considéré comme un facteur de rattachement dans l'analyse prévue par l'arrêt *Williams*, précité. Toutefois, en l'absence d'une preuve au sujet de l'importance des activités de l'employeur dans la réserve, ou d'un bénéfice pour la réserve du fait de la présence de l'employeur, il n'y a pas lieu d'accorder beaucoup de poids à ce facteur: *Shilling*, précité, au paragraphe 35. Notamment, le fait qu'un employeur soit installé *pro forma* dans une réserve ne contribuera pas beaucoup à rattacher le revenu d'emploi à la réserve.

[51] En tant que société, Awasis a son emplacement hors réserve étant donné que son siège social est à Thompson. C'est aussi là que la société est gérée et que se tiennent les réunions du conseil d'administration. Toutefois, les têtes dirigeantes de la société, savoir ses membres et les administrateurs qu'ils élisent, sont tous des chefs de bande qui résident dans les réserves où la société offre ses services.

[52] Afin de déterminer si l'employeur peut rattacher le revenu d'emploi de l'intimé à une réserve, il y a lieu de tenir compte des objectifs de l'employeur et des circonstances qui ont mené à sa création. Le bien-être des enfants indiens dans la réserve, ainsi que le renforcement de leurs familles, rattachent de près l'employeur au bien-être des réserves.



[53] In addition, the unique and strong connection between the employer and the reserves is also evidenced by Awasis' origin in an agreement among the provincial and federal levels of government, and the chiefs of the bands that it was created to serve, and in a provincial Order in Council entrusting to it the statutory powers and duties of a child caring agency for the reserves.

[54] Again, in my view, the fact that Awasis' centre of operation is in Thompson by virtue of the geography and poverty of the reserves that it serves is part of the circumstances surrounding the employer that it is legitimate to consider when determining the weight to be afforded to the location and nature of the employer as a connecting factor.

[55] For the purpose of the present inquiry, Awasis should be regarded as closely linked to reserves through the residency and identity of its members and directors, as well as through the reason for its creation, funding, statutory status, objects and the nature of the services that it provides. However, the fact that Awasis does not conduct its business on a reserve and hence, apparently, provides no employment opportunities on reserves, points to an off-reserve residency and hence weakens the connection between the employer and the reserves for the purpose of determining the *situs* of the respondent's employment income under paragraph 87(1)(b).

[56] I would note, again, the contrast with *Amos*, *supra*, where the employer did conduct its business on reserve land, which had been leased to it for this purpose on the understanding that employment opportunities in the business would thereby be created for members of the Band.

(c) Other connecting factors

[57] Since no other factors connected the employees with reserves, none was canvassed by counsel. I would attach virtually no significance to the location of the branches of the banks from which the employer pays salaries and at which the employees' accounts are credited. Where employees receive their employ-

[53] De plus, le lien exceptionnel et fort entre l'employeur et les réserves est aussi illustré par le fait qu'Awasis est née d'une entente entre les niveaux de gouvernements fédéral et provincial, et les chefs des bandes qu'elle devait servir, ainsi que par un décret provincial qui lui accorde les pouvoirs et responsabilités conférés par la loi à une agence de services à l'enfance dans les réserves.

[54] Encore une fois, selon moi, le fait que le centre des opérations d'Awasis soit à Thompson par suite de facteurs géographiques et de la pauvreté des réserves qu'elle sert fait partie des circonstances afférentes à l'employeur qu'il est légitime d'examiner lorsqu'il faut déterminer le poids à accorder à l'emplacement et à la nature de l'employeur comme facteur de rattachement.

[55] Dans le cadre de l'affaire présente, Awasis doit être considérée comme liée de très près aux réserves du fait de l'identité de ses membres et administrateurs et de leur résidence, des motifs qui ont mené à sa création, de son financement, de son statut d'organisme prévu par la loi, de ses objectifs et de la nature des services qu'elle fournit. Toutefois, le fait qu'Awasis ne conduise pas ses affaires dans une réserve et, semble-t-il, n'offre pas d'emploi dans les réserves, indique que son emplacement est hors réserve, ce qui vient affaiblir le lien entre l'employeur et les réserves aux fins de déterminer le *situs* du revenu d'emploi de l'intimé en vertu de l'alinéa 87(1)b).

[56] Encore une fois, je veux faire remarquer le contraste avec l'arrêt *Amos*, précité, où l'employeur faisait affaires sur les terres de la réserve, qu'on lui avait cédées en location à cette fin, l'objectif étant de voir se créer des emplois dans l'entreprise pour les membres de la bande.

c) Les autres facteurs de rattachement

[57] Étant donné qu'il n'y a pas d'autres facteurs rattachant les employés aux réserves, les avocats n'en ont pas fait état. Je n'attache à peu près pas de signification à l'emplacement des succursales bancaires où l'employeur tire les salaires et où ils sont déposés dans les comptes des employés. Là où les employés

ment income has little, if any, logical connection with the policy underlying section 87.

[58] Since the policy underlying section 87 is to protect the reserves as an economic unit for the members of the bands living there, the residency of employees can be a significant factor in determining the *situs* of employment income. In the present case, none of the respondents resided on a reserve during the taxation years in question and two had lived off reserve all their lives.

[59] However, because the residency of the owner of the personal property is not part of the statutory definition of the scope of section 87, it cannot be a universal requirement. Indeed, it may be clear from the facts that a person's tangible property is situated on a reserve, even though the person does not reside there. The fact that the property is kept on a reserve will normally deprive the owner of the benefit of using it in the commercial mainstream (*Williams, supra*, at page 887), regardless of the owner's residency. However, I would note that in *Mitchell, supra*, at page 133, La Forest J., when apparently speaking of both tangible and intangible property, related the availability of the protections provided by sections 87 and 89 to whether or not there was "a discernible nexus between the property concerned and the occupancy of reserve lands by the owner of that property." [Emphasis added.]

[60] Residency can thus be an important factor in connecting employment income to a reserve, and the fact that an employee does not live on a reserve can indicate that her or his employment income was not acquired or used on a reserve. In both *Folster, supra*, and *Amos, supra*, the employees resided on a reserve. Of course, residency is only one factor and there may be situations where it is outweighed by others, or assumes less significance. I would only add that counsel for the respondents did not deny the propriety of the Court's considering residency in the connecting factors test.

reçoivent leur revenu d'emploi n'a que peu de lien logique, sinon aucun, avec la politique qui sous-tend l'article 87.

[58] Étant donné que la politique qui sous-tend l'article 87 vise à protéger les réserves en tant qu'entités économiques au bénéfice des membres de la bande qui y résident, la résidence des employés peut être un facteur significatif lorsqu'il s'agit de déterminer le *situs* du revenu d'emploi. En l'instance, aucun des intimés ne résidait dans une réserve durant les années d'imposition en cause et deux d'entre eux n'avaient jamais résidé dans une réserve.

[59] Toutefois, la résidence du propriétaire du bien personnel ne peut être une exigence universelle, étant donné qu'elle n'est pas mentionnée dans la définition que la loi donne à la portée de l'article 87. En fait, il peut ressortir clairement des faits que les biens corporels d'une personne sont situés dans la réserve, même si cette personne n'y a pas sa résidence. Le fait que le bien soit situé dans la réserve implique normalement que son propriétaire ne peut en faire un objet de marché ordinaire (*Williams, précité*, à la page 887), quel que soit le lieu de résidence du propriétaire. Toutefois, je veux faire remarquer que dans l'arrêt *Mitchell, précité*, à la page 133, le juge La Forest, qui se réfère semble-t-il tant aux biens corporels qu'aux biens incorporels, a lié la disponibilité des protections fournies par les articles 87 et 89 à la question de savoir s'il y avait «un lien discernable entre le bien en question et l'occupation des terres réservées par le propriétaire de ce bien». [Je souligne.]

[60] Le lieu de résidence peut donc être un facteur important servant à rattacher le revenu d'emploi à une réserve, alors que le fait qu'un employé ne réside pas dans la réserve peut indiquer que son revenu d'emploi n'a pas été acquis ou utilisé dans la réserve. Dans les arrêts *Folster, précité*, et *Amos, précité*, les employés vivaient dans la réserve. Bien sûr, le lieu de résidence n'est qu'un des facteurs et il peut y avoir des situations où ce facteur est déplacé par d'autres qui ont plus de poids, ou reçoit une importance moindre. Je veux simplement ajouter que l'avocat des intimés n'a pas nié le fait que la Cour pouvait tenir compte du lieu de résidence dans le cadre du critère des facteurs de rattachement.

(iii) Striking the Balance

[61] In *Recalma v. Canada* (1998), 158 D.L.R. (4th) 59 (F.C.A.), at paragraph 10, Linden J.A. said:

Where the income is employment or salary income, the residence of the taxpayer, the type of work being performed, the place where the work was done and the nature of the benefit to the Reserve are given great weight.

[62] In my opinion, the nature of the work performed by the respondent and the nature of the employer are closely connected with the reserves. The work is intended to strengthen and maintain families on the reserves and to ensure whenever possible that resources within the community are available to provide the necessary care for children on the reserves when their parents are unable adequately to care for them.

[63] The fact that the employer, Awasis, originated in an agreement between governments and the chiefs of the bands served by Awasis and, under the control of the chiefs, performs the functions of a child caring agency for the reserves, is another factor connecting the respondent's work to the reserves. However, unlike the employer in *Amosai, supra*, Awasis does not benefit the reserves by providing consequential economic benefits for Band members on the reserves, because its administration is located off reserve, albeit by necessity.

[64] Finally, I would note that the Crown did not argue that, because the factors tended to connect the respondent's employment income with more than one reserve, they should be given less weight. This is not a case like *Desnomie, supra*, or *Shilling, supra*, where it was difficult to link the employer or beneficiaries of the services with any reserve.

[65] However, I must weigh the fact that the respondent resides and performs his employment duties off reserve, often at great distances from the reserves served by Awasis, against the undoubted benefits to

(iii) La pondération

[61] Dans l'arrêt *Recalma c. Canada* (1998), 158 D.L.R. (4th) 59 (C.A.F.), au paragraphe 10, le juge Linden, J.C.A., déclare ce qui suit:

Lorsque le revenu est tiré d'un emploi ou qu'il s'agit d'un salaire, le lieu de résidence du contribuable, le type de travail effectué, l'endroit où le travail a été effectué et la nature de l'avantage qu'en tire la réserve ont une très grande importance.

[62] Selon moi, la nature du travail de l'intimé et la nature de l'employeur se rattachent de près aux réserves. L'objectif du travail est de renforcer les familles et d'assurer leur maintien dans les réserves, ainsi que d'assurer autant que possible que les ressources de la communauté sont disponibles pour offrir les soins nécessaires aux enfants dans les réserves lorsque leurs parents ne peuvent s'en occuper de façon adéquate.

[63] Le fait que l'employeur, Awasis, a été créé par suite d'une entente entre les gouvernements et les chefs des bandes auxquelles Awasis offre ses services, ainsi que le fait que cette société est contrôlée par les chefs et a le mandat d'une agence de services à l'enfant dans les réserves, est un autre facteur venant rattacher le travail des intimés aux réserves. Toutefois, contrairement à l'employeur dans l'arrêt *Amos*, précité, Awasis n'offre pas aux réserves des avantages économiques pour les membres qui y vivent, étant donné que sa gestion est située hors réserve, même si elle ne peut faire autrement.

[64] Finalement, je veux faire remarquer que la Couronne n'a pas soutenu qu'il y avait lieu de donner moins de poids aux facteurs en cause du fait qu'ils rattachaient le revenu d'emploi de l'intimé à plus d'une réserve. Il ne s'agit pas ici d'une affaire comme celle de l'arrêt *Desnomie*, précité, ou de l'arrêt *Shilling*, précité, où il était difficile de trouver un lien entre l'employeur ou les bénéficiaires des services et une réserve.

[65] Toutefois, je dois pondérer le fait que l'intimé réside hors réserve et qu'il y exerce ses fonctions, souvent fort loin des réserves auxquelles Awasis offre ses services, avec les bénéfices réels que les résidents

the residents of the reserves from the respondent's services, the identity of the employer and the importance of the services to strengthening the essential social fabric of the reserves. The respondents in this and the related appeals live and work in Thompson and Winnipeg, the same communities as their taxpaying neighbours, Native and non-Native alike.

[66] That the work from which employment income is earned benefits Indians on reserves, and indeed may be integral to maintaining the reserves as viable social units, is not in itself sufficient to situate the employment income there. It is not the policy of paragraph 87(1)(b) to provide a tax subsidy for services provided to and for the benefit of reserves. Rather, it is to protect from erosion by taxation the property of individual Indians that they acquire, hold and use on a reserve, although in the case of an intangible, such as employment income, it is the *situs* of its acquisition that is particularly important.

[67] By enacting paragraph 87(1)(b) Parliament made an important exception to the principle that those similarly situated should be treated in the same way for tax purposes. However, the paragraph cannot be read as exempting from income tax Indians' employment income that was not clearly earned in circumstances that link its acquisition to a reserve as an economic base.

[68] No doubt this is a relatively close case. However, on my reading of the jurisprudence, the benefit of the exemption will not readily survive the fragmentation of the more important connecting factors so as to enable claimants to establish that they are earning their living on a reserve, rather than in the broader Canadian economy. In my opinion, it would be difficult to justify a conclusion that the respondent acquired his employment income on the reserves served by Awasis, when he neither lived, nor worked there.

[69] As I have attempted to explain, the facts before us are very different from those in *Folster*, *supra*, and

des réserves tirent des services de l'intimé, l'identité de l'employeur et le rôle important que ces services jouent dans le renforcement du tissu social fondamental des réserves. Les intimés dans cet appel et dans les appels connexes vivent et travaillent à Thompson et à Winnipeg, les mêmes villes où résident leurs voisins qui paient des impôts, qu'ils soient Autochtones ou non.

[66] Le fait que le travail qui donne lieu au revenu d'emploi soit au bénéfice des Indiens dans les réserves et qu'il puisse être essentiel au maintien des réserves comme groupes sociaux viables, n'est pas en soi suffisant pour situer le revenu d'emploi dans les réserves. La politique qui sous-tend l'alinéa 87(1)(b) n'a pas pour but d'offrir une subvention fiscale aux services fournis aux réserves. Il s'agit plutôt de protéger la propriété que les Indiens peuvent acquérir, conserver et utiliser dans une réserve, de toute atteinte par le biais de l'impôt, bien que dans le cas d'un bien incorporel, comme le revenu d'emploi, c'est le *situs* de son acquisition qui est particulièrement important.

[67] En édictant l'alinéa 87(1)(b), le législateur a créé une exception importante au principe qui veut que les personnes qui sont dans des situations semblables doivent être traitées de la même façon aux fins de l'impôt. Toutefois, cette disposition ne peut être interprétée comme exemptant de l'impôt sur le revenu le revenu d'emploi des Indiens qui n'a pas clairement été gagné dans des circonstances qui lient son acquisition à une réserve en tant qu'unité économique.

[68] Il est clair que la présente affaire soulève un cas frontière. Toutefois, selon mon interprétation de la jurisprudence, le bénéfice de l'exemption ne peut, au vu de la fragmentation des facteurs de rattachement les plus importants, être maintenu afin de permettre aux demandeurs d'établir qu'ils gagnent leur revenu dans une réserve, plutôt que dans l'économie canadienne en général. Selon moi, il serait difficile de justifier une conclusion voulant que l'intimé a obtenu son revenu d'emploi dans les réserves qui sont servies par Awasis, alors qu'il n'y résidait pas et qu'il n'y travaillait pas.

[69] Comme j'ai essayé de l'expliquer, les faits en l'instance sont très différents de ceux que l'on trouve

*Amos, supra*, the only cases, to the best of my knowledge, so far decided in this Court upholding a section 87 claim to exempt employment income from income tax. Further, while the facts of the present case are closer to those in *McNab v. Canada*, [1992] 4 C.N.L.R. 52 (T.C.C.), where the section 87 claim was allowed, I would note, without determining whether it was correctly decided, that the appellant in that case resided on a reserve and that some of the services were performed on a reserve.

#### E. CONCLUSIONS

[70] For the reasons that I have given, it would not be consistent with the purpose of section 87 to conclude that, on the facts of this case, the respondent's employment income is situated on a reserve so as to exempt it from income tax.

[71] Accordingly, I would allow the appeal with costs both below and on appeal, set aside the decision of the Tax Court and restore the Minister's assessment of the respondent's liability to income tax for the years in question, except in respect of that portion of his income attributable to the time that he spent on the reserves in the performance of his employment duties. This latter limitation is because the Crown partly abandoned the appeals, not because I have concluded that the portion of the respondent's employment income attributable to the work that he performed on the reserves necessarily brought it within the scope of the section 87 exemption.

STRAYER J.A.: I agree.

ISAAC J.A.: I agree.

dans l'arrêt *Folster*, précité, et l'arrêt *Amos*, précité, qui sont, au meilleur de ma connaissance, les seules affaires où notre Cour a décidé de faire droit à une réclamation visant à obtenir l'exemption d'un revenu d'emploi de l'impôt sur le revenu en vertu de l'article 87. De plus, bien que les faits de la présente affaire se rapprochent de ceux dans *McNab c. Canada*, [1992] 4 C.N.L.R. 52 (C.C.I.), où l'on a fait droit à une réclamation en vertu de l'article 87, je veux faire remarquer, sans toutefois me prononcer sur la décision elle-même, que l'appelant dans cette dernière affaire résidait dans une réserve et que certains des services étaient effectués dans une réserve.

#### E. DISPOSITIF

[70] Pour les motifs précités, on ne peut se fonder sur l'objectif de l'article 87 pour arriver à la conclusion qu'au vu des faits de la présente affaire, le revenu d'emploi de l'intimé est situé sur une réserve aux fins de l'exempter de l'impôt sur le revenu.

[71] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, avec dépens en première instance et en appel; j'annulerais la décision de la Cour de l'impôt et je rétablirais la cotisation du ministre portant sur l'impôt sur le revenu de l'intimé pour les années en cause, sauf en ce qui concerne la partie de son revenu qui est liée au temps qu'il a passé dans les réserves dans l'exercice de ses fonctions. Cette dernière disposition est liée au fait que la Couronne a abandonné ses appels en partie et non à une conclusion que j'aurais tirée que la partie du revenu d'emploi de l'intimé liée au temps qu'il a passé dans les réserves viendrait nécessairement lui donner droit au bénéfice de l'exemption prévue à l'article 87.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE ISAAC, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

T-1576-99  
T-1671-00  
2001 FCT 795

T-1576-99  
T-1671-00  
2001 CFPI 795

**Hoechst Marion Roussel Canada** (*Applicant*)

**Hoechst Marion Roussel Canada** (*demanderesse*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: HOECHST MARION ROUSSEL CANADA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: HOECHST MARION ROUSSEL CANADA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>e</sup> INST.)**

Trial Division, Aronovitch P.—Ottawa, March 13 and July 13, 2001.

Section de première instance, protonotaire Aronovitch —Ottawa, 13 mars et 13 juillet 2001.

*Practice — Parties — Standing — Motion by staff of the Patented Medicine Prices Review Board (Staff) to be added as respondent under Federal Court Rules, 1998, r. 104, to applications for judicial review of Board's dismissal of allegations of bias, breach of natural justice, lack of jurisdiction — R. 104 permitting addition of "person" who ought to have been joined or whose presence before Court necessary to ensure all matters in dispute may be completely determined — Staff submitting should have been served as respondent under r. 303(1), requiring applicant to name as respondent every person directly affected — Staff, employees who work under supervision of Board Chairperson, employed to support, serve purposes of Board, not within definition of "person" in r. 2 — Patent Act neither conferring special status on Staff nor constituting it as entity distinct from Board — Staff's standing before Board conferred by Patented Medicine Prices Review Board Rules — Latter not having statutory authority to bind Court — Federal Court of Appeal holding Staff not having legal status independent of Board in 1996 (ICN case) — ICN not overtaken by 1998 amendments to Federal Court Rules — As statutory mandate conferred on Board, Staff neither "party directly affected" nor party who "ought to have been joined" or "necessary" to have before Court — Motion dismissed.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Demande visant à obtenir que le personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le personnel du Conseil) soit constitué partie défenderesse, conformément à la règle 104 des Règles de la Cour fédérale (1998), aux demandes de contrôle judiciaire du rejet par le Conseil des allégations de partialité, de manquement aux règles de justice naturelle et de défaut de compétence — La règle 104 permet l'ajout d'une «personne» qui aurait dû être jointe ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer le règlement complet de toutes les questions en litige — Le personnel du Conseil a allégué qu'il aurait dû être désigné à titre de défendeur conformément à la règle 303(1) qui oblige le demandeur à désigner à titre de défendeur toute personne directement touchée — Le personnel du Conseil, qui est constitué d'employés qui travaillent sous la surveillance du président du Conseil et sont engagés pour appuyer les fins de l'organisme, n'est pas visé par la définition du mot «personne» à la règle 2 — La Loi sur les brevets ne confère pas de statut spécial au personnel du Conseil et ne fait pas de lui une entité distincte de l'organisme — La qualité pour agir est conférée au personnel du Conseil par les Règles du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés — Ces règles ne peuvent être considérées comme un texte législatif liant la Cour — En 1996 (arrêt ICN), la Cour d'appel fédérale a statué que le personnel du Conseil ne jouit pas d'une qualité pour agir indépendante de celle du Conseil — L'arrêt ICN n'est pas devenu chose du passé par suite des modifications apportées aux Règles de la Cour fédérale en 1998 — Étant donné qu'un mandat d'origine législative est conféré au Conseil, le personnel du Conseil n'est pas «une partie directement touchée» ni une personne qui «aurait dû être constituée comme partie» ou dont la présence «est nécessaire» devant la Cour — Demande rejetée.*

*Practice — Parties — Intervention — Motions by (1) staff of Patented Medicine Prices Review Board (Staff) and (2) Board to intervene under Federal Court Rules, 1998, r. 109*

*Pratique — Parties — Intervention — Demandes présentées 1) par le personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le personnel du Conseil) et 2) par le*

*in applications for judicial review of Board's decisions dismissing allegations of bias, breach of natural justice, lack of jurisdiction — Court may grant leave to "person" to intervene under r. 109 — (1) As Staff found to not be "person" for purposes of being added as party under r. 104, cannot be "person" for purposes of r. 109 — (2) R. 109 requiring notice of motion to describe how proposed intervener wishes to participate, how participation will assist Court in determination of factual, legal issues in proceeding — Other factors identified in case law still relevant, including ability of existing parties to adduce all relevant evidence, adequately advance proposed intervener's position — Courts disinclined to hear agencies speak to merits of own decisions, thereby allying them with one party to dispute, particularly since decision may be referred back to agency — Recent cases restricting intervention of tribunal to submissions in respect of essential jurisdiction of tribunal — Board's participation in first judicial review application would assist Court in determination of issues relating to organizational practices, Board policies — Board authorized to intervene for limited purpose of explaining roles of Chairperson, Staff in carrying out Board's mandate under governing legislation and pursuant to Board Rules, policy but only to extent such explanation not otherwise provided by Attorney General — Board not to address applicable standard of review — Leave granted to intervene in second application dealing with Board's jurisdiction — Submissions restricted to statutory jurisdiction, not already made by Attorney General — May not address standard of review.*

*Patents — Practice — Patented Medicine Prices Review Board — Applications for judicial review of Board decisions — Whether Board Staff may, of own right, have standing as party or intervener — Patent Act neither conferring special status on Staff nor constituting it as entity distinct from Board — Staff's standing before Board conferred by Board Rules lacking statutory authority, not binding Court — Board itself may intervene for limited purpose to explain policies, organizational practices as this is Court's first opportunity for considering Board's mandate, policies as related to Board's independence.*

*Conseil en vue d'intervenir, conformément à la règle 109 des Règles de la Cour fédérale (1998), dans des demandes de contrôle judiciaire relatives aux décisions par lesquelles le Conseil a rejeté des allégations de partialité, de manquement aux règles de justice naturelle et de défaut de compétence — La Cour peut autoriser une «personne» à intervenir dans une instance conformément à la règle 109 — 1) Puisque le personnel du Conseil n'est pas une «personne» aux fins de la constitution comme partie en vertu de la règle 104, il ne peut être considéré comme une «personne» aux fins de la règle 109 — 2) La règle 109 exige la présentation d'un avis de requête qui explique de quelle manière la personne désire participer à l'instance et en quoi sa participation aidera la Cour à trancher les questions de fait ou de droit de l'instance en question — D'autres facteurs que la Cour a pris en compte dans le passé demeurent pertinents, notamment la possibilité pour les parties existantes de présenter toute la preuve pertinente ou de faire valoir de façon satisfaisante la position de l'intervenant proposé — Les tribunaux se sont montrés peu enclins à accepter que des organismes plaident devant eux le bien-fondé de leurs propres décisions, appuyant de ce fait l'une des parties au litige, d'autant plus que la décision peut être renvoyée à l'organisme — Dans ses décisions récentes, la Cour a restreint le droit d'intervention d'un tribunal à la présentation d'arguments concernant la compétence essentielle dudit tribunal — La participation du Conseil au premier contrôle judiciaire aiderait la Cour à trancher les questions en litige concernant les pratiques et les politiques de l'organisme — Le Conseil est autorisé à intervenir uniquement pour expliquer le rôle de son président et de son personnel relativement à l'exécution du mandat dont il est investi en vertu de la loi habilitante ainsi que ses règles et politiques, mais seulement dans la mesure où le procureur général ne fournit pas par ailleurs ses explications — Le Conseil ne pourra pas commenter la norme d'examen applicable — Le Conseil est autorisé à intervenir dans la deuxième demande concernant sa compétence — Il est autorisé à formuler des arguments au sujet de la compétence dont il est investi par la loi, dans la mesure où le procureur général ne s'est pas déjà exprimé à ce sujet — Il n'est pas autorisé à commenter la norme d'examen applicable.*

*Brevets — Pratique — Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés — Demandes de contrôle judiciaire de décisions du Conseil — Le personnel du Conseil peut-il avoir qualité pour agir que ce soit comme partie ou comme intervenant? — La Loi sur les brevets ne confère aucun statut spécial au personnel du Conseil et ne fait pas de lui une entité distincte de l'organisme — La qualité pour agir devant le Conseil est conférée au personnel du Conseil par les Règles du Conseil qui ne peuvent être considérées comme un texte législatif liant la Cour — Le Conseil lui-même peut intervenir uniquement pour expliquer les politiques et les pratiques de l'organisme puisque c'est la première occasion pour la Cour d'examiner le mandat et les politiques du Conseil du point de vue de l'indépendance de ce dernier.*

This was a motion by the staff of the Patented Medicine Prices Review Board (Board Staff) to be added as a party respondent pursuant to *Federal Court Rules, 1998*, rule 104, or as an intervener pursuant to rule 109 in two related judicial review applications, and a motion by the Board itself to intervene. The applicant had filed a notice of motion requesting that the Board rescind its notice of hearing for the purpose of determining whether Hoechst Marion Roussel Canada (HMRC) had excessively priced its Nicoderm brand nicotine patches. In Part I of its decision, the Board dismissed HMRC's allegations of institutional bias, breach of the rules of natural justice, and lack of particularity in the notice of hearing. In Part II, the Board dismissed the remainder of the applicant's allegations, including that the Board lacked jurisdiction to inquire into HMRC's pricing as Nicoderm was not a medicine under the *Patent Act*. HMRC applied for judicial review of the Part I and II decisions.

The Board was established under the *Patent Act*. The Board Staff report directly to the Chairperson of the Board who has ultimate responsibility for supervising and directing the work of staff. The Board maintains an administrative separation of its investigative and prosecutorial functions and its adjudicative function. The Board Staff monitors and investigates the pricing of a patented medicine. After an interim stage of possible voluntary compliance, the Board Staff prepares a report regarding excessive pricing for the Chairperson, who determines whether it is in the public interest to hold a hearing, and thereafter convenes a panel of the Board members to adjudicate the matter. The panel is restricted to hearing and determination of the substantive issue. The Patented Medicine Prices Review Board Rules provide that the Board Staff may be a "party" for the purposes of Board proceedings. The Board Staff has carriage of prosecutions and presents the case for excessive pricing before a sitting panel of the Board. It retains and instructs its own counsel who presents the case on its behalf. The Board panel is advised by its own counsel. At both of the hearings which resulted in the decisions under review, the Board Staff had complete carriage of the case as the proponent of the Board's jurisdiction to issue its notice of hearing.

The Board Staff submitted that it should have been served as a respondent under *Federal Court Rules, 1998*, rule 303, which requires the applicant to name as a respondent every "person" directly affected other than a tribunal.

Il s'agit d'une demande présentée par le personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le personnel du Conseil) qui veut être ajouté comme partie défenderesse, conformément à la règle 104 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, ou comme intervenant, conformément à la règle 109, dans deux demandes de contrôle judiciaire connexes, ainsi que d'une demande présentée par le Conseil afin d'être ajouté comme intervenant. La demanderesse a déposé un avis dans lequel elle a demandé au Conseil d'annuler son avis d'audience visant à décider si Hoechst Marion Roussel Canada (HMRC) avait fixé un prix excessif à l'égard de ses timbres de nicotine Nicoderm. Dans la partie I de sa décision, le Conseil a rejeté les allégations de HMRC qui accusait l'organisme d'avoir fait preuve de partialité institutionnelle et de manquement aux règles de justice naturelle en plus d'avoir rédigé un avis d'audience imprécis. Dans la partie II de sa décision, le Conseil a rejeté les autres allégations de la demanderesse, y compris l'allégation selon laquelle il n'avait pas compétence pour faire enquête sur l'établissement du prix du produit Nicoderm étant donné qu'il ne s'agissait pas d'un médicament visé par la *Loi sur les brevets*. HMRC a demandé le contrôle judiciaire des décisions visées par la partie I et la partie II.

Le Conseil a été créé en vertu de la *Loi sur les brevets*. Le personnel du Conseil relève directement du président de celui-ci, qui est chargé de la conduite des travaux du Conseil et de la gestion de son personnel. Le Conseil maintient une distinction administrative entre ses fonctions d'enquête et de poursuite et sa fonction décisionnelle. Le personnel du Conseil surveille l'établissement du prix des médicaments brevetés et fait enquête à ce sujet. Après une étape intérimaire de conformité volontaire, le personnel du Conseil prépare un rapport au sujet du prix excessif d'un produit et le remet au président qui décide s'il est souhaitable de tenir une audience dans l'intérêt public et qui réunit ensuite un comité de membres du Conseil pour trancher la question. Le rôle du comité se limite à entendre et trancher la question de fond. Les Règles du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés prévoient que le personnel du Conseil peut être «partie» aux fins des procédures tenues devant le Conseil. C'est le personnel du Conseil qui s'occupe des poursuites et qui présente l'affaire portant sur l'établissement d'un prix excessif devant un comité du Conseil. Il instruit son propre avocat qui présente la cause en son nom. Le comité du Conseil consulte son propre conseiller juridique. Au cours des deux audiences ayant donné lieu aux décisions sous examen, le personnel du Conseil avait l'entière responsabilité de l'affaire à titre de proposant de la compétence du Conseil quant à la délivrance de l'avis d'audience de celui-ci.

Le personnel du Conseil a soutenu qu'il aurait dû être désigné à titre de défendeur conformément à la règle 303 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* qui oblige le demandeur à désigner toute «personne» directement touchée, exception faite d'un tribunal.



The issues were whether the Board Staff should have standing either as a party or as an intervener in the judicial review of the Board's decision; and whether the Board should be allowed to intervene in the review of its own decision.

*Held*, the Board Staff's application should be dismissed in its entirety and the Board's application allowed for a limited purpose.

The common threshold issue in respect of the rules invoked to vest the Board Staff with the status of either party or intervener is that the proposed entity be a "person" as defined in the *Federal Court Rules, 1998*. Rule 104 allows for the addition of "a person" who ought to have been joined or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in a proceeding may be completely determined. Similarly the Court may grant leave to a "person" to intervene in a proceeding pursuant to rule 109. Rule 2 defines "person" as including "a tribunal, an unincorporated association and a partnership". "Unincorporated association" is defined as an "organization of two or more persons . . . that operates under a common name for a common purpose or understanding". The Board Staff, constituted of employees who work under the supervision of the Chairperson of the Board and are employed to support and serve the purposes of the Board do not constitute an "unincorporated association" operating "under a common name for a common purpose and undertaking". There is a single undertaking constituted under the *Patent Act*. It is the Board. The *Patent Act* neither confers special status on the Board Staff nor constitutes it as an entity distinct from the Board. The "common name" and the standing accorded to the Board Staff in presenting cases before Board panels are conferred under the Board Rules, which are promulgated by the Board, and do not have the statutory authority to be binding in the Federal Court.

The Federal Court of Appeal has held that the Board Staff does not have a legal status independent of that of the Board in *ICN Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board)*. *ICN* has not been overtaken by the 1998 amendments to the *Federal Court Rules*. *ICN* notes the lack of statutory distinction of the Staff. It essentially addresses the failure of the operative statute to arrogate to the Board Staff an identity or a purpose distinct from that of the Board. The mandate to present and protect the public interest, to the extent that it is conferred by statute, is conferred on the Board and is the vocation of the Board. The Board Staff cannot, therefore, be a "party directly affected" in its own right pursuant to rule 303. For the same reason, the Board Staff cannot be a party who either "ought to have been joined" or "is necessary" to have before the Court within the meaning of rule 104.

Il s'agissait de déterminer si le personnel du Conseil devrait avoir qualité pour agir, que ce soit comme partie ou comme intervenant, dans le contrôle judiciaire de la décision du Conseil, et si le Conseil devrait être autorisé à intervenir à l'examen de sa propre décision.

*Jugement*: la demande du personnel du Conseil est rejetée en entier et le Conseil est autorisé à intervenir dans un but limité.

La question préliminaire à trancher dans tous les cas où une entité soutient qu'elle a qualité pour agir à titre de partie ou d'intervenant est de savoir si l'entité en question est une «personne» au sens des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. La règle 104 permet l'ajout d'une «personne» qui aurait dû être jointe ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer le règlement complet de toutes les questions en litige dans une instance. De la même façon, la Cour peut autoriser une «personne» à intervenir dans une instance conformément à la règle 109. La règle 2 prévoit que le mot «personne» s'entend notamment «d'un office fédéral, d'une association sans personnalité morale et d'une société de personnes». Elle définit une «association sans personnalité morale» de la manière suivante: «groupement . . . constitué d'au moins deux personnes qui exercent leurs activités sous un nom collectif dans un but commun ou pour une entreprise commune». Le personnel du Conseil, formé d'employés qui travaillent sous la surveillance du président du Conseil et sont engagés pour appuyer les fins de l'organisme, ne constitue pas une «association sans personnalité morale» dont les membres exercent leurs activités «sous un nom collectif dans un but commun ou pour une entreprise commune». Il existe une seule entreprise constituée en vertu de la *Loi sur les brevets* et c'est le Conseil. La *Loi sur les brevets* ne confère aucun statut spécial au personnel du Conseil et ne fait pas de lui une entité distincte de l'organisme. Le «nom collectif» et la qualité pour agir qui sont reconnus au personnel du Conseil pour la présentation des causes devant les comités de celui-ci découlent des Règles du Conseil que l'organisme a lui-même promulguées et qui ne peuvent être considérées comme un texte législatif liant la Cour fédérale.

Dans l'arrêt *ICN Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, la Cour d'appel fédérale a statué que le personnel du Conseil ne jouit pas d'une qualité pour agir indépendante de celle du Conseil. L'arrêt *ICN* n'est pas chose du passé depuis les modifications apportées aux *Règles de la Cour fédérale* en 1998. Dans l'arrêt *ICN*, la Cour souligne qu'aucun caractère distinctif n'est accordé au personnel en vertu d'un texte législatif et que la loi applicable ne comporte aucune disposition conférant au personnel du Conseil une identité ou lui reconnaissant un objet distinct de ceux du Conseil. Le Conseil a pour mandat de présenter et de protéger l'intérêt public, dans la mesure où ce mandat est conféré par un texte législatif, et c'est là sa vocation. Par conséquent, le personnel du Conseil ne peut être considéré comme «une partie directement touchée» au sens de la

Since the Board Staff is not a “person” for the purposes of being added as a party, it is not a “person” for the purposes of intervening. Since it was not within the requirements of the *Federal Court Rules, 1998*, its application was dismissed in its entirety.

Rule 109, which was new as of the 1998 revision, requires a party seeking to intervene to describe how it wishes to participate in the proceeding and how that participation will assist the Court in the determination of the factual or legal issues. Other factors that the Court has considered in previous cases continue to be relevant, including the ability of the existing parties to adduce all the relevant evidence or to adequately advance the position of the proposed intervenor. Courts have been disinclined to hear agencies speak to the merits of their decision under review, thereby essentially allying themselves with one of the parties to the dispute, particularly since following the review, the impugned decision may be referred back to the agency for disposition. Recent decisions of this Court have given very narrow scope to the intervention of a tribunal, restricting leave to intervene to submissions made in respect of the essential jurisdiction of the tribunal and firmly precluding the tribunal from addressing the merits of its decision under review.

The first judicial review application raised the issue of institutional bias, impugned the internal organization, structure and process of the Board. Since this application is the first opportunity for the Court to consider the institutional mandate, practice and policies of the Board purely as it relates to the independence of the Board, the Board’s participation at the judicial review would assist the Court in its determination of the issues relating to the organizational practices and multiple policies that the Board implements pursuant to its mandate. The Board should therefore, be authorized to intervene for the limited purpose of explaining the roles of the Board Chairperson and Board Staff in carrying out the Board’s dual mandate under its governing legislation and pursuant to Board rules and policy, but only to the extent that such explanation is not otherwise provided by the Attorney General. In so doing, the Board may not address the applicable standard of review or the extent to which it may have met that standard. There was no basis in these circumstances, to grant leave to the Board to appeal the Court’s decision on the review, although rule 109 specifically countenances the possibility of an appeal by an intervenor.

The second judicial review application deals with the substance of the Board’s specialized jurisdiction. The Board’s intervention will assist the Court in determining the

règle 303. Pour la même raison, le personnel du Conseil ne peut être considéré comme une personne qui «aurait dû être constituée comme partie» ou dont la présence «est nécessaire» devant la Cour au sens de la règle 104.

Puisque le personnel du Conseil n’est pas une «personne» aux fins de la constitution comme partie, il n’est pas une «personne» aux fins de l’intervention. Puisqu’il ne respectait pas les exigences des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, sa demande a été rejetée en entier.

La règle 109, qui a été ajoutée dans le cadre de la révision faite en 1998, oblige une partie qui cherche à intervenir à indiquer comment elle désire participer à l’instance et comment cette participation aidera la Cour à trancher les questions de fait ou de droit. D’autres facteurs que la Cour a pris en compte dans le passé demeurent pertinents, notamment la possibilité pour les parties existantes de présenter toute la preuve pertinente ou de faire valoir de façon satisfaisante la position de l’intervenant proposé. Les tribunaux se sont montrés peu enclins à accepter que des organismes plaident devant eux le bien-fondé de leur décision sous examen, appuyant de ce fait l’une des parties au litige, d’autant plus que la décision attaquée peut, après le contrôle en question, être renvoyée à l’organisme pour nouvelle décision. Récemment, la Cour fédérale a interprété de façon très restrictive le droit d’intervention d’un tribunal, limitant ce droit à la présentation d’arguments concernant la compétence essentielle du tribunal et interdisant fermement à celui-ci de commenter le bien-fondé de sa décision sous examen.

La première demande de contrôle judiciaire soulève la question de la partialité institutionnelle et met en cause l’organisation, la structure et la procédure internes du Conseil. Comme cette demande représente la première occasion pour la Cour d’examiner le mandat, les pratiques et les politiques du Conseil purement du point de vue de l’indépendance de celui-ci, la participation de ce dernier aux procédures de contrôle judiciaire aiderait la Cour à trancher les questions en litige qui concernent les pratiques de l’organisme et les nombreuses politiques qu’il applique conformément à son mandat. Le Conseil devrait donc être autorisé à intervenir uniquement pour expliquer le rôle de son président et de son personnel relativement à l’exécution du double mandat dont il est investi en vertu de sa loi habilitante ainsi que de ses règles et politiques, mais seulement dans la mesure où le procureur général ne fournit pas par ailleurs ces explications. Ce faisant, le Conseil ne pourra pas commenter la norme d’examen applicable ni la mesure dans laquelle il a respecté cette norme. Il n’y avait aucune raison, dans les circonstances, d’autoriser le Conseil à interjeter appel de la décision que la Cour rendra lors du contrôle, même si la règle 109 reconnaît explicitement la possibilité d’un appel par un intervenant.

La deuxième demande de contrôle judiciaire concerne strictement l’objet de la compétence spécialisée du Conseil. L’intervention du Conseil aidera la Cour à trancher les

questions going to the root of the Board's area of expertise. Leave shall be granted to the Board to make submissions regarding its statutory jurisdiction pursuant to *Patent Act*, section 83 in such a manner as not to duplicate the submissions of the Attorney General. The Board may not address the applicable standard of review, the extent to which it has met the standard of review, or be allowed a right of appeal.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act to amend the Patent Act and to provide for certain matters in relation thereto*, S.C. 1987, c. 41.  
*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 19, s. 19).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1600 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 2 "person", "unincorporated association", 104, 109, 303.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 83 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7), 86(2) (as enacted *idem*; S.C. 1995, c. 1, s. 62), 93(2) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7), 96(2) (as enacted *idem*).  
*Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*ICN Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board)*, [1997] 1 F.C. 32; (1996), 138 D.L.R. (4th) 71; 68 C.P.R. (3d) 417; 200 N.R. 376 (C.A.); *Vancouver Wharves Ltd. v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Local 514* (1985), 60 N.R. 118 (F.C.A.); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. C.A.L.P.A.*, [1988] 2 F.C. 493; (1988), 84 N.R. 81 (C.A.); *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada et al.* (1997), 143 F.T.R. 24 (F.C.T.D.); *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565.

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2; 164 N.R. 361 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40

questions qui concernent le fondement de la compétence spécialisée du Conseil. Ce dernier est autorisé à formuler des arguments au sujet de la compétence dont il est investi, en vertu de l'article 83 de la *Loi sur les brevets*, dans la mesure où le procureur général ne se sera pas déjà exprimé à ce sujet. Il ne pourra pas commenter la norme d'examen applicable ni la mesure dans laquelle il a respecté la norme en question et il n'est pas autorisé à interjeter appel.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi modifiant la Loi de 1992 sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2.  
*Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, L.C. 1987, ch. 41.  
*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19).  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 83 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7), 86(2) (édicte, *idem*; L.C. 1995, ch. 1, art. 62), 93(2) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7), 96(2) (édicte, *idem*).  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1600 (édicte par DORS/92-43, art. 19).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 2 «association sans personnalité morale», «personne», 104, 109, 303.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*ICN Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1997] 1 C.F. 32; (1996), 138 D.L.R. (4th) 71; 68 C.P.R. (3d) 417; 200 N.R. 376 (C.A.); *Vancouver Wharves Ltd. c. International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Local 514* (1985), 60 N.R. 118 (C.A.F.); *Lignes Aériennes Canadien Pacifique Ltée c. A.C.P.L.A.*, [1988] 2 C.F. 493; (1988), 84 N.R. 81 (C.A.); *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier et al.* (1997), 143 F.T.R. 24 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.); *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2; 164 N.R. 361 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40

B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586; (1990), 68 D.L.R. (4th) 699; 43 Admin. L.R. 18; 108 N.R. 293 (C.A.); *CIBA-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)*, [1994] 3 F.C. 425; (1994), 26 Admin. L.R. (2d) 253; 55 C.P.R. (3d) 482; 77 F.T.R. 197 (T.D.); affd (1994), 56 C.P.R. (3d) 377; 170 N.R. 360 (F.C.A.); *ICN Pharmaceuticals, Inc v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)*, (1996), 66 C.P.R. (3d) 45; 108 F.T.R. 190 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

*Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of Inquiry)*, [1998] 4 F.C. 125; (1998), 228 N.R. 133 (C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2000), 4 C.P.R. (4th) 421; 186 F.T.R. 84 (F.C.T.D.); *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 250; 121 F.T.R. 42 (F.C.T.D.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Paul* (1997), 50 Admin. L.R. (2d) 181; 130 F.T.R. 315 (F.C.T.D.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 72 C.P.R. (3d) 187; 126 F.T.R. 209 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) et al. v. Royal Commission of Inquiry on the Blood System in Canada et al.* (1996), 109 F.T.R. 144 (F.C.T.D.).

MOTIONS by the staff of the Patented Medicine Prices Review Board to be either added as a respondent or to intervene in two related judicial review applications, and by the Board to intervene in the review of its own decisions. The Board Staff's application should be dismissed in its entirety, and the Board's application should be allowed for limited purposes.

APPEARANCES:

*Martin W. Mason* for applicant.  
*F. B. Woyiwada* for respondent.  
*Guy J. Pratte* for proposed intervener "Board Staff".  
*Gordon K. Cameron* and *Nancy K. Brooks* for proposed intervener "The Board".

SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada*, Ottawa, for respondent.

B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586; (1990), 68 D.L.R. (4th) 699; 43 Admin. L.R. 18; 108 N.R. 293 (C.A.); *CIBA-Geigy Canada Ltée c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1994] 3 C.F. 425; (1994), 26 Admin. L.R. (2d) 253; 55 C.P.R. (3d) 482; 77 F.T.R. 197 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1994), 56 C.P.R. (3d) 377; 170 N.R. 360 (C.A.F.); *ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)* (1996), 66 C.P.R. (3d) 45; 108 F.T.R. 190 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

*Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d'enquête)*, [1998] 4 C.F. 125; (1998), 228 N.R. 133 (C.A.); *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2000), 4 C.P.R. (4th) 421; 186 F.T.R. 84 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 250; 121 F.T.R. 42 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Société Radio-Canada c. Paul* (1997), 50 Admin. L.R. (2d) 181; 130 F.T.R. 315 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 72 C.P.R. (3d) 187; 126 F.T.R. 209 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Procureur général) et al. c. Commission royale d'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada et al.* (1996), 109 F.T.R. 144 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

DEMANDES présentées par le personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés dans le but d'être constitué défendeur ou intervenant dans deux demandes de contrôle judiciaire connexes, et par le Conseil en vue d'intervenir dans l'examen de ses propres décisions. La demande du personnel du Conseil est rejetée en entier et celle du Conseil est accueillie dans un but limité.

ONT COMPARU:

*Martin W. Mason* pour la demanderesse.  
*F. B. Woyiwada* pour le défendeur.  
*Guy J. Pratte* pour l'intervenant proposé le «personnel du Conseil».  
*Gordon K. Cameron* et *Nancy K. Brooks* pour l'intervenant proposé «le Conseil».

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada*, Ottawa, pour le défendeur.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for proposed intervenor “Board Staff”.

*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Ottawa, for proposed intervenor “The Board”.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, pour l’intervenant proposé le «personnel du Conseil».

*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Ottawa, pour l’intervenant proposé «le Conseil».

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

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

[1] ARONOVITCH P.: These reasons are in respect of two motions heard together in the context of the above-noted applications for judicial review of two decisions rendered by the Patented Medicine Prices Review Board (the Board).

[1] LE PROTONOTAIRE ARONOVITCH: Les présents motifs concernent deux demandes entendues ensemble dans le contexte des demandes de contrôle judiciaire indiquées ci-dessus à l’égard de deux décisions qu’a rendues le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil).

[2] The first motion raises the interesting proposition that the staff employed by the Board may, of its own right, have standing either as a party or as an intervenor, in the judicial review of the Board’s decisions. The second motion deals with the issue of the scope of the participation of an administrative agency in the review of its own decision.

[2] La première demande porte sur l’intéressante proposition selon laquelle le personnel à l’emploi du Conseil peut avoir qualité pour agir, que ce soit comme partie ou comme intervenant, dans les demandes de contrôle judiciaire relatives aux décisions du Conseil. La seconde demande concerne la portée de la participation d’un organisme administratif à l’examen de sa propre décision.

## BACKGROUND

## LES FAITS À L’ORIGINE DU LITIGE

[3] On April 20, 1999, the Board issued a notice of hearing for the purpose of determining whether Hoechst Marion Roussel Canada, Inc. (HMRC) had excessively priced nicotine patches, marketed by the company under the brand name “Nicoderm”.

[3] Le 20 avril 1999, le Conseil a délivré un avis d’audience visant à décider si Hoechst Marion Roussel Canada, Inc. (HMRC) avait fixé un prix excessif à l’égard des timbres de nicotine qu’elle commercialise sous le nom de «Nicoderm».

[4] HMRC filed a notice of motion to request that the Board rescind its notice of hearing alleging a variety of jurisdictional grounds. These jurisdictional challenges were dealt with by the Board in two segments.

[4] HMRC a déposé un avis dans lequel elle a demandé au Conseil d’annuler son avis d’audience pour différents motifs liés à la compétence de l’organisme. Le Conseil a examiné ces motifs en deux parties.

[5] In its “Decision on Jurisdiction Part I”, dated August 3, 1999, the Board dismissed HMRC’s allegations of institutional bias, breach of the rules of natural justice, and lack of particularity in the Board’s notice of hearing.

[5] Dans la partie I de sa décision sur la compétence, en date du 3 août 1999, le Conseil a rejeté les allégations de HMRC, qui accusait l’organisme d’avoir fait preuve de partialité institutionnelle et de manquement aux règles de justice naturelle, en plus d’avoir rédigé un avis d’audience imprécis.

[6] In the second Board decision, being the “Decision on Jurisdiction Part II”, issued on August 8,

[6] Dans la partie II de sa décision sur la compétence, datée du 8 août 2000, le Conseil a rejeté les autres

2000, the Board dismissed the remainder of the applicant's allegations including that the Board was without jurisdiction to inquire into the respondent's pricing of Nicoderm as Nicoderm was not a "medicine" under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended (the *Patent Act*) and HMRC was not a "patentee" thereunder.

[7] The proceedings in which the staff of the Board (the Board Staff), and the Board itself wish to participate, are HMRC's applications for judicial reviews of the Part I and Part II decisions, namely Court files T-1576-00 and T-1671-99 respectively.

[8] In Court file T-1576-99, HMRC raises the following issues: the procedure followed by the Board for conducting a hearing does not provide for a fair and impartial tribunal contrary to the principles of natural justice; there is an impermissible overlap of investigative and adjudicative functions on the part of the Board personnel and its Chairperson, and; the Board, through its personnel and its Chairperson, reached conclusions prior to the issuance of the notice of hearing giving rise to a reasonable apprehension that issues for hearing had been predetermined.

[9] In Court file T-1671-00, the applicant seeks to stay the proceeding commenced by the Board's issuance of the notice of hearing and set aside the decision of the Board dated August 8, 2000 on the basis, as I have stated, that the Board erred in finding that Nicoderm is a "medicine" and HMRC was a "patentee" for the purposes of section 83 [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7] of the *Patent Act*.

[10] The within motions are brought separately. The first is brought by the Board Staff on its own behalf. The second motion is made on behalf of the Board. The Board Staff seeks to be added as a party respondent and in the alternative to intervene in the two related applications, either in its own name or in the name of the Board.

allégations de la demanderesse, y compris l'allégation selon laquelle le Conseil n'avait pas compétence pour faire enquête sur l'établissement du prix du produit Nicoderm, étant donné qu'il ne s'agissait pas d'un «médicament» visé par la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et ses modifications (la *Loi sur les brevets*) et que HMRC n'était pas un «breveté» en vertu de cette même Loi.

[7] Les instances dans lesquelles le personnel du Conseil et le Conseil lui-même désirent participer sont les demandes de contrôle judiciaire de HMRC à l'égard des décisions visées par la partie I et la partie II, soit les dossiers de la Cour portant respectivement les numéros T-1576-00 et T-1671-99.

[8] Dans le dossier de la Cour n° T-1576-99, HMRC invoque les arguments suivants: la procédure que le Conseil a suivie pour tenir une audience n'assure pas l'existence d'un tribunal équitable et impartial, contrairement aux principes de justice naturelle; il y a un chevauchement inadmissible des fonctions d'enquête et les fonctions décisionnelles de la part du personnel et du président du Conseil; enfin, par l'entremise de son personnel et de son président, le Conseil a tiré des conclusions avant la délivrance de l'avis d'audience, ce qui permet raisonnablement de craindre que les questions à débattre à l'audience n'aient été tranchées à l'avance.

[9] Dans le dossier de la Cour n° T-1671-00, la demanderesse demande une suspension de l'instance engagée par la délivrance de l'avis d'audience du Conseil et l'annulation de la décision que celui-ci a rendue le 8 août 2000, au motif qu'il a commis une erreur en concluant que le produit Nicoderm était un «médicament» et que HMRC était un «breveté» pour l'application de l'article 83 [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7] de la *Loi sur les brevets*.

[10] Les demandes en l'espèce sont présentées séparément. La première est présentée au nom du personnel du Conseil et la seconde, au nom du Conseil lui-même. Le personnel du Conseil veut être ajouté comme partie défenderesse et, subsidiairement, comme intervenant dans les deux demandes connexes, que ce soit en son propre nom ou au nom du Conseil.

[11] If the Board Staff is granted either of its applications, the Board wishes to be added as an intervener with limited scope to its intervention. In the event the Board Staff is denied any standing, the Board seeks in the alternative to intervene with substantially broader rights of participation in the applications, including the right to appeal the decisions of the Court disposing of the applications.

#### The Establishment and Organization of the Board

[12] The Board was established pursuant to amendments to the *Patent Act* that came into force on December 7, 1987 (*An Act to amend the Patent Act and to provide for certain matters in relation thereto*, S.C. 1987, c. 41). The following regarding the Board's mandate is taken from a decision of the Federal Court of Appeal in *ICN Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board)*, [1997] 1 F.C. 32 (C.A.), at page 43. Substantial reference is made to this decision throughout these reasons which I refer to hereinafter as *ICN*. The following from that judgment, is a summary of the Board's functions at its inception:

Between 1987 and 1993 the Board's function was to ensure that patentees of medicines did not charge excessive prices during the deferral period in which a licensee could not make use of its license: see Kuharchuk, at page 18 and Marusyk, at page 160. The Board was also charged with the responsibility of collecting information from pharmaceutical companies with respect to their research and development expenditures, in order to ascertain the industry's level of investment in Canada: Horton, at page 148. In time, however, even these amendments would be deemed inadequate.

[13] Further in the judgment, the Court of Appeal references the amendments to the *Patent Act* that enacted the NOC Regulations (*Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2, and the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133). One element of the change brought about by these amendments was to strengthen the Board's remedial and punitive powers, as summarized *supra* at page 45:

[11] Si le personnel du Conseil a gain de cause dans l'une ou l'autre de ses demandes, le Conseil désire être ajouté comme intervenant, compte tenu de la portée restreinte de son intervention. Si le personnel du Conseil se voit nier toute qualité pour agir, le Conseil demande, subsidiairement, l'autorisation d'intervenir et d'exercer en pareil cas des droits de participation beaucoup plus larges dans les demandes, y compris le droit d'interjeter appel des décisions de la Cour au sujet de celles-ci.

#### La création et l'organisation du Conseil

[12] Le Conseil a été créé en vertu des modifications qui ont été apportées à la *Loi sur les brevets* et qui sont entrées en vigueur le 7 décembre 1987 (*Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, L.C. 1987, ch. 41). Les commentaires suivants qui concernent le mandat du Conseil sont tirés d'une décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans *ICN Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1997] 1 C.F. 32 (C.A.), à la page 43. Tout au long des présents motifs, je cite abondamment cette décision que j'appellerai ci-après *ICN*. L'extrait qui suit est un résumé des fonctions dont le Conseil était investi à l'origine:

Entre 1987 et 1993, le rôle du Conseil a été de veiller à ce que le breveté n'exige pas un prix excessif pendant la période où le titulaire de licence ne peut bénéficier des effets de celle-ci (voir Kuharchuk, à la page 18; et Marusyk, à la page 160). Le Conseil devait également recueillir auprès des sociétés pharmaceutiques des renseignements relatifs à leurs dépenses de recherche et de développement, afin de savoir dans quelle mesure l'industrie investissait au Canada (Horton, à la page 148). Avec le temps, toutefois, ces modifications se sont elles aussi révélées inadéquates.

[13] Plus loin dans son jugement, la Cour d'appel fait allusion aux modifications apportées à la *Loi sur les brevets* relativement au Règlement ADC (*Loi modifiant la Loi de 1992 sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2, et *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133). Un des changements découlant de ces modifications réside dans la consolidation des pouvoirs du Conseil au chapitre des redressements et des sanctions, comme la Cour l'a résumé à la page 45:

The Board's powers now include the ability to impose penalties and/or price reductions in response to excessive pricing, to better control introductory prices for new patented drugs, and to provide for fines and imprisonment for failure to comply with the Board's orders. The Board's orders carry the same force and effect as those of the Federal Court. In summary, the purpose of these changes is to empower the Board to influence the pricing of patented medicines to much the same extent that the competition fostered by compulsory licensing used to influence it.

[14] The Board consists of at most five members including the Chairperson and has the authority under the *Patent Act* to hire staff, including, on a temporary basis, "persons with technical or specialized knowledge".

[15] The Board Staff report directly to the Chairperson of the Board who is the Board's chief executive officer pursuant to subsection 93(2) of the *Patent Act*. As such, the Chairperson has ultimate responsibility for supervising and directing the work of staff.

[16] The Board maintains an administrative separation of its investigative and prosecutorial functions, on the one hand, and its adjudicative function on the other. The Board Staff monitors and investigates the pricing of a patented medicine. In the course of doing so it may communicate with other experts in the field to obtain their opinions. There is an interim stage of possible voluntary compliance in accordance with Board guidelines. In the final analysis a report is prepared by the Board Staff regarding excessive pricing and submitted to the Chairperson. The Chairperson acting on the report determines whether it is in the public interest that a hearing be held. The Chairperson thereafter convenes a panel of Board members to adjudicate the matter. The panel's implication in the matter is said to be restricted solely to the hearing and determination of the substantive issue. (*CIBA-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)*, [1994] 3 F.C. 425 (T.D.); affirmed (1994), 56 C.P.R. (3d) 377 (F.C.A.) (hereinafter *CIBA*).

[17] The Board Staff has standing at hearings before the Board derived under the authority of the Patented

Le Conseil est désormais habilité, notamment, à infliger des amendes ou des réductions de prix lorsque le prix d'un médicament est excessif, à mieux contrôler le prix de lancement d'un nouveau médicament breveté et à infliger une amende ou une peine d'emprisonnement advenant le non-respect de l'une de ses ordonnances, lesquelles sont exécutoires comme s'il s'agissait d'ordonnances de la Cour fédérale. Pour résumer, les modifications visent à permettre au Conseil d'infléchir l'établissement du prix des médicaments brevetés à l'instar de la concurrence que favorisait l'octroi de licences obligatoires.

[14] Le Conseil se compose d'au plus cinq membres, y compris le président, et peut embaucher du personnel, en vertu de la *Loi sur les brevets*, notamment, à titre temporaire, «retenir les services d'experts».

[15] Le personnel du Conseil relève directement du président de celui-ci, qui est le premier dirigeant de l'organisme en vertu du paragraphe 93(2) de la *Loi sur les brevets*. À ce titre, le président est chargé de la conduite des travaux du Conseil et de la gestion de son personnel.

[16] Le Conseil maintient une distinction administrative entre ses fonctions d'enquête et de poursuite, d'une part, et sa fonction décisionnelle, d'autre part. Le personnel du Conseil surveille l'établissement du prix des médicaments brevetés et fait enquête à ce sujet. Dans le cadre de ces activités, il peut communiquer avec d'autres spécialistes du domaine pour obtenir leur avis. Il existe une étape intérimaire de conformité volontaire conformément aux lignes directrices du Conseil. Enfin, le personnel du Conseil prépare un rapport au sujet du prix excessif d'un produit donné et le remet au président. Se fondant sur le rapport, le président décide s'il est souhaitable de tenir une audience dans l'intérêt public. Le président réunit ensuite un comité de membres du Conseil pour trancher la question. Apparemment, le rôle du comité se limite à entendre et trancher la question de fond. (*CIBA-Geigy Canada Ltée c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1994] 3 C.F. 425 (1<sup>re</sup> inst.); confirmé par (1994), 56 C.P.R. (3d) 377 (C.A.F.) (ci-après *CIBA*).

[17] Le personnel du Conseil a qualité pour agir lors des audiences tenues devant le Conseil, en vertu des



Medicine Prices Review Board Rules (the Board Rules). These are made pursuant to subsection 96(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7] of the *Patent Act* which authorizes the Board to make rules to regulate practice and procedure before the Board.

[18] The Board Rules provide that the Board Staff employed by the Board may be a “party” for the purposes of Board proceedings. Ministers of the federal and provincial Crown may also appear as parties and are specifically provided for pursuant to subsection 86(2) [as enacted *idem*; S.C. 1995, c. 1, s. 62] of the *Patent Act* which identifies the Ministers in question.

[19] As a practical matter, it is the Board Staff that has carriage of prosecutions and presents the case that there has been excessive pricing before a sitting panel of the Board. For that purpose, the Board Staff retains and instructs its own counsel who presents the case on its behalf. The Board panel is simultaneously advised by its own separate counsel. The Court in *ICN* refers to the relationship of the Board Staff to the Board at page 77:

The relationship between the Board and its staff was described by the majority of the Board in *Genentech, supra*, at page 320 as follows:

In conducting hearings with respect to the price of a patented medicine, the Board’s staff is segregated from the Board. The Board’s staff, through its own counsel, adduces evidence, tests evidence of other parties, and makes submissions on procedural, jurisdictional, legal, and substantive issues during the course of the proceeding.

[20] At both of the hearings which resulted in the decisions under review in these proceedings, the Board Staff was a party, indeed the only party, other than HMRC, before the sitting panel of the Board. The Board Staff had complete carriage of the case as the proponent of the Board’s jurisdiction to issue its notice of hearing. For that purpose, the Board Staff called factual and expert evidence, cross-examined witnesses and made extensive oral submissions to the Board panel. The Attorney General of Canada (the Attorney

Règles du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés (les Règles du Conseil). Ces Règles ont été prises en application du paragraphe 96(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7] de la *Loi sur les brevets*, qui autorise le Conseil à établir des règles régissant les pratiques et procédures à suivre dans l’exercice de son activité.

[18] Les Règles du Conseil prévoient que le personnel à l’emploi de l’organisme peut être «partie» aux fins des procédures tenues devant le Conseil. Les ministres de la Couronne fédérale et provinciale peuvent également comparaître comme parties et sont explicitement mentionnés au paragraphe 86(2) [édicte, *idem*; L.C. 1995, ch. 1, art. 62] de la *Loi sur les brevets*, qui nomme les ministres en question.

[19] En pratique, c’est le personnel du Conseil qui s’occupe des poursuites et qui présente l’affaire portant sur l’établissement d’un prix excessif devant un comité du Conseil. À cette fin, le personnel du Conseil instruit son propre avocat, qui présente la cause en son nom. Le comité du Conseil consulte en même temps son propre conseiller juridique. À la page 77 de l’affaire *ICN*, la Cour commente les rapports entre le Conseil et son personnel:

Les rapports entre le Conseil et son personnel sont décrits comme suit par la majorité des membres du Conseil dans la décision *Genentech*, précitée, à la page 320:

[TRADUCTION] Lorsqu’il tient une audience relativement au prix d’un médicament breveté, le personnel du Conseil agit indépendamment du Conseil. Par l’entremise de son propre avocat, le personnel du Conseil présente des éléments de preuve, analyse la preuve des autres parties et formule des observations sur des questions de procédure, de compétence, de droit et de fond pendant le déroulement de la procédure.

[20] Au cours des deux audiences ayant donné lieu aux décisions sous examen en l’espèce, le personnel du Conseil a agi comme partie et était effectivement la seule partie qui a comparu devant le comité saisi de l’affaire, exception faite de HMRC. Le personnel du Conseil avait l’entière responsabilité de l’affaire à titre de proposant de la compétence du Conseil quant à la délivrance de l’avis d’audience de celui-ci. À cette fin, le personnel du Conseil a présenté une preuve factuelle, fait témoigner des experts et contre-interrogé des

General) did not participate at all in the proceedings.

#### The Standing of the Board Staff in Court Precedent

[21] I have already had reference to the cases involving the Board that, to date, have come before the Federal Court, namely, *CIBA* and *ICN*.

[22] The first case, *CIBA*, also involved a nicotine patch, in that instance, sold by Ciba-Geigy under the name “Habitrol”. The case involved the judicial review of a Board decision wherein the Board had dismissed Ciba-Geigy’s request for documents relating to matters in issue before an upcoming hearing before the Board. On judicial review the applicant was Ciba-Geigy. The Board was respondent and was represented by two separate counsel. On appeal the same counsel as below appeared for the Board, separately identified as counsel for the Board Staff and counsel for the Board respectively. Each counsel had separate occasion to address the Court.

[23] In *ICN*, *supra*, the applicant argued that the Board did not have jurisdiction to decide whether the prices charged by the appellants for its medicine sold under the brand name “Virazole” was excessive, *inter alia*, because the patentee’s invention did not pertain to a “medicine” as defined in the *Patent Act*. At first instance, the Trial Judge, with the consent of the parties, amended the style of cause to add the Board Staff as party respondent and to re-designate the Board’s status from that of respondent, to intervenor [(1996), 66 C.P.R. (3d) 45].

[24] Thus, on appeal, the Board Staff was the party respondent. The Court of Appeal at the conclusion of its reasons, under the heading “Ancillary Matters” commented *inter alia* on the standing of the Board Staff as respondent. Having reviewed the legislative structure of the Board the Court concluded at pages 77-78:

témoins, en plus de plaider longuement devant le comité. Le procureur général du Canada (le procureur général) n’a pas participé aux procédures.

#### La qualité pour agir du personnel du Conseil selon la jurisprudence de la Cour

[21] J’ai déjà fait allusion aux affaires qui concernent le Conseil et dont la Cour fédérale a été saisie jusqu’à maintenant, soit les affaires *CIBA* et *ICN*.

[22] La première affaire, *CIBA*, portait également sur un timbre de nicotine que Ciba-Geigy vendait, cette fois, sous le nom de «Habitrol» et sur le contrôle judiciaire d’une décision par laquelle le Conseil a rejeté la demande que Ciba-Geigy avait formulée en vue d’obtenir des documents liés aux questions en litige avant une prochaine audition devant l’organisme. L’auteur de la demande de contrôle judiciaire était Ciba-Geigy. Le Conseil était intimé et était représenté par deux avocats distincts. En appel, les mêmes avocats qui avaient occupé en première instance ont comparu au nom du Conseil et ont été désignés séparément respectivement à titre d’avocat du personnel du Conseil et d’avocat du Conseil. Chaque avocat a eu une occasion séparée de s’adresser à la Cour.

[23] Dans l’affaire *ICN*, la demanderesse a soutenu que le Conseil n’avait pas compétence pour décider si le prix que les appelantes avaient modifié à l’égard de leur médicament vendu sous le nom commercial «Virazole» était excessif, notamment parce que l’invention du breveté ne portait pas sur un «médicament» au sens de la *Loi sur les brevets*. En première instance, le juge de première instance a modifié avec le consentement des parties l’intitulé de la cause pour ajouter le personnel du Conseil comme partie intimée et pour faire du Conseil un intervenant au lieu d’un intimé [(1996), 66 C.P.R. (3d) 45].

[24] Ainsi, en appel, le personnel du Conseil était la partie intimée. À la fin de ses motifs, sous la rubrique «Les questions connexes», la Cour d’appel a commenté la qualité pour agir du personnel du Conseil à titre de partie intimée. Après avoir passé en revue la structure législative du Conseil, la Cour en est arrivée à la conclusion suivante aux pages 77 et 78:

Within this legislative framework the Board Staff rests its right to be added as a respondent to the judicial review application. I cannot accede to this submission

...

Nonetheless, the fact is that the Board's enabling legislation is not structured so as to accord the Board Staff the same independent status on judicial review that is accorded, for example, the Director of Competition. I am not suggesting that the distinct roles being assumed by the Board and its staff are somehow legally flawed. There is no suggestion that the Board has somehow delegated its statutory obligations or fettered its discretion. I am confident that the present system is administratively efficient. What I am saying is that the Board Staff does not have a legal status independent of that of the Board. [Emphasis added.]

#### THE BOARD STAFF AS PARTY OR INTERVENER

[25] As I have already stated, the Board Staff seeks primarily to be added as a party to the proceedings pursuant to rule 104 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], (the Federal Court Rules) or to have standing before the Court "in the name or under the aegis" of the Board. In the alternative, the Board Staff, pursuant to rule 109 of the Federal Court Rules, seeks standing to intervene in these proceedings, whether under its own name or under the name of the Board, with broad powers akin to that of a party. As an intervener, it seeks standing to adduce evidence, cross-examine on affidavits, and ultimately appeal the decision of the Court.

[26] What is suggested by an appearance in the name, or under the aegis of the Board is an arrangement akin to the one in *CIBA*, where the Board was the named respondent but the Board Staff was separately identified, recognized and given standing to make representations in its own right, at first instance, as well as on appeal.

[27] The Board Staff argues forcefully, if it is precluded from having standing in the judicial review,

C'est sur ces dispositions législatives que le personnel du Conseil fonde son droit d'être constitué partie intimée à la demande de contrôle judiciaire. Je ne puis faire droit à cette prétention.

[...]

Il demeure néanmoins que la loi habilitante du Conseil n'est pas rédigée de façon à accorder au personnel du Conseil, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, la même qualité indépendante que celle dont jouit, par exemple, le directeur des enquêtes et recherches dans le domaine de la concurrence. Je ne laisse pas entendre que les rôles distincts joués par le Conseil et par son personnel ne sont pas fondés sur le plan juridique. Non plus que le Conseil a en quelque sorte délégué ses obligations légales ou omis d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Je suis convaincu que le régime actuel est efficace du point de vue administratif. J'estime cependant que le personnel du Conseil ne jouit pas d'une qualité pour agir indépendante de celle du Conseil. [Non souligné à l'original.]

#### LE PERSONNEL DU CONSEIL À TITRE DE PARTIE OU D'INTERVENANT

[25] Comme je l'ai déjà mentionné, le personnel du Conseil cherche principalement à être ajouté comme partie aux instances conformément à la règle 104 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] (les Règles de la Cour fédérale) ou à faire reconnaître sa qualité pour agir devant la Cour [TRADUCTION] «au nom ou sous l'égide» du Conseil. Subsidiairement, le personnel du Conseil demande, conformément à la règle 109 des Règles de la Cour fédérale, l'autorisation d'intervenir en l'espèce, que ce soit en son nom ou au nom du Conseil, ainsi que de larges pouvoirs semblables à ceux d'une partie. En qualité d'intervenant, le personnel du Conseil demande le droit de présenter la preuve, de procéder à des contre-interrogatoires sur affidavits et, en dernier ressort, d'interjeter appel de la décision de la Cour.

[26] Une comparution au nom ou sous l'égide du Conseil sous-entend une façon de procéder semblable à celle de l'affaire *CIBA*, où le Conseil était l'intimé (le défendeur) désigné, tandis que le personnel du Conseil était identifié et reconnu séparément et autorisé à formuler des observations de son propre chef, tant en première instance qu'en appel.

[27] Le personnel du Conseil soutient vigoureusement que s'il n'a pas qualité pour agir dans les

that the Board will be prejudiced by not being able to bring its expertise to bear before the Court whence the ensuing harm to the public interest and the consumer. This is especially so, if, beyond this preliminary stage, the Board's eventual determination on pricing were to come before the Court for review. Indeed the Board Staff finds it unthinkable that it should be able to prepare and present the case before the Board but be precluded from doing so before this Court with the attendant consequence that the Board is thereby deprived of the counsel of its choice in defending its specialized jurisdiction.

[28] Indeed the Board Staff takes the position that it ought to have been served as party respondent, in its own right, pursuant to paragraph 303(1)(a) of the Federal Court Rules and that the Attorney General is the second best choice in the circumstances of this case.

[29] The Board Staff argues that a sitting Board panel is the "tribunal" and adjudicator which is meant to be precluded under rule 303. Cases such as *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684 (*Northwestern Utilities*); and *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447 (C.A.), (*Bernard*), that properly call into question the propriety of a decision maker defending its own decision can have no application to the Board Staff. The Board Staff is not the adjudicator in this instance but has carriage of the case as prosecutor. In that connection the Board Staff relies on *Bernard*, where the Federal Court of Appeal found that the Human Rights Commission could not be a party respondent in the judicial review of its own decision but, instead, was given leave to intervene. Counsel for the Board Staff points out that Décary J.A., in that case, left open the possibility that the Human Rights Commission might be found to be an "interested party" within the meaning of former Rule 1600 [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] where it had initiated the complaint itself: *Bernard, supra*, at page 459, footnote 21.

demandes de contrôle judiciaire, le Conseil ne pourra présenter son expertise devant la Cour, ce qui nuira à l'intérêt public et au consommateur, notamment si, après ce stade préliminaire, la Cour devait être saisie de la décision éventuelle du Conseil concernant le prix. De l'avis du personnel, il est illogique qu'il soit en mesure de préparer et de présenter la cause devant le Conseil, mais non devant la Cour fédérale, ce qui a pour effet de priver le Conseil de la possibilité d'utiliser les services des avocats de son choix pour défendre sa compétence spécialisée.

[28] Le personnel du Conseil allègue effectivement qu'il aurait dû être désigné lui-même à titre de défendeur conformément à l'alinéa 303(1)a) des Règles de la Cour fédérale et que la désignation du procureur général n'est qu'une solution de compromis dans les circonstances.

[29] Selon le personnel, le comité du Conseil qui est saisi de l'instance est le «tribunal» et l'arbitre visé par l'interdiction énoncée à la règle 303. Les arrêts comme *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684 (*Northwestern Utilities*); et *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447 (C.A.) (*Bernard*), où la procédure par laquelle une instance décisionnelle défend sa propre décision est dûment remise en question, ne sauraient s'appliquer au personnel du Conseil, qui n'est pas l'arbitre en l'espèce, mais est chargé de s'occuper de l'affaire comme poursuivant. À cet égard, le personnel du Conseil se fonde sur l'arrêt *Bernard*, où la Cour d'appel fédérale a statué que la Commission des droits de la personne ne pouvait être partie intimée dans une demande de contrôle judiciaire relative à sa propre décision, mais lui a plutôt accordé l'autorisation d'intervenir. L'avocat du personnel du Conseil souligne que, dans cette affaire, le juge Décary a reconnu que la Commission des droits de la personne pourrait être considérée comme une «personne intéressée» au sens de l'ancienne Règle 1600 [des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (édicte par DORS/92-43, art. 19)] dans des affaires où c'est elle qui a engagé la plainte: arrêt *Bernard*, précité, à la page 459, note 21.

[30] As to the other requisite element under rule 303, namely, that the party named as respondent must be “directly affected” by the decision of the Court. The Board Staff maintains, to the extent that the Court’s decision will affect the public interest, the Board Staff, as the sole representative and protector of that interest, will be directly affected.

[31] In addition, the Board Staff takes the view that it has sufficient distinctiveness by virtue of its functions, its recognition as a party before the Board and its recognition as a distinct entity in each of the cases argued before the Federal Court to properly come within the current definition of “person” under the Federal Court Rules [rule 2].

[32] Indeed the Board Staff argues that *ICN*, is overtaken, in that it was decided prior to the amendments to the Federal Court Rules and rests uniquely on a finding as to the Board Staff’s legal personality. The definition which, prior to the 1998 amendments to the Federal Court Rules, required that a person requesting party status be a distinct legal entity has been broadened and now provided at rule 2:

2. . . .

“person” includes a tribunal, an unincorporated association and a partnership.

and further:

“unincorporated association” means an organization of two or more persons, other than a partnership, that operates under a common name for a common purpose and undertaking.

[33] According to the Board Staff, the definition is not meant to be exhaustive and does not require an aspirant for standing as party or intervener to be a legal entity. Counsel for the Board Staff argues that the Board Staff does, in effect, constitute a group of persons which operates under a common name for a common purpose and therefore may be said to be an “unincorporated association” within the meaning of the rule. The Board Staff, maintains, therefore, that in

[30] En ce qui a trait à l’autre condition exigée par la règle 303, selon laquelle la personne désignée à titre de défendeur doit être «directement touchée» par la décision de la Cour, le personnel du Conseil fait valoir que, dans la mesure où la décision de la Cour concernera l’intérêt public, le personnel sera directement touché à titre de seul représentant et protecteur de cet intérêt.

[31] Le personnel du Conseil ajoute qu’en raison des fonctions qu’il exerce et du fait qu’il a été reconnu à titre de partie devant le Conseil et d’entité distincte dans chacune des affaires plaidées devant la Cour fédérale, il possède un caractère distinct suffisant pour être visé par la définition actuelle du mot «personne» qui est énoncée dans les Règles de la Cour fédérale [règle 2].

[32] Le personnel du Conseil ajoute même que l’arrêt *ICN* est dépassé, parce que cette décision a été rendue avant les modifications apportées aux Règles de la Cour fédérale, et repose uniquement sur une conclusion concernant la personnalité juridique du personnel du Conseil. La portée des Règles de la Cour fédérale qui, avant 1998, prévoyaient qu’une personne demandant le statut de partie devait être une entité juridique distincte a été élargie, comme l’indiquent les définitions suivantes de la règle 2:

2. [. . .]

«association sans personnalité morale» Groupement, à l’exclusion d’une société de personnes, constitué d’au moins deux personnes qui exercent leurs activités sous un nom collectif dans un but commun ou pour une entreprise commune.

«personne» S’entend notamment d’un office fédéral, d’une association sans personnalité morale et d’une société de personnes.

[33] Selon le personnel du Conseil, la définition n’est pas exhaustive et n’exige pas qu’une personne demandant d’être reconnue comme partie ou intervenant soit une entité juridique. L’avocat du personnel fait valoir que celui-ci constitue effectivement un groupe de personnes exerçant leurs activités sous un nom collectif dans un but commun et peut donc être considéré comme une «association sans personnalité morale» au sens de la règle. De l’avis du personnel,

addition to its historic recognition by the Court, the new Rules provide sufficient scope to recognize the Board Staff's distinct personality as a "person" for the purposes of the *Federal Court Rules, 1998*.

[34] More specifically, with reference to its application to be made a party pursuant to paragraph 104(1)(b) of the Federal Court Rules, the Board Staff states that its presence is clearly necessary for the complete adjudication of the issues before the Court as it is the party most knowledgeable of the issues of fact and law raised in the judicial review. In support of that argument, the Board Staff in the context of this motion, adduces evidence of the extensive submissions it made before the Board and most especially, those dealing with expert evidence and the scope of the application of the five patents at issue in Court file T-1671-00.

[35] Counsel for the Board espouses the submissions of the Board Staff and takes the position that the Board Staff ought to have been served as party respondent by HMRC. It concurs with the position that Staff may be said to be "an unincorporated association" within the meaning of the Federal Court Rules. Indeed the Board suggests the Board Staff has far greater cohesion than entities such as environmental or civic groups which have been recognized as "persons" for the purposes of the Federal Court Rules. Counsel for the Board characterized the Board Staff as an identifiable group of persons whose group purpose is to prosecute. Moreover, to the extent that a finding of the Court may have the effect of staying a prosecution, the Board Staff is said to be a person "directly affected" for the purposes of rule 303.

[36] The Board emphasizes that it does not know the position that the Attorney General will take in the judicial reviews and advocates the presence of the Board Staff as necessary to ensure that a party is present before the Court that will vigorously advocate the reasonableness of the Board's decision.

non seulement la Cour l'a-t-elle reconnu dans le passé, mais les nouvelles Règles ont une portée suffisamment large pour permettre à la Cour de reconnaître la personnalité distincte du personnel du Conseil à titre de «personne» aux fins des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

[34] Plus précisément, en ce qui a trait à la demande qu'il a présentée pour être constitué partie conformément à l'alinéa 104(1)b) des Règles de la Cour fédérale, le personnel du Conseil affirme que sa présence est indubitablement nécessaire pour assurer l'adjudication complète et le règlement des questions en litige, parce qu'il est la partie la plus au courant des questions de fait et de droit soulevées dans les demandes de contrôle judiciaire. Au soutien de cet argument, le personnel du Conseil présente en preuve les observations étoffées qu'il a formulées devant le Conseil, notamment celles qui concernent la preuve d'expert et la portée de l'application des cinq brevets en litige dans le dossier de la Cour n° T-1671-00.

[35] Souscrivant aux arguments du personnel, l'avocat du Conseil fait valoir que HMRC aurait dû désigner le personnel à titre de défendeur et reconnaît que celui-ci peut être considéré comme une «association sans personnalité morale» au sens des Règles de la Cour fédérale. Il ajoute que le personnel du Conseil jouit d'une cohésion beaucoup plus grande comparativement à certains groupes civiques ou environnementaux qui ont été reconnus comme des «personnes» aux fins des Règles de la Cour fédérale. L'avocat du Conseil considère le personnel de celui-ci comme un groupe identifiable de personnes dont le but commun consiste à s'occuper des poursuites. De plus, dans la mesure où une conclusion de la Cour pourrait avoir pour effet de suspendre une poursuite, le personnel du Conseil serait une personne «directement touchée» au sens de la règle 303.

[36] Le Conseil souligne qu'il ignore la position que le procureur général prendra dans la demande de contrôle judiciaire et affirme que la présence du personnel est nécessaire pour assurer la présence devant la Cour d'une partie qui défendra énergiquement le bien-fondé de la décision de l'organisme.

### Analysis

[37] The common threshold issue in respect of the rules invoked to vest the Board Staff with the status of either party or intervener is that the proposed entity be a “person” as defined in the Federal Court Rules.

[38] Thus, rule 303, pursuant to which the Board Staff says it ought to have been named as respondent requires the applicant to name every “person” directly affected other than a tribunal. Rule 104 allows for the addition of “a person” who ought to have been joined or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in a proceeding may be completely determined. Similarly the Court may grant leave to a “person” to intervene in a proceeding pursuant to rule 109.

[39] The new Federal Court Rules which have come into effect since *ICN*, have expanded the definition of “person” which I agree is not exhaustive. That said, I do not accept the proposition that the Board Staff, constituted of employees who work under the supervision of the Chairperson of the Board and are employed to support and serve the purposes of the Board, may be said to constitute an “unincorporated association” operating “under a common name for a common purpose and undertaking”.

[40] There is a single undertaking constituted under the *Patent Act*. It is the Board. I find no provision of the *Patent Act* which either confers special status on the Board Staff or constitutes it as an entity distinct from the Board. In that regard, the Court’s comments in *Bernard* regarding the potential status of the Human Rights Commission is of no assistance to the Board Staff. The standing of the Board Staff in the context of its enabling legislation bears no comparison to that of the Commission in its own legislative framework.

[41] The “common name”, and the standing accorded to the Board Staff in presenting cases before

### Analyse

[37] La question préliminaire à trancher dans tous les cas où une entité soutient qu’elle a qualité pour agir à titre de partie ou d’intervenant est de savoir si l’entité en question est une «personne» au sens des Règles de la Cour fédérale.

[38] Ainsi, la règle 303, que le personnel du Conseil invoque pour dire qu’il aurait dû être désigné à titre de défendeur, oblige le demandeur à désigner toute «personne» directement touchée, exception faite d’un tribunal. La règle 104 permet l’ajout d’une «personne» qui aurait dû être jointe ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer le règlement complet de toutes les questions en litige dans une instance. De la même façon, la Cour peut autoriser une «personne» à intervenir dans une instance conformément à la règle 109.

[39] Dans les nouvelles Règles de la Cour fédérale qui sont entrées en vigueur après l’arrêt *ICN*, la définition du mot «personne» qui, j’en conviens, n’est pas exhaustive, a été élargie. Cela étant dit, je refuse de reconnaître que le personnel du Conseil, constitué d’employés qui travaillent sous la surveillance du président du Conseil et sont engagés pour appuyer les fins de l’organisme, puisse être considéré comme une «association sans personnalité morale», c’est-à-dire un groupement constitué d’au moins deux personnes «qui exercent leurs activités sous un nom collectif dans un but commun ou pour une entreprise commune».

[40] Il existe une seule entreprise constituée en vertu de la *Loi sur les brevets* et c’est le Conseil. À mon avis, la *Loi sur les brevets* ne renferme aucune disposition qui confère un statut spécial au personnel du Conseil ou qui fait de lui une entité distincte de l’organisme. À cet égard, les commentaires que la Cour a formulés dans l’affaire *Bernard* au sujet du statut possible de la Commission des droits de la personne ne sont pas utiles pour le personnel du Conseil. La qualité pour agir que le personnel du Conseil peut invoquer en vertu de sa loi habilitante n’est pas comparable à celle que la Commission possède en vertu de sa propre loi.

[41] Le «nom collectif» et la qualité pour agir qui sont reconnus au personnel du Conseil pour la présen-

Board panels are conferred under the Board Rules which are promulgated by the Board. These rules, in my view, do not have the statutory authority to be binding in this forum. I note, in contrast, that a statutory right to intercede before the Board is given under subsection 86(2) of the *Patent Act* to the Minister of Industry as well as other ministers designated by regulation. Any federal minister who seeks to intervene, moreover, would be represented by the Attorney General of Canada as would the Commission of Competition which has a statutory right to intervene pursuant to the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19].

[42] Indeed, I agree with the Attorney General and the applicant, that *ICN* is not overtaken. *ICN* notes the lack of statutory distinction of the Staff. The case essentially addresses the failure of the operative statute to arrogate to the Board Staff an identity or a purpose distinct from that of the Board. As recognized by the Court of Appeal [at page 78], it is the Board that has a dual mandate:

The reality is that the Board is required to act as both prosecutor and judge in order to fulfil its legislated mandate.

[43] Thus, the mandate to present and protect the public interest, to the extent that it is conferred by statute, is conferred on the Board and is the vocation of the Board. I therefore do not accept the Board Staff's submission that it may be said to be "a party directly affected" in its own right pursuant to rule 303.

[44] In the same vein, and for the same reason, the Board Staff cannot be said to be a party who either "ought to have been joined" or "is necessary" to have before the Court within the meaning of rule 104. In my view, the Board Staff has no basis to argue that the Board Staff must be bound by the determination of the judicial review or that the questions to be settled on judicial reviews cannot be effectually and completely settled unless the Board Staff is a party. (See: *Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of*

tation des causes devant des comités de celui-ci découlent des Règles du Conseil que l'organisme lui-même a promulguées. À mon avis, ces règles ne peuvent être considérées comme un texte législatif liant la Cour. En revanche, je souligne qu'un droit d'intercéder devant le Conseil est accordé, en vertu du paragraphe 86(2) de la *Loi sur les brevets*, au ministre de l'Industrie ainsi qu'à d'autres ministres désignés par règlement. De plus, tout ministre fédéral qui désire intervenir serait représenté par le procureur général du Canada, à l'instar du commissaire de la concurrence, qui a le droit d'intervenir en vertu de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19].

[42] Effectivement, je conviens avec le procureur général et la demanderesse que l'arrêt *ICN* n'est pas chose du passé. Dans l'arrêt *ICN*, la Cour souligne qu'aucun caractère distinctif n'est accordé au personnel en vertu d'un texte législatif et que la loi applicable ne comporte aucune disposition conférant au personnel du Conseil une identité ou lui reconnaissant un objet distinct de ceux du Conseil. Comme la Cour d'appel l'a reconnu, c'est le Conseil qui est investi d'un double mandat [à la page 78]:

Dans les faits, le Conseil est tenu d'agir en tant que poursuivant et en tant que juge afin de s'acquitter de son mandat légal.

[43] Par conséquent, le Conseil a pour mandat de présenter et de protéger l'intérêt public, dans la mesure où ce mandat est conféré par un texte législatif, et c'est là sa vocation. Je ne puis donc souscrire à l'argument du personnel du Conseil selon lequel il pourrait être considéré comme «une partie directement touchée» au sens de la règle 303.

[44] Dans la même veine et pour la même raison, le personnel du Conseil ne peut être considéré comme une personne qui «aurait dû être constituée comme partie» ou dont la présence «est nécessaire» devant la Cour au sens de la règle 104. À mon avis, le personnel du Conseil n'a aucune raison de soutenir qu'il doit être lié par la décision découlant des demandes de contrôle judiciaire ou que les questions en litige dans celles-ci ne peuvent faire l'objet d'une instruction complète ni être réglées à moins qu'il ne soit partie.



*Inquiry*), [1998] 4 F.C. 125 (C.A.), at page 126.)

[45] As to the intervention of the Board Staff, I disagree with the Attorney General who submits that the Board Staff, while not a “person” for the purposes of being added as a party may nevertheless be found to be a “person” for the purposes of intervening on the basis that its substantive expertise may be of assistance to the Court. These proceedings are judicial reviews and not hearings *de novo*. To the extent that the expertise and specialized jurisdiction at issue may be relevant, it is appropriately considered in the context of the Board’s right to intervene and the scope of its intervention.

[46] I also find no basis to allow the Board Staff to be recognized under the name or guise of the Board. Certainly, neither the Court nor the parties would be well served by such an artifice which, moreover, must be premised on what is not otherwise suggested or conceded, namely, that the Board is a proper party to these proceedings. If it is determined that submissions relating to the Board’s specialized jurisdiction would be of assistance to the Court and the Board is thereby given standing as an intervener in these proceedings, the Board will be at liberty to appoint and be represented by the counsel of its choice to speak to its expert jurisdiction as it deems appropriate.

[47] As a final point, Counsel for the Board Staff takes the view that in the context of this motion, I must concede the distinctive character of the Board Staff as, to do otherwise, is to prejudge the question at issue in Court file T-1576-99 on its merits. In my view, the “distinct role” of the staff and the separation of functions along adjudicative and prosecutorial lines has been duly noted by the Federal Court of Appeal in *ICN*. These reasons speak only to whether the Board Staff may be brought within the requirements of the relevant Federal Court Rules. Having found otherwise,

(Voir l’arrêt *Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d’enquête)*, [1998] 4 C.F. 125 (C.A.), à la page 126.)

[45] En ce qui concerne l’intervention du personnel du Conseil, je ne suis pas d’accord avec le procureur général lorsqu’il dit que, même si le personnel n’est pas une «personne» aux fins de la constitution comme partie, il pourrait être considéré comme une «personne» aux fins de l’intervention au motif que sa compétence spécialisée pourrait être utile pour la Cour. Les instances concernées en l’espèce sont des demandes de contrôle judiciaire et non des auditions *de novo*. Dans la mesure où la compétence spécialisée en question peut être pertinente, elle est examinée comme il se doit dans le contexte du droit d’intervention du Conseil ainsi que de la portée de cette intervention.

[46] Qui plus est, je ne vois aucune raison de permettre au personnel du Conseil d’être reconnu sous le nom du Conseil. Il est indéniable que ni la Cour non plus que les parties seraient bien desservies par cet artifice qui, de plus, doit être fondé sur ce qui n’est pas sous-entendu ou admis par ailleurs, soit le fait que le Conseil est partie en bonne et due forme aux instances concernées en l’espèce. Si la Cour en arrive à la conclusion que les arguments concernant la compétence spécialisée du Conseil seraient utiles pour elle et autorise de ce fait celui-ci à intervenir dans les instances, le Conseil pourra désigner l’avocat de son choix, qui le représentera et plaidera la compétence spécialisée de l’organisme dans la mesure où il le jugera opportun.

[47] En dernier lieu, l’avocat du personnel du Conseil estime que, dans le contexte de la présente demande, je dois admettre le caractère distinctif de celui-ci, car procéder autrement aurait pour effet de trancher à l’avance, au fond, la question en litige dans le dossier de la Cour n° T-1576-99. À mon avis, la Cour d’appel fédérale a dûment reconnu, dans l’arrêt *ICN*, le «rôle distinct» du personnel et la séparation des fonctions de nature décisionnelle de celles qui concernent les poursuites. Les présents motifs portent uniquement sur la question de savoir si le personnel

I shall dismiss the Board Staff's application in its entirety.

#### THE BOARD AS INTERVENER

[48] The Board does not seek to be added as a party but wishes to intervene in both applications. Indeed, the effect of the evolution of the Federal Court Rules and the jurisprudence in this area is to have essentially precluded a board or tribunal from having standing as a party in the review of its own decision. The principle was codified in Federal Court rule 303 as follows:

**303.** (1) Subject to subsection (2), an applicant shall name as a respondent every person

(a) directly affected by the order sought in the application, other than a tribunal in respect of which the application is brought; or

(b) required to be named as a party under an Act of Parliament pursuant to which the application is brought.

(2) Where in an application for judicial review there are no persons that can be named under subsection (1), the applicant shall name the Attorney General of Canada as a respondent. [Emphasis mine.]

[49] In sum, the Attorney General may be named as the party respondent where there is otherwise not a party directly affected that is not the tribunal. An explicit exception to the rule that a tribunal may not be a party in the judicial review of its own decision, is found at subsection 303(3) of the Rules as follows:

**303.** . . .

(3) On a motion by the Attorney General of Canada, where the Court is satisfied that the Attorney General is unable or unwilling to act as a respondent after having been named under subsection (2), the Court may substitute another person or body, including the tribunal in respect of which the application is made, as a respondent in the place of the Attorney General of Canada. [Emphasis mine.]

Here, provision is made to allow the substitution of a tribunal, as party respondent, in lieu of the Attorney

du Conseil respecte les exigences des Règles de la Cour fédérale qui s'appliquent. Comme j'ai répondu par la négative à cette question, je rejette en entier la demande du personnel du Conseil.

#### LE CONSEIL COMME INTERVENANT

[48] Le Conseil ne demande pas d'être constitué comme partie, mais désire intervenir dans les deux demandes. En fait, l'évolution des Règles de la Cour fédérale et des décisions rendues dans ce domaine a essentiellement eu pour effet d'empêcher un office ou un tribunal d'être reconnu comme partie lors de l'examen de ses propres décisions. Le principe a été codifié comme suit à la règle 303 des Règles de la Cour fédérale:

**303.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le demandeur désigne à titre de défendeur:

a) toute personne directement touchée par l'ordonnance recherchée, autre que l'office fédéral visé par la demande;

(b) toute autre personne qui doit être désignée à titre de partie aux termes de la loi fédérale ou de ses textes d'application qui prévoient ou autorisent la présentation de la demande.

(2) Dans une demande de contrôle judiciaire, si aucun défendeur n'est désigné en application du paragraphe (1), le demandeur désigne le procureur général du Canada à ce titre. [Non souligné à l'original.]

[49] En somme, le procureur général peut être désigné à titre de défendeur lorsqu'il n'y a par ailleurs aucune partie directement touchée sauf l'office fédéral. Une exception explicite à la règle interdisant à un office fédéral d'être partie aux demandes de contrôle judiciaire concernant ses propres décisions est énoncée comme suit au paragraphe 303(3) des Règles:

**303.** [. . .]

(3) La Cour peut, sur requête du procureur général du Canada, si elle est convaincue que celui-ci est incapable d'agir à titre de défendeur ou n'est pas disposé à le faire après avoir été ainsi désigné conformément au paragraphe (2), désigner en remplacement une autre personne ou entité, y compris l'office fédéral visé par la demande. [Non souligné à l'original.]

Cette disposition permet de remplacer le procureur général par un office fédéral à titre de partie défende-

General, where the Attorney General having been named as respondent subsequently moves to disqualify himself or herself on the basis that the Attorney General is unable or unwilling to act in that capacity.

[50] Typically a board or tribunal, unless authorized by its enabling legislation, may only intervene with leave of the Court. Rule 109 is new as of the 1998 revisions to the former *Federal Court Rules*. It requires a party seeking to intervene to describe how it wishes to participate in the proceeding and, most importantly, how that participation will assist the Court in the determination of the factual or legal issues in the proceeding. While this latter consideration is key to the Court's determination of whether a party will have leave to intervene, other factors that the Court has considered in previous jurisprudence continue to be relevant. These include the ability of the existing parties to adduce all the relevant evidence or to adequately advance the position of the proposed intervenor (see *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2000), 4 C.P.R. (4th) 421 (F.C.T.D), at page 429).

[51] The standing of a decision maker to participate in the judicial review of its own decision and the scope of that participation has proven controversial and has been the subject of substantial judicial comment. Courts have been disinclined to hear agencies speak to the merits of their decision under review, thereby essentially allying themselves with one of the parties to the dispute. All the more so, since following the review, the impugned decision may be referred back to the agency for disposition.

[52] The *Northwestern Utilities* case, already referred to in these reasons, is authority for strictly limiting the participation of an administrative agency in the review of its decision. In that case, the Supreme Court of Canada heard an appeal by the Public Utilities Board and *Northwestern Utilities Ltd.* The Public Utilities Board by virtue of its enabling legislation had a right to participate and be heard on appeals of its decisions. Estey J., on behalf of the Court stipulated the proper bounds to be placed on the participation of the

resse lorsque le procureur général désigné à titre de défendeur cherche subséquemment à se récuser parce qu'il est incapable d'agir à ce titre ou qu'il n'est pas disposé à le faire.

[50] Habituellement, un office ou un tribunal ne peut intervenir qu'avec la permission de la Cour, à moins qu'il ne soit autorisé à le faire par sa loi habilitante. La règle 109 a été ajoutée dans le cadre des révisions apportées en 1998 aux anciennes *Règles de la Cour fédérale*. Elle oblige une partie qui cherche à intervenir à indiquer comment elle désire participer à l'instance et, surtout, comment cette participation aidera la Cour à trancher les questions de fait ou de droit de l'instance en question. Bien que ce dernier élément constitue un facteur clé de la décision concernant la demande d'autorisation, d'autres facteurs que la Cour a pris en compte dans le passé demeurent pertinents. Ces facteurs comprennent la possibilité pour les parties existantes de présenter toute la preuve pertinente ou de faire valoir de façon satisfaisante la position de l'intervenant proposé (voir *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2000), 4 C.P.R. (4th) 421 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 429).

[51] Le droit d'une instance décisionnelle de participer au contrôle judiciaire de ses propres décisions et la portée de cette participation sont des questions controversées qui ont été abondamment commentées dans la jurisprudence. Les tribunaux se sont montrés peu enclins à accepter que des organismes plaident devant eux le bien-fondé de leur décision sous examen, appuyant de ce fait l'une des parties au litige, d'autant plus que la décision attaquée peut, après le contrôle en question, être renvoyée à l'organisme pour nouvelle décision.

[52] Dans l'arrêt *Northwestern Utilities*, déjà mentionné dans les présents motifs, la participation d'un organisme administratif aux procédures de contrôle de sa décision a été considérablement restreinte. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a entendu un pourvoi de la Public Utilities Board (la commission) et de *Northwestern Utilities Ltd.* En vertu de sa loi habilitante, la commission avait le droit de participer aux appels de ses décisions et d'être entendue à cette occasion. S'exprimant au nom de la Cour, le juge

Utilities Board, at pages 709-710:

It has been the policy in this Court to limit the role of an administrative tribunal whose decision is at issue before the Court, even where the right to appear is given by statute, to an explanatory role with reference to the record before the Board and to the making of representations relating to jurisdiction . . . . Where the right to appear and present arguments is granted, an administrative tribunal would be well advised to adhere to the principles enunciated by Aylesworth J.A. in *International Association of Machinists v. Genaire Ltd., and Ontario Labour Relations Board* (1958), 18 D.L.R. 588) at pp. 589, 590:

Clearly upon an appeal from the Board, counsel may appear on behalf of the Board and may present argument to the appellate tribunal. We think in all propriety, however, such argument should be addressed not to the merits of the case. . . but rather to the jurisdiction or lack of jurisdiction of the Board. If argument by counsel for the Board is directed to such matters as we have indicated, the impartiality of the Board will be the better emphasized and its dignity and authority the better preserved, while at the same time the appellate tribunal will have the advantage of any submissions as to jurisdiction which counsel for the Board may see fit to advance.

Where the parent or authorizing statute is silent as to the role or status of the tribunal in appeal or review proceedings, this Court has confined the tribunal strictly to the issue of its jurisdiction to make the order in question.

. . . “jurisdiction” does not include the transgression of the authority of a tribunal by its failure to adhere to the rules of natural justice. [Emphasis added.]

[53] *Northwestern Utilities* was enthusiastically applied in *Vancouver Wharves Ltd. v. International Longshoremen’s and Warehousemen’s Union, Local 514* (1985), 60 N.R. 118 (F.C.A.), where Hugessen J.A. remarked at page 120 of the judgment:

I would have thought that simple prudence, to say nothing of propriety, would have dictated extreme restraint in the Board’s intervening in judicial proceedings in which the parties to proceedings before the Board itself continue to oppose one another before the courts.

Later in *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. C.A.L.P.A.*, [1988] 2 F.C. 493 (C.A.), at pages 498 and 499 Hugessen J.A. confirmed the standing of a tribunal to

Estey a décrit comme suit les limites de la participation de la commission, aux pages 709 et 710:

Cette Cour, à cet égard, a toujours voulu limiter le rôle du tribunal administratif dont la décision est contestée à la présentation d’explications sur le dossier dont il était saisi et d’observations sur la question de sa compétence, même lorsque la loi lui confère le droit de comparaître [. . .] Lorsque la loi donne à un tribunal administratif le droit de comparaître et de plaider, ce dernier aurait tout avantage à suivre les principes énoncés par le juge Aylesworth dans l’arrêt *International Association of Machinists v. Genaire Ltd. and Ontario Labour Relations Board* (1958), 18 D.L.R. 588, aux pp. 589-590:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute qu’en appel d’une décision du Conseil, celui-ci peut se faire représenter par un avocat qui plaidera sa cause devant le tribunal d’appel. Nous estimons toutefois approprié que la plaidoirie traite non du fond de l’affaire [. . .] mais plutôt de la compétence ou du défaut de compétence du Conseil. Si l’avocat du Conseil mène sa plaidoirie de la sorte, l’impartialité du Conseil sera d’autant mieux mise en valeur et sa dignité et son autorité en seront d’autant mieux garanties. En même temps, le tribunal d’appel bénéficiera de toutes les observations que l’avocat du Conseil jugera utiles de présenter sur la question de la compétence.

Lorsque la loi constitutive ou organique ne dit rien du rôle ni du statut du tribunal dans les procédures d’appel ou d’examen judiciaire, cette Cour a limité ledit rôle à la seule question de la compétence pour rendre l’ordonnance contestée [. . .]

la «compétence» n’inclut pas la transgression du pouvoir d’un tribunal par l’inobservation des règles de justice naturelle. [Non souligné à l’original.]

[53] L’arrêt *Northwestern Utilities* a été appliqué avec empressement dans l’affaire *Vancouver Wharves Ltd. c. Syndicat international des débardeurs et magasiniers, section locale 514* (1985), 60 N.R. 118 (C.A.F.), où le juge Hugessen s’est exprimé comme suit à la page 120 du jugement:

J’aurais cru que la simple prudence, sans parler de la convenance, aurait inspiré au Conseil de n’intervenir qu’avec une réserve extrême dans un débat judiciaire à l’égard duquel les parties aux procédures qui se sont déroulées devant le Conseil lui-même sont toujours en opposition devant les tribunaux.

Plus tard, dans l’arrêt *Lignes Aériennes Canadien Pacifique Ltée c. A.C.P.L.A.*, [1988] 2 C.F. 493 (C.A.), aux pages 498 et 499, le juge Hugessen a

make submissions, but only on its own jurisdiction, “in a narrow sense”.

[54] The question was again entertained by the Supreme Court of Canada in *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983 (hereinafter *Paccar*). In that case it was argued that the Labour Relations Board, whose decision was at issue, had lost jurisdiction through a decision that was patently unreasonable. In that context, La Forest J. found that the Board had standing not only to explain the record before the Court and to make submissions to show that it had jurisdiction to embark upon the inquiry but also to make submissions in support of the reasonableness of the decision and to demonstrate that it had not lost jurisdiction through a patently unreasonable interpretation of its powers.

[55] In that regard, La Forest J. expressed his complete concurrence with the following statement of Taggart J.A. at page 1016:

The traditional basis for holding that a tribunal should not appear to defend the correctness of its decision has been the feeling that it is unseemly and inappropriate for it to put itself in that position. But when the issue becomes, as it does in relation to the patently unreasonable test, whether the decision was reasonable, there is a powerful policy reason in favour of permitting the tribunal to make submissions. That is, the tribunal is in the best position to draw the attention of the court to those considerations, rooted in the specialized jurisdiction or expertise of the tribunal, which may render reasonable what would otherwise appear unreasonable to someone not versed in the intricacies of the specialized area. In some cases, the parties to the dispute may not adequately place those considerations before the court, either because the parties do not perceive them or do not regard it as being their interest to stress them. [Emphasis added.]

[56] The Court in *Paccar* noted that, unlike *Northwestern Utilities*, where the agency at issue had presented “elaborate argument” in support of its decision, the Labour Board, in the instance before the Court, did not argue that the Board was correct but

confirmé le droit d’un tribunal de formuler des arguments, mais uniquement sur la question de sa propre compétence, «dans un sens restreint».

[54] La Cour suprême du Canada a réexaminé la question dans *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983 (ci-après *Paccar*). Dans cette affaire, on a soutenu que le Conseil des relations de travail, dont la décision était contestée, avait perdu sa compétence après avoir rendu une décision qui était manifestement déraisonnable. Dans ce contexte, le juge La Forest a conclu que le Conseil avait le droit non seulement d’expliquer le dossier dont la Cour était saisie et de formuler des arguments établissant qu’il avait la compétence voulue pour procéder à l’enquête, mais également le droit de faire des observations appuyant le caractère raisonnable de la décision et démontrant qu’il n’avait pas perdu sa compétence par suite d’une interprétation manifestement déraisonnable de ses pouvoirs.

[55] À cet égard, le juge La Forest a approuvé sans réserve les remarques suivantes du juge Taggart, de la Cour d’appel, à la page 1016:

[TRADUCTION] Le fondement traditionnel de la notion selon laquelle un tribunal administratif ne devrait pas comparaître pour défendre le bien-fondé de sa décision est l’impression qu’il serait malséant et déplacé pour lui de se mettre dans cette position. Mais lorsque le point en litige devient, notamment en relation avec le critère de l’interprétation manifestement déraisonnable, la question de savoir si la décision était raisonnable, il existe une raison de principe impérieuse de permettre au tribunal de présenter des arguments. En effet, le tribunal est le mieux placé pour attirer l’attention de la cour sur les considérations, enracinées dans la compétence ou les connaissances spécialisées du tribunal, qui peuvent rendre raisonnable ce qui autrement paraîtrait déraisonnable à quelqu’un qui n’est pas versé dans les complexités de ce domaine spécialisé. Il peut arriver, dans certains cas, que les parties au différend ne présentent pas adéquatement ces considérations à la cour, soit parce qu’elles n’en perçoivent pas l’importance, soit parce qu’elles estiment ne pas avoir intérêt à le faire. [Non souligné à l’original.]

[56] Dans l’arrêt *Paccar*, la Cour suprême a souligné que, contrairement à la situation qui existait dans l’affaire *Northwestern Utilities*, où l’organisme en question avait présenté une «argumentation détaillée et approfondie» à l’appui du bien-fondé de sa décision,

focused on the reasonableness of its approach and thus did not exceed the proper limits allowed to an administrative tribunal in judicial review proceedings.

[57] The Federal Court of Appeal had occasion to consider *Paccar* in *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586, and construed it narrowly. The Court of Appeal concluded that any intervention, other than as would go to the specialized, primary jurisdiction, of an agency ought not to be countenanced as essentially damaging to the agency's impartiality. Mahoney J.A., commenting on the "unaccountable persistence" of the Labour Relations Board, when its "jurisdiction was in no way at issue" and there were no considerations rooted in the specialized jurisdiction or expertise of the Labour Board, commented as follows at page 590:

The decision of the Supreme Court of Canada in *Paccar* does not, in my opinion, vest the Board with a respectable excuse to demand to be heard in every case where one of its decisions is alleged to be patently unreasonable. As stated in *Paccar*, it is only when its expertise may cast some light imperceptible to ordinary mortals on the subject that participation so potentially damaging to it should be countenanced. It is to that limited extent that *Paccar* has qualified the criteria authoritatively established by *Northwestern Utilities*. Furthermore, the presence of such an issue does not open the door to the Board addressing other issues anymore than does a genuine challenge to its jurisdiction.

[58] Recent decisions of this Court have allowed very narrow scope to the intervention of a tribunal, restricting leave to intervene to submissions made in respect of the essential jurisdiction of the tribunal and firmly precluding the tribunal from addressing the merits of its decision under review (see: *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 250, (F.C.T.D.) (hereinafter *Bell Canada* (1996)); and *Canadian Broadcasting Corp. v. Paul* (1997), 50 Admin. L.R. (2d) 181 (F.C.T.D.), (hereinafter *Paul*)).

[59] *Northwestern Utilities* has also been vigorously applied in the most recent decision of this Court

la commission des relations de travail n'a pas soutenu que sa décision était correcte, mais plutôt qu'elle était raisonnable, de sorte qu'elle n'a pas dépassé les limites accordées à un tribunal administratif dans des procédures de contrôle judiciaire.

[57] Dans l'arrêt *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586, la Cour d'appel fédérale a eu l'occasion d'examiner l'arrêt *Paccar* et l'a interprété de façon restrictive. Elle a conclu qu'une intervention autre que celle qui porte sur la compétence principale et spécialisée d'un organisme ne devrait pas être approuvée, parce qu'elle nuit à l'impartialité de l'organisme en question. S'attardant à «l'insistance inexplicable» du Conseil des relations de travail alors que la compétence de celui-ci n'était «aucunement contestée» ainsi qu'à l'absence de considérations enracinées, le juge Mahoney a formulé les remarques suivantes à la page 590:

À mon avis, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Paccar* ne donne pas au Conseil une excuse raisonnable pour demander d'être entendu dans tous les cas où l'on soutient que l'une de ses décisions est manifestement déraisonnable. Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Paccar*, ce n'est que lorsque les connaissances de l'organisme en question peuvent ajouter des éléments autrement imperceptibles pour un profane dans le domaine qu'une participation susceptible à ce point de lui nuire devrait être tolérée. C'est dans cette mesure restreinte que l'on a repris, dans l'arrêt *Paccar*, les critères établis de façon concluante dans *Northwestern Utilities*. En outre, l'existence d'une controverse de cette nature ne permet pas au Conseil de soulever des questions autres que des questions portant véritablement sur sa compétence.

[58] Récemment, la Cour fédérale a interprété de façon très restrictive le droit d'intervention d'un tribunal, restreignant ce droit à la présentation d'arguments concernant la compétence essentielle du tribunal et interdisant fermement à celui-ci de commenter le bien-fondé de sa décision sous examen (voir: *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 250 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (ci-après *Bell Canada* (1996)); et *Société Radio-Canada c. Paul* (1997), 50 Admin. L.R. (2d) 181 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (ci-après *Paul*)).

[59] L'arrêt *Northwestern Utilities* a également été vigoureusement appliqué dans la très récente décision

relating to the participation of a tribunal in a judicial review where the independence of the tribunal was at issue. In *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada et al.* (1997), 143 F.T.R. 24 (F.C.T.D.), McGillis J. had occasion to consider an application from the President of the Canadian Human Rights Tribunal to intervene in the judicial review of a decision of the tribunal where the tribunal's independence was at issue. The learned Judge held that even assuming that the question of independence relates to jurisdiction, it would be impossible for the President of the tribunal to make submissions on jurisdiction without becoming embroiled in the merits of the decision. McGillis J. refused leave to intervene finding that the intervention in the circumstances would adversely affect the appearance of the impartiality of the tribunal in contravention of the principles enunciated in *Northwestern Utilities*.

[60] The circumstances in that case bear noting, however, as McGillis J. held in the alternative that the intervention of the President would, in any case, serve no useful purpose as the evidence on the record was complete in that case. Extensive evidence had been adduced by the Registrar of the Tribunal regarding its institutional structure and practices. Moreover, the Canadian Human Rights Commission had filed detailed argument in support of the Tribunal's decision concerning its independence.

#### The Right to Appeal

[61] Among the rights sought by the Board in intervening in the within judicial reviews, is the right to appeal the eventual decisions of the Court. While that right has historically associated with that of a party, as opposed to an intervener, rule 109 now explicitly countenances that possibility. The right is available on leave of the Court and has been granted to interveners in appropriate circumstances (see: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 72 C.P.R. (3d) 187 (F.C.T.D.) and *Canada (Attorney General) et al. v. Royal Commission of Inquiry on the Blood System in Canada et al.* (1996), 109 F.T.R. 144 (F.C.T.D.)). Leave to appeal the decision of the Court was declined

que la Cour fédérale a rendue au sujet de la participation d'un tribunal à une demande de contrôle judiciaire dans des circonstances où l'indépendance du tribunal en question était en litige. Dans l'affaire *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier et al.* (1997), 143 F.T.R. 24 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), M<sup>me</sup> le juge McGillis a examiné une demande d'intervention du président du Tribunal canadien des droits de la personne dans une procédure de contrôle judiciaire relative à une décision que le Tribunal avait rendue alors que son indépendance était en litige. M<sup>me</sup> le juge a statué que, même en supposant que la question de l'indépendance concerne la compétence, il serait impossible pour le président du Tribunal de formuler des arguments à ce sujet sans commenter également le bien-fondé de la décision. Elle a donc rejeté la demande d'intervention, jugeant que l'intervention dans les circonstances nuirait à l'apparence d'impartialité du Tribunal, ce qui irait à l'encontre des principes énoncés dans l'arrêt *Northwestern Utilities*.

[60] Cependant, il convient de souligner que M<sup>me</sup> le juge McGillis a statué subsidiairement qu'en tout état de cause, l'intervention du président ne serait d'aucune utilité, puisque la preuve déjà présentée était complète. Le greffier du Tribunal avait en effet présenté une preuve étoffée au sujet de la structure et des pratiques de celui-ci. De plus, la Commission canadienne des droits de la personne avait déposé une argumentation détaillée au soutien de la décision du Tribunal concernant l'indépendance de celui-ci.

#### Le droit d'appel

[61] Parmi les droits que le Conseil cherche à obtenir en intervenant dans les présentes demandes de contrôle judiciaire, mentionnons celui d'interjeter appel des décisions éventuelles de la Cour. Bien que ce droit ait été associé dans le passé à ceux d'une partie plutôt que d'un intervenant, la règle 109 reconnaît désormais explicitement cette possibilité. Ce droit peut être obtenu sur demande à la Cour et a été accordé aux intervenants lorsque la situation s'y prêtait (voir: *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 72 C.P.R. (3d) 187 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Canada (Procureur général) et al. c. Commission royale de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada et al.*

in *Bell Canada (1996)*, as well as in *Paul*.

### Analysis

#### Court File T-1576-99

[62] For the application of these principles I now turn to the Board's application to intervene. While not seeking to adduce evidence, the Board does seek to make oral and written submissions to address the standard of review, "to draw the attention of the Board to those considerations rooted in the specialized expertise of the Board whereby the Court may find that it has met the standard of review" and to provide insight to the Court as to the roles of the Board, Chairperson and Board Staff in carrying out their statutory mandate.

[63] The Attorney General fully supports the Board in its application on the basis of *Paccar*. HMRC takes the position that the Board may speak to the record before the Board and to its jurisdiction but cannot address matters relating to procedural fairness including whether the Board structures give rise to an apprehension of bias.

[64] This first application raises the issue of institutional bias, impugns the internal organization, structure and process of the Board. This is an instance where the Board needs to be circumspect. That said, while this Court, as we have seen, has previously had occasion to comment on the structure and organization of the Board, this application is the first opportunity for the Court to consider the institutional mandate, practice and policies of the Board purely as it relates to the independence of the Board. I am satisfied, therefore, that the Board's participation at the judicial review would assist the Court in its determination of the issues in the judicial review relating to the organizational practices and multiple policies that the Board lives with and implements pursuant to its mandate. For that purpose, I would authorize the Board to intervene for the limited purpose of making submissions, on the

(1996), 109 F.T.R. 144 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). L'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Cour a été refusée dans les affaires *Bell Canada (1996)* et *Paul*.

### Analyse

#### Dossier de la Cour n° T-1576-99

[62] J'examine maintenant la demande d'intervention du Conseil à la lumière des principes exposés ci-dessus. Bien qu'il ne cherche pas à présenter des éléments de preuve, le Conseil veut formuler des observations verbales et écrites au sujet de la norme d'examen, [TRADUCTION] «afin d'attirer l'attention de la Cour sur les considérations, enracinées dans la compétence spécialisée du Conseil, qui permettraient à la Cour de conclure qu'il a respecté la norme d'examen» ainsi que pour éclairer la Cour au sujet des rôles du Conseil, du président et du personnel de l'organisme en ce qui concerne l'exécution de leur mandat d'origine législative.

[63] Le procureur général appuie totalement la demande du Conseil en se fondant sur l'arrêt *Paccar*. Pour sa part, HMRC soutient que le Conseil peut commenter le dossier dont il est saisi ainsi que sa compétence, mais non les questions qui sont liées à l'équité procédurale, notamment la question de savoir si les structures du Conseil donnent lieu à une crainte de partialité.

[64] Cette première demande soulève la question de la partialité institutionnelle et met en cause l'organisation, la structure et la procédure internes du Conseil. Il s'agit d'un cas où le Conseil doit faire preuve de prudence. Cela étant dit, même si la Cour fédérale a déjà eu l'occasion de commenter la structure et l'organisation du Conseil, la présente demande représente la première occasion pour elle d'examiner le mandat, les pratiques et les politiques de l'organisme purement du point de vue de l'indépendance de celui-ci. Je suis donc convaincue que la participation du Conseil aux procédures de contrôle judiciaire aiderait la Cour à trancher les questions en litige qui concernent les pratiques de l'organisme et les nombreuses politiques qu'il applique conformément à son mandat. Dans ce contexte, j'autoriserais le Conseil à intervenir uniquement pour présenter des observations, sur la foi



basis of the record before the Court, to explain the roles of the Board Chairperson and Board Staff in carrying out the Board's dual mandate under its governing legislation and pursuant to Board rules and policy, but only to the extent that such explanation is not otherwise provided by the Attorney General. In so doing, the Board may not address the applicable standard of review or the extent to which it may be said to have met that standard. (I include the latter, as it may be implied from the language of the Board's application for leave.) Finally, I find no basis in these circumstances, to grant leave to the Board to appeal the decision of the Court on the review.

#### Court File T-1671-00

[65] This application deals squarely with the substance of the Board's specialized jurisdiction and the Attorney General and the Board again invoke *Paccar* in support of the Board's application to intervene on the same basis as in T-1576-99, including the right to address the appropriate standard of review and to appeal the eventual decision of the Court.

[66] I am satisfied, in the circumstances, that the Board should have leave to intervene and that its intervention will assist the Court in determining the questions at issue in the review going to the root of the Board's area of expertise. Leave shall be granted to the Board to make submissions, having reference to the record before the Court, regarding its statutory jurisdiction pursuant to section 83 of the *Patent Act*, again, in a manner not to duplicate the submissions of the Attorney General. Should the Court have additional questions going to the root of the specialized jurisdiction, the Board shall be present to respond.

[67] The Board points out that it does not know what position the Attorney General will take in this judicial review. Counsel for the Attorney General concedes that his office has no particular interest in the outcome of the judicial review in the sense that the role and mandate of the Attorney General is to assist the Court in reaching a decision that accords with the

du dossier dont la Cour est saisie, visant à expliquer le rôle de son président et de son personnel relativement à l'exécution du double mandat dont il est investi en vertu de sa loi habilitante ainsi que de ses règles et politiques, mais uniquement dans la mesure où le procureur général ne fournit pas par ailleurs ces explications. Ce faisant, le Conseil ne pourra commenter la norme d'examen applicable ou la mesure dans laquelle il a respecté cette norme. (J'ajoute ce dernier point, parce qu'il pourrait être déduit implicitement du libellé de la demande d'autorisation du Conseil.) Enfin, je ne vois aucune raison, dans les circonstances, d'autoriser le Conseil à interjeter appel de la décision que la Cour rendra lors du contrôle.

#### Dossier de la Cour n° T-1671-00

[65] Dans cette demande, qui concerne strictement l'objet de la compétence spécialisée du Conseil, le procureur général et celui-ci invoquent à nouveau l'arrêt *Paccar* pour demander à la Cour d'autoriser le Conseil à intervenir sur la même base que dans l'affaire n° T-1576-99, ce qui comprendrait le droit de commenter la norme d'examen applicable ainsi que d'interjeter appel de la décision éventuelle de la Cour.

[66] Dans les circonstances, j'estime que le Conseil devrait être autorisé à intervenir et que son intervention aidera la Cour à trancher les questions en litige dans la demande de contrôle judiciaire qui concernent le fondement de la compétence spécialisée du Conseil. Le Conseil est donc autorisé à formuler des arguments, en se fondant sur le dossier dont la Cour est saisie, au sujet de la compétence dont il est investi en vertu de l'article 83 de la *Loi sur les brevets*, encore là, dans la mesure où le procureur général ne se sera pas déjà exprimé à ce sujet. Si la Cour a d'autres questions concernant le fondement de la compétence spécialisée, le Conseil sera présent pour y répondre.

[67] Le Conseil souligne qu'il ignore la position que le procureur général prendra dans la présente demande de contrôle judiciaire. L'avocat de celle-ci admet que son bureau n'a aucun intérêt particulier dans le résultat de la demande de contrôle judiciaire, parce que son rôle et son mandat consistent à aider la Cour à en arriver à une décision conforme aux règles de droit. Il

law. Counsel for the Attorney General agrees that the mandate of the Attorney General is such that she could, conceivably, take the same position on judicial review as the applicant without seeking to disqualify herself pursuant to subsection 303(3) of the Federal Court Rules.

[68] I take the Board's point that an agency or tribunal whose decision is under review is entitled to expect that there will be a party present at the judicial review to oppose the applicant and defend the reasonableness of the Board's decision. Assuming, as I must at this time, that the Attorney General will oppose the applicant on the review, undoubtedly with the necessary vigour, and that the Attorney General and the Board through its intervention, will bring to bear all those considerations rooted in the primary jurisdiction of the Board as will be of utility to the Court, I see no basis in these circumstances to further authorize the Board to address the applicable standard of review, the extent to which it has met the standard of review, or to allow the Board a right of appeal.

[69] Accordingly I will, by separate order, dispose of these motions and give directions as to the manner of intervention consistent with these reasons. These reasons are without prejudice to the right of the Board to reapply to broaden the scope of its intervention in the event the Attorney General, while remaining a party, does not contradict the applicant in the judicial review.

#### COSTS

[70] The costs of the motion of the Board Staff shall be to the applicant in any event of the cause. The Attorney General has not sought costs and none shall be awarded. Each party shall bear its own costs of the Board's motion.

convient que, compte tenu du mandat dont elle est investie, le procureur général pourrait prendre la même position que la demanderesse dans la demande de contrôle judiciaire sans chercher à se récuser conformément au paragraphe 303(3) des Règles de la Cour fédérale.

[68] Je conviens, comme le Conseil le souligne, qu'un organisme ou un tribunal dont la décision fait l'objet d'un contrôle a le droit de s'attendre à ce qu'une partie soit présente lors du contrôle judiciaire pour s'opposer à la partie demanderesse et défendre le caractère raisonnable de la décision de l'organisme en question. En supposant, comme je dois le faire à ce moment-ci, que le procureur général s'opposera avec l'énergie nécessaire à la partie demanderesse lors du contrôle judiciaire et qu'elle-même et le Conseil, par son intervention, soulèveront toutes les considérations enracinées dans la compétence principale du Conseil qui seront utiles pour la Cour, je ne vois aucune raison, dans les circonstances, d'autoriser également le Conseil à commenter la norme d'examen applicable ou la mesure dans laquelle il a respecté la norme en question ni de l'autoriser à interjeter appel.

[69] Par conséquent, je trancherai les présentes demandes au moyen d'ordonnances distinctes et je donnerai des directives compatibles avec les présents motifs au sujet du mode d'intervention. Les présents motifs ne portent pas atteinte au droit du Conseil de présenter une nouvelle demande afin d'élargir la portée de son intervention si le procureur général, tout en demeurant partie, ne contredit pas la demanderesse lors du contrôle judiciaire.

#### FRAIS

[70] Les frais de la demande du personnel du Conseil sont adjugés à la demanderesse, quelle que soit l'issue de la cause. Le procureur général n'a pas demandé de frais et aucuns ne lui sont accordés. Chaque partie doit payer ses propres frais liés à la demande du Conseil.

T-753-99  
2001 FCT 790

T-753-99  
2001 CFPI 790

**Merck & Co., Inc. and Merck Frosst Canada & Co.**  
(*Plaintiffs*)

**Merck & Co., Inc. et Merck Frosst Canada & Co.**  
(*demandereses*)

v.

c.

**Nu-Pharm Inc., Bernard Sherman and Richard Benyak** (*Defendants*)

**Nu-Pharm Inc., Bernard Sherman et Richard Benyak** (*défendeurs*)

and

et

**Nu-Pharm Inc.** (*Plaintiff by Counterclaim*) (*Defendant*)

**Nu-Pharm Inc.** (*demanderesse reconventionnelle*) (*défenderesse*)

v.

c.

**Merck & Co., Inc. and Merck Frosst Canada & Co.**  
(*Defendants by Counterclaim*) (*Plaintiffs*)

**Merck & Co., Inc. et Merck Frosst Canada & Co.**  
(*défenderesses reconventionnelles*) (*demandereses*)

**INDEXED AS: MERCK & CO., INC. v. NU-PHARM INC. (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: MERCK & CO., INC. c. NU-PHARM INC. (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Aronovitch P.—Ottawa, February 27 and July 13, 2001.

Section de première instance, protonotaire Aronovitch —Ottawa, 27 février et 13 juillet 2001.

*Practice — Parties — Third party proceedings — Motion under Federal Court Rules, 1998, r. 194 — Patent holder may initiate third party claim against generic drug manufacturer to prevent latter from re-introducing infringing drug, and challenging patent, through different corporate privy — Requirements for granting leave under r. 194(a) met: third party claim need only disclose subsisting cause of action and have sufficient nexus to subject-matter of action — Semble: Application for leave should also be granted under r. 194(b) as issue between parties to action and good reason why proposed third party should be bound by findings.*

*Pratique — Parties — Procédure de mise en cause — Requête en vertu de la règle 194 des Règles de la Cour fédérale (1998) — Le titulaire de brevet peut engager une procédure de mise en cause contre un fabricant de médicaments génériques pour empêcher celui-ci de remettre sur le marché le médicament contrefaisant et de contester le brevet par l'entremise d'une autre société étant son ayant droit — Les conditions pour accorder l'autorisation en vertu de la règle 194a) sont remplies: la demande de mise en cause doit seulement faire état d'une cause d'action et avoir une connexité suffisante avec l'objet de l'action — Il semble que la demande d'autorisation doit aussi être accordée en vertu de la règle 194b), car il existe un litige entre les parties à l'action et des raisons valables pour lesquelles les mises en cause proposées devraient être liées par les conclusions.*

*Patents — Practice — Merck, pharmaceutical company, moves for order granting leave to commence third party claim against generic drug company, Apotex — Initial Court consideration of r. 194 — Main proceeding patent infringement action against Nu-Pharm and Apotex concerning "Vasotek" enalapril moleate tablets — Allegation that defendants used Nu-Pharm to circumvent injunction by reintroducing infringing Apo-Enalapril into market under new name Nu-Enalapril — Third party claim denied only if plain, obvious cannot succeed — Merck not attempting to*

*Brevets — Pratique — Merck, société pharmaceutique, cherche à obtenir une ordonnance lui accordant l'autorisation d'introduire une mise en cause contre une société de fabrication de médicaments génériques, Apotex — C'est la première occasion fournie à la Cour d'examiner la règle 194 — La procédure principale concerne une action en contrefaçon de brevet contre Nu-Pharm et Apotex au sujet du «Vasotec», marque de comprimés de maléate d'énalapril — Il est allégué que les défendeurs ont utilisé Nu-Pharm pour contourner l'injonction en remettant sur le marché le*

*base action on hypothetical, future events — Seeking to prevent further abuses — Relief sought, not allegations made, that related to future events — Up to trial judge to decide whether relief sought too remote, speculative — Given repeated attempts by Apotex to challenge patent, Merck may have reason to believe Apotex will repeat scheme under different corporate vehicle — Adding third parties serving useful purpose if precluding such outcome could reduce multiplicity of proceedings.*

Merck & Co. Inc. initiated an action against Nu-Pharm and its officers for the infringement of the patent No. 1275349 ('349 patent) for enalapril and its salt enalapril maleate. In 1994, a Federal Court judgment upheld the validity of the patent, found that Apotex's Apo-Enalapril was infringing Merck's patent and issued an injunction accordingly. Herein, the defendants were alleged to have deliberately and willfully used Nu-Pharm, a privately held corporation, originally established by the defendant Sherman, CEO of Apotex and Apotex Pharmaceuticals, as a vehicle to circumvent and violate the injunction by allegedly manipulating the regulatory process to, in effect, reintroduce the infringing Apo-Enalapril into the market as Nu-Pharm's product under the new name Nu-Enalapril. Sherman was also alleged to control a group of corporations, including Nu-Pharm and Apotex, that were interrelated with respect to ownership, management, employees, and financing. He and his group were alleged to have consistently endeavoured to circumvent the judgment of 1994. Many decisions in this Court dismissed, on grounds of *res judicata*, attempts by Apotex, in conjunction with members of that group, to challenge the '349 patent.

By this motion, the plaintiffs Merck & Co. Inc. and Merck Frosst Canada & Co. sought leave to commence a third party claim against Apotex Inc. and Apotex Pharmaceuticals Holdings Inc. pursuant to rule 194 of the *Federal Court Rules, 1998*. Merck essentially alleged that if Apotex is not bound by a determination in Merck's favour in the main action and counterclaim, Apotex will undoubtedly reintroduce another Apo-Enalapril, and challenge the '349 patent's validity, through a different corporate privy. It was contended that Apotex and its other privies ought to be bound, by the determination of issues raised in its reply and defence to counterclaim, namely, agency, privity, estoppel, *res judicata*, and abuse of process.

*produit contrefaisant Apo-Enalapril sous le nouveau nom de Nu-Enalapril — La mise en cause est rejetée dans les seuls cas où il est clair et net que ses chances de succès sont nulles — Merck ne cherche pas à fonder sa cause d'action sur des faits hypothétiques à venir — Elle cherche à empêcher de nouveaux abus — C'est la réparation demandée, et non les allégations, qui concerne des événements à venir — Il incombe au juge d'instance de trancher si la réparation demandée est trop éloignée ou trop conjecturale — Étant donné les tentatives répétées d'Apotex de contester le brevet, Merck peut avoir de bonnes raisons de croire qu'Apotex reprendra la même stratégie sous le couvert d'une entité juridique différente — La mise en cause est utile dans la mesure où empêcher pareil résultat peut limiter la multiplication des procédures.*

Merck & Co. Inc. a intenté une action contre Nu-Pharm et ses dirigeants pour la contrefaçon du brevet n° 1275349 (brevet '349) pour l'énalapril et son sel, le maléate d'énalapril. En 1994, un jugement de la Cour fédérale avait confirmé la validité du brevet, conclu que l'Apo-Enalapril d'Apotex contrefaisait le brevet de Merck et rendu une injonction en conséquence. En l'espèce, il est allégué que les défendeurs ont délibérément et intentionnellement utilisé Nu-Pharm, société fermée constituée à l'origine par le défendeur, M. Sherman, chef de la direction d'Apotex et d'Apotex Pharmaceuticals, comme instrument pour contourner et violer l'injonction en manipulant le processus de réglementation, en vue de remettre sur le marché comme produit de Nu-Pharm le médicament contrefaisant Apo-Enalapril, sous le nouveau nom de Nu-Enalapril. Il est également allégué que M. Sherman contrôle un groupe de sociétés, dont Nu-Pharm et Apotex, qui sont liées sur les plans de la propriété, de la gestion, du personnel et du financement. Il est allégué que M. Sherman et son groupe ont cherché de manière continue à contourner le jugement de 1994. De nombreuses décisions de la Cour ont rejeté, en invoquant l'autorité de la chose jugée, les tentatives d'Apotex, de concert avec les membres de ce groupe, visant à contester le brevet '349.

Par leur requête, les demanderesse Merck & Co. Inc. et Merck Frosst Canada & Co. visent à obtenir une ordonnance les autorisant à introduire une mise en cause contre Apotex Inc. et Apotex Pharmaceuticals Holdings Inc. (Apotex) en vertu de la règle 194 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Merck allègue pour l'essentiel que si Apotex n'est pas liée par une décision favorable à Merck dans l'action principale et dans la demande reconventionnelle, Apotex remettra sans aucun doute sur le marché un autre médicament d'Apo-Enalapril et contestera la validité du brevet '349 par l'entremise d'une autre société étant son ayant droit. Merck prétend qu'Apotex et les autres sociétés qui sont ses ayants droit devraient être liées par les décisions rendues sur les questions soulevées dans sa réponse et défense à la demande reconventionnelle, soit le mandat, le lien d'ayant droit, la fin de non-recevoir, l'autorité de la chose jugée et l'abus de procédure.

Merck sought the following relief in the proposed third party claim: (a) a declaration that the third parties and Nu-Pharm are or were at all material times agents or *alter egos* of one another; (b) a declaration that *res judicata* applies to third parties and any person or entity with which they have or have had a privity relationship in relation to the matters in issue or which could have been raised in the proceedings giving rise to the 1994 judgment; (c) a declaration that the counterclaim is an abuse of process by the third parties and their privies; (d) a declaration that the third parties and the privies are estopped, in the counterclaim or in any other proceeding, from making an allegation to challenge the validity of the finding of infringement in the 1994 judgment; (e) an order that the third parties shall not, directly or indirectly, challenge the validity of the infringement finding in the 1994 judgment.

*Held*, the motion should be granted.

This application has provided the Court with its initial opportunity to consider rule 194 of the *Federal Court Rules, 1998*. This third party provision, which bears a close resemblance to Rule 29.01 of the *Ontario Rules of Civil Procedure*, is now a general joinder device by which a defendant may engraft on to the main action any "related claim" he or she may have against non-parties.

Rule 194(a) implies a two-step test: a third party claim may be commenced where the proposed third party is or may be liable to the defendant for relief, other than that referred to in rule 193 (claims for contribution or indemnity against co-defendants or non-parties); the relief must relate to the subject-matter of the action.

The third party claim should be read generously and will be denied only where it is plain and obvious that it cannot succeed. The Court ought not be deterred by the tenuousness or novelty of an argument. The relief sought by Merck is akin to injunctive relief in that it seeks to prevent the third parties from challenging the '349 patent in future proceedings through a declaration that the third parties and their privies are estopped from doing so. Merck was alleging abuse of process and *res judicata* based on Apotex's and the defendant's current and past conduct. The allegation was based on triable facts, those related to privity and *res judicata*. Thus, Merck was not attempting to base its cause of action on hypothetical, future events. Rather, claims (d) and (e) simply sought what amounted to an injunction as a form of relief to prevent further abuses. Thus it was the relief sought herein, not the allegations made, that related to future events. In the circumstances of the pattern of litigation between the parties, the trial judge should be allowed

Dans la mise en cause proposée, Merck cherche à obtenir les réparations suivantes: a) une déclaration portant que les mises en cause et Nu-Pharm sont et ont été à toutes les époques pertinentes des mandataires l'une de l'autre ou des *alter ego*; b) une déclaration portant que l'autorité de la chose jugée s'applique aux mises en cause et à toute personne ou entité qui a, ou qui a eu, une relation d'ayant droit avec Nu-Pharm relativement aux questions soulevées ou qui pourraient l'avoir été dans la procédure donnant lieu au jugement de 1994; c) une déclaration portant que la demande reconventionnelle constitue un abus de procédure de la part des mises en cause et de leurs ayants droit; d) une déclaration portant que les mises en cause et leurs ayants droit sont empêchés par une fin de non-recevoir, dans la demande reconventionnelle ou dans toute autre procédure, de faire des allégations attaquant la validité du jugement de contrefaçon de 1994; e) une ordonnance interdisant aux mises en cause, soit directement soit indirectement, d'attaquer la validité du jugement de contrefaçon de 1994.

*Jugement*: la requête est accueillie.

La présente requête fournit à la Cour la première occasion d'examiner la règle 194 depuis son ajout aux *Règles de la Cour fédérale (1998)*. La procédure de mise en cause, qui ressemble étroitement à l'article 29.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, est maintenant un moyen général de réunion d'actions par lequel un défendeur peut greffer à l'action principale toute «demande liée» qu'il peut intenter contre des personnes non parties à l'action.

La teneur de la règle 194(a) implique un critère double. Premièrement, un défendeur peut mettre en cause une personne non partie à l'action dans le cas où celle-ci est ou peut lui être redevable d'une réparation, autre que celle visée à la règle 193 (les demandes de contribution ou d'indemnisation contre un codéfendeur ou toute personne qui n'est pas partie à l'action). Deuxièmement, la réparation demandée doit être liée à l'objet de l'action.

La mise en cause doit s'interpréter de manière large et être rejetée dans les seuls cas où il est clair et net que ses chances de succès sont nulles. La Cour ne doit pas se laisser arrêter par le caractère ténu ou nouveau d'un argument. La réparation demandée par Merck équivaut à une injonction, dans la mesure où elle vise à interdire aux mises en cause d'attaquer le brevet '349 dans des procédures ultérieures, par un jugement déclarant que les mises en cause et leurs ayants droit sont empêchés de le faire par une fin de non-recevoir. Merck allègue l'abus de procédure et la chose jugée sur la base du comportement actuel et passé d'Apotex et des défendeurs. Cette allégation repose sur des faits pouvant faire l'objet d'un débat judiciaire, en l'occurrence ceux qui ont trait aux ayants droit et à l'autorité de la chose jugée. Merck ne cherche donc pas à fonder sa cause d'action sur des faits hypothétiques à venir. Les mesures de réparation visées en d) et e) visent seulement à obtenir l'équivalent d'une injonction pour empêcher dans l'avenir d'autres abus.

to determine whether the declaration and order sought (paragraphs (d) and (e)) ought to be denied as being too remote or speculative. It was neither plain nor obvious, nor a question appropriate for determination at this juncture.

There was a sufficient nexus between the counterclaim, defence to the counterclaim and the third party claim to allow the motion. The lynchpin was the issue of privity. It arose in the main action and again in relation to Merck's *res judicata* and abuse of process defences to the counterclaim.

Although it was not necessary to do so, Merck's application under rule 194(b) was considered. That rule allows for third party claims where the proposed third party should be bound by the determination of an issue between the plaintiff and the defendant. The qualifier "should" connotes a requirement that there be a "good reason" to add the proposed third party; it is not a requirement of necessity. Consideration may be given to the underlying goal of reducing a multiplicity of proceedings. While the issue of *res judicata* has been determined with respect to Apotex, the Court has not expressly prevented it from attacking the '349 patent indirectly through related corporations. Given Apotex's repeated attempts to challenge the patent, Merck may well have reason to believe that Apotex would simply repeat the same alleged scheme under a different corporate vehicle. Thus, to the extent that adding the third parties may preclude such an outcome, it serves a useful purpose. If it is accepted that Merck has a valid claim that it may commence and maintain independently against the third parties, then granting the motion will help reduce a multiplicity of proceedings where, as between Merck and Apotex, help is needed as it pertains to the '349 patent. Finally, the wording of rule 194(b) simply requires that a third party should be bound by the determination of an issue between the plaintiff and defendant; it need not be an order binding the third parties to the result in the main action.

#### 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].  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1726.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 64, 104(1), 170, 189, 190, 194, 196, 204, Tarif B.

Par conséquent, c'est la réparation demandée en l'espèce, et non les allégations, qui concernent des événements à venir. Dans les circonstances qui caractérisent le contentieux entre les parties, il incombe au juge d'instance la responsabilité de trancher si la déclaration et l'ordonnance recherchées (alinéas d) et e)), doivent être rejetées en raison de leur caractère trop éloigné ou trop conjectural. Il ne s'agit pas d'une question claire et nette, ni d'une question qu'il convient de trancher à cette étape de l'instance.

Il y a entre la demande reconventionnelle, la défense à la demande reconventionnelle et la mise en cause une connexité suffisante pour autoriser la requête. Le nœud du problème est la question des ayants droit. Elle est soulevée dans l'action principale et de nouveau dans les moyens de défense de Merck contre la demande reconventionnelle, qui s'appuient sur la chose jugée et l'abus de procédure.

Sans qu'il soit nécessaire de le faire, la requête de Merck en vertu de la règle 194b) a été examinée. Cette règle autorise la mise en cause dans le cas où la partie mise en cause proposée devrait être liée par la décision sur toute question en litige entre le demandeur et le défendeur. Le terme «devrait» possède une connotation impliquant l'existence d'une [TRADUCTION] «raison valable» pour la mise en cause proposée; il n'est pas exigé que ce soit nécessaire. L'intention sous-jacente du législateur de limiter la multiplicité des procédures peut être prise en considération. La question de la chose jugée a été tranchée en ce qui concerne Apotex, mais la Cour ne lui a pas expressément interdit d'attaquer le brevet '349 indirectement par des sociétés reliées. Étant donné les tentatives répétées d'Apotex de contester le brevet '349, Merck peut avoir de bonnes raisons de croire qu'Apotex reprendrait simplement la même stratégie alléguée sous le couvert d'une entité juridique différente. Par conséquent, dans la mesure où la mise en cause peut empêcher pareil résultat, elle a une fin utile. S'il est accepté que Merck a une demande valide qu'elle peut introduire et faire valoir de manière indépendante contre les mises en cause, l'autorisation de la requête contribuera à limiter la multiplication des procédures, aide vraiment nécessaire pour Merck et Apotex eu égard au brevet '349. Enfin, la teneur de l'alinéa b) de la règle 194 exige seulement que la personne mise en cause soit liée par la décision sur toute question en litige entre le demandeur et le défendeur; elle n'impose pas d'ordonnance qui lie les tierces parties à l'issue de l'action principale.

#### 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].  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1726.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 64, 104(1), 170, 189, 190, 194, 196, 204, tarif B.

*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 29.01.

*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 29.01.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*McNaughton v. Baker*, [1988] 4 W.W.R. 742; 25 B.C.L.R. (2d) 17; 28 C.P.C. (2d) 49 (B.C.C.A.); *Brampton Hydro-Electric Commission v. B.C. Polygrinders Ltd.* (1993), 12 O.R. (3d) 625; 18 C.P.C. (3d) 84; 62 O.A.C. 42 (Gen. Div.); *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *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; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Kaloti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 390; (2000), 186 D.L.R. (4th) 120; 4 Imm. L.R. (3d) 1 (C.A.); *Levi Strauss & Co. v. Roadrunner Apparel Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 129; 221 N.R. 93 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*Maggio v. Lopes et al.; Economical Mutual Insurance Co., Third Party* (1985), 51 O.R. (2d) 441; 1 C.P.C. (2d) 165; [1985] I.L.R. 7400 (Master); affd (1985), 52 O.R. (2d) 694 (Div. Ct.).

## REFERRED TO:

*Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133; 88 F.T.R. 260 (F.C.T.D.); *ACIC (Canada) Inc. v. Merck & Co. Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 362 (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Merck & Co.* (1999), 167 F.T.R. 59 (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Merck & Co.* (1999), 179 F.T.R. 59 (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Merck & Co.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 38 (F.C.T.D.); *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; (1993), 102 D.L.R. (4th) 96; [1993] 3 W.W.R. 441; 23 B.C.A.C. 1; 77 B.C.L.R. (2d) 62; 14 C.P.C. (3d) 1; 150 N.R. 321; 39 W.A.C. 1; *Elecnor S.A. v. Soren Toubro (The)*, [1996] 3 F.C. 422; (1996), 114 F.T.R. 134 (T.D.).

## AUTHORS CITED

*Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 11th ed. London: Stevens, 1987.  
*Holmsted and Watson Ontario Civil Procedure*, loose-leaf ed. Toronto: Carswell, 1984.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*McNaughton v. Baker*, [1988] 4 W.W.R. 742; 25 B.C.L.R. (2d) 17; 28 C.P.C. (2d) 49 (C.A.C.-B.); *Brampton Hydro-Electric Commission v. B.C. Polygrinders Ltd.* (1993), 12 O.R. (3d) 625; 18 C.P.C. (3d) 84; 62 O.A.C. 42 (Div. gén.); *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Kaloti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 390; (2000), 186 D.L.R. (4th) 120; 4 Imm. L.R. (3d) 1 (C.A.); *Levi Strauss & Co. c. Roadrunner Apparel Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 129; 221 N.R. 93 (C.A.F.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Maggio v. Lopes et al.; Economical Mutual Insurance Co., Third Party* (1985), 51 O.R. (2d) 441; 1 C.P.C. (2d) 165; [1985] I.L.R. 7400 (Protonotaire); conf. par (1985), 52 O.R. (2d) 694 (Cour div.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133; 88 F.T.R. 260 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *ACIC (Canada) Inc. v. Merck & Co. Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 362 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Apotex Inc. c. Merck & Co.* (1999), 167 F.T.R. 59 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Apotex Inc. c. Merck & Co.* (1999), 179 F.T.R. 59 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Apotex Inc. c. Merck & Co.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 38 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; (1993), 102 D.L.R. (4th) 96; [1993] 3 W.W.R. 441; 23 B.C.A.C. 1; 77 B.C.L.R. (2d) 62; 14 C.P.C. (3d) 1; 150 N.R. 321; 39 W.A.C. 1; *Elecnor S.A. c. Soren Toubro (Le)*, [1996] 3 C.F. 422; (1996), 114 F.T.R. 134 (1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

*Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 11th ed. London: Stevens, 1987.  
*Holmsted and Watson Ontario Civil Procedure*, édition à feuilles mobiles, Toronto: Carswell, 1984.

## APPEARANCES:

*Frank McLaughlin and Andrew J. Reddon* for plaintiffs.

*Harry B. Radomski* for defendant Nu-Pharm Inc.

*C. Clifford Lax and Rocco Di Pucchio* for proposed third parties.

## SOLICITORS OF RECORD:

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for plaintiffs.

*Goodmans LLP*, Toronto, for defendant Nu-Pharm Inc.

*Lax O'Sullivan Cronk*, Toronto, for proposed third parties.

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

[1] ARONOVITCH P.: This is a motion for an order granting leave to the plaintiffs, Merck & Co. Inc. and Merck Frosst Canada & Co. (Merck), to commence a third party claim against Apotex Inc. and Apotex Pharmaceuticals Holdings Inc. (Apotex) pursuant to rule 194 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106].

[2] The application was initially brought pursuant to paragraph 194(b) of the Rules. At the hearing, the plaintiffs were granted leave to add paragraph 194(a) as a ground for the motion. In addition, pursuant to a direction of the Court, the parties provided further submissions as to the application of this latter ground. Beyond the present case this application provides the first opportunity for the Court to consider rule 194 since it was added to the *Federal Court Rules* in 1998.

## BACKGROUND

[3] The main proceeding involves an action for patent infringement against Nu-Pharm Inc. (Nu-Pharm), its president and director, Richard Benyak (Benyak), and the Chief Executive Officer of Apotex and Apotex Pharmaceuticals, Bernard Sherman (Sherman).

## ONT COMPARU:

*Frank McLaughlin et Andrew J. Reddon* pour les demandereses.

*Harry B. Radomski* pour la défenderesse Nu-Pharm Inc.

*C. Clifford Lax et Rocco Di Pucchio* pour les mises en cause proposées.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, pour les demandereses.

*Goodmans LLP*, Toronto, pour la défenderesse Nu-Pharm Inc.

*Lax O'Sullivan Cronk*, Toronto, pour les mises en cause proposées.

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

[1] LE PROTONOTAIRE ARONOVITCH: Il s'agit d'une requête visant à obtenir une ordonnance autorisant les demandereses, Merck & Co. Inc. et Merck Frosst Canada & Co. (Merck), à introduire une mise en cause contre Apotex Inc. et Apotex Pharmaceuticals Holdings Inc. (Apotex) en vertu de la règle 194 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106].

[2] La mise en cause a originellement été déposée en vertu de l'alinéa 194b) des Règles. À l'audience, les demandereses ont reçu l'autorisation d'ajouter l'alinéa 194a) comme motif de leur requête. En outre, suivant une directive de la Cour, les parties ont présenté des observations supplémentaires sur ce motif. Au-delà de l'instance visée, la présente requête fournit à la Cour la première occasion d'examiner la règle 194 depuis son ajout aux *Règles de la Cour fédérale* en 1998.

## LE CONTEXTE

[3] La procédure principale concerne une action en contrefaçon de brevet intentée contre Nu-Pharm Inc. (Nu-Pharm), son président et administrateur, Richard Benyak (Benyak), et le chef de la direction d'Apotex et d'Apotex Pharmaceuticals, Bernard Sherman (Sherman).



[4] Here are the facts as alleged in the claim. Merck is the owner of Canadian letters patent No. 1275349 (the '349 Patent) and has exclusive right in Canada, to make and sell a compound known as enalapril and its salt enalapril maleate. Enalapril maleate tablets are sold by Merck in under the trade-mark "Vasotek" for use in the treatment of hypertension and congestive heart failure.

[5] Apotex manufactured and sold a generic form of enalapril maleate tablets under the brand name Apo-Enalapril. In 1991, the plaintiffs brought an action in this Court against Apotex for infringement of the '349 patent based on Apotex's manufacture and sale of Apo-Enalapril. In December 1994, MacKay, J. upheld the validity of the patent, found that Apotex had infringed certain claims of the patent by its manufacture and sale of Apo-Enalapril and enjoined Apotex from further infringing the patent, and, *inter alia*, from using and selling Apo-Enalapril (see: *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (F.C.T.D.) (hereinafter the MacKay judgment)).

[6] In sum, the defendants are alleged to have deliberately and wilfully used Nu-Pharm, a privately held corporation, originally established by Sherman, as a vehicle to circumvent and violate the injunction by allegedly manipulating the regulatory process to, in effect, reintroduce the infringing Apo-Enalapril into the market as Nu-Pharm's product under the new name Nu-Enalapril.

[7] Accordingly, Merck seeks the following relief in the main action:

(a) a declaration that Nu-Pharm has infringed the '349 patent;

(b) a declaration that all the defendants have knowingly and willfully engaged in activities that infringe the '349 patent and are contrary to the injunction;

(c) a declaration that the defendants, Bernard Sherman and Richard Benyak, are personally liable for the activities of Nu-Pharm that infringe the patent and

[4] Les faits allégués dans la demande sont les suivants. Merck est la propriétaire des lettres patentes canadiennes n° 1275349 (le brevet '349), qui lui confèrent au Canada le droit exclusif de fabriquer et de vendre un composé connu sous le nom d'énalapril et le sel correspondant, le maléate d'énalapril. Merck vend ses comprimés de maléate d'énalapril sous la marque de commerce «Vasotek» pour le traitement de l'hypertension et de l'insuffisance cardiaque globale.

[5] Apotex fabriquait et vendait une forme générique de comprimés de maléate d'énalapril sous le nom commercial d'Apo-Enalapril. En 1991, les demanderesse ont intenté une action devant la présente Cour contre Apotex pour contrefaçon du brevet '349 en raison de la fabrication et de la vente par Apotex de l'Apo-Enalapril. En décembre 1994, le juge MacKay a confirmé la validité du brevet, conclu qu'Apotex avait contrefait certaines revendications du brevet en fabriquant et en vendant l'Apo-Enalapril et enjoint à Apotex de cesser la contrefaçon du brevet, et notamment, d'utiliser et de vendre l'Apo-Enalapril (voir *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (ci-après le jugement MacKay)).

[6] En résumé, il est allégué que les défendeurs ont délibérément et intentionnellement utilisé Nu-Pharm, société fermée constituée à l'origine par M. Sherman, comme instrument pour contourner et violer l'injonction en manipulant le processus de réglementation, en vue de remettre sur le marché comme produit de Nu-Pharm le médicament contrefaisant Apo-Enalapril, sous le nouveau nom de Nu-Énalapril.

[7] Par conséquent, Merck cherche à obtenir les réparations suivantes dans l'action principale:

a) une déclaration portant que Nu-Pharm a contrefait le brevet '349;

b) une déclaration portant que tous les défendeurs, en connaissance de cause et de manière intentionnelle, ont accompli des activités qui contrefont le brevet '349 et contreviennent à l'injonction;

c) une déclaration portant que les défendeurs, Bernard Sherman et Richard Benyak, sont personnellement responsables des activités de Nu-Pharm

contravene the injunction;

(d) injunctive relief against all the defendants restraining further infringement of the '349 patent;

(e) delivery or destruction of all enalapril and enalapril maleate possessed by or under the defendants' control in infringing the '349 patent;

(f) damages or an accounting of profits received by the defendants from infringing activities; and

(g) exemplary or punitive damages for the defendants' knowing and willful breach of the injunction and patent infringement.

#### Defence and Counterclaim

[8] In its statement of defence and counterclaim, Nu-Pharm denies infringement and pleads that the relevant claims of the '349 patent are invalid. Both Benyak and Sherman deny liability and adopt Nu-Pharm's plea that the '349 patent's claims are invalid.

#### Merck's Reply and Defence to Counterclaim

[9] In its reply and defence to Nu-Pharm's counterclaim, Merck asserts that the validity issue was found to be *res judicata* in other Court proceedings. It pleads that, by virtue of the relationship between the defendants and between the defendants and Apotex, the issues of patent infringement and validity are also *res judicata* against the defendants.

[10] Merck alleges that Sherman controls a group of corporations, including Nu-Pharm and Apotex, that are interrelated with respect to ownership, management, employees, and financing. Sherman is thus alleged to be the directing mind and will of Nu-Pharm. He and his group are alleged to have consistently endeavoured to circumvent the MacKay judgment of 1994. In

qui contrefont le brevet et contreviennent à l'injonction;

d) une injonction interdisant à tous les défendeurs de continuer la contrefaçon du brevet '349;

e) la remise ou la destruction de tout l'énalapril et le maléate d'énalapril en possession ou sous le contrôle des défendeurs dans la contrefaçon du brevet '349;

f) des dommages-intérêts ou la restitution des profits tirés des activités de contrefaçon;

g) des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs pour la violation de l'injonction et la contrefaçon du brevet par les défendeurs en connaissance de cause et de manière intentionnelle.

#### La défense et demande reconventionnelle

[8] Dans sa défense et demande reconventionnelle, Nu-Pharm rejette la contrefaçon et soutient que les revendications pertinentes du brevet '349 sont invalides. MM. Benyak et Sherman refusent tous les deux d'admettre leur responsabilité et adoptent la défense de Nu-Pharm opposant l'invalidité des revendications du brevet '349.

#### La réponse de Merck et sa défense à la demande reconventionnelle

[9] Dans sa réponse et défense à la demande reconventionnelle de Nu-Pharm, Merck affirme que la validité du brevet a été déclarée chose jugée dans une autre procédure en justice. Elle plaide qu'étant donné les relations entre les défendeurs d'une part, et entre les défendeurs et Apotex d'autre part, les questions de contrefaçon et de validité du brevet sont aussi chose jugée à l'égard des défendeurs.

[10] Merck allègue que M. Sherman contrôle un groupe de sociétés, dont Nu-Pharm et Apotex, qui sont liées sur les plans de la propriété, de la gestion, du personnel et du financement. Elle prétend donc que M. Sherman est l'âme dirigeante de Nu-Pharm. M. Sherman et son groupe, allègue-t-elle, ont cherché de manière continue à contourner le jugement MacKay de

support of this, Merck cites a number of the Court's decisions, including:

– A decision made in January of 1996 by the Court of Appeal to dismiss a motion by Apotex to vary the terms of the permanent injunction. The Court affirmed the injunction's broad scope.

– A refusal by Justice MacKay in January of 1997 to grant Apotex's motion to vary the permanent injunction, and raise challenges to the validity of claims 1, 8 and 11 of the '349 patent on essentially the same grounds as were then being advanced by another member of Sherman's group, ACIC, in T-308-95 [*ACIC (Canada) Inc. v. Merck & Co. Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 362 (F.C.T.D.)]. Justice MacKay found the question of validity to be *res judicata* as against Apotex.

– A decision by Muldoon J. on April 28, 1999 (T-2869-96) [*Apotex Inc. v. Merck & Co.* (1999), 167 F.T.R. 59 (F.C.T.D.)] to strike, on the ground of *res judicata*, a statement of claim by which Apotex and another Sherman group member, Signa, attacked the '349 patent's validity.

– A decision by Lemieux J. on November 5, 1999 (T-294-96) [*Apotex Inc. v. Merck & Co.* (1999), 179 F.T.R. 12 (F.C.T.D.)] to strike, again on the ground of *res judicata*, a paragraph in Apotex's reply and defence to counterclaim which attacked patent '349's validity.

– The Court of Appeal's decision on December 13, 1999, to dismiss Apotex's appeal of the permanent injunction.

– A finding by MacKay J. on March 7, 2000, that both Apotex and Sherman acted in contempt of the permanent injunction.

[11] At the hearing of this motion, Merck added a recent decision of McKeown J., made February 2, 2001 (T-294-96) [*Apotex Inc. v. Merck & Co.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 38 (F.C.T.D.)] not raised in Merck's reply, in which McKeown J. dismissed another

1994. À l'appui de ses allégations, Merck cite un certain nombre de décisions judiciaires, notamment:

– Un arrêt de la Cour d'appel de janvier 1996 rejetant une requête d'Apotex en vue de modifier les termes de l'injonction permanente. La Cour a confirmé la portée large de l'injonction.

– Le rejet par le juge MacKay, en janvier 1997, d'une requête d'Apotex visant à modifier l'injonction permanente et à contester la validité des revendications 1, 8 et 11 du brevet '349 à peu près sur les mêmes fondements que ceux d'un autre membre du groupe Sherman, ACIC, dans le dossier T-308-95 [*ACIC (Canada) Inc. c. Merck Co. Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 362 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)]. Le juge MacKay a conclu que la validité du brevet était chose jugée à l'égard d'Apotex.

– La décision du juge Muldoon du 28 avril 1999 (dossier T-2869-96) [*Apotex Inc. c. Merck & Co.* (1999), 167 F.T.R. 59 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] de radier, au motif de la chose jugée, une déclaration dans laquelle Apotex et une autre société membre du groupe Sherman, Signa, attaquaient la validité du brevet '349.

– La décision du juge Lemieux du 5 novembre 1999 (dossier T-294-96) [*Apotex Inc. c. Merck & Co.* (1999), 179 F.T.R. 12 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] de radier, de nouveau au motif de la chose jugée, un paragraphe de la réponse et défense à la demande reconventionnelle d'Apotex qui attaquait la validité du brevet '349.

– La décision de la Cour d'appel, en date du 13 décembre 1999, de rejeter l'appel interjeté par Apotex à l'encontre de l'injonction permanente.

– La conclusion du juge MacKay, en date du 7 mars 2000, qu'Apotex et M. Sherman avaient tous les deux commis un outrage au tribunal par la violation de l'injonction permanente.

[11] Au cours de l'audition de la présente requête, Merck a ajouté une décision récente du juge McKeown, rendue le 2 février 2001 (dossier T-294-96) [*Apotex Inc. c. Merck & Co.* [2001], 11 C.P.R. (4th) 38 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], non soulevée dans sa

attempt by Apotex to challenge the '349 patent on grounds of *res judicata*.

[12] Merck alleges by virtue of these decisions and the relationship between Nu-Pharm and Apotex, Nu-Pharm, Sherman and Benyak, the plaintiffs in the counterclaim are estopped from relitigating the issue of invalidity and infringement, and their attempt to do so is an abuse of process.

#### The Proposed Third Party Claim

[13] I now turn to the subject-matter of the within motion, namely, the proposed third party claim against Apotex. For purposes of its proposed third party claim, Merck relies on the facts pleaded in the main action and in its defence to counterclaim. Merck essentially alleges that if Apotex is not bound by a determination in Merck's favour in the main action and counterclaim, it will undoubtedly re-introduce another Apo-Enalapril, and challenge the '349 patent's validity, through a different corporate privy.

[14] It is Merck's contention that Apotex and its other privies, ought to be bound, by the determination of issues raised in its reply and defence to counterclaim, namely, agency, privity, estoppel, *res judicata* and abuse of process. This is necessary to ensure that if Merck's action succeeds Apotex is prevented from reproducing the same scheme with a different vehicle or "Next-Pharm".

[15] In argument, Merck again cites previous decisions of this Court that address the issue of the '349 patent's validity and *res judicata*. It also cites two decisions not mentioned in its reply and defence to counterclaim: a decision made by Denault J. on August 10, 1995 (T-308-95) [(1995), 62 C.P.R. (3d) 362] to strike a claim by ACIC (Canada) Inc., a company that has been acquired by Apotex, that challenged the permanent injunction; and the decision

réponse, dans laquelle le juge McKeown a rejeté, en invoquant l'autorité de la chose jugée, une nouvelle tentative d'Apotex visant à contester le brevet '349.

[12] Merck affirme qu'en raison de ces décisions et des relations entre Nu-Pharm et Apotex ainsi qu'entre Nu-Pharm, M. Sherman et M. Benyak, les demandeurs reconventionnels sont empêchés par une fin de non-recevoir de rouvrir un nouveau procès sur la question de la validité et de la contrefaçon du brevet et que leur tentative pour le faire constitue un abus de procédure.

#### La mise en cause proposée

[13] J'aborde maintenant l'objet de la présente requête, soit la mise en cause proposée contre Apotex. Pour la mise en cause qu'elle recherche, Merck se fonde sur les faits plaidés dans l'action principale et dans sa défense à la demande reconventionnelle. Elle allègue pour l'essentiel que si Apotex n'est pas liée par une décision favorable à Merck dans l'action principale et dans la demande reconventionnelle, Apotex remettra sans aucun doute sur le marché un autre médicament d'Apo-Enalapril et contestera la validité du brevet '349 par l'entremise d'une autre société étant son ayant droit.

[14] Merck prétend en effet qu'Apotex et les autres sociétés qui sont ses ayants droit devraient être liées par les décisions rendues sur les questions soulevées dans sa réponse et défense à la demande reconventionnelle, soit le mandat, le lien d'ayant droit, la fin de non-recevoir, l'autorité de la chose jugée et l'abus de procédure. Il faut procéder ainsi pour qu'en cas de succès de l'action de Merck, Apotex ne soit pas autorisée à reprendre la même stratégie à l'aide d'un instrument différent, une «Autre-Pharm», par exemple.

[15] Dans son argumentation, Merck cite de nouveau des jugements antérieurs de la Cour qui concernent la question de la validité du brevet '349 et de la chose jugée. Elle renvoie également à deux décisions non mentionnées dans sa réponse et défense à la demande reconventionnelle: une décision du juge Denault, en date du 10 août 1995 (dossier T-308-95) [(1995), 62 C.P.R. (3d) 362] qui radie la demande d'ACIC (Canada) Inc., société acquise par Apotex, contestant

of McKeown J. in T-294-96 [(2001), 11 C.P.R. (4th) 38] mentioned above.

[16] Merck seeks the following relief in the proposed third party claim,

(a) a declaration that the third parties and Nu-Pharm are or were at all material times agents or alter egos of one another, and that the acts of one are the acts of the other;

(b) a declaration that *res judicata* applies to the third parties and any person or entity with which they have a privity relationship or with which they have had a privity relationship at any time after 1991 in relation to the matters in issue or which could have been raised in the proceedings giving rise to the MacKay judgment;

(c) a declaration that the counterclaim is an abuse of process by the third parties and their privies;

(d) a declaration that the third parties and the privies are estopped, in the counterclaim or in any other proceeding from making allegations to challenge the validity of Justice MacKay's finding of infringement;

(e) an order that the third parties shall not, either by themselves or through any of their privies, challenge the validity of Justice MacKay's infringement finding;

#### ANALYSIS

[17] This motion requires the Court to determine the scope of paragraphs (a) and (b) of rule 194 and decide whether Merck's application falls within that scope.

[18] Rule 194 states:

**194.** With leave of the Court, a defendant may commence a third party claim against a co-defendant, or against another person who is not a defendant to the action, who the defendant claims

l'injonction permanente; et la décision du juge McKeown dans le dossier T-294-96 [(2001), 11 C.P.R. (4th) 38] mentionné ci-dessus.

[16] Dans la mise en cause proposée, Merck cherche à obtenir les réparations suivantes:

a) une déclaration portant que les mises en cause et Nu-Pharm sont et ont été à toutes les époques pertinentes des mandataires l'une de l'autre ou des *alter ego* et que les actes de l'une d'elles sont les actes des autres;

b) une déclaration affirmant que l'autorité de la chose jugée s'applique aux mises en cause et à toute personne ou entité qui a, ou qui a eu à tout moment après 1991, une relation d'ayant droit avec Nu-Pharm relativement aux questions soulevées ou qui pourraient l'avoir été dans la procédure donnant lieu au jugement MacKay;

c) une déclaration portant que la demande reconventionnelle constitue un abus de procédure de la part des mises en cause et de leurs ayants droit;

d) une déclaration portant que les mises en cause et leurs ayants droit sont empêchés par une fin de non-recevoir, dans la demande reconventionnelle ou dans toute autre procédure, de faire des allégations attaquant la validité du jugement de contrefaçon du juge MacKay;

e) une ordonnance interdisant aux mises en cause, soit directement soit par l'entremise de l'un ou l'autre de leurs ayants droit, d'attaquer la validité du jugement de contrefaçon du juge MacKay.

#### ANALYSE

[17] Dans la présente requête, la Cour est appelée à définir la portée des alinéas a) et b) de la règle 194 et à trancher si ces dispositions s'appliquent à la requête de Merck.

[18] La règle 194 prévoit:

**194.** Un défendeur peut, avec l'autorisation de la Cour, mettre en cause une personne—qu'elle soit ou non un codéfendeur dans l'action—dont il prétend:

(a) is or may be liable to the defendant for relief, other than that referred to in rule 193, relating to the subject-matter of the action; or

(b) should be bound by the determination of an issue between the plaintiff and the defendant.

a) soit qu'elle lui est ou peut lui être redevable d'une réparation, autre que celle visée à la règle 193, liée à l'objet de l'action;

b) soit qu'elle devrait être liée par la décision sur toute question en litige entre lui et le demandeur.

[19] I shall open a parentheses here to address the fact that, in the present instance, Merck the plaintiff in the main action is the defendant by counterclaim. While not usual, it is undoubted that Merck, as defendant by counterclaim, has standing to bring the third party claim. Rules 190 and 189 make clear that a counterclaim is an independently subsisting claim. Rule 170 provides that in the context of an action the rules that apply to plaintiffs and defendants apply with such modifications as are necessary to parties bringing or defending counterclaims and third party claims.

[20] As mentioned, rule 194 was introduced in 1998 and has not yet been judicially considered. It is clear, however, that application of the rule is substantially broader than its predecessor, Rule 1726 [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], under which, the availability of third party claims was restricted to claims for contribution or indemnity or other relief over. A similar expanded scope was granted under rule 29.01 of the *Ontario Rules of Civil Procedure*, [R.R.O. 1990, Reg. 194] the effect of which was described in *Holmsted and Watson Ontario Civil Procedure*, Vol. 3, loose-leaf ed. (Toronto: Carswell, 1984) at page 29-7, as follows:

The significance of this change should not be underestimated. It changes the very nature of the third party claim. No longer is it limited to situations designed to obtain "a flow through of recovery" to [defendant] from the third party because of the judgment that the plaintiff may obtain against the defendant. Instead, it is now a general joinder device by which a defendant may engraft on to the main action any "related claim" he or she may have against non-parties.

[21] Rule 29.01 of the *Ontario Rules of Civil Procedure* bears close resemblance to rule 194 and provides:

[19] J'ouvre ici une parenthèse sur le fait que, dans la présente instance, la demanderesse Merck de l'action principale est aussi la défenderesse reconventionnelle. Le cas est inhabituel, mais il ne fait pas de doute que Merck, à titre de défenderesse reconventionnelle, a qualité pour engager une mise en cause. Les règles 190 et 189 établissent clairement que la demande reconventionnelle constitue une demande qui peut être poursuivie de manière indépendante. La règle 170 prévoit que dans le contexte d'une action, les règles relatives aux demandeurs et aux défendeurs s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux parties dans une demande reconventionnelle et dans une mise en cause.

[20] Comme on l'a déjà mentionné, la règle 194 a été adoptée en 1998 et n'a pas encore fait l'objet d'une jurisprudence. De toute évidence cependant, la règle est de portée beaucoup plus large que la précédente, la règle 1726 [des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], en vertu de laquelle la procédure de mise en cause était limitée à des demandes de contribution ou d'indemnisation ou d'autres formes d'exonération. On trouve un élargissement semblable dans la règle 29.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario [R.R.O. 1990, Règl. 194], dont l'effet est décrit dans *Holmsted and Watson Ontario Civil Procedure*, vol. 3, édition à feuilles mobiles (Toronto: Carswell, 1984) en page 29-7, en ces termes:

[TRADUCTION] L'importance de cette modification ne doit pas être sous-estimée. Elle transforme la nature même de la mise en cause. La mise en cause ne se limite plus aux cas où il s'agit de permettre au défendeur de se retourner contre une personne qui n'est pas partie à l'action pour lui faire supporter le poids de la condamnation prononcée contre lui. La procédure est maintenant un moyen général de réunion d'actions par lequel un défendeur peut greffer à l'action principale toute «demande liée» qu'il peut intenter contre des personnes non parties à l'action.

[21] La règle 29.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, qui ressemble beaucoup à la règle 194, prévoit:

**29.01** A defendant may commence a third party claim against any person who is not a party to the action and who is or may be liable to the defendant for all or part of the plaintiff's claim;

...

(b) A defendant may commence a third party claim against any person who is not a party to the action and who is or may be liable to the defendant for and independent claim for damages or other relief arising out of,

(ii) a transaction or occurrence or series of transactions or occurrences involved in the main actions, or

(iii) a related transaction or occurrence or series of transactions or occurrences; or

(c) A defendant may commence a third party claim against any person who is not a party to the action and who should be bound by the determination of an issue arising between the plaintiff and the defendant. [Emphasis added.]

[22] I shall have reference to the jurisprudence surrounding rule 29.01 as guidance in the application of rule 194.

#### Paragraph 194(a) of the Rules

[23] I shall begin with Apotex's objection to the claim. The essence of Apotex's submissions with respect to the application of paragraph 194(a) of the Rules, is that Merck's third party claim should be dismissed because it fails to disclose an independent cause of action. In particular, Apotex claims that the relief sought in claims (d) and (e) of the proposed third party claim has already been granted by this Court in the context of other proceedings between Merck and Apotex and may be presumed to attach to any privy of Apotex. The relief sought, in these paragraphs is a declaration that the third party and their privies are estopped in the counterclaim or otherwise from challenging the validity of the patent as confirmed by MacKay J., plus an order that the third parties are not to challenge it, themselves, or through their privies. Apotex says these remedies are not available as being too speculative. Moreover, the claims are said to be based on the speculative or hypothetical allegation that Apotex would attempt to repeat the same corporate scheme in the future and, therefore, are non-justiciable.

**29.01** Un défendeur peut introduire une mise en cause contre une personne qui n'est pas déjà partie à l'action et qui, selon le cas:

[. . .]

b) lui est ou peut lui être redevable d'une demande distincte en dommages-intérêts ou d'une autre mesure de redressement qui résulte,

(i) soit, d'une opération ou d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements reliés à l'action principale,

(ii) soit, d'une opération ou d'un événement connexe ou d'une série d'opérations ou d'événements connexes;

c) devrait être liée par la décision d'une question en litige entre le demandeur et le défendeur. [Non souligné dans l'original.]

[22] Je me reporterai à la jurisprudence relative à la règle 29.01 pour me guider dans l'application de la règle 194.

#### L'alinéa 194a) des Règles

[23] Je traite en premier lieu l'opposition d'Apotex à la requête. Pour l'essentiel, les observations d'Apotex au sujet de l'application de l'alinéa 194a) des Règles font valoir que la mise en cause doit être rejetée parce qu'elle ne fait pas intervenir une cause d'action distincte. En particulier, Apotex soutient que les réparations recherchées en d) et e) de la mise en cause proposée ont déjà été accordées par la Cour dans le cadre d'une autre procédure entre Merck et Apotex et qu'on peut présumer qu'elles lient tout ayant droit d'Apotex. Les réparations demandées dans ces deux alinéas sont une déclaration portant qu'il est interdit aux mises en cause et à leurs ayants droit par une fin de non-recevoir dans la demande reconventionnelle et dans toute autre procédure de contester la validité du brevet confirmée par le juge MacKay, ainsi qu'une ordonnance interdisant aux mises en cause de contester la validité du brevet directement ou par l'entremise de leurs ayants droit. Apotex déclare que ces réparations ne peuvent être accordées en raison de leur caractère trop conjectural. De plus, elles sont fondées, soutient Apotex, sur une allégation à carac-

[24] In my view, the wording of paragraph 194(a) of the Rules implies a two-step test. First, a third party claim may be commenced where the proposed third party “is or may be liable to the defendant for relief, other than that referred to in rule 193.” Rule 193 essentially applies to claims for contribution or indemnity against co-defendants or non-parties. Second, the relief claimed must relate to the “subject-matter of the action”.

[25] As the allegation of Apotex is essentially that the relief sought in paragraphs (d) and (e) cannot be granted as being too speculative, the first step requires the Court to consider whether the claim discloses a cause of action against the proposed third party. In part, I take this to be mandated by the words “is or may be liable”. It is noteworthy also that the requirement of a cause of action has been confirmed and in *McNaughton v. Barker*, [1998] 4 W.W.R. 742 (B.C.C.A.) (*McNaughton*) and in the context of rule 29.01, in *Brampton Hydro-Electric Commission v. B.C. Polygrinders Ltd.* (1993), 12 O.R. (3d) 625 (Gen. Div.), at pages 633-634. It is also an appropriate consideration in light of the legislative goal, underlying such rules, of avoiding a multiplicity of proceedings (see: *McNaughton*). There is evidently no economy or use in allowing a claim to be advanced which is manifestly unfounded.

[26] In that connection, I agree that the appropriate standard is the one applicable on a motion to strike. Thus, the third party claim should be read generously and will be denied only where it is plain and obvious that it cannot succeed. In this examination the Court is not to be deterred by the tenuousness or novelty of an argument and ought only to strike where the failure of the claim is beyond doubt (see: *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1

tère conjectural ou hypothétique selon laquelle Apotex tenterait de reprendre la même stratégie d’entreprise dans l’avenir et, par conséquent, elles ne sont pas recevables en justice.

[24] À mon avis, la teneur de l’alinéa 194(a) des Règles implique un critère double. Premièrement, un défendeur peut mettre en cause une personne non partie à l’action dans le cas où celle-ci «est ou peut lui être redevable d’une réparation, autre que celle visée à la règle 193.» La règle 193 concerne essentiellement les demandes de contribution ou d’indemnisation contre un codéfendeur ou toute personne qui n’est pas partie à l’action. Deuxièmement, la réparation demandée doit être liée à «l’objet de l’action».

[25] L’allégation d’Apotex étant essentiellement que les mesures de réparation recherchées aux alinéas d) et e) ne peuvent être accordées en raison de leur caractère trop conjectural, la Cour doit commencer par examiner si la demande révèle une cause d’action contre la mise en cause proposée. En partie, je pense que cela est exigé par les termes «est ou peut lui être redevable». Il faut également souligner que l’exigence d’une cause d’action a été confirmée à la fois dans la décision *McNaughton v. Barker*, [1998] 4 W.W.R. 742 (C.A.C.-B.) (*McNaughton*) et dans le contexte de la règle 29.01, dans la décision *Brampton Hydro-Electric Commission v. B.C. Polygrinders Ltd.* (1993), 12 O.R. (3d) 625 (Div. gén.), aux pages 633 et 634. C’est également une considération pertinente, compte tenu de l’intention du législateur qui sous-tend ces règles, d’éviter la multiplicité des procédures (voir la décision *McNaughton*). Il n’y a naturellement aucune économie ni aucun intérêt à permettre l’introduction d’une demande manifestement non fondée.

[26] À cet égard, je conviens que le critère approprié est celui qui s’applique à la requête en radiation. Par conséquent, la mise en cause doit s’interpréter de manière large et être rejetée dans les seuls cas où il est clair et net que ses chances de succès sont nulles. Dans cet examen, la Cour ne doit pas se laisser arrêter par le caractère ténu ou nouveau d’un argument et elle ne doit rejeter la demande que lorsqu’il est hors de tout doute qu’elle est vouée à l’échec (voir les arrêts *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959;



S.C.R. 441; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735).

[27] Counsel for Nu-Pharm correctly points out that strike motions and third party claims differ with respect to the onus of proof. For strike motions, the onus is on the party seeking to bar the claim, whereas under rule 194 the onus lies on the party seeking leave to make a third party claim. Moreover, rule 194 mandates that leave be granted from the Court whereas in provincial jurisdictions third party claims may be commenced as of right. In Nu-Pharm's submission, these differences point to a "clear and unmistakable" legislative intention that a different (presumably more onerous) test should apply in this context.

[28] Be it under a strike motion or a third party claim application, the question at issue is ultimately the same: Is it actionable? Is there a justiciable issue? In my view, the operative difference is one of form not of substance. Whereas the moving party in a strike motion has the burden of showing that the claim has no crumb of a cause of action, the moving party in a third party claim must provide sufficient grounds for the motions judge to conclude that such a crumb exists.

[29] To begin, there is no doubt, as Merck asserts, that this Court may grant declaratory relief *simpliciter* in all proceedings by virtue of rule 64 of the *Federal Court Rules, 1998*.

[30] Among the declarations sought against the proposed third parties (paragraph (c) of the prayer for relief), is that the counterclaim in this action constitutes an abuse of process by the third parties and their privies. While it is important to treat the doctrines of abuse of process and *res judicata* as distinct (see *Kaloti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 390 (C.A.)), it is clear that a claim of abuse of process can be established using an

*Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735).

[27] L'avocat de Nu-Pharm signale à juste titre que la requête en radiation et la mise en cause diffèrent à l'égard du fardeau de la preuve. Dans le cas de la requête en radiation, la charge de la preuve incombe à la partie qui veut faire opposition à la demande, alors qu'en vertu de la règle 194 elle incombe à la partie sollicitant l'autorisation de la mise en cause. De plus, la règle 194 prescrit que l'autorisation doit être accordée par la Cour, alors que dans les provinces, la mise en cause peut être engagée de plein droit. Selon les observations de Nu-Pharm, ces différences indiquent que l'intention du législateur était [TRADUCTION] «clairement et sans erreur possible» d'appliquer un critère différent (vraisemblablement plus exigeant) dans ce contexte.

[28] Mais qu'elle s'inscrive dans le cadre d'une requête en radiation ou d'une mise en cause, la question soulevée demeure en fin de compte la même. Y a-t-il matière à procès? Y a-t-il une question contentieuse? À mes yeux, la différence véritable est une de forme et non de fond. Dans la requête en radiation, le requérant doit démontrer que la demande ne révèle pas la moindre parcelle d'action valable alors que dans la mise en cause, il doit fournir au juge des requêtes des éléments suffisants pour que le juge conclue à l'existence d'une telle parcelle.

[29] En premier lieu, il est certain, comme l'affirme Merck, que la Cour peut rendre un jugement déclaratoire *simpliciter* dans toute instance en vertu de la règle 64 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

[30] Parmi les déclarations recherchées contre les mises en cause proposées (alinéa c) de la demande de redressement), il est demandé que la Cour déclare que la demande reconventionnelle dans la présente action constitue un abus de procédure de la part des mises en cause et de leurs ayants droit. S'il est important de faire la distinction entre la doctrine de l'abus de procédure et celle de la *res judicata* (voir l'arrêt *Kaloti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

allegation of *res judicata* as a factual basis (see: *Levi Strauss & Co. v. Roadrunner Apparel Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.), at paragraphs 11, 13).

[31] Turning specifically to the relief sought in claims (d) and (e) of the third party claim, the relief resembles a prohibitory order or permanent injunction. Indeed, as I have indicated, no declaratory order is specifically sought in claim (e) which seeks a prohibitory order. I hesitate to follow Nu-Pharm's suggestion that Merck is essentially seeking an "anti-suit injunction", as that term would appear to refer to a form of relief that applies specifically to interjurisdictional matters (see: A. V. Dicey and J. H. C. Morris, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 11th ed. (London: Stevens, 1987), Vol. 1, at page 391; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897). However, I would agree that the relief sought by Merck is akin to injunctive relief in that it seeks to prevent the third parties from challenging the '349 patent in future proceedings through a declaration that the third parties and their privies are estopped from doing so.

[32] I am cognizant of judicial reticence to answer hypothetical questions on the basis that they disclose no reasonable cause of action. Questions brought before a court for adjudication must be based on factual allegations that are susceptible to proof (see: *Operation Dismantle*, *supra*, at page 459, *per* Dickson J. (as he then was)). In *Operation Dismantle*, this issue arose where a public interest litigant sought an injunction to prevent the testing of cruise missiles by the United States in Canadian territory. The applicant alleged that the Canadian government's decision to allow the testing violated its rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985,

*l'Immigration*], [2000] 3 C.F. 390 (C.A.), il est clair qu'une prétention d'abus de procédure peut être établie sur la base d'une allégation de chose jugée comme fondement factuel (voir l'arrêt *Levi Strauss & Co. c. Roadrunner Apparel Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.), aux paragraphes 11 et 13).

[31] Si l'on passe spécifiquement aux réparations demandées aux alinéas d) et e) de la mise en cause, ces mesures de redressement s'apparentent à une ordonnance d'interdiction ou à une injonction permanente. En fait, comme je l'ai déjà indiqué, aucun jugement déclaratoire n'est visé spécifiquement à l'alinéa e), qui recherche une ordonnance d'interdiction. J'hésite à suivre la suggestion de Nu-Pharm qui laisse entendre que Merck vise en réalité à obtenir une «injonction contre les poursuites», selon l'emploi de ce terme, semble-t-il, pour une catégorie de réparation applicable spécifiquement aux affaires de compétence entre les tribunaux (voir A. V. Dicey et J. H. C. Morris, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 11<sup>e</sup> éd. (Londres: Stevens, 1987), vol. 1, à la page 391; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897). Mais je conviens que la réparation demandée par Merck équivaut à une injonction, dans la mesure où elle vise à interdire aux mises en cause d'attaquer le brevet '349 dans des procédures ultérieures, par un jugement déclarant que les mises en cause et leurs ayants droit sont empêchés de le faire par une fin de non-recevoir.

[32] Je suis conscient de la réticence des tribunaux à répondre à des questions hypothétiques pour la raison qu'elles ne révèlent aucune cause d'action valable. Les questions qu'un tribunal est appelé à trancher doivent s'appuyer sur des allégations de faits dont on peut faire la preuve (voir l'arrêt *Operation Dismantle*, précité, du juge Dickson (plus tard juge en chef) à la page 459). Dans cet arrêt, la question était soulevée par une partie à un litige d'intérêt public qui cherchait à obtenir une injonction interdisant les essais d'un missile de croisière faits par les États-Unis sur le territoire du Canada. Le demandeur alléguait que la décision du gouvernement du Canada d'autoriser ces essais violait ses droits au titre de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue

Appendix II, No. 44]] on the basis that it “increased the threat of nuclear war”. At page 459, Dickson J. determined that, as such, the alleged Charter violation was insufficiently linked to triable facts.

[33] The circumstances of the present case are different. As I view the pleadings, Merck is alleging abuse of process and *res judicata* based on Apotex’s and the defendant’s current and past conduct. The allegation is based on triable facts, namely, those related to privity and *res judicata*. Thus I do not believe that Merck is attempting to base its cause of action on hypothetical, future events. Rather, claims (d) and (e) simply seek what amounts to an injunction as a form of relief to prevent further abuses. This is not unlike a permanent injunction that is granted with the intention of preventing future patent infringements. Indeed, this is the effect of the 1994 injunction issued against Apotex by MacKay J. Thus it is the relief sought in this instance, not the allegations made, that relate to future events. Moreover, in the circumstances of the pattern of litigation between the parties, I would allow the trial judge to determine whether the declaration and order sought (paragraphs (d) and (e)), ought to be denied as being too remote or speculative. I conclude that it is neither plain and obvious, nor a question appropriate for determination at this juncture.

[34] It is left to be determined whether the relief claimed relates to the “subject-matter of the action”. A preliminary question is whether “subject-matter of the action” applies to the underlying action, the counterclaim or both. For purposes of this dispute, I understand “the action” referred to in paragraph 194(a) of the Rules to mean the totality of material facts pleaded and relief sought by the parties to date, and certainly to the counterclaim and defence thereto.

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]], au motif que ces essais «augmentent le danger de guerre nucléaire». À la page 459, le juge Dickson a conclu que la violation alléguée de la Charte n’était pas liée de manière suffisante à des faits justiciables d’une cour de justice.

[33] Les circonstances de l’espèce sont différentes. Selon ma compréhension des actes de procédure, Merck allègue l’abus de procédure et la chose jugée sur la base du comportement actuel et passé d’Apotex et des défendeurs. Cette allégation repose sur des faits pouvant faire l’objet d’un débat judiciaire, en l’occurrence ceux qui ont trait aux ayants droit et à l’autorité de la chose jugée. Je ne suis donc pas persuadée que Merck cherche à fonder sa cause d’action sur des faits hypothétiques à venir. Les mesures de réparation visées en d) et e) visent seulement à obtenir l’équivalent d’une injonction pour empêcher dans l’avenir d’autres abus. Cela n’est pas sans rappeler l’injonction permanente accordée en vue d’empêcher l’éventuelle contrefaçon de brevet. En réalité, c’était là l’effet de l’injonction de 1994 prononcée contre Apotex par le juge MacKay. Par conséquent, c’est la réparation demandée en l’espèce, et non les allégations, qui concerne des événements à venir. En outre, dans les circonstances qui caractérisent le contentieux entre les parties, je laisserais au juge d’instance la responsabilité de trancher si la déclaration et l’ordonnance recherchées (alinéas d) et e)), doivent être rejetées en raison de leur caractère trop éloigné ou trop conjectural. Je conclus qu’il ne s’agit pas d’une question claire et nette, ni d’une question qu’il convient de trancher à cette étape de l’instance.

[34] Il reste maintenant à décider si la réparation demandée est liée à «l’objet de l’action». Ce point soulève la question préliminaire de savoir si «l’objet de l’action» s’applique à l’action principale sous-jacente, à la demande reconventionnelle ou aux deux. Dans le cadre du présent litige, j’interprète «l’action» visée à l’alinéa 194a) des Règles comme l’ensemble des faits importants qui ont été plaidés et des réparations recherchées jusqu’ici par les parties, y compris sans aucun doute la demande reconventionnelle et la défense à la demande reconventionnelle.

[35] I am satisfied that there is a sufficient nexus between the counterclaim, defence to the counterclaim and the third party claim to allow the motion. In my view, the lynchpin is the issue of privity. It arises in the main action and again in relation to Merck's *res judicata* and abuse of process defences to the counterclaim. Indeed the extension of the findings of *res judicata* and abuse of process to Apotex's privies or to Apotex acting through its privies is a live issue. I do not accept that any such finding against Apotex should be presumed to capture Apotex's privies.

[36] Apotex points out that Merck did not see fit to bring an action against Apotex when it initially brought its action against Nu-Pharm nearly two years ago. It wonders why, after such a lengthy passage of time, Merck now finds it necessary to seek the relief in its third party claim. If Merck did not have a claim against Apotex then, it does not have such a claim now. It is submitted that Merck's delay in making the third party claim is a factor that militates against granting the present motion.

[37] Merck's response is that its third party claim arises from Nu-Pharm's counterclaim of patent invalidity, not the initial infringement action. It matters not that Merck may have foreseen that such a counterclaim would be made. As I understand the requirements for granting leave under paragraph 194(a) of the Rules, the third party claim need only disclose a subsisting cause of action and have a sufficient nexus to the subject-matter of the action.

[38] In sum, I find that there are sufficient grounds for granting the motion under paragraph (a) of rule 194. While I need not do so, I will in addition consider Merck's application under paragraph (b) of rule 194.

#### Paragraph 194(b) of the Rules

[39] Paragraph (b) of rule 194 allows for third party claims where the proposed third party "should be

[35] Je suis persuadée qu'il y a entre la demande reconventionnelle, la défense à la demande reconventionnelle et la mise en cause une connexité suffisante pour autoriser la requête. À mes yeux, le nœud du problème est la question des ayants droit. Elle est soulevée dans l'action principale et de nouveau dans les moyens de défense de Merck contre la demande reconventionnelle, qui s'appuient sur la chose jugée et l'abus de procédure. L'application aux ayants droit d'Apotex ou à Apotex agissant par l'entremise de ses ayants droit des conclusions relatives à la chose jugée et à l'abus de procédure constitue effectivement une question réelle. Je n'admets pas que ces conclusions à l'encontre d'Apotex soient présumées s'appliquer aux ayants droit d'Apotex.

[36] Apotex fait ressortir que Merck n'a pas jugé bon de poursuivre Apotex quand elle a intenté à l'origine son action contre Nu-Pharm il y a presque deux ans. On peut se demander pourquoi, après un aussi long délai, Merck voit aujourd'hui la nécessité de demander une réparation par voie de mise en cause. Si Merck n'avait pas de réclamation à l'encontre d'Apotex à cette époque, elle n'en a pas plus maintenant. On soutient que le retard mis par Merck à introduire la mise en cause est un facteur qui joue contre l'autorisation de la requête.

[37] Merck répond à cela que la mise en cause résulte de la demande reconventionnelle de Nu-Pharm affirmant l'invalidité du brevet, et non pas de l'action initiale en contrefaçon. Il est sans importance que Merck ait pu prévoir l'éventualité de la demande reconventionnelle. Selon mon interprétation des conditions applicables à l'autorisation prévue à l'alinéa 194a), la mise en cause doit seulement faire état d'une cause d'action et avoir une connexité suffisante avec l'objet de l'action.

[38] En résumé, je conclus qu'il y a suffisamment d'éléments pour accueillir la requête au titre de l'alinéa a) de la règle 194. Sans qu'il soit nécessaire de le faire, je vais aussi me pencher sur la requête de Merck en vertu de l'alinéa b) de la règle 194.

#### L'alinéa 194b) des Règles

[39] L'alinéa b) de la règle 194 autorise la mise en cause dans le cas où la partie mise en cause proposée

bound by the determination of an issue between the plaintiff and the defendant”.

[40] The proposed third party takes the position that Apotex is not a necessary party to this dispute. Relying on jurisprudence relating to rule 29.01 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, it takes the position that clause 29.01(c) (and paragraph 194(b) by analogy) only applies where the party presence is necessary and there is some useful purpose to be served by issuance of the third party claim.

[41] It is submitted that no useful purpose is served here because there is nothing in the relief sought against Apotex that has not already been asserted by Merck in its defence of the Nu-Pharm counterclaim. The only issue raised by Merck’s plea of *res judicata* is the factual issue of whether Nu-Pharm is a privy of Apotex. Apotex views the Court’s prior decisions of *res judicata* as obviating the need for a third party claim in this action. Determinations of *res judicata* have already been made against the proposed third parties and thus no useful purpose would be served by adding them here. Apotex claims the third parties’ presence is unnecessary for determining that issue. Nor would Merck be prejudiced by their absence as it can still fully assert their defence to the counterclaim. Counsel for Apotex maintains that Apotex is no more necessary now that it was when the action was commenced. Apotex’s presence would be superfluous and would add unnecessary delay and cost.

[42] Apotex refers the Court to the following words of Greer J. in *Brampton, supra*, at pages 633-634, who was considering an appeal of a motion made under rule 29.01 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*:

I am of the view that Master Donkin did not err in his findings and conclusions. He was correct in holding that the proposed third party claims does [*sic*] not disclose any cause of action against the third party. Brampton Hydro can raise the issue by way of defence to Poly Grinders’ counterclaim.

«devrait être liée par la décision sur toute question en litige entre lui [le défendeur] et le demandeur».

[40] La mise en cause proposée adopte comme position qu’Apotex n’est pas une partie nécessairement impliquée dans le litige. Elle s’appuie sur la jurisprudence relative à la règle 29.01 des *Règles de procédure civile* de l’Ontario pour soutenir que l’alinéa 29.01c) (et par analogie l’alinéa 194b)) ne s’applique que lorsque la présence de la partie est nécessaire et lorsque la délivrance de la mise en cause vise une fin utile.

[41] Elle fait valoir que la mise en cause n’a aucune fin utile en l’espèce parce qu’il n’y a rien dans les réparations recherchées contre Apotex qui n’a pas déjà été affirmé par Merck dans sa défense à la demande reconventionnelle de Nu-Pharm. La seule question de fait que soulève l’argument de la chose jugée plaidé par Merck est de savoir si Nu-Pharm est un ayant droit d’Apotex. Apotex considère que les décisions antérieures de la Cour concluant à l’autorité de la chose jugée éliminent la nécessité de la mise en cause dans la présente action. Des jugements concluant à la chose jugée ont déjà été rendus contre les mises en cause proposées et il n’est d’aucune utilité de joindre ces parties à l’instance. Apotex prétend que la présence des mises en cause n’est pas nécessaire pour trancher la question visée. Et leur absence n’entraînerait aucun préjudice pour Merck, qui peut toujours pleinement assumer sa défense à la demande reconventionnelle. L’avocat d’Apotex fait valoir que la présence d’Apotex n’est pas plus nécessaire maintenant qu’elle ne l’était lorsque l’action a été introduite. La présence d’Apotex serait superflue et elle entraînerait inutilement un retard et des coûts additionnels.

[42] Apotex renvoie aux termes du juge Greer dans la décision *Brampton*, précitée, aux pages 633 et 634, dans l’examen d’un appel interjeté contre une requête présentée en vertu de la règle 29.01 des *Règles de procédure civile* de l’Ontario:

[TRADUCTION] Je suis d’avis que le protonotaire Donkin n’a pas fait erreur dans ses constatations et conclusions. Il a jugé à bon droit que la mise en cause proposée d’une personne non partie à l’action ne révèle aucune cause d’action contre la tierce partie. Brampton Hydro peut

The making of a declaration would have really no effect. No future claim could be made by Brampton Hydro against National Utility. Brampton Hydro's success or failure as the defendant to the counterclaim does not depend on National Utility's presence in the action.

National Utility is not a necessary party to these proceedings and there is no reason why it should be bound by any findings made. [Emphasis added.]

[43] The proposed third party also cites *Maggio v. Lopes et al.; Economical Mutual Insurance Co., Third Party* (1985), 51 O.R. (2d) 441 (Master); affd (1985), 52 O.R. (2d) 694 (Div. Ct.). At pages 446-447 it was held:

In the present case, one must ask what is the "issue" that arises between the plaintiff and the defendant that the third party "should be bound by"? If there is one, then the third party claim is authorized by the rule. If there is no such issue, then the third party claim is not authorized by the rule, is irregular, and ought to be struck out.

The issues that could arise between the plaintiff and the defendants are the issues of liability, namely, whether the defendant driver was negligent . . . ; and the issue of damages. There is no good reason why the third party needs to be bound by the determination of any issue of liability arising between the plaintiff and the defendant. [Emphasis added.]

[44] The Court in *Brampton* found that clause 29.01(c) applies only where the addition of the third party is necessary to the defendant's defence to the counterclaim. The broad wording of paragraph 194(b) does not bear this interpretation. It merely states that the third party "should be bound" by the determination of "an issue" between the plaintiff and the defendant". Nor do I wish to narrowly confine the provision by reference to necessity by analogy to the provisions of subsection 104(1) of the *Federal Court Rules, 1998* which states:

104. (1) At any time, the Court may

(a) order that a person who is not a proper or necessary party shall cease to be a party; or

soulever la question par voie de défense à la demande reconventionnelle de Poly Grinder. Un jugement déclaratoire n'aurait aucun effet. Aucune poursuite ne pourrait être intentée dans l'avenir par Brampton Hydro contre la National Utility. Le succès ou l'échec de la défense de Brampton Hydro à la demande reconventionnelle ne dépend pas de la présence de la National Utility dans l'action.

La National Utility n'est pas une partie nécessaire dans la procédure et aucune raison ne justifie qu'elle soit liée par les conclusions du jugement. [Non souligné dans l'original.]

[43] La mise en cause proposée cite également la décision *Maggio v. Lopes et al.; Economical Mutual Insurance Co., Third Party* (1985), 51 O.R. (2d) 441 (protonotaire); conf. par (1985), 52 O.R. (2d) 694 (C. div.). Il est statué aux pages 446 et 447:

[TRADUCTION] En l'espèce, on doit se demander par quelle «question» en litige entre le demandeur et le défendeur la partie mise en cause «devrait être liée»? S'il en existe une, la mise en cause d'une personne non partie à l'action est autorisée par la règle. S'il n'y en a pas, la mise en cause n'est pas autorisée par la règle, elle est irrégulière et doit être radiée.

Les questions susceptibles d'être en litige entre le demandeur et les défendeurs sont des questions de responsabilité, à savoir si le conducteur défendeur a fait preuve de négligence [ . . . ]; et la question des dommages-intérêts. Il n'y a aucune raison valable qui justifie que la partie mise en cause soit liée par la décision d'une question de responsabilité en litige entre le demandeur et le défendeur. [Non souligné dans l'original.]

[44] Dans l'affaire *Brampton*, la Cour a conclu que l'alinéa 29.01c) ne s'applique que dans les cas où la présence du tiers est nécessaire à la défense du défendeur à la demande reconventionnelle. La formulation large de l'alinéa 194b) ne va pas dans le sens d'une telle interprétation. L'alinéa prévoit seulement que la personne mise en cause «devrait être liée» par la décision «sur toute question en litige entre lui [le défendeur] et le demandeur». Je me refuse également à restreindre étroitement la disposition en faisant mention de la nécessité de la présence du tiers, par analogie avec les dispositions du paragraphe 104(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* qui prévoit:

104. (1) La Cour peut, à tout moment, ordonner:

a) qu'une personne constituée erronément comme partie ou une partie dont la présence n'est pas nécessaire au règlement des questions en litige soit mise hors de cause;

(b) order that a person who ought to have been joined as a party or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in the proceeding may be effectually and completely determined be added as a party, but no person shall be added as a plaintiff or applicant without his or her consent, signified in writing or in such other manner as the Court may order. [Emphasis added.]

[45] It is notable that rule 104 explicitly addresses the Court's discretion to make an order on its own motion for joinder or relief against joinder. The requirement of necessity found in paragraph 104(1)(b) circumscribes that discretion, since it may even be exercised against a plaintiff's wishes who would ordinarily choose the party it wishes to sue (see: *Elecnor S.A. v. Soren Toubro (The)*, [1996] 3 F.C. 422 (T.D.)).

[46] I prefer to take guidance from *Maggio, supra*, which, in my view, stands for the proposition that the addition of a third party claim would not be superfluous or without useful purpose. I take it that the qualifier "should" connotes a requirement that there be "good reason" to add the proposed third party.

[47] It is also clear that consideration may be given to the underlying legislative goal of reducing a multiplicity of proceedings. This goal was articulated by McLaughlin J.A. (as she then was) in *McNaughton, supra*, at page 746:

But to avoid a multiplicity of proceedings, the rules permit the claim to be made in the action which has been commenced against the defendant. The object of permitting third party proceedings to be tried with the main action is to provide a single procedure for the resolution of related questions, issues or remedies, in order to avoid multiple actions and inconsistent findings, to provide a mechanism for the third party to defend the plaintiff's claim; and to ensure the third party claim is decided before a defendant is called upon to pay the full amount of the judgment. The avoidance of a multiplicity of proceedings is fundamental to our rules of civil procedure. This has been the case since the reforms effected by the Judicature Acts in the nineteenth century. As Cotton L.J. stated in *Searle v. Choat* (1884), 25 Ch. D. 727: "the whole tenor of the Judicature Acts is to require all proceedings as far as possible to be taken in one

b) que soit constituée comme partie à l'instance toute personne qui aurait dû l'être ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige dans l'instance; toutefois, nul ne peut être constitué codemandeur sans son consentement, lequel est notifié par écrit ou de telle autre manière que la Cour ordonne. [Non souligné dans l'original.]

[45] Il est remarquable que la règle 104 vise expressément le pouvoir discrétionnaire de la Cour de rendre d'office une ordonnance de mise en cause ou de mise hors de cause. La condition de la présence nécessaire qui figure à l'alinéa 104(1)(b) circonscrit ce pouvoir discrétionnaire, du fait qu'il peut être exercé même contre la volonté d'un demandeur, qui normalement choisit la partie qu'il entend poursuivre (voir le jugement *Elecnor S.A. c. Soren Toubro (Le)*, [1996] 3 C.F. 422 (1<sup>re</sup> inst.)).

[46] Je préfère m'appuyer sur l'affaire *Maggio*, précitée, qui, selon moi, établit la thèse que la procédure de mise en cause ne devrait pas être superflue ou dépourvue d'utilité. Je donne au terme [TRADUCTION] «devrait» une connotation impliquant l'existence d'une [TRADUCTION] «raison valable» pour la mise en cause proposée.

[47] Il ne fait pas de doute également que l'intention sous-jacente du législateur de limiter la multiplicité des procédures peut être prise en considération. Cet objectif a été formulé par M<sup>me</sup> le juge McLaughlin (maintenant juge en chef) dans l'arrêt *McNaughton*, précité, à la page 746:

[TRADUCTION] Mais pour éviter la multiplication des procédures, les règles autorisent l'introduction de la demande dans l'action qui a été engagée contre le défendeur. L'autorisation de réunir la mise en cause et l'action principale vise à organiser dans une seule procédure le règlement de questions, d'affaires ou de réparations connexes, en vue d'éviter la multiplicité des actions et l'incohérence des jugements; à fournir aux tierces parties un moyen de défense contre la demande du demandeur; à faire en sorte que la mise en cause soit tranchée avant que le défendeur soit appelé à verser le plein montant du jugement. L'élimination de la multiplicité des procédures est un élément fondamental de nos règles de procédure civile. C'est le cas depuis les réformes introduites par les Judicature Acts au dix-neuvième siècle. Comme le lord juge Cotton l'a déclaré dans le jugement *Searle v. Choat* (1884), 25 Ch. D. 727: «toute la

action”. [Emphasis added.]

[48] This coincides with the guiding principle of the *Federal Court Rules, 1998* as articulated at rule 3 which calls for the Rules to be applied so as to secure the just most expeditious and least expensive determination of proceedings. In my view, the open-textured wording of paragraph 104(1)(b) should be given a broad and purposive interpretation, informed at the very least by the goal of reducing proceedings and circumscribed by the requirement that granting the motion will serve some purpose in determining the parties’ rights and obligations.

[49] Applying these principles to the present case, it first needs to be asked whether there are one or more issues that arise between Merck and Nu-Pharm that the third parties should be bound by.

[50] Merck argues that Apotex should be bound by findings of privity and *res judicata* to prevent it from challenging the ’349 patent in the future. Apotex submits that no useful purpose would be served by adding it because the issue of *res judicata* as it relates to Apotex has already been determined by the Court.

[51] Among the central issues between the plaintiffs and the defendants is the use of a privity to allegedly violate the injunction and circumvent the regulatory system. While the issue of *res judicata* has been determined with respect to Apotex, the Court has not expressly prevented it from attacking the ’349 patent indirectly through related corporations. Given Apotex’s repeated attempts to challenge the ’349 patent, Merck may well have reason to believe that Apotex would simply repeat the same alleged scheme under a different corporate vehicle, notwithstanding a judgment in favour of Merck in the counterclaim. Merck’s would be Pyrrhic victory if Apotex could simply challenge the ’349 patent’s validity through a new or different privity. Thus, to the extent that adding the third parties may preclude such an outcome, it serves a useful purpose.

teneur des *Judicature Acts* vise à exiger dans toute la mesure du possible la réunion des procédures en une seule action». [Non souligné dans l’original.]

[48] Cette position est en conformité avec le principe directeur des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, énoncé à la règle 3, qui prescrit que les Règles soient appliquées de façon à permettre d’apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible. J’estime que la formulation large de l’alinéa 104(1)(b) appelle une interprétation téléologique large, qui tiennent compte à tout le moins de l’objectif de diminuer le nombre des procédures et qui est limitée par l’exigence que l’octroi de la requête soit utile dans la détermination des droits et obligations des parties.

[49] Pour appliquer ces principes à l’espèce, il faut d’abord se demander si une ou plusieurs questions en litige entre Merck et Nu-Pharm devraient lier les parties mises en cause.

[50] Merck soutient qu’Apotex devrait être liée par les conclusions relatives aux ayants droit et à la chose jugée pour qu’elle n’ait pas le droit de contester le brevet ’349 dans l’avenir. Apotex fait valoir que la mise en cause ne serait d’aucune utilité parce que la question de la chose jugée en ce qui concerne Apotex a déjà été tranchée par la Cour.

[51] Au nombre des questions cruciales en litige entre les demanderessees et les défendeurs figure l’utilisation d’un ayant droit pour violer l’injonction et contourner le processus de réglementation, allègue-t-on. La question de la chose jugée a effectivement été tranchée en ce qui concerne Apotex, mais la Cour ne lui a pas expressément interdit d’attaquer le brevet ’349 indirectement par des sociétés reliées. Étant donné les tentatives répétées d’Apotex de contester le brevet ’349, Merck peut avoir de bonnes raisons de croire qu’Apotex reprendrait simplement la même stratégie alléguée sous le couvert d’une entité juridique différente, nonobstant un jugement en faveur de Merck dans la demande reconventionnelle. Merck obtiendrait une victoire à la Pyrrhus si Apotex pouvait simplement contester la validité du brevet ’349 par l’entremise d’un ayant droit nouveau ou différent. Par



[52] If we accept, as we must, that Merck has a valid claim that it may commence and maintain independently against the third parties, then granting the motion will help reduce a multiplicity of proceedings where, as between Merck and Apotex, help is needed as it pertains to the '349 patent. Indeed, the underlying action is but one tentacle of a legal battle that, as Justice Muldoon said in *Apotex Inc. v. Merck & Co.* (1999), 167 F.T.R. 59 (F.C.T.D.), at paragraph 21, “continues to wend its way through the Federal Court with no end in sight”. I therefore find that there is good reason for adding the proposed third parties and that they should be bound by the determination of issues raised in the proceedings.

[53] Finally, Apotex argues that the wording of paragraph (b) of rule 194 only allows third party claims where the relief sought is an order binding the third parties to the result in the main action. I do not find the rule's wording to be so restrictive. The wording simply requires that a third party should be bound by the determination of an issue between the plaintiff and defendant. For practical purposes, this expresses the same requirement found in paragraph (a) of the rule 194 that the claim bear a relation to the subject-matter of the main action. It does not *a priori* preclude alternative forms of relief in the third party claim from that sought in the main action. To refer again to Justice McLachlin's words [in *McNaughton*], “the object of permitting third party proceedings to be tried with the main action is to provide a single procedure for the resolution of related questions, issues or remedies” [my emphasis]. For reasons given, I conclude that there is an issue between the parties to the action and good reason why the proposed third party should be bound by the findings such as to grant leave in this motion under paragraph (b) of rule 194.

[54] In sum, I am satisfied that Merck's application for leave can be granted under either paragraphs (a) or (b) of rule 194.

conséquent, dans la mesure où la mise en cause peut empêcher pareil résultat, elle a une fin utile.

[52] Si nous acceptons, comme nous le devons, que Merck a une demande valide qu'elle peut introduire et faire valoir de manière indépendante contre les mises en cause, l'autorisation de la requête contribuera à limiter la multiplication des procédures, aide vraiment nécessaire pour Merck et Apotex eu égard au brevet '349. En réalité, l'action sous-jacente n'est que l'une des ramifications d'une bataille juridique qui, comme le juge Muldoon l'a déclaré dans *Apotex Inc. c. Merck & Co.* (1999), 167 F.T.R. 59 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 21, «continue de suivre son cours devant la Cour fédérale sans qu'on puisse en voir la fin». Je conclus donc qu'il y a une raison valable pour joindre les mises en cause proposées et pour qu'elles soient liées par la décision sur toute question en litige.

[53] Enfin, Apotex prétend que la teneur de l'alinéa b) de la règle 194 n'autorise la mise en cause que dans les cas où la réparation demandée est une ordonnance qui lie les tierces parties à l'issue de l'action principale. Je ne pense pas que la formulation de la règle soit aussi restrictive. La formulation exige seulement que la personne mise en cause soit liée par la décision sur toute question en litige entre le demandeur et le défendeur. Dans la pratique, il s'agit là de la même exigence que celle de l'alinéa a), qui prévoit que la réclamation doit être liée à l'objet de l'action principale. Cela n'exclut pas *a priori* que d'autres mesures de réparation que celles de l'action principale soient demandées dans la mise en cause. Je reprends de nouveau les termes du juge McLaughlin [dans l'arrêt *McNaughton*]: [TRADUCTION] «L'autorisation de réunir la mise en cause et l'action principale vise à organiser dans une seule procédure le règlement de questions, d'affaires ou de réparations connexes». Pour les motifs exposés, je conclus qu'il y a une question en litige entre les parties à l'action, des raisons valables pour lesquelles les mises en cause proposées devraient être liées par les conclusions et qu'il y a donc lieu d'autoriser la requête en vertu de l'alinéa b) de la règle 194.

[54] En résumé, je suis persuadée que la requête pour obtenir l'autorisation de la Cour peut être accueillie en vertu des deux alinéas a) ou b) de la règle 194.

## DELAY

[55] To the extent that it is relevant, I do not find that there has been delay or that Nu-Pharm has suffered prejudice sufficient to dismiss the present application.

[56] I disagree with Nu-Pharm that the delay in bringing this motion can be attributed solely to Merck. It is irrelevant that the claim was brought two years after Merck commenced the original patent infringement action. Rules 196 and 204 provide that third party claims must be issued 30 days after service of the statement of claim:

**196.** (1) A third party claim against a person who is not already a party to the action shall be

(a) issued within the time set out in rule 204 for the service and filing of a statement of defence; and

(b) served within 30 days after it is issued.

...

**204.** A defendant shall defend an action by serving and filing a statement of defence within

(a) 30 days after service of the statement of claim, if the defendant is served in Canada;

(b) 40 days after service of the statement of claim, if the defendant is served in the United States; and

(c) 60 days after service of the statement of claim, if the defendant is served outside Canada and the United States.

[57] For purposes of this motion Merck brings the third party claim under rule 194 as the defendant to Nu-Pharm's counterclaim. Reference to "statement of claim" in rule 204 applies in this motion to the counterclaim, served February 2, 2000. Delay should be considered as from 30 days of that date and not the date that Merck's statement of claim was issued.

[58] I accept Merck's submission that on May 21, 2000, it began making attempts to get Nu-Pharm's

## LE RETARD

[55] Dans la mesure où ce point est pertinent, je conclus qu'il n'y a pas eu de retard et que Nu-Pharm n'a pas subi un préjudice qui soit suffisant pour justifier le rejet de la requête.

[56] Je ne partage pas le point de vue de Nu-Pharm qui prétend que le retard à introduire la requête est imputable exclusivement à Merck. Il importe peu que la requête ait été présentée deux ans après que Merck a engagé l'action initiale en contrefaçon de brevet. Les règles 196 et 204 prévoient que la mise en cause est délivrée dans les 30 jours suivant la signification de la déclaration:

**196.** (1) Lorsqu'un défendeur entend mettre en cause une personne qui n'est pas un codéfendeur dans l'action, la mise en cause:

a) est délivrée dans le délai prévu à la règle 204 pour la signification et le dépôt d'une défense;

b) est signifiée dans les 30 jours suivant sa délivrance.

[. . .]

**204.** Le défendeur conteste l'action en signifiant et en déposant sa défense:

a) dans les 30 jours après avoir reçu signification de la déclaration, si cette signification a été faite au Canada;

b) dans les 40 jours après avoir reçu signification de la déclaration, si cette signification a été faite aux États-Unis;

c) dans les 60 jours après avoir reçu signification de la déclaration, si cette signification a été faite à l'extérieur du Canada et des États-Unis.

[57] Dans le cadre de la présente requête, Merck intente une procédure de mise en cause en vertu de la règle 194 à titre de défenderesse à la demande reconventionnelle de Nu-Pharm. La mention de la «déclaration» à la règle 204 s'applique dans la présente requête à la demande reconventionnelle, dont la signification est intervenue le 2 février 2000. Le retard commence donc à courir passé le délai de 30 jours suivant cette date et non pas suivant la date de la déclaration de Merck.

[58] J'accepte l'observation de Merck attestant qu'elle a commencé le 21 mai 2000 à faire des

consent to add Apotex as a party but note that this places Merck's application beyond the 30 days required by the rule.

[59] I need not review the submissions of the parties regarding the background of their communications dealing with the addition of Apotex as a party, as the critical consideration in the circumstances is whether the defendants are prejudiced by the delay.

[60] The defendants argue prejudice by reason of further time, expense and the further complication of an already complex proceeding by the addition of Apotex. I agree that there will be some delay, but not great complication given the allegations of fact and the presence of Sherman as a defendant. Moreover, for a variety of reasons, the parties are not yet at the discovery stage. Assuming the parties share a genuine interest in doing so, they are now in a position to advance the litigation quite rapidly.

[61] Indeed, as with amendments to pleadings, an otherwise valid and subsisting third party claim ought not to be defeated unless the defendants can show prejudice which is not compensable. While no such prejudice has been demonstrated, I will have regard to the issue delay in awarding costs.

#### ORDER

- (1) The motion is granted.
- (2) The plaintiffs, defendants by counterclaim, shall serve and file their third party claim no later than 15 days from the date of this order.
- (3) The costs of the motion, including for the prolongation of the hearing of the motion, and disbursements, are awarded to the proposed third parties and the defendants, in any event of the cause, to be assessed by reference to the high end of column III of Tariff B [of the *Federal Court Rules, 1998*].

démarches pour obtenir le consentement de Nu-Pharm en vue de joindre Apotex comme partie à l'action, tout en notant que cette date place la requête de Merck passé le délai de 30 jours prescrit par la règle.

[59] Je n'ai pas besoin d'examiner les observations des parties concernant le contexte de leurs communications au sujet de la jonction d'Apotex comme partie à l'action, étant donné que le facteur crucial dans les circonstances est d'établir si le retard a causé un préjudice aux défendeurs.

[60] Les défendeurs soutiennent avoir subi un préjudice par la mise en cause d'Apotex, du fait du temps, des dépenses et de la complexité qui se sont ajoutés à une procédure déjà complexe. Je conviens qu'il y aura un retard, mais il n'y aura guère de grandes complications en raison des allégations de fait et de la présence de M. Sherman comme défendeur. En outre, pour diverses raisons, il se trouve que les parties ne sont pas encore au stade de l'interrogatoire préalable. Dans l'hypothèse où les parties y voient un véritable intérêt commun, elles sont maintenant en mesure de faire avancer le litige assez rapidement.

[61] En fait, comme pour les modifications des actes de procédure, une mise en cause à tous autres égards valide ne devrait pas être rejetée à moins que les défendeurs puissent démontrer avoir subi un préjudice non réparable. En l'occurrence, aucun préjudice de cette nature n'a été établi, mais je prendrai la question du retard en considération dans l'attribution des dépens.

#### ORDONNANCE

- (1) La requête est accueillie.
- (2) Les demandresses et défenderesses reconventionnelles sont tenues de signifier et de déposer leur mise en cause dans un délai de 15 jours à compter de la date de la présente ordonnance.
- (3) Les dépens de la requête, y compris les dépens relatifs à la prolongation de l'audience, ainsi que les débours, sont adjugés aux mises en cause proposées et aux défendeurs, sans égard à l'issue de l'instance, et taxés selon le maximum prévu à la colonne III du tarif B [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*].

A-245-00  
2001 FCA 248

A-245-00  
2001 CAF 248

**Giuseppe Villani** (*Appellant*)

v.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

*INDEXED AS: VILLANI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)*

Court of Appeal, Linden, Isaac and Malone J.J.A.—  
Toronto, June 4; Ottawa, August 3, 2001.

*Pensions — Severe and prolonged disability within meaning of Canada Pension Plan, s. 42(2) — Correctness standard of review — Board decisions adopting extremely strict approach to severity requirement disapproved of — Severity requirement to be applied in “real world” context, taking into consideration applicant’s age, education, language proficiency and work and life experience — Employability relevant.*

*Construction of statutes — Severe and prolonged disability within meaning of Canada Pension Plan, s. 42(2) — CPP as benefits-conferring legislation to be given liberal construction — Severity requirement to be applied in “real world” context, taking into account applicant’s age, education, language proficiency and work and life experience — Employability relevant.*

The applicant, who had emigrated from Italy and had only a grade 5 education, worked his way from general labourer to machine adjuster during his employment by the tobacco company Rothman’s of Pall Mall from 1963 until the plant closed in 1986. Since 1983, he has been receiving various pensions from the Ontario Workmen’s Compensation Board (WCB) for visual and hearing impairment, but mainly for knee, shoulder and neck injuries. He obtained a real estate agent’s licence in 1987 but was unsuccessful in that line of work and the licence lapsed in 1997.

In March 1994, the appellant applied for a disability pension under the *Canada Pension Plan*, citing his main disabling condition to be pain in his right knee, shoulders and back. The Minister denied his application and maintained his view on reconsideration. The appeal to the Review Tribunal was denied on the basis that the appellant had not presented sufficient objective evidence of medical or physiological impairments which would be expected to

**Giuseppe Villani** (*appellant*)

c.

**Le procureur général du Canada** (*intimé*)

*RÉPERTORIÉ: VILLANI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)*

Cour d’appel, juges Linden, Isaac et Malone, J.C.A.—  
—Toronto, 4 juin; Ottawa, 3 août 2001.

*Pensions — Invalidité grave et prolongée au sens de l’art. 42(2) du Régime de pensions du Canada — La norme de contrôle est celle de la décision correcte — Les décisions de la Commission adoptant une démarche extrêmement stricte à l’égard de l’exigence relative à la gravité sont désapprouvées — L’exigence relative à la gravité doit être appliquée dans un contexte «réaliste», en tenant compte de l’âge, du niveau d’instruction, des aptitudes linguistiques, des antécédents de travail et de l’expérience de vie du demandeur — L’employabilité est un critère pertinent.*

*Interprétation des lois — Invalidité grave et prolongée au sens de l’art. 42(2) du Régime de pensions du Canada — Le RPC, en tant que loi conférant des avantages, doit être interprété de façon libérale — L’exigence relative à la gravité doit être appliquée dans un contexte «réaliste», en tenant compte de l’âge, du niveau d’instruction, des aptitudes linguistiques, des antécédents de travail et l’expérience de vie du demandeur — L’employabilité est un facteur pertinent.*

Le demandeur, un immigrant originaire de l’Italie n’ayant terminé que sa 5<sup>e</sup> année, a gravi les échelons de manœuvre jusqu’à ajusteur de machine au cours de ses années d’emploi à la compagnie de tabac Rothman’s of Pall Mall de 1963 jusqu’à la fermeture de l’usine en 1986. Depuis 1983, il a touché différentes pensions de la Commission des accidents du travail de l’Ontario (CAT) pour des troubles de la vue et de l’ouïe, mais principalement pour des blessures au genou, à l’épaule et au cou. Il a obtenu une licence d’agent immobilier en 1987, mais il n’a pas réussi dans ce domaine et sa licence a expiré en 1997.

En mars 1994, l’appelant a demandé une pension d’invalidité en vertu du *Régime de pensions du Canada*, indiquant que sa principale invalidité se rapportait à des douleurs dans le genou droit, les épaules et le dos. Le ministre a refusé sa demande et a maintenu sa position après réexamen. L’appel devant le tribunal d’appel a été rejeté parce que l’appelant n’avait pas présenté de preuve objective suffisante des handicaps physiologiques ou médicaux qui seraient suscepti-

restrict him from performing all physical activities and work. The Pensions Appeal Board dismissed the appeal on the basis that the appellant was not, at the relevant time, disabled within the meaning of subsection 42(2) of the Plan, which provides that for a person to be considered disabled, he must be determined to have a severe and prolonged mental or physical disability, and defining severe disability as being incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation. The Board interpreted the severity requirement in paragraph 42(2)(a)(i) of the Plan in a strict manner and found that the appellant was not unable to pursue any substantially gainful occupation.

This was an application for judicial review of the Board's decision.

*Held*, the application should be allowed.

The "pragmatic and functional" approach (see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982) was used to determine the amount of curial deference this Court owes to the Board and its decision herein. It was determined that the appropriate standard of review was that of correctness.

The decision at issue involved the interpretation and application of the definition of a "severe" disability within the meaning of subparagraph 42(2)(a) of the Plan. In view of section 12 of the *Interpretation Act*, which provides that every enactment is remedial and must be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its object, of recent decisions of the Supreme Court of Canada, and of the fact that the Plan is a benefits-conferring legislation, subparagraph 42(2)(a) of the Plan must be interpreted in a large and liberal manner, and any ambiguity flowing from its language should be resolved in favour of a claimant for disability benefits.

The Board, following a number of Board decisions, adopted an extremely strict approach to the severity requirement of subparagraph 42(2)(a) of the Plan, holding that it does not permit consideration of an applicant's age, skill levels, education or language proficiency in deciding whether he or she is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation. Yet in earlier cases, the Board had adopted what it termed a "real world" approach with respect to the severity requirement, whereby the applicant's background and medical condition were taken into account. In view of the Board's inconsistency in applying the Plan's severity requirement, it was up to the Court to provide direction as to the correct legal test.

bles de l'empêcher de faire toute activité physique et tout travail. La Commission d'appel des pensions a rejeté l'appel au motif que l'appellant n'était pas, à l'époque pertinente, invalide au sens du paragraphe 42(2) du Régime, qui stipule qu'une personne n'est considérée comme invalide que si elle est déclarée atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée, celle-ci étant définie comme une invalidité qui rend la personne régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice. La Commission a interprété l'exigence relative à la gravité énoncée au sous-alinéa 42(2)(a)(i) du Régime d'une manière stricte et a conclu que l'appellant n'était pas incapable de détenir n'importe quelle occupation véritablement rémunératrice.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission.

*Jugement*: la demande est accueillie.

La méthode «pragmatique et fonctionnelle» (voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982) a été utilisée pour déterminer le degré de retenue judiciaire dont la Cour doit faire preuve à l'égard de la Commission et de sa décision ayant trait à l'appellant. Il a été décidé que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte.

La décision en cause met en jeu l'interprétation et l'application de la définition d'une invalidité «grave» au sens de l'alinéa 42(2)(a) du Régime. Compte tenu de l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, qui dispose que tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet, compte tenu des récentes décisions de la Cour suprême du Canada et compte tenu du fait que le Régime est une loi conférant des avantages, l'alinéa 42(2)(a) du Régime devrait recevoir une interprétation large et libérale, et toute ambiguïté découlant de ces mots doit se résoudre en faveur de la personne qui demande des prestations d'invalidité.

La Commission, suivant un certain nombre de ses propres décisions, a adopté une démarche extrêmement stricte face à l'exigence relative à la gravité prévue à l'alinéa 42(2)(a) du Régime, statuant que le Régime ne permet pas de tenir compte de l'âge, du niveau de compétence, de l'instruction ou des aptitudes linguistiques d'un requérant pour décider s'il est incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice. Toutefois, dans des décisions antérieures, la Commission avait adopté une interprétation qu'elle avait qualifié d'analyse «réaliste» pour l'application de l'exigence concernant la gravité de l'invalidité selon laquelle la situation particulière et les antécédents médicaux du requérant étaient pris en compte. Compte tenu du manque de cohérence de la Commission dans l'application de l'exigence relative à la gravité prévue au Régime, il incombe à la Cour de donner des instructions concernant le critère juridique à appliquer.

The proper approach is that adopted in *Barlow v. Minister of Human Resources Development* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8846 (P.A.B.), the “real world” approach. Requiring that a claimant be incapable of regularly pursuing any substantially gainful occupation was quite different from requiring that the claimant be incapable at all times of pursuing any conceivable occupation. The hypothetical occupations which a decision-maker must consider cannot be divorced from the particular circumstances of the applicant, such as age, education level, language proficiency and past work and life experience. That view was supported by subsection 68(1) of the CPP Regulations which requires disability applicants to supply the Minister with information as to their education, employment experience and daily life activities. The Board in effect read out of the severity definition the words “regularly”, “substantially” and “gainful”. The proper test for severity involves an aspect of employability, something that occurs in the context of commercial realities and a claimant’s circumstances. It is not a concept that easily lends itself to abstraction. The severity test requires an air of reality in assessing whether an applicant is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation.

La méthode appropriée est celle qui a été adoptée dans *Barlow c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8846 (C.A.P.), c’est-à-dire l’analyse «réaliste». Exiger d’un requérant qu’il soit incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice n’est pas du tout la même chose que d’exiger qu’il soit incapable de détenir n’importe quelle occupation concevable. Les occupations hypothétiques qu’un décideur doit prendre en compte ne peuvent être dissociées de la situation particulière du requérant, par exemple son âge, son niveau d’instruction, ses aptitudes linguistiques, ses antécédents de travail et son expérience de la vie. Cette opinion est appuyée par le paragraphe 68(1) du Règlement sur le RPC qui exige de quiconque s’adresse au ministre pour obtenir des prestations qu’il fournisse à ce dernier des renseignements portant sur sa formation scolaire, son expérience acquise au travail et ses activités habituelles. En fait, la Commission a exclu de la définition de gravité les mots «régulièrement», «véritablement» et «rémunératrice». Le critère qu’il convient d’appliquer à la gravité comporte un aspect d’employabilité, savoir un concept qui existe dans le contexte des réalités commerciales et de la situation particulière d’un requérant. Ce n’est pas un concept qui se prête facilement à l’abstraction. Le critère applicable à la gravité exige un air de réalisme pour évaluer si un requérant est incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act respecting the Québec Pension Plan*, R.S.Q., c. R-9, s. 95.  
*Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5, s. 43(2)(a)(i).  
*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 42(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 12), 44(1)(b) (as am. *idem*, s. 13; S.C. 1997, c. 40, s. 69).  
*Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385, s. 68(1) (as am. by SOR/96-522, s. 23).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28 (as am. *idem*, s. 8).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.  
*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Pasiechnyk v. Saskatchewan (Worker’s Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; (1997), 149 D.L.R. (4th) 577; [1997] 8 W.W.R. 517; 158 Sask. R. 81; 50 Admin. L.R. (2d) 1; 30 C.C.E.L. (2d) 149; 37 C.C.L.T. (2d) 1;

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)(d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28 (mod., *idem*, art. 8).  
*Loi sur le régime de rentes du Québec*, S.R.Q., ch. R-9, art. 95.  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 12), 44(1)(b) (mod., *idem*, art. 13; L.C. 1997, ch. 40, art. 69).  
*Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5, art. 43(2)(a)(i).  
*Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385, art. 68(1) (mod. par DORS/96-522, art. 23).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Pasiechnyk c. Saskatchewan (Worker’s Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; (1997), 149 D.L.R. (4th) 577; [1997] 8 W.W.R. 517; 158 Sask. R. 81; 50 Admin. L.R. (2d) 1; 30 C.C.E.L. (2d) 149; 37 C.C.L.T. (2d) 1;

*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Skoric*, [2000] 3 F.C. 265; (2000), 251 N.R. 368 (C.A.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C.I.; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,010; 46 N.R. 185; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86; *Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v. Gagnon*, [1988] 2 S.C.R. 29; (1988), 52 D.L.R. (4th) 42; 33 Admin. L.R. 1; 22 C.C.E.L. 17; 88 CLLC 14,034; 86 N.R. 268; *Caron v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1991] 1 S.C.R. 48; (1991), 77 D.L.R. (4th) 172; 47 Admin. L.R. 161; 35 C.C.E.L. 1; 91 CLLC 14,007; 123 N.R. 301; *Leduc, Edward v. Minister of National Health and Welfare* (1988), C.E.B. & P.G.R. 8546 (P.A.B.); *Danells v. Minister of National Health and Welfare* (1993), C.E.B. & P.G.R. 8514 (P.A.B.); *Daly v. Minister of Employment and Immigration* (1994), C.E.B. & P.G.R. 8564 (P.A.B.); *Morley v. Minister of Employment and Immigration* (1995), C.E.B. & P.G.R. 8592 (P.A.B.); *Osachoff v. Minister of Human Resources Development* (1997), C.E.B. & P.G.R. 8684 (P.A.B.); *Appleton v. Minister of Human Resources Development* (1997), C.E.B. & P.G.R. 8709 (P.A.B.); *Scott, Paul M. v. Minister of Human Resources Development* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8826 (P.A.B.); *Minister of National Health and Welfare v. Jaeger* (1971), C.E.B. & P.G.R. 8546 (P.A.B.); *Minister of National Health and Welfare v. Russell, Raymond G.* (1974), C.E.B. & P.G.R. 8684 (P.A.B.); *Barlow v. Minister of Human Resources Development* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8846 (P.A.B.).

## NOT FOLLOWED:

*Davies v. Canada (Minister of Human Resources Development)* (1999), 177 F.T.R. 88 (F.C.T.D.); *Macri v. Minister of Employment and Immigration* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8669 (P.A.B.); *Marie Atkins v. The Minister of Employment and Immigration*, CP 3404 (February 16, 1996); *Alfred Wilson v. Minister of Employment and Immigration*, CP 4109 (May 31, 1996); *Surjit Bains v. Minister of Human Resources Development*, CP 04153 (January 24, 1997); *Minister of Human Resources Development v. Stewart* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8824 (P.A.B.); *May v. Minister of Human Resources Development* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8845 (P.A.B.).

*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Skoric*, [2000] 3 C.F. 265; (2000), 251 N.R. 368 (C.A.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C.I.; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,010; 46 N.R. 185; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86; *Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada) c. Gagnon*, [1988] 2 R.C.S. 29; (1988), 52 D.L.R. (4th) 42; 33 Admin. L.R. 1; 22 C.C.E.L. 17; 88 CLLC 14,034; 86 N.R. 268; *Caron c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1991] 1 R.C.S. 48; (1991), 77 D.L.R. (4th) 172; 47 Admin. L.R. 161; 35 C.C.E.L. 1; 91 CLLC 14,007; 123 N.R. 301; *Leduc, Edward c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social* (1988), C.E.B. & P.G.R. 8546 (C.A.P.); *Danells c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social* (1993), C.E.B. & P.G.R. 8514 (C.A.P.); *Daly c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), C.E.B. & P.G.R. 8564 (C.A.P.); *Morley c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), C.E.B. & P.G.R. 8592 (C.A.P.); *Osachoff c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1997), C.E.B. & P.G.R. 8684 (C.A.P.); *Appleton c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1997), C.E.B. & P.G.R. 8709 (C.A.P.); *Scott, Paul M. c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8826 (C.A.P.); *Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social c. Jaeger* (1971), C.E.B. & P.G.R. 8546 (C.A.P.); *Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social c. Russell, Raymond G.* (1974), C.E.B. & P.G.R. 8684 (C.A.P.); *Barlow c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8846 (C.A.P.).

## DÉCISIONS NON SUIVIES:

*Davies c. Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines)* (1999), 177 F.T.R. 88 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Macri c. Ministre de l'Emploi de l'Immigration* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8669 (C.A.P.); *Marie Atkins c. Le Ministre de l'Emploi de l'Immigration*, CP 3404 (16 février 1996); *Alfred Wilson c. Ministre de l'Emploi de l'Immigration*, CP 4109 (31 mai 1996); *Surjit Bains c. Ministre du Développement des ressources humaines*, CP 04153 (24 janvier 1997); *Ministre du Développement des ressources humaines c. Stewart* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8824 (C.A.P.); *May c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8845 (C.A.P.).

## REFERRED TO:

*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Wirachowsky v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 2094 (C.A.) (QL); *Powell v. Canada (Minister of Human Resources Development)* (2000), 2 C.C.E.L. (3d) 1; 258 N.R. 123 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 26th Parl. (November 9, 1964).  
*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 26th Parl. (November 16, 1964).  
 Special Joint Committee of the Senate and House of Commons Appointed to Consider and Report upon Bill C-136, *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 2 (December 1, 1964).  
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPLICATION for judicial review of a Pensions Appeals Board decision that the applicant was not disabled within the meaning of subsection 42(2) of the *Canada Pension Plan* and therefore was not entitled to a disability pension under paragraph 44(1)(b) of the Plan. Application allowed.

## APPEARANCES:

The applicant on his own behalf.  
 Mary A. T. Tobin-Oates for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] ISAAC J.A.: This is an application for judicial review of a decision of the Pension Appeals Board (the Board), dated 11 February 2000, which concluded that the applicant was not disabled within the meaning of subsection 42(2) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 12] of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (the Plan) and was therefore not entitled to a disability pension under paragraph

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Wirachowsky c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 2094 (C.A.) (QL); *Powell c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)* (2000), 2 C.C.E.L. (3d) 1; 258 N.R. 123 (C.A.F.).

## DOCTRINE

*Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 26<sup>e</sup> lég. (9 novembre 1964).  
*Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 26<sup>e</sup> lég. (16 novembre 1964).  
 Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes chargé d'analyser le projet de loi C-136 et d'en faire rapport, *Procès-verbaux et témoignages*, n° 2 (1<sup>er</sup> décembre 1964).  
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions selon laquelle le demandeur n'était pas invalide au sens du paragraphe 42(2) du *Régime de pensions du Canada* et qu'il n'avait donc pas droit à une pension d'invalidité en vertu de l'alinéa 44(1)b) du Régime. Demande accueillie.

## ONT COMPARU:

Le demandeur pour son propre compte.  
 Mary A. T. Tobin-Oates pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE ISAAC, J.C.A.: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions (la Commission), en date du 11 février 2000, dans laquelle celle-ci a conclu que le demandeur n'était pas invalide au sens du paragraphe 42(2) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 12] du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (le Régime) et qu'il n'avait donc pas droit à



44(1)(b) [as am. *idem*, s. 13; S.C. 1997, c. 40; s. 69] of the Plan.

### Background and Medical History

[2] The applicant was born in Italy on 3 June 1938 and received a grade 5 education before emigrating to Canada in 1955. After finding several odd jobs, the applicant found permanent employment at Rothman's of Pall Mall, the tobacco company, on 4 July 1963. He worked at Rothman's for the next 23 and a half years until the plant closed in December of 1986. During this period at the company, the applicant worked his way from general labourer to machine adjuster.

[3] In 1969 and 1974, the applicant sustained knee injuries which led to three separate operations—the first for a torn meniscus, the second for a left Baker cyst and the third to free the perineal nerve from pressure. In 1976, he sustained a shoulder and neck injury which resulted in stiffness and discomfort extending down his back. In 1979, pain from the neck injury recurred and required the applicant to consult with a number of doctors, including those of the Workers' Compensation Board of Ontario (the WCB). He then began using a TENS machine for pain relief. In 1985, he was awarded a 10% partial disability pension by the WCB. In 1992, the disability was confirmed as being permanent. Since September of 1996, the WCB has granted him a 20% pension for the permanent disability in his shoulder and neck.

[4] Despite his injuries, the applicant was able to continue work at Rothman's until the plant was closed in 1986. After Rothman's closed its plant, the applicant studied for and passed the Ontario Real Estate Board's examination and thereby obtained a real estate agent's licence in 1987.

[5] For one month in 1992, the applicant worked as an inside worker and van delivery man for Golden Loaf Bakery. In 1993, he renewed his real estate agent's licence and became registered with National Group Realty Services Inc. In the same year, he first

la pension d'invalidité prévue à l'alinéa 44(1)b) [mod., *idem*, art. 13; L.C. 1997, ch. 40, art. 69] du Régime.

### Contexte et antécédents médicaux

[2] Le demandeur est né en Italie le 3 juin 1938 et il a terminé sa 5<sup>e</sup> année du cours primaire avant d'immigrer au Canada en 1955. Après avoir exercé plusieurs petits boulots, il a décroché un emploi permanent à la Rothman's of Pall Mall, compagnie de tabac, le 4 juillet 1963. Il y a travaillé pendant les 23 années et demie qui ont suivi jusqu'à la fermeture de l'usine en décembre 1986. Engagé comme manœuvre, le demandeur était ajusteur de machines à cette date.

[3] En 1969 et 1974, le demandeur a subi des blessures au genou qui ont nécessité trois opérations distinctes—la première pour une déchirure du ménisque, la deuxième pour un kyste de Baker gauche et la troisième pour enlever la pression exercée sur le nerf périméal. En 1976, il a subi une blessure à l'épaule et au cou qui a laissé une raideur et un inconfort jusqu'au bas du dos. En 1979, la douleur consécutive à sa blessure au cou est réapparue et a obligé le demandeur à consulter un certain nombre de médecins, y compris ceux de la Commission des accidents du travail de l'Ontario (la CAT). Il a commencé à utiliser un appareil TENS pour soulager la douleur. En 1985, la CAT lui a accordé une pension pour invalidité partielle de 10 %. En 1992, il a été confirmé que l'invalidité était permanente. Depuis septembre 1996, la CAT lui accorde une pension de 20 % pour son invalidité permanente à l'épaule et au cou.

[4] Malgré ses blessures, le demandeur a pu continuer à travailler à la Rothman jusqu'à la fermeture de l'usine en 1986. Après cette date, le demandeur est retourné aux études et a réussi l'examen de la chambre immobilière de l'Ontario et obtenu une licence d'agent immobilier en 1987.

[5] Pendant un mois en 1992, le demandeur a travaillé dans une boulangerie et ensuite comme livreur à la Golden Loaf Bakery. En 1993, il a renouvelé sa licence d'agent immobilier et s'est inscrit auprès de la société National Group Realty Services

applied to the WCB for a pension for the injury to his knee. He was granted an 8% pension on 2 March 1994 which was raised to a 12% pension on 14 January 1996. Unfortunately, the applicant was unable to generate a customer base for his real estate business. His registration with National Group Realty ceased in December of 1995 at which time he felt he could not continue to work because of his deteriorating physical health. The applicant's real estate licence lapsed in 1997. It has not been renewed.

[6] Throughout the period mentioned in the preceding paragraphs, the applicant also experienced some visual and hearing impairment, the latter a product of environmental noise at the Rothman's plant. For this impairment, he has been receiving from the WCB a 4.5% pension since 1983.

#### Procedural History

[7] On 11 March 1994, the applicant—then nearly 56 years old—applied for a disability pension under the Plan, citing his main disabling condition to be pain in his right knee, his shoulders and his back. He also complained of numbness in his lower leg and hands as well as hearing loss and difficulty reading, even with glasses. In addition, the applicant reported pain and a burning sensation in his stomach. By letter dated 25 March 1994, the respondent Minister denied the application. On reconsideration, the respondent maintained his view and communicated his decision to the applicant by letter dated 6 September 1995.

[8] The applicant appealed the denial to the Review Tribunal (the Tribunal). In its decision of 14 May 1996 (see respondent's application record, Vol. I, at pages 20-21), the Tribunal affirmed the respondent's decision, stating:

This claimant does not present with sufficient objective evidence of medical anatomical or physiological impairments which would be expected to restrict him from performing all physical activities and work . . . [Emphasis added.]

Inc. Dans la même année, il a d'abord présenté une demande de pension à la CAT pour sa blessure au genou. On lui a accordé une pension de 8 % le 2 mars 1994, qui a été augmentée à 12 % le 14 janvier 1996. Malheureusement, le demandeur n'a pas réussi à se constituer une base de clientèle pour ses activités immobilières. Son inscription auprès de la National Group Realty a pris fin en décembre 1995, date à laquelle il a jugé qu'il ne pouvait plus continuer à travailler à cause de la détérioration de sa santé physique. La licence d'agent immobilier du demandeur a expiré en 1997 et n'a pas été renouvelée.

[6] Pendant toute la période mentionnée dans les paragraphes précédents, le demandeur a également souffert de troubles de la vue et de l'ouïe, ces derniers troubles étant le résultat du bruit environnemental à l'usine de Rothman. Pour ce handicap, il touche de la CAT une pension de 4,5 % depuis 1983.

#### Antécédents procéduraux

[7] Le 11 mars 1994, le demandeur—qui avait alors près de 56 ans—a demandé une pension d'invalidité en vertu du Régime, indiquant que sa principale invalidité se rapportait à des douleurs dans le genou droit, les épaules et le dos. Il se plaignait également d'engourdissement dans le bas de la jambe et les mains, de même que d'un déficit auditif et d'une difficulté à lire, même avec des verres. En outre, le demandeur signalait des douleurs et des sensations de brûlures à l'estomac. Dans une lettre en date du 25 mars 1994, le ministre défendeur a refusé sa demande. Après réexamen, le défendeur a maintenu sa position et a communiqué sa décision au demandeur dans une lettre datée du 6 septembre 1995.

[8] Le demandeur en a appelé de ce refus au Tribunal d'appel (le Tribunal). Dans sa décision du 14 mai 1996 (voir dossier de la demande du défendeur, vol. I, aux pages 20 et 21), le Tribunal a confirmé la décision du défendeur en déclarant ceci:

[TRADUCTION] Le demandeur n'a pas présenté de preuve objective suffisante des handicaps anatomiques ou physiologiques médicaux qui seraient susceptibles de l'empêcher de faire toute d'activité physique et tout travail. [Non souligné dans l'original.]

[9] The applicant obtained leave to appeal the decision of the Tribunal to the Board. The appeal was heard on 3 December 1998. On 6 January, 1999, the Board dismissed the appeal on the basis that the applicant had not adduced sufficient evidence to demonstrate his disability prior to December 31, 1995. The Board noted that neither of the applicant's doctors had described the applicant as "totally disabled" prior to the critical date and that both of them had indicated that he was "capable of performing non-physical work with limitations" (respondent's record, Vol. II, at page 426).

[10] The applicant applied to this Court for judicial review of the Board's decision. However, the application never came on for hearing, the parties having agreed to refer the application back for redetermination by another panel of the Board on the basis of the applicant's allegation that he was unable to hear the original appeal proceeding (consent order dated 26 October 1999, applicant's record, Tab. 11, at page 321).

[11] A new hearing before a different panel of the Board was convened on 7 February 2000. In a unanimous decision dated 11 February 2000, the new panel determined that the applicant was not, at the relevant time, disabled within the meaning of subsection 42(2) of the Plan. The Board placed considerable emphasis on the repeated statements of the applicant's family doctor, Dr. Soutar, that the applicant (at least prior to October of 1998) was totally disabled only from "all physical work and work involving prolonged standing or repetitive use of his hands" (reasons of the board; respondent's record, Vol. I, at page 9). In the opinion of the Board, this diagnosis of partial disability was consistent with the applicant's receipt of only a partial disability pension from the WCB and the applicant's apparent mental and linguistic ability to undertake work in the real estate industry between 1987 and 1991 and between 1993 and 1997.

[12] At page 10 of its reasons, the Board explained the statutory definition of a "severe" disability found

[9] Le demandeur a obtenu l'autorisation d'appeler de la décision du Tribunal devant la Commission. L'appel a été entendu le 3 décembre 1998. Le 6 janvier 1999, la Commission a rejeté l'appel au motif que le demandeur n'avait pas produit une preuve suffisante pour démontrer son invalidité avant le 31 décembre 1995. La Commission notait qu'aucun des médecins du demandeur n'avait décrit celui-ci comme étant «complètement invalide» avant la date critique et qu'ils avaient tous deux indiqué qu'il était [TRADUCTION] «capable d'effectuer un travail non physique, moyennant certaines restrictions» (dossier du défendeur, vol. II, à la page 426).

[10] Le demandeur a déposé devant la présente Cour un recours en contrôle judiciaire concernant la décision de la Commission. Toutefois, la demande n'a jamais été entendue, les parties ayant accepté de renvoyer la demande pour nouvel examen par une autre formation de la Commission, au motif que le demandeur alléguait qu'il avait été incapable d'entendre la première procédure d'appel (ordonnance par consentement en date du 26 octobre 1999, dossier du demandeur, onglet 11, à la page 321).

[11] Une nouvelle audience devant une formation différente de la Commission a été convoquée le 7 février 2000. Dans une décision unanime en date du 11 février 2000, la nouvelle formation a conclu que le demandeur n'était pas, à l'époque pertinente, invalide au sens du paragraphe 42(2) du Régime. La Commission a mis beaucoup d'accent sur les déclarations répétées du médecin de famille du demandeur, Dr. Soutar, selon lesquelles le demandeur (du moins avant octobre 1998) était totalement incapable uniquement [TRADUCTION] «de faire des travaux physiques et du travail supposant une longue station debout ou un usage répété des mains» (motifs de la Commission, dossier du défendeur, vol. I, à la page 9). De l'avis de la Commission, ce diagnostic d'invalidité partielle était compatible avec le fait que le demandeur ne recevait qu'une pension d'invalidité partielle de la CAT et le fait qu'il avait apparemment les aptitudes mentales et linguistiques suffisantes pour s'engager dans l'industrie immobilière entre 1987 et 1991 et 1993 et 1997.

[12] À la page 10 de ses motifs, la Commission a expliqué le sens de la définition légale d'une invalidité

in subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan:

It is very important to note that the words “regularly pursuing any substantially gainful occupation. . .” means just that: any occupation. It is not, as some insurance policies say, “. . .any occupation for which the applicant is reasonably suited. . .” It is any occupation, even though the applicant may lack education, special skills, or basic language.

A second factor is availability of work. This is not a matter that is or can be considered by this Board. So the state of the local job market is irrelevant: It is legally assumed that work is available to do. [Emphasis in original.]

[13] In support of the its interpretation of the severity requirement in subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan, the Board cited the following passage from the reasons of Teitelbaum J. in *Davies v. Canada (Minister of Human Resources Development)* (1999), 177 F.T.R. 88 (F.C.T.D.), at paragraphs 43-44 and 46:

The relevant inquiry in determining if an individual has a severe disability is whether they have the physical capacity to pursue some type of substantially gainful employment, irrespective of what their previous work experience has been. The legislation specifies that this employment be “substantially gainful” and subsection 42(2) articulates what factors will inform this assessment.

There is no ambiguity in which factors are relevant in assessing disability. The decisions of the PAB in *Bains v. MHRDC*, (1997) CP 4153, at pages 2 and 3, *Aitkins v. MEI*, (1996) CP 3408, at page 5, and *Wilson v. MEI*, (1996) CP 4109, at page 6 are unambiguous in stating that the applicant’s inability to perform their previous job, the availability of work, their skills and education, and other personal barriers do not form part of the consideration into the severity of the disability.

. . .

However, the legislation does not provide for the consideration of age or education under subsection 42(2). The only issue is whether he is capable of obtaining some type of substantially gainful employment, not necessarily anything related to his previous job.

«grave» qui est donnée au sous-alinéa 42(2)a)(i) du Régime:

[TRADUCTION] Il est très important de noter que les mots «régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice [. . .]» signifie n’importe quelle occupation. Ce n’est pas, comme certaines polices d’assurance le déclarent, «[. . .] n’importe quelle occupation pour laquelle le requérant est raisonnablement compétent [. . .]». Il s’agit de n’importe quelle occupation, même si le demandeur n’a pas la scolarité ou les compétences spécialisées pour l’exercer ou n’en connaît pas le langage de base.

La disponibilité du travail est un autre facteur. Ce n’est pas là une question que la Commission analyse ou dont elle peut tenir compte. Ainsi donc, la situation du marché du travail local n’est pas pertinente: il y a une présomption légale selon laquelle il y a du travail disponible. [Souligné dans l’original.]

[13] À l’appui de son interprétation de l’exigence relative à la gravité de l’invalidité prévue au sous-alinéa 42(2)a)(i) du Régime, la Commission cite le passage suivant tiré des motifs du juge Teitelbaum dans la décision *Davies c. Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines)* (1999), 177 F.T.R. 88 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 43, 44 et 46:

La question qu’il convient de se poser pour déterminer si une personne est atteinte d’une invalidité grave est de savoir si cette personne a la capacité physique de détenir une quelconque sorte d’occupation véritablement rémunératrice, peu importe son expérience de travail. La loi précise que cette occupation doit être «véritablement rémunératrice», et le paragraphe 42(2) énonce les facteurs qui doivent en guider l’évaluation.

Il n’existe pas d’ambiguïté quant aux facteurs qui sont pertinents à l’évaluation de l’invalidité. Les décisions rendues par la CAP dans les arrêts *Bains c. MDRH*, (1997) CP 4153, aux pages 2 et 3, *Aitkins c. MEI*, (1996) CP 3408, à la page 5, et *Wilson c. MEI*, (1996) CP 4109, à la page 6, sont sans équivoque lorsqu’elles déclarent que l’incapacité du demandeur à exécuter son ancien travail, la disponibilité pour le travail, la formation et les compétences du demandeur, de même que les autres obstacles personnels n’entrent pas en ligne de compte dans l’évaluation de la gravité de l’invalidité.

[. . .]

Cependant, la loi ne prescrit pas la prise en compte de l’âge ou de la formation aux termes du paragraphe 42(2). La seule question consiste à savoir si la personne est capable d’obtenir un quelconque type d’occupation véritablement rémunératrice, pas nécessairement une activité liée à son ancien emploi.

[14] Applying that definition of a “severe”, the Board concluded that the applicant’s disability was not severe within the meaning of the Plan. The Board’s opinion was articulated in the following terms (at pages 12-13 of its reasons):

(d) While one acknowledges immediately that suitable sedentary work with relief times to walk around is not easy to find, the test is not “Is the work available?” but rather, “If it were there, could he do it?” In my opinion the answer is yes. He is a highly intelligent man with excellent language skills who was able to carry out the ordinary skills of living – walking short distances and driving a car.

(e) In the witness stand Mr. Villani complained of the disabling pain. I can only say that up to December, 1995, in my opinion, he may well have been disabled from doing what he wanted to do – a good job earning high wages – but he was not disabled from a job he was capable of doing either mentally or physically. [Emphasis in original.]

[15] It is from the dismissal of his appeal by the Board that the applicant now seeks judicial review. In his oral and written arguments, the applicant attacked the decision of the Board on several grounds, including a large number of procedural arguments and arguments touching on whether the Board had applied the correct legal test for determining a severe disability under the Plan. The Court did not require the Crown to answer any of the grounds raised by the applicant except those relating to the issue of whether or not the Board had applied the appropriate legal test. Counsel for the Crown, in her submissions, supported the test which the Board applied in this case by referring the Court to earlier decisions of the Board.

#### Relevant Provisions of the Plan

44. (1) Subject to this Part,

...

(b) a disability pension shall be paid to a contributor who has not reached sixty-five years of age, to whom no retirement pension is payable, who is disabled and who

[14] Appliquant cette définition du terme «grave», la Commission a conclu que l’invalidité du demandeur n’était pas grave au sens du Régime. L’opinion de la Commission était formulée dans les termes suivants (aux pages 12 et 13 de ses motifs):

[TRADUCTION] d) Bien que l’on reconnaisse d’emblée qu’un travail sédentaire adéquat avec des pauses pour se dégourdir les jambes ne soit pas facile à trouver, le critère ne consiste pas à se demander «Y a-t-il du travail disponible?», mais plutôt «S’il y en avait, le demandeur pourrait-il l’effectuer?» À mon avis, la réponse à cette question est affirmative. C’est un homme très intelligent qui a d’excellentes aptitudes linguistiques, qui a été en mesure de poursuivre ses activités quotidiennes normales—parcourir de courtes distances et conduire une automobile.

e) À la barre des témoins, M. Villani s’est plaint d’une douleur incapacitante. Tout ce que je peux dire, c’est que jusqu’en décembre 1995, à mon avis, il peut fort bien avoir été empêché de faire ce qu’il souhaitait faire—c’est-à-dire avoir un bon emploi avec un salaire élevé—mais il n’était pas empêché d’occuper un emploi pour lequel il avait les capacités mentales ou physiques voulues. [Souligné dans l’original.]

[15] Le demandeur réclame maintenant le contrôle judiciaire du rejet de son appel par la Commission. Dans ses observations verbales et écrites, le demandeur a contesté la décision de la Commission sur plusieurs points, en faisant valoir notamment un très grand nombre d’arguments procéduraux et d’autres arguments portant sur la question de savoir si la Commission avait appliqué le critère juridique pertinent pour déterminer ce qu’est une invalidité grave aux termes du Régime. La Cour n’a pas demandé à la Couronne de répondre aux points soulevés par le demandeur, à l’exception de ceux qui avaient trait à la question de savoir si la Commission avait appliqué le critère juridique adéquat. L’avocate de la Couronne, dans ses observations, a appuyé le critère que la Commission a appliqué en l’espèce en signalant à la Cour les décisions antérieures de la Commission.

#### Dispositions pertinentes du Régime

44. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie:

[. . .]

b) une pension d’invalidité doit être payée à un cotisant qui n’a pas atteint l’âge de soixante-cinq ans, à qui aucune pension de retraite n’est payable, qui est invalide et qui:

(i) has made contributions for not less than the minimum qualifying period,

(ii) is a contributor to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled if an application for a disability pension had been received before the contributor's application for a disability pension was actually received, or

(iii) is a contributor to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled if a division of unadjusted pensionable earnings that was made under section 55 or 55.1 had not been made;

...

42. . . .

(2) For the purposes of this Act,

(a) a person shall be considered to be disabled only if he is determined in prescribed manner to have a severe and prolonged mental or physical disability, and for the purposes of this paragraph,

(i) a disability is severe only if by reason thereof the person in respect of whom the determination is made is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation, and

(ii) a disability is prolonged only if it is determined in prescribed manner that the disability is likely to be long continued and of indefinite duration or is likely to result in death; [Emphasis added.]

### The Standard of Review

[16] Before considering the merits of this application, it is necessary to determine the appropriate standard of review to be applied to the decision of the Board. This undertaking has as its primary concern the legislative intent of Parliament in creating the tribunal whose decision is being reviewed. That intention must be gleaned from the constating statute of the tribunal in order to appreciate whether the question which the tribunal has answered was intended by legislators to be left to its exclusive jurisdiction (*Pasiechnyk v. Saskatchewan (Worker's Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at paragraph 18).

[17] This task requires a court to consider and weigh a number of different factors which assist in indicating the degree of deference to be given to the decision

(i) soit a versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité,

(ii) soit est un cotisant à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide, si une demande de pension d'invalidité avait été reçue avant le moment où elle l'a effectivement été,

(iii) soit est un cotisant à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide, si un partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension n'avait pas été effectué en application des articles 55 et 55.1;

[. . .]

42. [. . .]

(2) Pour l'application de la présente loi:

a) une personne n'est considérée comme invalide que si elle est déclarée, de la manière prescrite, atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée, et pour l'application du présent alinéa:

(i) une invalidité n'est grave que si elle rend la personne à laquelle se rapporte la déclaration régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice,

(ii) une invalidité n'est prolongée que si elle est déclarée, de la manière prescrite, devoir vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou devoir entraîner vraisemblablement le décès; [Non souligné dans l'original.]

### La norme de contrôle

[16] Avant d'examiner le bien-fondé de cette demande, il est nécessaire de déterminer la norme de contrôle qui doit être appliquée à la décision de la Commission. Pour cela, il faut tout d'abord se demander quelle était l'intention du législateur quand il a créé le tribunal dont la décision fait l'objet du contrôle. C'est dans la loi constitutive du tribunal qu'il faut rechercher cette intention qui nous permettra de déterminer si le législateur entendait que la question à laquelle le tribunal a répondu relève de sa compétence exclusive (*Pasiechnyk c. Saskatchewan (Worker's Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, au paragraphe 18).

[17] Cette tâche oblige le tribunal à examiner et à pondérer un certain nombre de facteurs différents qui l'aideront à évaluer le degré de retenue judiciaire dont

under review. That degree of deference is now measured on a spectrum of standards running from the most deferential—patent unreasonableness, to the least deferential—correctness. Since the Supreme Court’s decision in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, a mid-point on the spectrum of deference has been identified which requires a standard of reasonableness *simpliciter*.

[18] The principal factors to be considered in arriving at the appropriate standard of review are the following: (i) the existence or absence of a privative clause; (ii) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court; (iii) the purpose of the Act as a whole and of the provision in particular; and (iv) the nature of the problem or question decided by the tribunal (see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraphs 29 ff). No one of these factors alone is dispositive. Rather, they must be analysed together in order to identify the proper standard of review to apply in each case. This is the “pragmatic and functional” approach to determining legislative intent, and it must be applied in this case to determine the amount of curial deference this Court owes to the Board and its decision in respect of the applicant.

[19] In this case, the Court did not have the benefit of full submissions from the parties on the question of the appropriate standard of review, because the appellant was unrepresented by counsel. Though the respondent did make submissions on this point, those submissions were limited to the appropriate deference to be accorded the Board on questions of fact. That issue is quite straightforward and I agree with the respondent that on questions of fact the standard is one of patent unreasonableness. This view has been articulated in previous decisions of this Court involving judicial reviews of decisions of the Board pursuant to section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8] and paragraph 18.1(4)(d) [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] (see

il doit faire preuve à l’égard de la décision faisant l’objet du contrôle. Ce degré de retenue judiciaire est maintenant mesuré selon une gamme de normes allant de la plus grande retenue judiciaire—c’est-à-dire la norme du caractère manifestement déraisonnable, jusqu’à la norme exigeant la moins grande retenue judiciaire—celle de la décision correcte. Depuis la décision de la Cour suprême dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, une norme moyenne a été identifiée, c’est-à-dire celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[18] Les principaux facteurs à examiner pour déterminer quelle est la norme de contrôle appropriée sont les suivants: (i) l’existence ou l’absence d’une clause privative; (ii) l’expertise du tribunal par rapport à celle du tribunal de révision; (iii) l’objet de la Loi dans son ensemble et de la disposition en cause; et (iv) la nature du problème ou de la question à trancher par le tribunal (voir l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, aux paragraphes 29 et suivants). Aucun de ces facteurs n’est déterminant en soi. Ils doivent plutôt être analysés ensemble afin que la norme de contrôle appropriée soit identifiée pour chaque cas d’espèce. Il s’agit d’une méthode «pragmatique et fonctionnelle» permettant de déterminer quelle est l’intention du législateur, et elle doit être appliquée en l’espèce pour déterminer le degré de retenue judiciaire dont la Cour doit faire preuve à l’égard de la Commission et de sa décision ayant trait au demandeur.

[19] En l’espèce, la Cour n’a pas eu l’avantage de bénéficier d’arguments approfondis présentés par les parties sur la question de la norme de contrôle appropriée, parce que l’appelant n’était pas représenté par un avocat. Bien que l’intimé ait présenté des observations sur ce point, celles-ci se sont limitées à la retenue appropriée dont la Cour doit faire preuve à l’égard de la Commission sur les questions de fait. Cette question est assez simple et je conviens avec l’intimé que, sur les questions de fait, la norme est celle du caractère manifestement déraisonnable. Cette opinion a été formulée dans des décisions antérieures de la présente Cour portant sur des contrôles judiciaires de décisions de la Commission aux termes de l’article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8] et de

*Wirachowsky v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 2094 (C.A.) (QL); *Powell v. Canada (Minister of Human Resources Development)* (2000), 2 C.C.E.L. (3d) 1 (F.C.A.).

[20] However, the appropriate standard of review on questions of law or mixed fact and law decided by the Board has never, to my knowledge, been thoroughly addressed by this Court, except on one other occasion. In *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Skoric*, [2000] 3 F.C. 265 (C.A.), this Court reviewed a decision of the Board respecting the appropriate contributory period applicable for the payment of a benefit to a surviving spouse under paragraph 44(1)(d) of the Plan. The primary issue was whether the Board erred in deciding whether the pre- or post-January 1, 1987 version of subparagraph 44(2)(b)(ii) applied to the circumstances of the case.

[21] Evans J.A. applied the pragmatic and functional approach and concluded that the decision of the Board was entitled to little or no deference. He reasoned as follows [at paragraphs 15-19]:

It was more or less common ground between the parties that the standard of review applicable in this case is at the correctness end of the spectrum. I agree. A pragmatic or functional analysis clearly indicates that this is not a situation in which curial deference is appropriate.

First, there is no privative clause restricting the scope of judicial review. Subsection 84(1) of the Plan provides that, "except for judicial review under the *Federal Court Act*", the Board's decisions are "final and binding for all purposes of this Act". Since this provision expressly exempts judicial review from its scope, the effect of the finality clause can only be to restrict the jurisdiction that the Board would otherwise have had to reconsider its decisions pursuant to *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848. However, subsection 84(2) expressly permits the Board to reconsider its decisions "on new facts".

l'alinéa 18.1(4)d) [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] (voir *Wirachowsky c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 2094 (C.A.) (QL); *Powell c. Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines)* (2000), 2 C.C.E.L. (3d) 1 (C.A.F.).

[20] Toutefois, la norme de contrôle appropriée sur les questions de droit ou les questions de fait et de droit tranchées par la Commission n'a jamais, à ma connaissance, été traitée à fond par la présente Cour, sauf à une occasion. Dans l'arrêt *Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines) c. Skoric*, [2000] 3 C.F. 265 (C.A.), la présente Cour examinait une décision de la Commission concernant la période de cotisation appropriée applicable au paiement de prestations à un conjoint survivant en vertu de l'alinéa 44(1)d) du Régime. La question principale était de savoir si la Commission avait commis une erreur en décidant laquelle des versions du sous-alinéa 44(2)b)(ii) s'appliquait aux circonstances de l'espèce, c'est-à-dire la version antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1987 ou la version postérieure à cette date.

[21] Le juge Evans J.C.A., a appliqué la méthode pragmatique et fonctionnelle et a conclu que la décision de la Commission n'appelait que peu de retenue judiciaire, sinon aucune. Son raisonnement est le suivant [aux paragraphes 15 à 19]:

Les parties ont plus ou moins convenu que la norme de la décision correcte constituait la norme de contrôle appropriée en l'espèce. Je suis de cet avis. Selon la méthode pragmatique ou fonctionnelle, il ne s'agit clairement pas en l'espèce d'une situation qui appelle une retenue judiciaire.

Premièrement, il n'existe aucune clause privative qui restreigne la portée du contrôle judiciaire. Le paragraphe 84(1) du Régime prévoit que, «sauf contrôle judiciaire dont elle[s] peu[ven]t faire l'objet aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale*», les décisions rendues par la Commission sont «définitive[s] et obligatoire[s] pour l'application de la présente loi». Vu que cette disposition soustrait expressément le contrôle judiciaire de la portée de son application, son caractère définitif ne peut avoir pour effet que de limiter la compétence dont la Commission aurait par ailleurs été investie pour réexaminer ses décisions, suivant l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848. Cependant, le paragraphe 84(2) prévoit expressément que la Commission peut réexaminer ses décisions «en se fondant sur des faits nouveaux».



Second, the Board has no broad regulatory responsibilities, but performs only the adjudicative function of hearing appeals from the Review Tribunal: subsection 83(1) [as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 36]. Third, the Chair, Vice-Chair and other members of the Board must be judges of the Federal Court or of specified section 96 [*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]] courts: subsection 83(5); retired judges of these courts are eligible to be appointed as additional “temporary members”: subsection 83(5.1). Fourth, the questions in dispute in this case involve the interpretation of the Board’s enabling statute and have an application beyond the facts of this dispute. Fifth, the subject-matter of the dispute is the adjudication of an individual’s legal rights.

On the other hand, a consideration pointing to curial deference is the fact that Parliament probably entrusted appellate functions to an administrative tribunal, the Pension Appeals Board, rather than to the Federal Court, to take advantage of the benefits of economical and expeditious decision-making, and more accessible process, normally offered by tribunals.

In my view, the balance of the factors in the pragmatic or functional mix favours affording little deference to the Board’s interpretation of its constitutive legislation, especially in the absence of any evidence in the record indicating that members of the Board acquire considerable expertise in the *Canada Pension Plan* as a result of the volume of appeals that they hear and decide.

[22] There is little to distinguish the decision of the Board in *Skoric* from the decision of the Board in the present case. In each case, the decision related to the application of the statutory language of the Plan. None of the factors in the pragmatic and functional analysis point to a deferential standard of review in this case. On the contrary, except as relates to questions of fact, I am of the view that the decision in this case is one which involved the interpretation and application of the definition of a “severe” disability within the meaning of subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan. As such, it should be reviewed on a standard of correctness, at the least deferential end of the spectrum.

Deuxièmement, la Commission n’est pas investie d’importants pouvoirs réglementaires, mais assume seulement des fonctions judiciaires consistant à entendre les appels interjetés contre des décisions du tribunal de révision: paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 36]. Troisièmement, le président, le vice-président et les autres membres de la Commission doivent tous être juges de la Cour fédérale, ou juges d’une cour particulière visée à l’article 96 [*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]]: paragraphe 83(5). Les juges retraités ayant occupé de tels postes peuvent également être nommés à titre de «membre[s] suppléant[s]»: paragraphe 83(5.1). Quatrièmement, les questions en litige qui sont soulevées dans la présente affaire portent sur l’interprétation de la loi habilitante de la Commission, et leur portée ne se limite pas aux faits particuliers de l’espèce. Cinquièmement, l’objet du litige concerne la détermination des droits d’une personne.

D’un autre côté, le fait que le législateur ait attribué des fonctions d’appel à un tribunal administratif, à savoir la Commission d’appel des pensions, plutôt qu’à la Cour fédérale, probablement par souci d’assurer l’économie, la rapidité et l’accessibilité du processus décisionnel qu’offrent normalement les tribunaux administratifs, constitue un facteur qui milite en faveur de la retenue judiciaire.

Je suis d’avis que l’ensemble des facteurs de la méthode pragmatique et fonctionnelle favorise la thèse selon laquelle l’interprétation par la Commission de sa loi constitutive appelle peu de retenue judiciaire, en particulier en l’absence de preuve au dossier indiquant que les membres de la Commission ont acquis une vaste expertise du Régime de pensions du Canada en raison du nombre volumineux des appels qu’ils entendent et sur lesquels ils sont appelés à statuer.

[22] Il n’y a que peu de distinction à faire entre la décision de la Commission dans l’affaire *Skoric*, et la décision de la Commission en l’espèce. Dans chaque cas, la décision portait sur l’application du texte légal du Régime. Aucun des facteurs de l’analyse pragmatique et fonctionnelle ne suggère une norme de contrôle appelant une grande retenue judiciaire en l’espèce. Bien au contraire, sauf pour ce qui a trait aux questions de fait, je suis d’avis que la décision en l’espèce est une question qui porte sur l’interprétation et l’application de la définition d’une invalidité «grave» au sens du sous-alinéa 42(2)a(i) du Régime. Cette question, à mon avis, devrait être examinée d’après la norme de la décision correcte, c’est-à-dire la norme qui exige la moins grande retenue judiciaire.

### Benefits for Disabled Persons Under the Plan

[23] Section 44 of the Plan lists the various benefits that are payable under that statute. Specifically, that section provides for the payment of retirement pensions, death benefits, survivor's pensions, disabled contributor's child's benefits and orphan's benefits. There is also provision for a disability pension. In this connection, it is worth repeating the text of paragraph 44(1)(b) of the Plan:

44. (1) Subject to this Part,

. . .

(b) a disability pension shall be paid to a contributor who has not reached sixty-five years of age, to whom no retirement pension is payable, who is disabled and who

(i) has made contributions for not less than the minimum qualifying period,

(ii) is a contributor to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled if an application for a disability pension had been received before the contributor's application for a disability pension was actually received, or

(iii) is a contributor to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled if a division of unadjusted pensionable earnings that was made under section 55 or 55.1 had not been made;

[24] Not surprisingly, one of the conditions in paragraph 44(1)(b) for the payment of a disability pension is that the applicant be disabled. The Plan contains a comprehensive definition of the term "disabled" for the purposes of determining entitlement to a disability pension. That definition is found in paragraph 42(2)(a) of the Plan which reads:

42. . . .

(2) For the purposes of this Act,

(a) a person shall be considered to be disabled only if he is determined in prescribed manner to have a severe and prolonged mental or physical disability, and for the purposes of this paragraph,

### Prestations pour les personnes invalides en vertu du Régime

[23] L'article 44 du Régime dresse la liste des différentes prestations qui sont payables en vertu de la loi. Plus précisément, cet article prévoit le paiement de pensions de retraite, de prestations de décès, de rentes de survivant, de prestations aux enfants du cotisant invalide et de prestations pour orphelins. Il y a également une disposition concernant les pensions d'invalidité. À cet égard, il convient de répéter le texte du paragraphe 44(1)(b) du Régime:

44. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie:

[. . .]

b) une pension d'invalidité doit être payée à un cotisant qui n'a pas atteint l'âge de soixante-cinq ans, à qui aucune pension de retraite n'est payable, qui est invalide et qui:

(i) soit a versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité,

(ii) soit est un cotisant à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide, si une demande de pension d'invalidité avait été reçue avant le moment où elle l'a effectivement été,

(iii) soit est un cotisant à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide, si un partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension n'avait pas été effectué en application des articles 55 et 55.1;

[24] Il n'est pas surprenant de constater que l'une des conditions énoncées à l'alinéa 44(1)(b) pour le paiement d'une pension d'invalidité est l'invalidité du demandeur. Le Régime donne une définition exhaustive du terme «invalide» pour les fins de déterminer le droit à une pension d'invalidité. Cette définition se trouve à l'alinéa 42(2)(a) du Régime, rédigé dans les termes suivants:

42. [. . .]

(2) Pour l'application de la présente loi:

a) une personne n'est considérée comme invalide que si elle est déclarée, de la manière prescrite, atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée, et pour l'application du présent alinéa:

(i) a disability is severe only if by reason thereof the person in respect of whom the determination is made is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation, and

(ii) a disability is prolonged only if it is determined in prescribed manner that the disability is likely to be long continued and of indefinite duration or is likely to result in death; [Emphasis added.]

[25] Subsection 42(2) makes it clear that an applicant's disability must be both severe and prolonged before a pension will be payable under paragraph 44(1)(b). There is no issue here as to whether the applicant's disability is prolonged. The only issue is whether it is severe. Of interest in this application is the statutory definition of a "severe" disability contained in subparagraph 42(2)(a)(i). This Court has not yet had occasion to comment on that definition. However, the circumstances of the present case warrant a close analysis of the legal test for determining whether or not a disability is "severe" within the meaning of the Plan.

(a) Applicable Principles of Legislative Interpretation

[26] Section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 reads:

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

The enactment of this general principle abolished the traditional distinction between penal and remedial legislation for the purposes of statutory interpretation (see R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1994, at page 356). Under the traditional distinction, penal legislation was construed strictly while remedial legislation was given a large and liberal construction. The liberal approach to remedial legislation flows from the notion that such legislation has a benevolent purpose which courts should be careful to respect.

[27] In Canada, courts have been especially careful to apply a liberal construction to so-called "social

(i) une invalidité n'est grave que si elle rend la personne à laquelle se rapporte la déclaration régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice,

(ii) une invalidité n'est prolongée que si elle est déclarée, de la manière prescrite, devoir vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou devoir entraîner vraisemblablement le décès; [Soulignement ajouté.]

[25] Le paragraphe 42(2) indique clairement que l'invalidité d'un demandeur doit être grave et prolongée avant qu'une pension puisse lui être payée en vertu de l'alinéa 44(1)(b). En l'espèce, il n'est pas contesté que l'invalidité du demandeur est prolongée. La seule question est de savoir si elle est grave. L'intérêt de la présente demande porte sur la définition législative d'une invalidité «grave» qui est donnée au sous-alinéa 42(2)a(i). La Cour n'a pas encore eu l'occasion de commenter cette définition. Toutefois, les circonstances de l'espèce justifient une analyse approfondie du critère juridique servant à déterminer si une invalidité est «grave» au sens du Régime.

a) Principes applicables à l'interprétation de la loi

[26] L'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 dispose comme suit:

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

L'adoption de ce principe général a aboli la distinction traditionnelle entre les lois pénales et les lois réparatrices pour les fins de l'interprétation des lois (voir R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1994), à la page 356). En vertu de cette distinction traditionnelle, les lois pénales étaient interprétées de façon stricte alors que les lois réparatrices recevaient une interprétation large et libérale. La méthode libérale suivie pour les lois réparatrices découle de la notion que ces lois ont une fin de bienfaisance que les tribunaux doivent s'efforcer de respecter.

[27] Au Canada, les tribunaux ont été particulièrement soucieux de donner une interprétation libérale à

legislation". In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 36, the Supreme Court emphasized that benefits-conferring legislation ought to be interpreted in a broad and generous manner and that any doubt arising from the language of such legislation ought to be resolved in favour of the claimant. This interpretive approach to legislation designed to secure a social benefit has been adopted in a number of Supreme Court decisions dealing with the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48] (see *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v. Gagnon*, [1988] 2 S.C.R. 29; and *Caron v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1991] 1 S.C.R. 48).

[28] It is evident to me that the Plan is benefits-conferring legislation analogous to the *Unemployment Insurance Act, 1971*. The Plan provides for the payment of disability benefits to claimants who have been contributors under the scheme. When the Plan was introduced in the House of Commons as Bill C-136 (*House of Commons Debate*, 2nd Sess., 26th Parl. (November 9, 1964), at page 9899), the Minister of National Health and Welfare referred to the proposed legislation as a:

. . . comprehensive social insurance measure. . .

. . . which provides help as of right rather than on a need or a means test, for those who suffer the loss of a loved breadwinner or those who find themselves disabled and unable to carry on work. I think hon. members will agree this is a giant step forward in Canada's social security program.

The Minister was more specific in her characterization of the supplementary benefits made available under the proposed legislation (*House of Commons Debates, supra*, at page 9923):

In a sense, therefore, supplementary benefit pensions are more generous, especially for those in the lower income brackets, than the new retirement pensions. This approach is justified because of the special need of widows, orphans and disabled contributors, and is certainly warranted on both

ces prétendues «lois sociales». Dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 36, la Cour suprême a insisté sur le fait que les lois conférant des avantages doivent être interprétées de façon libérale et généreuse et que tout doute découlant de l'ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du demandeur. Cette méthode d'interprétation de la loi conçue pour accorder un avantage social a été adoptée dans bon nombre des décisions de la Cour suprême traitant de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48] (voir *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada) c. Gagnon*, [1988] 2 R.C.S. 29; et *Caron c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1991] 1 R.C.S. 48).

[28] Il me semble manifeste que le Régime est une loi conférant des avantages semblable à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Le Régime prévoit le paiement de prestations d'invalidité à des personnes qui ont cotisé au régime. Avant son adoption par la Chambre des communes, quand le Régime n'était encore que le projet de loi C-136 (*Débats de la Chambre des communes 2<sup>e</sup> sess., 26<sup>e</sup> lég., à la page 9899*), la ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en parlait dans les termes suivants:

[TRADUCTION]

[. . .] une mesure d'assurance sociale exhaustive

[. . .] qui prévoit qu'une aide sera accordée de plein droit plutôt que selon les besoins ou des critères de revenus aux personnes qui ont perdu leur soutien de famille ou aux personnes invalides qui se retrouvent dans l'incapacité de continuer à travailler. Je pense que mes collègues conviendront qu'il s'agit d'un pas de géant vers l'adoption d'un programme de sécurité sociale au Canada.

La ministre était plus précise dans sa qualification des prestations supplémentaires accordées en vertu du projet de loi (le *Débats de la Chambre des communes*, précité, à la page 9923):

[TRADUCTION]

Dans un sens, donc, les pensions de prestations supplémentaires sont plus généreuses, surtout pour les personnes dont les revenus sont situés dans les tranches inférieures, que les nouveaux régimes de retraite. Cette méthode est justifiée en raison des besoins spéciaux des veuves, des orphelins et des

humanitarian and economic grounds.

On second reading, the Minister of National Revenue added his opinion that the Bill was “the most far reaching piece of social legislation . . . proposed in many years” (*House of Commons Debates, supra*, at page 10140).

[29] Accordingly, subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan should be given a generous construction. Of course, no interpretive approach can read out express limitations in a statute. The definition of a severe disability in the Plan is clearly a qualified one which must be contained by the actual language used in subparagraph 42(2)(a)(i). However, the meaning of the words used in that provision must be interpreted in a large and liberal manner, and any ambiguity flowing from the those words should be resolved in favour of a claimant for disability benefits.

(b) Is the Disability “Severe”?—The Board’s Approach

[30] The Board has readily acknowledged that, on its reading of the Plan, the requirements for a severity finding with respect to an alleged disability are extremely strict indeed. This was expressed by the Board in the following passage from its reasons in *Marie Atkins v. The Minister of Employment and Immigration*, CP 3408 (February 16, 1996), at page 5:

The intention of the legislation has been found on many occasions to preclude disability pensions being granted except in cases of total disability, incapacity to work, in the sense of Section 42(2). This legislation is not welfare legislation. The fact that many applicants are older, cannot return to their old jobs, cannot find any part-time or sedentary positions (in which they could perform) in today’s very difficult work place, is not the question we must answer. Nor are those facts, in the real world, a reason, sympathetic as we might be to applicants, to allow a pension.

[31] The position that subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan does not permit consideration of an appli-

cotisants invalides, et elle est certainement justifiée du point de vue humanitaire aussi bien que du point de vue économique.

En deuxième lecture, le ministre du Revenu national a ajouté qu’à son avis le projet de loi était «la loi sociale la plus ambitieuse [. . .] qui ait été proposée depuis de nombreuses années» (*le Débats de la Chambre des communes*, précité, à la page 10140).

[29] Par conséquent, le sous-alinéa 42(2)a(i) du Régime devrait recevoir une interprétation généreuse. Bien entendu, aucune méthode d’interprétation ne peut exclure les restrictions expressément prévues dans une loi. La définition d’une invalidité grave donnée par le Régime est clairement une définition restrictive qui doit être interprétée selon le texte effectif du sous-alinéa 42(2)a(i). Toutefois, le sens des mots utilisés dans cette disposition doit être interprété d’une façon large et libérale, et toute ambiguïté découlant de ces mots doit se résoudre en faveur de la personne qui demande des prestations d’invalidité.

(b) L’invalidité est-elle «grave»?—L’analyse de la Commission

[30] La Commission a reconnu d’emblée que, d’après son interprétation du Régime, les exigences pour conclure à la gravité de toute invalidité alléguée sont extrêmement strictes. Elle exprime clairement cette opinion dans le passage suivant tiré de ses motifs dans la décision *Marie Atkins c. Le ministre de l’Emploi et de l’immigration*, CP 3408 (16 février 1996), à la page 5:

[TRADUCTION] Il a été statué à de nombreuses reprises que l’intention de la loi était de refuser l’octroi d’une pension d’invalidité sauf dans les cas d’invalidité totale, d’incapacité de travailler, au sens du paragraphe 42(2). Cette loi n’est pas une loi de sécurité sociale. Le fait que de nombreux requérants soient âgés, ne peuvent reprendre leur ancien emploi, ni trouver un emploi à temps partiel ou un poste sédentaire (qui leur permettraient de se rendre utiles) sur le marché du travail très difficile que nous connaissons aujourd’hui, n’est pas la question à laquelle nous devons répondre. Ces faits ne constituent pas non plus, dans la réalité, une raison d’accorder une pension, malgré toute la sympathie que nous éprouvons pour les requérants.

[31] L’opinion selon laquelle le sous-alinéa 42(2)a(i) du Régime ne permet pas de tenir compte

cant's age, skills level, education or language proficiency in deciding whether he or she is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation has been repeated in a number of Board decisions (see e.g. *Macri v. Minister of Employment and Immigration* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8669 (P.A.B.); *Alfred Wilson v. Minister of Employment and Immigration*, CP 4109 (May 31, 1996); *Surjit Bains v. Minister of Human Resources Development*, CP 04153 (January 24, 1997); *Minister of Human Resources Development v. Stewart* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8824 (P.A.B.); *May v. Minister of Human Resources Development* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8845 (P.A.B.)).

[32] However, there is another and earlier line of cases in which the Board has adopted a more liberal interpretation of the severity definition in subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan. In these cases, the Board chose to take what it has called a "real world" approach to the application of the severity requirement. This approach requires the Board to determine whether an applicant, in the circumstances of his or her background and medical condition, is capable regularly of pursuing any substantially gainful occupation.

[33] The "real world" approach was first adopted by the Board in *Leduc, Edward v. Minister of National Health and Welfare* (1988), C.E.B. & P.G.R. 8546 (P.A.B.). In that case, the Board found for the applicant on the following basis [at page 6022]:

The Board is advised by medical authority that despite the handicaps under which the Appellant is suffering, there might exist the possibility that he might be able to pursue some unspecified form of substantially gainful employment. In an abstract and theoretical sense, this might well be true. However, the Appellant does not live in an abstract and theoretical world. He lives in a real world, people [*sic*] by real employers who are required to face up to the realities of commercial enterprise. The question is whether it is realistic to postulate that, given all of the Appellant's well documented difficulties, any employer would even remotely consider engaging the Appellant. This Board cannot envision any circumstances in which such might be the case. In the

de l'âge, du niveau de compétence, de l'instruction ou des aptitudes linguistiques d'un requérant pour décider s'il est incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice a été reprise dans bon nombre des décisions de la Commission (voir *Macri c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8669 (C.A.P.); *Alfred Wilson c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, CP 4109 (31 mai 1996); *Surjit Bains c. Ministre du Développement des Ressources humaines*, CP 04153 (24 janvier 1997); *Ministre du Développement des Ressources humaines c. Stewart* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8824 (C.A.P.); *May c. Ministre du Développement des Ressources humaines* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8845 (C.A.P.)).

[32] Toutefois, il existe une autre série de décisions, antérieures à celles-ci, dans lesquelles la Commission a adopté une interprétation plus libérale de la définition d'invalidité grave donnée au sous-alinéa 42(2)(a)(i) du Régime. Dans ces décisions, la Commission avait choisi d'adopter ce qu'elle avait qualifié d'analyse «réaliste» pour l'application de l'exigence concernant la gravité de l'invalidité. Cette analyse obligeait la Commission à déterminer si un requérant, dans sa situation particulière et selon ses antécédents médicaux, était régulièrement en mesure de détenir une occupation véritablement rémunératrice.

[33] L'analyse «réaliste» a d'abord été adoptée par la Commission dans la décision *Leduc, Edward c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social* (1988), C.E.B. & P.G.R. 8546 (C.A.P.). Dans cette décision, la Commission avait tranché en faveur du requérant en s'appuyant sur les motifs suivants [à la page 6022]:

[TRADUCTION] Les autorités médicales ont informé la Commission, que, malgré les handicaps dont souffre l'appelant, il pourrait y avoir une possibilité qu'il puisse continuer à exercer une certaine forme, non précisée, d'emploi véritablement rémunérateur. Dans un sens abstrait et théorique, cela pourrait être vrai. Toutefois, l'appelant ne vit pas dans un monde abstrait et théorique. Il vit dans un monde réel, peuplé d'employeurs réels qui sont tenus de faire face aux réalités d'une entreprise commerciale. La question est donc de savoir s'il est réaliste de présumer que, compte tenu de toutes les difficultés bien documentées de l'appelant, un employeur pourrait même envisager la possibilité d'engager l'appelant. La Commission ne peut

Board's opinion, the Appellant, Edward Leduc, is for all intents and purposes, unemployable.

[34] The "real world" approach has been applied in a number of Board decisions since *Leduc* (see e.g. *Danells v. Minister of National Health and Welfare* (1993), C.E.B. & P.G.R. 8514 (P.A.B.); *Daly v. Minister of Employment and Immigration* (1994), C.E.B. & P.G.R. 8564 (P.A.B.); *Morley v. Minister of Employment and Immigration* (1995), C.E.B. & P.G.R. 8592 (P.A.B.); *Osachoff v. Minister of Human Resources Development* (1997), C.E.B. & P.G.R. 8684 (P.A.B.); *Appleton v. Minister of Human Resources Development* (1997), C.E.B. & P.G.R. 8709 (P.A.B.); *Scott, Paul M. v. Minister of Human Resources Development* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8826 (P.A.B.).

[35] In fact, the first recorded disability determination under the Plan of which I am aware took a generous view of the severity requirement analogous to the Board's approach in *Leduc*. That view, however, was not couched in the "real world" terminology coined by the Board in *Leduc* and repeated in subsequent cases. In *Minister of National Health and Welfare v. Jaeger* (1971), C.E.B. & P.G.R. 8546 (P.A.B.), at pages 6067-6068, the Board applied then subparagraph 43(2)(a)(i) [R.S.C. 1970, c. C-5] in the following manner:

On the merits of the case, the medical and other evidence tendered persuades us that the degenerative arthritis of the respondent, in that it prevents him and will prevent him from engaging in his normal work or anything remotely resembling an occupation which is suitable to his peculiar abilities and aptitudes, must be classified as a severe disability . . . . We find that the respondent is, as s. 43(2)(a)(i) of the Act puts it, "incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation". The words "regularly" and "substantially" must be given due emphasis in the light of the evidence as to the respondent's work record, station in life and future economic prospects. In this case, there is undoubted incapacity to carry on any sort of gainful occupation in any line of work for which the respondent is suited.

penser à une situation dans laquelle cela pourrait être le cas. De l'avis de la Commission, l'appelant, Edward Leduc, est, à toutes fins pratiques, inemployable.

[34] L'analyse «réaliste» a été appliquée dans bon nombre de décisions de la Commission depuis la décision *Leduc* (voir *Danells c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social* (1993), C.E.B. & P.G.R. 8514 (C.A.P.); *Daly c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), C.E.B. & P.G.R. 8564 (C.A.P.); *Morley c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), C.E.B. & P.G.R. 8592 (C.A.P.); *Osachoff c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1997), C.E.B. & P.G.R. 8684 (C.A.P.); *Appleton c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1997), C.E.B. & P.G.R. 8709 (C.A.P.); *Scott, Paul M. c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8826 (C.A.P.).

[35] En fait, la première décision concernant une invalidité publiée après l'adoption du Régime, et dont je connaisse l'existence, adoptait une interprétation généreuse de l'exigence relative à la gravité, qui était analogue à l'analyse de la Commission dans la décision *Leduc*. Toutefois, cette interprétation n'avait pas été formulée en utilisant la terminologie «réaliste» utilisée par la Commission dans la décision *Leduc* et répétée dans les décisions ultérieures. Dans la décision *Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social c. Jaeger* (1971), C.E.B. & P.G.R. 8546 (C.A.P.), aux pages 6067 et 6068, la Commission appliquait ce qui était alors le sous-alinéa 43(2)a)(i) [S.R.C. 1970, ch. C-5] de la manière suivante:

[TRADUCTION] D'après le bien-fondé du cas, la preuve médicale et les autres éléments de preuve qui ont été produits nous convainquent que l'arthrite dégénérative de l'intimé, qui l'empêche et qui continuera de l'empêcher d'exercer un travail normal ou ce qui pourrait même de loin ressembler à une occupation convenant à ses compétences et aptitudes particulières, doit être qualifiée d'invalidité grave [. . .]. Nous concluons que l'intimé est, comme l'indique le sous-alinéa 43(2)a)(i) de la Loi, «incapable de régulièrement détenir une occupation véritablement rémunératrice». Il faut mettre l'accent voulu sur les mots «régulièrement» et «véritablement» au vu de la preuve concernant le relevé de travail de l'intimé, sa situation dans la vie et ses perspectives économiques. Dans ce cas, il ne fait aucun doute qu'il est incapable de détenir quelque type que ce soit d'occupation rémunératrice dans quelque domaine que ce soit pour lequel il est compétent.

Similarly, in *Minister of National Health and Welfare v. Russell, Raymond G.* (1974), C.E.B. & P.G.R. 8684 (P.A.B.), at page 6280, the Board restated its jurisprudence to that time in the following words:

The Board has always interpreted the language of the statute to mean exactly what it says, and in many cases has had to say that the fact that suitable work does not happen to be available to an applicant is irrelevant to the question of whether or not he qualifies. However, various circumstances have been held to bear upon this question, such as age, education and aptitude.

[36] It is evident from a review of the Board's disability decisions, particularly its recent case law, that the Board's position regarding the severity requirement in subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan has been applied inconsistently. In the recent cases, there has been no discernible reason for the change in approach to the definition of "severe" in the Plan. For this reason, it becomes necessary for this Court to give direction concerning the proper legal test to be applied in determining whether an applicant suffers from a "severe" disability within the meaning of the Plan.

(c) The Appropriate Legal Test for Disability under the Plan

[37] Except for one case, none of the recent decisions of the Board has analyzed fully the text of subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan. That one occasion was the Board's relatively recent decision in *Barlow v. Minister of Human Resources Development* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8846 (P.A.B.). It is worth repeating the central passage of the Board's decision in that case [at page 6679]:

Is her disability sufficiently severe that it prevents her from **regularly pursuing any substantially gainful occupation?**

To address this question, we deem it appropriate to analyze the above wording to ascertain the intent of the legislation:

De même, dans la décision *Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social c. Russell, Raymond G.* (1974), C.E.B. & P.G.R. 8684 (C.A.P.), à la page 6280, la Commission a reformulé la jurisprudence qu'elle suivait alors dans les mots suivants:

[TRADUCTION] La Commission a toujours interprété le libellé de la Loi comme signifiant exactement ce qu'il dit, et, dans bon nombre de cas, elle a dû déclarer que le fait qu'un travail convenable ne pouvait être offert à un requérant n'était pas pertinent à la question de savoir s'il pouvait ou non avoir droit à une pension. Toutefois, il a été statué que bon nombre de circonstances ont un impact sur cette question, comme l'âge, l'instruction et les aptitudes.

[36] Il ressort clairement de l'analyse des décisions de la Commission en matière d'invalidité, particulièrement dans la jurisprudence récente, que sa position concernant l'exigence relative à la gravité contenue au sous-alinéa 42(2)a)(i) du Régime, a été appliquée de façon contradictoire. Dans les causes récentes, aucune raison perceptible ne permet d'expliquer le changement d'analyse à l'égard de la définition du terme «grave» utilisé dans le Régime. Pour cette raison, la Cour estime qu'il est nécessaire de donner des instructions concernant le critère juridique approprié qui doit être appliqué pour déterminer si un demandeur souffre d'une invalidité «grave» au sens du Régime.

c) Le critère juridique approprié pour qualifier l'invalidité en vertu du Régime

[37] À une exception près, aucune des décisions récentes de la Commission n'a analysé de façon approfondie le texte du sous-alinéa 42(2)a)(i) du Régime. Cette exception est la décision relativement récente de la Commission dans *Barlow c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1999), C.E.P. & P.G.R. 8846 (C.A.P.). Il est intéressant de répéter le passage crucial de la décision de la Commission dans cette affaire [à la page 6679]:

[TRADUCTION] Son invalidité est-elle suffisamment grave pour l'empêcher de **détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice?**

Pour répondre à cette question, nous estimons qu'il est approprié d'analyser le libellé précité pour établir avec précision l'intention du législateur:



**Regular** is defined in the *Greater Oxford Dictionary* as “usual, standard or customary”.

**Regularly**—“at regular intervals or times.”

**Substantial**—“having substance, actually existing, not illusory, of real importance or value, practical.”

**Gainful**—“lucrative, remunerative paid employment.”

**Occupation**—“temporary or regular employment, security of tenure.”

Applying these definitions to Mrs. Barlow’s physical condition as of December, 1997, it is difficult, if not impossible, to find that she was at age 57 in a position to qualify for any usual or customary employment, which actually exists, is not illusory, and is of real importance.

[38] This analysis of subparagraph 42(2)(a)(i) strongly suggests a legislative intention to apply the severity requirement in a “real world” context. Requiring that an applicant be incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation is quite different from requiring that an applicant be incapable at all times of pursuing any conceivable occupation. Each word in the subparagraph must be given meaning and when read in that way the subparagraph indicates, in my opinion, that Parliament viewed as severe any disability which renders an applicant incapable of pursuing with consistent frequency any truly remunerative occupation. In my view, it follows from this that the hypothetical occupations which a decision-maker must consider cannot be divorced from the particular circumstances of the applicant, such as age, education level, language proficiency and past work and life experience.

[39] I agree with the conclusion in *Barlow, supra*, and the reasons therefor. The analysis undertaken by the Board in that case was brief and sound. It demonstrates that, on the plain meaning of the words in subparagraph 42(2)(a)(i), Parliament must have intended that the legal test for severity be applied with some degree of reference to the “real world”. It is difficult to understand what purpose the legislation would serve if it provided that disability benefits should be paid only to those applicants who were incapable of pursuing any conceivable form of occu-

Le *Greater Oxford Dictionary* définit ainsi le mot **régulier**: «habituel, normal ou ordinaire».

**Régulièrement**—«à intervalles réguliers».

**Véritable**—«authentique, qui existe réellement, non illusoire, dont l’importance ou la valeur est réelle, pratique».

**Rémunérateur**—«lucratif, emploi rémunéré».

**Occupation**—«emploi temporaire ou permanent, inamovibilité».

Si l’on applique ces définitions à l’état physique de M<sup>me</sup> Barlow au mois de décembre 1997, il est difficile, sinon impossible, de conclure qu’elle était, à l’âge de 57 ans, en mesure de se qualifier pour un emploi habituel ou ordinaire, qui existe réellement, qui n’est pas illusoire et qui est d’une importance réelle.

[38] Cette analyse du sous-alinéa 42(2)a(i) donne fortement à penser que le législateur avait l’intention d’appliquer l’exigence concernant la gravité de l’invalidité dans un contexte «réaliste». Exiger d’un requérant qu’il soit incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice n’est pas du tout la même chose que d’exiger qu’il soit incapable de détenir n’importe quelle occupation concevable. Chacun des mots utilisés au sous-alinéa doit avoir un sens, et cette disposition lue de cette façon indique, à mon avis, que le législateur a jugé qu’une invalidité est grave si elle rend le requérant incapable de détenir pendant une période durable une occupation réellement rémunératrice. À mon avis, il s’ensuit que les occupations hypothétiques qu’un décideur doit prendre en compte ne peuvent être dissociées de la situation particulière du requérant, par exemple son âge, son niveau d’instruction, ses aptitudes linguistiques, ses antécédents de travail et son expérience de la vie.

[39] Je suis d’accord avec la conclusion énoncée dans la décision *Barlow*, précitée, et les motifs donnés à l’appui de cette conclusion. L’analyse effectuée par la Commission dans cette affaire était brève et cohérente. Elle démontre que, d’après le sens ordinaire des mots utilisés au sous-alinéa 42(2)a(i), le législateur doit avoir eu l’intention de faire en sorte que le critère juridique pour déterminer la gravité d’une invalidité soit appliqué en conservant un certain rapport avec le «monde réel». Il est difficile de comprendre quel objectif la loi pourrait poursuivre si elle prévoyait que

pation no matter how irregular, ungainful or insubstantial. Such an approach would defeat the obvious objectives of the Plan and result in an analysis that is not supportable on the plain language of the statute.

[40] I find additional support for adopting the ordinary meaning of subparagraph 42(2)(a)(i), as interpreted by the Board in *Barlow*, in the *Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385. Subsection 68(1) [as am. by SOR/96-522, s. 23] of those Regulations requires that anyone applying to the Minister for disability benefits under the Plan must supply the Minister with particular information. It reads:

68. (1) Where an applicant claims that he or some other person is disabled within the meaning of the Act, he shall supply the Minister with the following information in respect of the person whose disability is to be determined:

(a) a report of any physical or mental impairment including

(i) the nature, extent and prognosis of the impairment,

(ii) the findings upon which the diagnosis and prognosis were made,

(iii) any limitation resulting from the impairment, and

(iv) any other pertinent information, including recommendations for further diagnostic work or treatment, that may be relevant;

(b) a statement of that person's occupation and earnings for the period commencing on the date upon which the applicant alleges that the disability commenced; and

(c) a statement of that person's education, employment experience and activities of daily life. [Emphasis added.]

On the Board's strict interpretation of the severity requirement, the information relating to an applicant's education, employment experience and activities of everyday life which is required to be supplied to the Minister pursuant to paragraph 68(1)(c) of the Regula-

les prestations d'invalidité ne peuvent être payées qu'aux requérants qui sont incapables de détenir quelque forme que ce soit d'occupation, sans tenir compte du caractère irrégulier, non rémunérateur ou sans valeur de cette occupation. Une telle analyse ferait échec aux objectifs manifestes du Régime et mènerait à une analyse non compatible avec le langage clair de la loi.

[40] Ma décision d'adopter le sens ordinaire des mots employés au sous-alinéa 42(2)a(i), tels qu'interprétés par la Commission dans la décision *Barlow*, trouve un appui additionnel dans le *Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385. Le paragraphe 68(1) [mod. par DORS/96-522, art. 23] de ce Règlement exige de quiconque s'adresse au ministre pour obtenir des prestations d'invalidité en vertu du Régime qu'il fournisse à ce dernier certains renseignements. Il est rédigé dans les termes suivants:

68. (1) Quand un requérant allègue que lui-même ou une autre personne est invalide au sens de la Loi, il doit fournir au ministre les renseignements suivants sur la personne dont l'invalidité est à déterminer:

a) un rapport sur toute détérioration physique ou mentale indiquant

(i) la nature, l'étendue et le pronostic de la détérioration,

(ii) les constatations sur lesquelles se fondent le diagnostic et le pronostic,

(iii) toute incapacité résultant de la détérioration, et

(iv) tout autre renseignement qui pourrait être approprié, y compris les recommandations concernant le traitement ou les examens additionnels;

b) une déclaration indiquant l'emploi et les gains de cette personne pendant la période commençant à la date à partir de laquelle le requérant allègue que l'invalidité a commencé; et

c) une déclaration indiquant la formation scolaire, l'expérience acquise au travail et les activités habituelles de la personne. [Non souligné dans l'original.]

D'après l'interprétation stricte que la Commission a donnée de l'exigence relative à la gravité de l'invalidité, les renseignements ayant trait à la formation scolaire, à l'expérience acquise au travail et aux activités habituelles du requérant qui doivent être

tions would be completely irrelevant to a disability determination. Of course, the mandatory requirement that applicants supply the Minister with information related to their education level, employment background and daily activities can only indicate that such “real world” details are indeed relevant to a severity determination made in accordance with the statutory definition in subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan.

[41] It is also clear from the minutes of the special joint committee appointed to consider Bill C-136 that the precise words of subparagraph 42(2)(a)(i) were chosen with particular care by the drafters of the Plan. During the clause by clause review of the Bill, the severity requirement was explained in the following way by the Deputy Minister of Welfare at the time, Dr. Joseph Willard (See Special Joint Committee of the Senate and House of Commons Appointed to Consider and Report upon Bill C-136, *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 2, (December 1, 1964), at page 247):

Mr. Thorson: . . . Subclause (2) defines what is meant in this bill by the expression “disabled” . . .

Hon. Mr. Croll: How does it vary from the definition in the disability act at the present time?

Dr. Willard: Mr. Chairman, the disabled persons’ legislation that we have at the present time has the definition of permanent and total disability, which would be a more severe definition than the one set out here. You will notice in this Bill that the severity is related to a person being capable of regularly pursuing any substantially gainful occupation. It, therefore, brings in an additional concept of employability . . .

[42] The explanation by the Deputy Minister of Welfare is unambiguous. The test for severity is not that a disability be “total”. In order to express the more lenient test for severity under the Plan, therefore, the drafters introduced the notion of severity as the inability regularly to pursue any substantially gainful occupation. The clear wording of the legislation, the companion provisions in the Regulations, and the clear intent of the drafters all indicate with equal force that the crucial phrase in subparagraph 42(2)(a)(i)’s

fournis au ministre aux termes de l’alinéa 68(1)c) du Règlement n’auraient absolument aucune pertinence dans la décision concernant l’invalidité. Bien entendu, l’obligation pour les requérants de fournir au ministre des renseignements ayant trait à leur formation scolaire, à leur expérience de travail et à leurs activités habituelles ne peuvent qu’indiquer que ces détails «réalistes» sont en fait pertinents à une décision sur la gravité de l’invalidité prise conformément à la définition donnée au sous-alinéa 42(2)a)(i) du Régime.

[41] Il ressort aussi clairement du procès-verbal du comité spécial mixte chargé d’étudier le projet de loi C-136 que les mots du sous-alinéa 42(2)a)(i) ont été choisis avec soin par les rédacteurs du Régime. Au cours de l’étude article par article du projet de loi, l’exigence relative à la gravité avait été expliquée de la façon suivante par le sous-ministre du Bien-être social de l’époque, D<sup>r</sup> Joseph Willard (voir le comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes chargé d’analyser le projet de loi C-136 et d’en faire rapport, *Procès-verbaux et témoignages*, n<sup>o</sup> 2 (1<sup>er</sup> décembre 1964), à la page 247):

[TRADUCTION]

M. Thorson: [. . .] le paragraphe 2 définit ce qu’on entend par le terme «invalide» dans ce projet de loi [. . .]

M. Croll: Quelle est la différence avec la définition qui est donnée dans la loi actuelle sur l’invalidité?

D<sup>r</sup> Willard: M. le Président, la loi sur les personnes invalides actuellement en vigueur donne une définition de l’invalidité permanente et totale, qui est une définition plus restrictive que celle qui est énoncée ici. Vous noterez que dans ce projet de loi la gravité se rapporte à l’état d’une personne qui est en mesure de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice. Par conséquent, cela ajoute un concept additionnel d’employabilité [. . .]

[42] L’explication donnée par le sous-ministre du Bien-être social est sans ambiguïté. Le critère relatif à la gravité n’est pas celui d’une invalidité «totale». Pour exprimer le critère moins rigide de la gravité en vertu du Régime, les rédacteurs ont donc instauré la notion de gravité comme étant l’incapacité de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice. Le libellé sans équivoque de la loi, les dispositions connexes du Règlement, et l’intention manifeste des rédacteurs indiquent tous avec autant de force que

severity definition cannot be ignored or pared down.

[43] But this is precisely what the Board has done in the present case. The Board has adopted the strict abstract approach to the severity requirement in subparagraph 42(2)(a)(i) without analysing all of the legislative language. For ease of reference, the Board's analysis of the severity definition in subparagraph 42(2)(a)(i) is repeated below (see page 10 of the decision):

It is very important to note that the words "regularly pursuing any substantially gainful occupation. . ." means just that: any occupation. It is not, as some insurance policies say, ". . . any occupation for which the applicant is reasonably suited. . ." It is any occupation, even though the applicant may lack education, special skills, or basic language.

A second factor is availability of work. This is not a matter that is or can be considered by this Board. So the state of the local job market is irrelevant: It is legally assumed that work is available to do. [Emphasis in original.]

It is evident, to my mind, that the Board in this case has effectively read out of the severity definition the words "regularly", "substantially" and "gainful". In this way, the Board has reduced the legal test to the following: is the applicant incapable of pursuing any occupation? This approximates the "total" disability test eschewed by the drafters of the Plan. Indeed, the Board's repeated emphasis on the word "any" appears to have been a contributing factor in its misinterpretation of the statutory test for severity.

[44] In my respectful view, the Board has invoked the wrong legal test for disability in so far as it relates to the requirement that such disability must be "severe". The proper test for severity is the one that treats each word in the definition as contributing something to the statutory requirement. Those words, read together, suggest that the severity test involves an aspect of employability.

[45] Unfortunately for decision-makers under the Plan, employability is not a concept that easily lends

l'expression essentielle de la définition de la gravité au sous-alinéa 42(2)a(i) ne peut être ignorée ni réduite.

[43] Mais c'est précisément ce que la Commission a fait en l'espèce. Elle a appliqué la méthode abstraite et stricte à l'exigence de gravité au sous-alinéa 42(2)a(i) sans analyser la totalité du libellé de la loi. Pour faciliter la consultation, l'analyse de la Commission concernant la définition de la gravité donnée au sous-alinéa 42(2)a(i) est reprise ci-dessous (voir page 10 de la décision):

[TRADUCTION] Il est très important de noter que les mots «régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice [. . .]» signifie n'importe quelle occupation. Ce n'est pas, comme certaines polices d'assurance le déclarent, «[. . .] n'importe quelle occupation pour laquelle le requérant est raisonnablement compétent [. . .]». Il s'agit de n'importe quelle occupation, même si le requérant n'a pas la scolarité ou les compétences spécialisées pour l'exercer ou n'en connaît pas le langage de base.

La disponibilité du travail est un autre facteur. Ce n'est pas là une question que la Commission analyse ou dont elle peut tenir compte. Ainsi donc, la situation du marché du travail local n'est pas pertinente: il y a une présomption légale selon laquelle il y a du travail disponible. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, il est évident que la Commission en l'espèce a effectivement exclu de la définition de gravité les mots «régulièrement», «véritablement» et «rémunératrice». De cette façon, la Commission a réduit le critère juridique à ce qui suit: Le demandeur est-il incapable de détenir une occupation? Cela équivaut presque aux critères d'invalidité «totale» évités par les rédacteurs du Régime. En fait, l'accent répété de la Commission sur l'expression «n'importe quelle» semble avoir contribué à son erreur d'interprétation du critère législatif concernant la gravité.

[44] En toute déférence, je crois que la Commission a utilisé le mauvais critère juridique pour ce qui est de l'exigence selon laquelle cette invalidité doit être «grave». Le critère qu'il convient d'appliquer à la gravité est celui en fonction duquel chaque mot de la définition apporte sa contribution à l'exigence légale. Ces mots, lus ensemble, donnent à penser que le critère de gravité comporte un aspect d'employabilité.

[45] Malheureusement pour les décideurs en vertu du Régime, l'employabilité n'est pas un concept qui se

itself to abstraction. Employability occurs in the context of commercial realities and the particular circumstances of an applicant. That is not to say that the Minister, the Review Tribunal or the Board must make intricate postulations respecting an applicant's employability in order to arrive at a severity determination. Furthermore, I wish to express that I should not be taken as stating that employability is to be determined purely by reference to an applicant's chosen occupation. Unlike section 95, paragraph 3 of *An Act respecting the Quebec Pension Plan*, R.S.Q., c. R-9, which specially provides that an applicant who is 60 years of age or over will have a severe disability where he or she is "incapable regularly of carrying on the usual gainful occupation" that he or she holds at the time of becoming disabled, the federal Plan makes no provision for a finding of severity where an applicant is merely disabled from pursuing his or her ordinary occupation as at the onset of the alleged disability. Rather, the test under the Plan is in relation to any substantially gainful occupation.

[46] What the statutory test for severity does require, however, is an air of reality in assessing whether an applicant is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation. Naturally, decision-makers already adopt a certain measure of practicality in their severity determinations. As an obvious example, the scope of substantially gainful occupations suitable for a middle-aged applicant with an elementary school education and limited English or French language skills would not normally include work as an engineer or doctor.

[47] In other cases, however, decision-makers ignore the language of the statute by concluding, for example, that since an applicant is capable of doing certain household chores or is, strictly speaking, capable of sitting for short periods of time, he or she is therefore capable in theory of performing or engaging in some kind of unspecified sedentary occupation which qualifies as "any" occupation within the meaning of subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan.

prête facilement à l'abstraction. L'employabilité existe dans le contexte des réalités commerciales et de la situation particulière d'un requérant. Cela ne veut pas dire que le ministre, le tribunal de révision ou la Commission doivent élaborer des hypothèses complexes concernant l'employabilité d'un requérant pour en arriver à une décision sur la gravité de son invalidité. En outre, je tiens à préciser que je ne dis pas que l'employabilité doit être déterminée en faisant purement référence à l'occupation choisie par un requérant. Contrairement au paragraphe 3 de l'article 95 de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*, S.R.Q., ch. R-9, qui prévoit spécifiquement qu'un requérant âgé de 60 ans ou plus sera considéré comme ayant une invalidité grave si celle-ci «rend cette personne régulièrement incapable d'exercer l'occupation habituelle rémunérée» qu'elle détenait au moment où elle cesse de travailler en raison de son invalidité. Le Régime fédéral ne contient aucune disposition qui permette de conclure à la gravité d'une invalidité lorsqu'un requérant est simplement incapable de conserver son occupation ordinaire en raison de l'invalidité alléguée. En fait, le critère établi en vertu du Régime a trait à une occupation véritablement rémunératrice.

[46] Ce que le critère légal applicable à la gravité de l'invalidité exige, cependant, c'est un air de réalisme pour évaluer si un requérant est incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice. Naturellement, les décideurs ont déjà adopté un certain degré de pragmatisme dans leurs décisions relatives à la gravité. Pour n'en donner qu'un exemple patent, la gamme des occupations véritablement rémunératrices convenant à un requérant d'âge moyen ayant terminé son cours primaire et parlant difficilement le français ou l'anglais n'inclut habituellement pas les professions d'ingénieur ou de médecin.

[47] Toutefois, dans d'autres cas, les décideurs ignorent le libellé de la loi en concluant par exemple que, puisqu'un requérant est capable d'effectuer certaines tâches ménagères ou, à strictement parler, de demeurer assis pendant de courtes périodes, il est en mesure, en théorie, d'exercer un certain type d'occupation sédentaire non spécifiée qui correspond à «n'importe quelle» occupation au sens du sous-alinéa 42(2)a(i) du Régime.

[48] Indeed, the tendency to speak in terms of vague categories of labour was singled out for criticism by this Court in *Wirachowsky*, *supra*. In that case, the applicant was only able to sit and stand for short intervals but had been found by the Board to be capable of semi-sedentary work. On behalf of the Court, McDonald J.A. noted (at paragraph 7) that the phrase “semi-sedentary work” was, in his opinion, incapable of conveying any meaning for the purposes of assessing disability under the Plan. The risk of thinking in terms of such “occupational” categories is that all reference to a regular, tangible, and profitable occupation is likely to be forgotten. As a consequence, an applicant may be deprived of the very protection which the Plan was designed to provide and for which an applicant has been contributing during periods of healthy and active employment in the labour force.

[49] Bearing in mind that the hearing before the Board is in the nature of a hearing *de novo*, as long as the decision-maker applies the correct legal test for severity—that is, applies the ordinary meaning of every word in the statutory definition of severity in subparagraph 42(2)(a)(i) he or she will be in a position to judge on the facts whether, in practical terms, an applicant is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation. The assessment of the applicant’s circumstances is a question of judgment with which this Court will be reluctant to interfere.

[50] This restatement of the approach to the definition of disability does not mean that everyone with a health problem who has some difficulty finding and keeping a job is entitled to a disability pension. Claimants still must be able to demonstrate that they suffer from a “serious and prolonged disability” that renders them “incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation”. Medical evidence will still be needed as will evidence of employment efforts and possibilities. Cross-examination will, of course, be available to test the veracity and credibility of the evidence of claimants and others.

[48] En fait, la présente Cour a critiqué cette tendance à s’exprimer en termes de vagues catégories de travail dans *Wirachowsky*, précité. Dans cette affaire, le requérant ne pouvait rester assis ou debout que pendant de courtes périodes, mais la Commission avait jugé qu’il était en mesure d’effectuer un travail semi-sédentaire. Au nom de la Cour, le juge McDonald note (au paragraphe 7) que l’expression «travail semi-sédentaire» n’avait pas, à son avis, un sens clair au fins de l’appréciation de l’invalidité prévue par le Régime. Le risque que présente cette façon de penser en termes de catégories «d’occupations», c’est que toute référence à une occupation régulière, tangible et rentable, sera vraisemblablement oubliée. Par conséquent, il se pourrait fort bien qu’un requérant soit privé de la protection même que le Régime a été conçu pour lui assurer et pour laquelle il a contribué pendant ses périodes d’emploi actif sur le marché du travail.

[49] Si l’on garde à l’esprit que l’audition devant la Commission est de la nature d’une audition *de novo*, tant et aussi longtemps que le décideur applique le critère juridique adéquat pour la gravité de l’invalidité—c’est-à-dire qu’il applique le sens ordinaire de chaque mot de la définition légale de la gravité donnée au sous-alinéa 42(2)a(i), il sera en mesure de juger d’après les faits si, en pratique, un requérant est incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice. L’évaluation de la situation du requérant est une question de jugement sur laquelle la Cour hésite à intervenir.

[50] Cette réaffirmation de la méthode à suivre pour définir l’invalidité ne signifie pas que quiconque éprouve des problèmes de santé et des difficultés à se trouver et à conserver un emploi a droit à une pension d’invalidité. Les requérants sont toujours tenus de démontrer qu’ils souffrent d’une «invalidité grave et prolongée» qui les rend «régulièrement incapables de détenir une occupation véritablement rémunératrice». Une preuve médicale sera toujours nécessaire, de même qu’une preuve des efforts déployés pour se trouver un emploi et de l’existence des possibilités d’emploi. Bien entendu, il sera toujours possible, en contre-interrogatoire, de mettre à l’épreuve la véracité et la crédibilité de la preuve fournie par les requérants et d’autres personnes.

[51] In summary, I am of the opinion that the Board has failed to attribute meaning to the plain words of subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan. It has preferred to articulate an abbreviated and decidedly ungenerous version of the statutory definition of a “severe” disability, thereby subverting the benevolent purposes of the legislation. Having reached this conclusion, I do not find it necessary to canvass the many procedural grounds of review which the applicant advanced in his oral and written argument.

#### Disposition

[52] Accordingly, for these reasons, I would allow the application for judicial review with costs to the applicant, set aside the decision of the Board dated 11 February, 2000, and remit the matter to the Board for redetermination by a differently constituted panel in accordance with these reasons and on the basis of the record as constituted as well as other relevant evidence that the parties may wish to adduce.

LINDEN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

[51] En résumé, je suis d’avis que la Commission n’a pas attribué le sens qu’il faut au langage clair utilisé au sous-alinéa 42(2)a(i) du Régime. Elle a préféré formuler une version abrégée et délibérément peu généreuse de la définition légale d’une invalidité «grave», faisant ainsi échec aux objectifs de bienfaisance de la loi. Comme je suis parvenu à cette conclusion, je n’estime pas nécessaire d’analyser les nombreux motifs procéduraux que le demandeur a formulés dans son argumentation verbale et écrite.

#### Dispositif

[52] Par conséquent, pour les présents motifs, je suis d’avis d’accueillir la demande de contrôle judiciaire avec dépens en faveur du demandeur, d’infirmier la décision de la Commission en date du 11 février 2000, et de renvoyer l’affaire à la Commission pour nouvel examen par une formation différente en conformité avec les présents motifs et en tenant compte du dossier tel qu’il a été constitué, de même que de toute autre preuve pertinente que les parties souhaiteront produire.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

T-62-99  
T-63-99  
2001 FCT 840

T-62-99  
T-63-99  
2001 CFPI 840

**Canadian Human Rights Commission and Canadian Union of Public Employees (Airline Division) (Applicants)**

v.

**Canadian Airlines International Limited and Air Canada (Respondents)**

*INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD. (T.D.)*

Trial Division, Hansen J.—Ottawa, June 22, 2000 and July 27, 2001.

*Human Rights — Predominantly female flight attendants alleging wage discrimination compared with male comparator groups — Airlines' position that groups not in same "establishment" for CHRA, s. 11 purposes — Tribunal finding groups not forming single establishment — Statutory framework, Tribunal decision explained — Institutional impartiality of Tribunal — Extent to which Equal Wages Guidelines (EWG) binding Tribunal — Whether collective agreements to be considered — As to meaning of "establishment", Tribunal referring to Hansard report of Justice Minister's remarks when legislation introduced — Tribunal ruling not within mandate to look into systemic discrimination against women in occupationally segregated workplaces and in effect to amend CHRA, s. 11 — Phrase "notwithstanding any collective agreement" in EWG, s. 10 not precluding consideration of collective agreements — Whether EWG, s. 10 restricting "establishment" to workers subject to common personnel, wage policy — Argument that Tribunal breached natural justice principles in refusing to hear evidence as to systemic wage discrimination, occupational segregation — Evidence of gender predominance in certain occupational groups irrelevant to Tribunal's interpretation of "establishment" — Did not err in refusing to hear evidence — Tribunal interpreted "establishment" as liberally as possible without rewriting CHRA, s. 11 — Tribunal did not overly rely on Hansard evidence.*

**Commission canadienne des droits de la personne et Syndicat canadien de la fonction publique (Division du transport aérien) (demandeurs)**

c.

**Lignes aériennes Canadien International Limitée et Air Canada (défenderesses)**

*RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. LIGNES AÉRIENNES CANADIEN INTERNATIONAL LTÉE (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Hansen—Ottawa, 22 juin 2000 et 27 juillet 2001.

*Droits de la personne — Le groupe des agents de bord, groupe à prédominance féminine, allègue la discrimination salariale par rapport aux groupes de référence masculins — Les lignes aériennes prétendent que les groupes ne sont pas dans le même «établissement» aux fins de l'art. 11 de la LCDP — Le Tribunal conclut que les groupes ne forment pas un seul établissement — Explication du cadre législatif et de la décision du Tribunal — Impartialité institutionnelle du Tribunal — Dans quelle mesure l'Ordonnance de 1986 sur la parité salariale (OPS) lie-t-elle le Tribunal? — Les conventions collectives doivent-elles être prises en compte? — Quant au sens du mot «établissement», le Tribunal s'est appuyé sur les remarques du ministre de la Justice rapportées dans le hansard lors de l'adoption de la Loi — Le Tribunal a conclu qu'il ne lui appartenait pas d'examiner la discrimination systémique faite à l'endroit des femmes dans les lieux de travail caractérisés par le cloisonnement professionnel ni de modifier l'art. 11 de la LCDP — Les mots «indépendamment des conventions collectives» contenus à l'art. 10 de l'OPS ne font pas obstacle à la prise en compte des conventions collectives — L'art. 10 de l'OPS limite-t-il la définition d'«établissement» aux employés visés par la même politique en matière de personnel et de salaires? — Argument selon lequel le Tribunal a contrevenu aux principes de justice naturelle lorsqu'il a refusé d'entendre la preuve se rapportant à la discrimination salariale systémique et au cloisonnement professionnel — La preuve de la prédominance de tel ou tel sexe dans certains groupes professionnels n'était pas utile pour l'interprétation par le Tribunal du mot «établissement» — Le Tribunal n'a pas commis d'erreur en refusant d'entendre la preuve — Le Tribunal a interprété le mot «établissement» d'une manière aussi large et aussi libérale que possible, sans récrire l'art. 11 de la LCDP — Le Tribunal ne s'est pas appuyé indûment sur la preuve constituée par le hansard.*



*Construction of statutes — Human Rights Tribunal's interpretation of phrase "notwithstanding any collective agreement" in Equal Wages Guidelines, s. 10 — Whether phrase free of ambiguity — Whether Tribunal's interpretation contravening statutory interpretation principle in Interpretation Act, s. 16 — Phrase not meaning "notwithstanding any collective agreement to the contrary" — Plain, dictionary meaning — "in spite of" — inadequate to give meaning to "notwithstanding" in present context — Regard must be had to contextual use within provision, with respect to statute to which applies — To interpret s. 10 as requiring collective agreements be ignored would lead to inconsistent application of "wages" definition in CHRA, s. 11(7) — Human rights legislation to be interpreted generously but rewriting Act not permitted.*

The Canadian Union of Public Employees (Airline Division) (CUPE) filed complaints on behalf of flight attendants against Air Canada and Canadian Airlines International Ltd., alleging that they discriminated against the predominantly female flight attendant groups by paying them lower wages and by having a salary structure that requires a longer time to reach maximum salary than the two male comparator groups identified in both complaints, in violation of section 11 of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA).

Both respondents defended the complaints by maintaining, in part, that the three groups named in the complaints were not in the same "establishment" for the purposes of section 11 of the CHRA.

A Tribunal was appointed in response to investigation reports issued by the Commission. The fundamental issue before the Tribunal was whether the flight attendants were in the same "establishment" as the two male comparator groups. It was not mandated to consider the issue of equal pay for work of equal value. The Tribunal concluded that the three employee groups did not form a single establishment for the purposes of section 11 of the CHRA at either of the respondent companies.

This was an application for judicial review of that decision.

*Held*, the application should be dismissed.

Section 11 of the CHRA provided that it was discriminatory for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value. Section 10 of the *Equal Wages Guidelines, 1986* (enacted pursuant to subsection 27(2) of the CHRA) (EWG) provided that for the purpose of section 11 of the CHRA,

*Interprétation des lois — Interprétation par le Tribunal des droits de la personne des mots «indépendamment des conventions collectives» contenus à l'art. 10 de l'Ordonnance de 1986 sur la parité salariale — Ces mots sont-ils exempts d'ambiguïtés? — L'interprétation donnée par le Tribunal contrevient-elle au principe d'interprétation législative énoncé à l'art. 16 de la Loi d'interprétation? — Ces mots ne signifient pas «indépendamment des conventions collectives contraires» — Le sens ordinaire — «en dépit de» — ne suffit pas à lui seul pour donner une signification à «indépendamment» en l'espèce — Il faut tenir compte de son emploi contextuel dans la disposition elle-même et du texte législatif dans lequel il se trouve — Interpréter l'art. 10 de manière à ignorer les conventions collectives conduirait à des applications incohérentes de la définition du mot «salaire» à l'art. 11(7) de la LCDP — Les termes de la loi doivent être interprétés généreusement, mais il n'est pas pour autant permis de la récrire.*

Le Syndicat canadien de la fonction publique (Division du transport aérien) (SCFP) a déposé une plainte au nom des agents de bord contre Air Canada et Lignes aériennes Canadien International Limitée, dans laquelle il affirmait que celles-ci exerçaient une discrimination à l'encontre du groupe des agents de bord, un groupe à prédominance féminine, en lui payant des salaires moindres et en lui appliquant une structure salariale qui nécessite, pour atteindre le salaire maximal, une période plus longue que celle imposée aux groupes de référence masculins définis dans les plaintes, et cela en contravention de l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP).

Les défenderesses ont répondu aux plaintes en affirmant notamment que les trois groupes désignés dans les plaintes ne sont pas dans le même «établissement» aux fins de l'article 11 de la LCDP.

Un Tribunal fut nommé à la suite de rapports d'enquête produits par la Commission. La question fondamentale dont il était saisi était de savoir si les agents de bord se trouvaient dans le même «établissement» que les deux groupes de référence masculins. Le Tribunal n'avait pas pour mandat d'examiner la question de la parité salariale. Le Tribunal a conclu que les trois groupes d'employés ne constituaient pas, aux fins de l'article 11 de la LCDP, un établissement unique dans l'une ou l'autre des sociétés défenderesses.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre de cette décision.

*Jugement*: la demande est rejetée.

L'article 11 de la LCDP prévoit que constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes. L'article 10 de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* (prise conformément au paragraphe 27(2) de la LCDP) (OPS) dispose que pour l'application

employees of an establishment include, notwithstanding any collective agreement applicable to any employees of the establishment, all employees of the employer subject to a common personnel and wage policy, whether or not such a policy is administered centrally.

The questions were whether the Tribunal erred in its interpretation of "establishment" in section 11 of the CHRA, and whether the Tribunal erred in concluding that it was not bound by the EWG.

The use of the word "establishment" in section 11 of the CHRA (enacted in 1977) came to be understood and defined in geographical terms, to address the fact that in Canada, people performing work of equal value could legitimately be paid differently depending on the region in which they lived. In 1986, the EWG were introduced, with section 10 thereof worded so as to ensure that comparisons across bargaining units would not be precluded. It provided that, for the purposes of section 11 of the CHRA, employees of an establishment include, notwithstanding any collective agreement, all employees of the employer subject to a common personnel and wage policy.

The Tribunal did not err in concluding that section 10 of the EWG did not preclude a consideration of collective agreements. The phrase "notwithstanding any collective agreement" should not be read to mean "notwithstanding any collective agreement to the contrary". Having regard to the plain meaning of section 10 and, in particular, to the inconsistencies which would result from excluding any consideration of collective agreements, the Tribunal was correct in its interpretation that section 10 does not preclude a consideration of the information contained in collective agreements. However, a consideration of the collective agreements forms only part of the analysis required to determine whether employees are subject to a common personnel and wage policy. The inquiry must also include a consideration of all personnel and wage policies found outside the collective agreements.

Section 10 of the EWG restricts the definition of "establishment" to employees subject to a common personnel and wage policy. The grammatical and ordinary meaning is that "employees of an establishment" include those subject to a common personnel and wage policy. There is no ambiguity in the language of the section that would lead to the conclusion that other definitions of "establishment" were contemplated. While the Tribunal erred in its interpretation of "establishment", since that interpretation was, in the result, a functional definition of establishment, the error was not material to the outcome of this judicial review.

The Tribunal did not breach the principles of natural justice by refusing to hear evidence relating to systemic

de l'article 11 de la LCDP, les employés d'un établissement comprennent, indépendamment des conventions collectives, tous les employés au service de l'employeur qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires, que celle-ci soit ou non administrée par un service central.

Il s'agissait de savoir si le Tribunal avait commis une erreur dans sa manière d'interpréter le mot «établissement», à l'article 11 de la LCDP, et s'il avait commis une erreur en affirmant qu'il n'était pas lié par l'OPS.

Le mot «établissement», à l'article 11 de la LCDP (éditée en 1977), a au fil du temps été compris et défini en termes géographiques en reconnaissance du fait que, au Canada, les travailleurs qui exécutent des tâches de valeur égale pouvaient légitimement être rémunérés différemment selon la région où ils vivaient. En 1986, l'OPS était prise et son article 10 fut modifié de manière à ne pas faire obstacle aux comparaisons entre unités de négociation. Cet article prévoyait que pour l'application de l'article 11 de la LCDP, les employés d'un établissement comprennent, indépendamment des conventions collectives, tous les employés au service de l'employeur qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires.

Le Tribunal n'a pas commis d'erreur en concluant que l'article 10 de l'OPS n'empêchait pas une prise en compte des conventions collectives. Les mots «indépendamment des conventions collectives» ne doivent pas équivaloir à «indépendamment des conventions collectives contraires». Eu égard au sens ordinaire de l'article 10 et en particulier aux incohérences qui résulteraient d'une absence de prise en considération des conventions collectives, le Tribunal a eu raison d'affirmer que l'article 10 ne fait pas obstacle à une prise en compte des renseignements figurant dans les conventions collectives. Toutefois, la prise en compte des conventions collectives ne forme qu'une partie de l'analyse requise pour savoir si des employés sont visés par une politique commune en matière de personnel et de salaires. Il importe de tenir compte aussi de toutes les politiques en matière de personnel et de salaires qui sont externes aux conventions collectives.

L'article 10 de l'OPS limite la définition d'«établissement» aux employés qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires. Le sens grammatical et ordinaire est que «les employés d'un établissement» comprennent les employés qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires. Il n'y a dans le libellé de cet article aucune ambiguïté qui permette de conclure que d'autres définitions du mot «établissement» étaient envisagées. Même si le Tribunal a mal interprété le mot «établissement», l'interprétation qu'il a donnée est en définitive une définition fonctionnelle de ce mot, donc l'erreur n'est pas fatale pour l'issue de ce contrôle judiciaire.

Le Tribunal n'a pas contrevenu aux principes de justice naturelle lorsqu'il a refusé d'entendre la preuve se rapportant

wage discrimination and occupational segregation. The factual evidence of the gender predominance in certain occupational groups was neither necessary nor relevant to the Tribunal's interpretation of "establishment" in section 11 of the CHRA. Nor were these facts relevant to the Tribunal's determination of whether the flight attendants were members of the same establishment as the comparator occupational groups. Here, the Tribunal ruled it would hear the social and historical context of systemic wage discrimination within the parties' arguments and submissions. The Tribunal afforded the applicants the opportunity to present the contextual information in their submissions. The Tribunal's reasons specifically acknowledged the applicants' arguments on systemic discrimination against women in occupationally segregated workplaces. The Tribunal did not reject the soundness of the arguments, in fact, the Tribunal concluded that those arguments "could well justify a legislative amendment to the CHRA which would eliminate the concept of establishment".

The Tribunal did not fail to give effect to the purpose of the CHRA in arriving at its interpretation of "establishment". When the Commission issued the EWG in 1986, it opted for a functional definition of establishment. To exclude any consideration of collective agreements from the analysis would render the functional definition meaningless and would effectively result in a corporate definition of establishment. All parties to the dispute agreed that Parliament did not intend a corporate definition of establishment when it enacted section 11 of the CHRA. While the human rights legislation is to be interpreted generously so as to give effect to the purpose thereof, that does not permit rewriting of the statute. Given the constraints of the legislation, the Tribunal interpreted "establishment" as broadly and as liberally as possible without rewriting section 11 of the CHRA.

The Tribunal did not rely improperly on Hansard evidence in arriving at its conclusion that collective agreements are relevant in the inquiry as to whether employee groups are in the same establishment for the purposes of section 11 of the CHRA. Applicants have overstated the Tribunal's reliance on the Minister's remarks. The Tribunal based its interpretation of "establishment" and the relevance of collective agreements on a number of considerations, including its interpretation of section 10 of the EWG.

The applicants' argument, that the Tribunal erred in interpreting "establishment" so as to maintain coherence between the CHRA and the *Canada Labour Code*, was premised on the applicants' overly-narrow characterization of the Tribunal's decision that one bargaining unit or one collective agreement will always equate to one establishment. That characterization was inaccurate. The Tribunal's interpretation of establishment was based on its interpreta-

à la discrimination salariale systémique et au cloisonnement professionnel. La preuve factuelle de la prédominance de tel ou tel sexe dans certains groupes professionnels n'était ni nécessaire ni utile pour l'interprétation, par le Tribunal, du mot «établissement», à l'article 11 de la LCDP. Ces faits n'intéressaient pas non plus la décision du Tribunal sur la question de savoir si les agents de bord étaient membres du même établissement que les groupes professionnels de référence. En l'espèce, le Tribunal a décidé qu'il entendrait le contexte social et historique de la discrimination salariale systémique dans le cadre des arguments et conclusions des parties. Le Tribunal a donné aux demandeurs l'occasion de présenter dans leurs arguments l'information contextuelle. Les motifs du Tribunal ont reconnu expressément les arguments des demandeurs portant sur la discrimination systémique à l'endroit des femmes dans les lieux de travail caractérisés par le cloisonnement professionnel. Le Tribunal n'a pas nié la justesse des arguments, allant même jusqu'à conclure qu'ils «pourraient fort bien justifier une modification de la LCDP qui éliminerait le concept d'établissement».

Le Tribunal n'a pas négligé de donner effet à l'objet de la LCDP dans son interprétation du mot «établissement». Lorsque la Commission a pris l'OPS de 1986, elle a opté pour une définition fonctionnelle du mot «établissement». Exclure de l'analyse toute prise en compte des conventions collectives enlèverait toute signification à la définition fonctionnelle et conduirait en réalité à une définition globale du mot «établissement». Toutes les parties au présent diffèrent ont admis que le législateur n'avait pas à l'esprit une telle définition lorsqu'il a édicté l'article 11 de la LCDP. Bien que les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées d'une manière qui donne effet à l'objet du texte considéré, il n'est pas pour autant permis de les récrire. Eu égard aux contraintes du texte législatif, le Tribunal a interprété le mot «établissement» d'une manière aussi large et aussi libérale que possible, sans récrire l'article 11 de la LCDP.

Le Tribunal ne s'est pas appuyé indûment sur la preuve constituée par le Hansard au soutien de sa décision selon laquelle les conventions collectives sont utiles pour dire si des groupes d'employés sont dans le même établissement aux fins de l'article 11 de la LCDP. Les demandeurs ont exagéré l'importance donnée par le Tribunal à la déclaration du ministre. Le Tribunal a fondé son interprétation du mot «établissement», ainsi que la pertinence des conventions collectives, sur plusieurs facteurs, notamment son interprétation de l'article 10 de l'OPS.

L'argument des demandeurs que le Tribunal a commis une erreur lorsqu'il a interprété le mot «établissement» de manière à préserver la cohérence entre la LCDP et le *Code canadien du travail* procède de la portée indûment étroite qu'ils attribuent à la décision du Tribunal, portée selon laquelle une unité de négociation ou une convention collective correspondra toujours à un établissement. Cette manière de voir est inexacte. L'interprétation du mot «établissement»

tion of the definition of establishment found in section 10 of the EWG and its interpretation of section 11 of the CHRA.

The Tribunal did not err in law in concluding that it was not bound by the EWG. This issue was moot given the Tribunal's finding that even if the Guidelines were totally binding on the Tribunal and did fetter its quasi-judicial decision-making powers, the same interpretation of the Guidelines would be applied by the Tribunal. The Tribunal's conclusion regarding the binding nature of the Guidelines played no part in its interpretation of "establishment" nor in the application of its interpretation to the respondent companies.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, Part III.  
*Canada Labour Standards Regulations*, C.R.C., c. 986, Sch. I (as am. by SOR/91-461).  
*Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11(d).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9), 9(2), 11, 27(2) (as am. *idem*, s. 20), (3) (as am. *idem*), 50(3)(c) (as am. *idem*, s. 27).  
*Equal Wages Guidelines, 1986*, SOR/86-1082, ss. 10, 16(f).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 16.  
*Statutory Instruments Act*, S.C. 1970-71-72, c. 38.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146; (1999), 180 D.L.R. (4th) 95; 176 F.T.R. 161 (T.D.); *Engineered Buildings Ltd. and City of Calgary, Re* (1966), 57 D.L.R. (2d) 322 (Alta. S.C. (A.D.)); *Mitchell (Re)* (1996), 25 B.C.L.R. (3d) 249; 13 E.T.R. (2d) 136 (S.C.); *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; 18 B.C.L.R. (3d) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 1; 194 N.R. 81.

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Department of National Health and Welfare) (re Chopra)* (1998), 38 C.C.E.L. (2d) 161; 146 F.T.R.

donnée par le Tribunal était fondée sur son interprétation de ce mot apparaissant dans l'article 10 de l'OPS et sur son interprétation de l'article 11 de la LCDP.

Le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en affirmant qu'il n'était pas lié par l'OPS. Cet aspect est maintenant hypothétique étant donné la conclusion du Tribunal selon laquelle même si l'ordonnance était totalement contraignante pour le Tribunal et entravait effectivement ses pouvoirs quasi judiciaires de décision, la même interprétation de l'ordonnance serait appliquée par le Tribunal. La conclusion du Tribunal concernant la nature obligatoire de l'ordonnance n'a joué aucun rôle dans son interprétation du mot «établissement», ni dans l'application de cette interprétation aux sociétés défenderesses.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11d).  
*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, partie III.  
*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9), 9(2), 11, 27(2) (mod., *idem*, art. 20), (3) (mod., *idem*), 50(3)c) (mod., *idem*, art. 27).  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 16.  
*Loi sur les textes réglementaires*, S.C. 1970-71-72, ch. 38.  
*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082, art. 10, 16f).  
*Règlement du Canada sur les normes du travail*, C.R.C., ch. 986, ann. I (mod. par DORS/91-461).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146; (1999), 180 D.L.R. (4th) 95; 176 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *Engineered Buildings Ltd. and City of Calgary, Re* (1966), 57 D.L.R. (2d) 322 (C.S. Alb. (D.A.)); *Mitchell (Re)* (1996), 25 B.C.L.R. (3d) 249; 13 E.T.R. (2d) 136 (C.S.); *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; 18 B.C.L.R. (3d) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 1; 194 N.R. 81.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social) (re Chopra)* (1998), 38 C.C.E.L.

106 (F.C.T.D.); affd (1999), 41 C.C.E.L. (2d) 3; 235 N.R. 195 (F.C.A.).

REFERRED TO:

*Money v. Alberta (Registrar of Motor Vehicles)* (1995), 170 A.R. 321; 29 Alta. L.R. (3d) 63; 12 M.V.R. (3d) 94 (Q.B.); *Mattabi Mines Ltd. v. Mine Assessor* (1990), 72 O.R. (2d) 88; 37 O.A.C. 314 (C.A.); *Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106, et al.*, [1982] 2 S.C.R. 888; (1982), 144 D.L.R. (3d) 673; 83 CLLC 14,023; 47 N.R. 34; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161.

AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry on Equality in Employment. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984 (Commissioner: Rosalie Silberman Abella).  
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 12 (18 May 1977).  
 Canadian Human Rights Commission. *Background Notes on Proposed Guidelines: Equal Pay for Work of Equal Value*. Ottawa, 1985.  
 Canada. Task Force on Equal Pay. *Equal Pay for Work of Equal Value: Report of the Task Force*. Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 1987.  
*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

APPLICATION for judicial review of a Human Rights Tribunal's decision (*Canadian Union of Public Employees (Airline Division) v. Canadian Airlines International Ltd.*, [1998] C.H.R.D. No. 8 (QL)), in the context of complaints of wage discrimination, that the predominantly female flight attendant groups working for the respondents were not, respectively, in the same "establishment" as the two male comparator groups. Application dismissed.

APPEARANCES:

*Douglas J. Wray* for applicant, Canadian Union of Public Employees.

(2d) 161; 146 F.T.R. 106 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1999), 41 C.C.E.L. (2d) 3; 235 N.R. 195 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

*Money v. Alberta (Registrar of Motor Vehicles)* (1995), 170 A.R. 321; 29 Alta. L.R. (3d) 63; 12 M.V.R. (3d) 94 (B.R.); *Mattabi Mines Ltd. v. Mine Assessor* (1990), 72 O.R. (2d) 88; 37 O.A.C. 314 (C.A.); *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106, et autres*, [1982] 2 R.C.S. 888; (1982), 144 D.L.R. (3d) 673; 83 CLLC 14,023; 47 N.R. 34; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161.

DOCTRINE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 12 (18 mai 1977).  
 Canada. Commission d'enquête sur l'égalité en matière d'emploi. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1984 (Commissaire: Rosalie Silberman Abella).  
 Canada. Groupe de travail sur l'égalité de rémunération. *Rémunération égale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes: rapport du Groupe de travail*. Ottawa: Commission canadienne des droits de la personne, 1987.  
 Commission canadienne des droits de la personne. *Notes d'information sur l'ordonnance proposée: l'égalité de rémunération pour les fonctions équivalentes*. Ottawa, 1985.  
*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Tribunal des droits de la personne (*Syndicat canadien de la fonction publique (Division du transport aérien) c. Lignes aériennes Canadien International Ltée*, [1998] D.C.D.P. n° 8 (QL)), dans le cadre de plaintes relatives à la discrimination salariale, par laquelle le Tribunal a conclu que les groupes des agents de bord à prédominance féminine et travaillant pour les défenderesses ne se trouvaient pas dans le même «établissement» que les deux groupes de référence masculins. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

*Douglas J. Wray* pour le demandeur, le Syndicat canadien de la fonction publique.

*Andrew J. Raven and Salim Fakirani* for applicant, Canadian Human Rights Commission.

*Roy L. Heenan, Thomas E. F. Brady and Elizabeth Camiré* for respondents Canadian Airlines International Limited and Air Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

*Caley & Wray*, Toronto, for applicant, Canadian Union of Public Employees.

*Raven, Allen, Cameron & Ballantyne*, Ottawa, for applicant, Canadian Human Rights Commission.

*Heenan Blaikie*, Montréal, for respondents Canadian Airlines International Limited and Air Canada.

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

HANSEN J.:

Introduction

[1] This is an application for judicial review brought by the Canadian Human Rights Commission (the Commission) and the Canadian Union of Public Employees (Airline Division) (CUPE) seeking to quash a decision of the Human Rights Tribunal (the Tribunal) dated December 15, 1998 [*Canadian Union of Public Employees, Airline Division v. Canadian Airlines International Ltd.*, [1998] C.H.R.D. No. 8 (QL)].

Background

[2] In November 1991, CUPE filed a complaint on behalf of flight attendants against Air Canada, alleging that Air Canada discriminated against the predominantly female flight attendant group by paying them lower wages and by having a salary structure that requires a longer time to reach maximum salary than the male comparator groups identified in the complaint in violation of section 11 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA). The two male comparator groups identified in the complaint were:

*Andrew J. Raven et Salim Fakirani* pour la demanderesse, la Commission canadienne des droits de la personne.

*Roy L. Heenan, Thomas E. F. Brady et Elizabeth Camiré* pour les défenderesses, les Lignes aériennes Canadien International Ltée et Air Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Caley & Wray*, Toronto, pour le demandeur, le Syndicat canadien de la fonction publique.

*Raven, Allen, Cameron & Ballantyne*, Ottawa, pour la demanderesse, la Commission canadienne des droits de la personne.

*Heenan Blaikie*, Montréal, pour les défenderesses, les Lignes aériennes Canadien International Ltée et Air Canada.

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

LE JUGE HANSEN:

Introduction

[1] La Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) et le Syndicat canadien de la fonction publique (le SCFP) ont présenté une demande de contrôle judiciaire en vue de faire annuler une décision du Tribunal des droits de la personne (le Tribunal) portant la date du 15 décembre 1998 [*Syndicat canadien de la fonction publique (division du Transport Aérien) c. Lignes Aériennes Canadien International Ltée.*, [1998] D.C.D.P. n° 8 (QL)].

Contexte

[2] En novembre 1991, le SCFP a déposé une plainte au nom des agents de bord contre Air Canada, dans laquelle il affirmait que Air Canada exerçait une discrimination à l'encontre du groupe des agents de bord, un groupe à prédominance féminine, en lui payant des salaires moindres et en lui appliquant une structure salariale qui nécessite, pour atteindre le salaire maximal, une période plus longue que celle imposée aux groupes de référence masculins définis dans la plainte, et cela en contravention de l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*,

(a) the First and Second Officers (pilots) who fly Air Canada's aeroplanes and,

(b) the workers who are members of the International Association of Machinists and Aerospace Workers (IAMAW) and who provide maintenance and other technical services in and around Air Canada's aeroplanes and places of operation.

[3] In July 1992, CUPE filed a similar complaint against Canadian Airlines International Limited (Canadian) on behalf of flight attendants working at Canadian.

[4] Air Canada and Canadian (the respondents) defended the complaints by maintaining, in part, that the three groups named in the complaints are not in the same "establishment" for the purposes of section 11 of the CHRA.

[5] The Commission commenced its investigation, but in early 1993, the respondents filed notices of motion in this Court for an order prohibiting the Commission from proceeding with its investigation. The parties resolved the matter on the basis that the issues surrounding the word "establishment" in section 11 of the CHRA would first be dealt with by the Commission, and if need be, by a Tribunal if one was appointed pursuant to the CHRA.

[6] On August 15, 1996, a three-person Tribunal was appointed in response to investigation reports issued by the Commission (CHRC Investigation Reports X00380 and X00348). These reports recommended a Tribunal examine the interpretation and application of the word "establishment" in section 11 of the CHRA. The Tribunal's hearings commenced in January 1997 and terminated in May 1998. The fundamental issue before the Tribunal was whether the flight attendants working for the respondents were in the same "establishment" as the two male comparator groups. The Tribunal was not mandated to consider the issue of

L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP). Les deux groupes de référence masculins définis dans la plainte étaient:

a) les premiers et seconds officiers (pilotes) qui pilotent les avions d'Air Canada, et

b) les travailleurs qui sont membres de l'Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale (AIMTA) et qui assurent les services de maintenance et autres services techniques aux avions d'Air Canada et aux endroits où Air Canada effectue des opérations.

[3] En juillet 1992, le SCFP a déposé une plainte semblable contre Lignes aériennes Canadien International Limitée (Canadien) au nom des agents de bord employés par Canadien.

[4] Air Canada et Canadien (les défenderesses) ont répondu aux plaintes en affirmant notamment que les trois groupes désignés dans les plaintes ne sont pas dans le même «établissement» aux fins de l'article 11 de la LCDP.

[5] La Commission a entrepris son enquête, mais au début de 1993 les défenderesses ont déposé devant la Cour fédérale des avis de requête pour obtenir une ordonnance interdisant à la Commission de poursuivre son enquête. Les parties ont résolu la difficulté en s'entendant pour que les questions entourant le mot «établissement», à l'article 11 de la LCDP, soient d'abord examinées par la Commission, puis si nécessaire par un tribunal si un tribunal était nommé conformément à la LCDP.

[6] Le 15 août 1996, un Tribunal composé de trois membres fut nommé à la suite de rapports d'enquête produits par la Commission (rapports d'enquête X00380 et X00348 de la CCDP). Ces rapports recommandaient qu'un Tribunal examine l'interprétation et l'application du mot «établissement», à l'article 11 de la LCDP. Les audiences du Tribunal ont débuté en janvier 1997 et ont pris fin en mai 1998. La question fondamentale dont il était saisi était de savoir si les agents de bord travaillant pour les défenderesses se trouvaient dans le même «établissement» que les deux groupes de référence masculins. Le Tribunal n'avait

equal pay for work of equal value with respect to the three employee groups.

[7] The Tribunal concluded the three employee groups did not form a single establishment for the purposes of section 11 of the CHRA at either of the respondent companies.

[8] Other than in the summary of the Tribunal decision, these reasons will refer collectively to the Commission and CUPE as the applicants.

#### The Statutory Framework

[9] A statement of the purpose of the CHRA is found in section 2 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9] of the Act. It reads:

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

[10] Section 11 of the CHRA states:

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

(2) In assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment, the criterion to be applied is the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed.

(3) Separate establishments established or maintained by an employer solely or principally for the purpose of establishing or maintaining differences in wages between male and female employees shall be deemed for the purposes of this section to be the same establishment.

(4) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different wages if the difference is based on a factor prescribed by

pas pour mandat d'examiner la question de la parité salariale au regard des trois groupes d'employés.

[7] Le Tribunal a conclu que les trois groupes d'employés ne constituaient pas, aux fins de l'article 11 de la LCDP, un établissement unique dans l'une ou l'autre des sociétés défenderesses.

[8] Hormis dans le sommaire de la décision du Tribunal, les présents motifs désigneront collectivement comme «demandeurs» la Commission et le SCFP.

#### Le cadre législatif

[9] L'objet de la LCDP est énoncé à l'article 2 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9] de la Loi. Cet article est rédigé ainsi:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

[10] L'article 11 de la LCDP est rédigé ainsi:

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

(2) Le critère permettant d'établir l'équivalence des fonctions exécutées par des salariés dans le même établissement est le dosage de qualifications, d'efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail.

(3) Les établissements distincts qu'un employeur aménage ou maintient dans le but principal de justifier une disparité salariale entre hommes et femmes sont réputés, pour l'application du présent article, ne constituer qu'un seul et même établissement.

(4) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une



guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be a reasonable factor that justifies the difference.

(5) For greater certainty, sex does not constitute a reasonable factor justifying a difference in wages.

(6) An employer shall not reduce wages in order to eliminate a discriminatory practice described in this section.

(7) For the purposes of this section, “wages” means any form of remuneration payable for work performed by an individual and includes

(a) salaries, commissions, vacation pay, dismissal wages and bonuses;

(b) reasonable value for board, rent, housing and lodging;

(c) payments in kind;

(d) employer contributions to pension funds or plans, long-term disability plans and all forms of health insurance plans; and

(e) any other advantage received directly or indirectly from the individual’s employer.

[11] Subsection 27(2) [as am. *idem*, s. 20] of the CHRA provides:

27. (1) . . .

(2) The Commission may, on application or on its own initiative, by order, issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases described in the guideline.

[12] Subsection 27(3) [as am. *idem*] of the CHRA further states:

27. (1) . . .

(3) A guideline issued under subsection (2) is, until it is revoked or modified, binding on the Commission and any member or panel assigned under subsection 49(2) with respect to the resolution of a complaint under Part III regarding a case falling within the description contained in the guideline.

[13] The *Equal Wages Guidelines, 1986*, SOR/86-1082, (EWG 1986) were created pursuant to subsection 27(2) of the CHRA. Section 10 of the EWG 1986 states:

ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 27(2).

(5) Des considérations fondées sur le sexe ne sauraient motiver la disparité salariale.

(6) Il est interdit à l’employeur de procéder à des diminutions salariales pour mettre fin aux actes discriminatoires visés au présent article.

(7) Pour l’application du présent article, «salaire» s’entend de toute forme de rémunération payable à un individu en contrepartie de son travail et, notamment:

a) des traitements, commissions, indemnités de vacances ou de licenciement et des primes;

b) de la juste valeur des prestations en repas, loyers, logement et hébergement;

c) des rétributions en nature;

d) des cotisations de l’employeur aux caisses ou régimes de pension, aux régimes d’assurance contre l’invalidité prolongée et aux régimes d’assurance-maladie de toute nature;

e) des autres avantages reçus directement ou indirectement de l’employeur.

[11] Le paragraphe 27(2) [mod., *idem*, art. 20] de la LCDP prévoit ce qui suit:

27. (1) [ . . . ]

(2) Dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut, sur demande ou de sa propre initiative, décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l’application de la présente loi.

[12] Le paragraphe 27(3) [mod., *idem*] de la LCDP prévoit quant à lui ce qui suit:

27. (1) [ . . . ]

(3) Les ordonnances prises en vertu du paragraphe (2) lient, jusqu’à ce qu’elles soient abrogées ou modifiées, la Commission et le membre instructeur désigné en vertu du paragraphe 49(2) lors du règlement des plaintes déposées conformément à la partie III.

[13] L’*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082, (l’OPS de 1986) a été prise conformément au paragraphe 27(2) de la LCDP. L’article 10 de l’OPS de 1986 prévoit ce qui suit:

10. For the purpose of section 11 of the Act, employees of an establishment include, notwithstanding any collective agreement applicable to any employees of the establishment, all employees of the employer subject to a common personnel and wage policy, whether or not such a policy is administered centrally.

#### The Tribunal Decision

[14] The following is a summary of the Tribunal's reasons for concluding the three employee groups did not form a single establishment pursuant to section 11 of the CHRA.

#### (a) The Question of Institutional Impartiality of the Human Rights Tribunal.

[15] Counsel for the respondents argued that the Tribunal is not institutionally independent if it is bound by guidelines issued by the Commission, an interested party before it. This lack of independence, the respondents argued, means that the Tribunal cannot provide a hearing before an independent tribunal in accordance with the principles of fundamental justice guaranteed by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III. The Commission responded that the EWG 1986 were developed in consultation with employers, unions, and others affected by the guidelines to safeguard against a reasonable apprehension of bias. Further, the Clerk of the Privy Council, in consultation with the Minister of Justice, examined these guidelines to ensure they were authorized by the CHRA pursuant to the *Statutory Instruments Act*, S.C. 1970-71-72, c. 38. The Commission also argued that as a multi-functional agency, it fulfills a number of roles, which includes investigation advocacy and regulation, but not adjudication. The adjudicative role is for the Tribunal alone to exercise.

[16] In its lengthy analysis, the Tribunal reasoned that if the guidelines were binding, it would be a contravention of paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, and contrary to the principles of fundamental justice in section 7 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada*

10. Pour l'application de l'article 11 de la Loi, les employés d'un établissement comprennent, indépendamment des conventions collectives, tous les employés au service de l'employeur qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires, que celle-ci soit ou non administrée par un service central.

#### La décision du Tribunal

[14] Les paragraphes qui suivent résument les motifs du Tribunal à l'appui de sa conclusion selon laquelle les trois groupes d'employés ne constituaient pas un établissement unique selon l'article 11 de la LCDP.

#### a) La question de l'impartialité institutionnelle du Tribunal des droits de la personne.

[15] Les avocats des défenderesses ont soutenu que le Tribunal n'est pas indépendant sur le plan institutionnel s'il est lié par l'ordonnance prise par la Commission, une partie intéressée qui comparait devant lui. Cette absence d'indépendance, d'affirmer les défenderesses, signifie que le Tribunal ne peut offrir une audition devant un tribunal indépendant, selon les principes de justice fondamentale garantis par l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III. La Commission a répondu que l'OPS de 1986 avait été élaborée en concertation avec les employeurs, les syndicats et autres personnes concernées par l'ordonnance, afin de prévenir une crainte raisonnable de partialité. D'ailleurs, le greffier du Conseil privé, en concertation avec le ministre de la Justice, avait examiné cette ordonnance pour s'assurer qu'elle était autorisée par la LCDP conformément à la *Loi sur les textes réglementaires*, S.C. 1970-71-72, ch. 38. La Commission a soutenu aussi que, en tant qu'organisme multifonctionnel, elle remplit plusieurs rôles, à savoir un rôle d'enquête, un rôle de représentation et un rôle de réglementation, mais non un rôle décisionnel. Le rôle décisionnel appartient exclusivement au Tribunal.

[16] Dans sa longue analyse, le Tribunal a expliqué que, si l'ordonnance était impérative, elle contreviendrait à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, et elle serait contraire aux principes de justice fondamentale de l'article 7 et de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe

*Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. Further, if the guidelines were binding on the Tribunal, the guidelines would also be binding on the supervisory courts, which would undermine judicial independence and separation of powers, because courts would be bound to follow guidelines issued by an executive agency of government.

[17] The Tribunal concluded that the EWG 1986 are binding on the Tribunal in the sense that the Tribunal is bound to consider the Guidelines, which it can choose to use in its interpretation of the CHRA. However, where there are sound legal reasons not to do so, the Tribunal cannot be forced to follow the Guidelines. Based on this analysis, the Tribunal held that the Guidelines do not fetter its quasi-judicial decision-making power and rejected the respondents' argument with respect to the Tribunal's institutional independence.

(b) The application of the EWG 1986 as guiding principles for the interpretation of section 11 of the CHRA and the scope of the EWG 1986.

[18] The Tribunal commented that even as a guiding principle, section 10 of the EWG 1986 was filled with ambiguity. The Tribunal noted section 10 defines an establishment to include workplaces which have a common personnel and wage policy whether administered centrally or not. This leaves room, the Tribunal reasoned, for other definitions of establishment.

[19] The Tribunal then questioned whether in the inquiry as to whether employees of an employer are subject to a common personnel and wage policy, the wording of section 10 precludes any consideration of collective agreements. The Tribunal noted if Parliament's intent was to exclude consideration of collective agreements, section 10 could have been drafted using language such as "notwithstanding any collective agreement to the contrary" to reflect this intent.

B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. De plus, si l'ordonnance s'imposait au Tribunal, elle s'imposerait également aux juridictions de contrôle, ce qui menacerait l'indépendance de la justice et le principe de la séparation des pouvoirs, parce que les tribunaux seraient contraints d'observer des ordonnances prises par un organe exécutif du gouvernement.

[17] Le Tribunal a conclu que l'OPS de 1986 s'imposait à lui en ce sens qu'il devait en tenir compte, et qu'il lui était loisible de l'utiliser dans son interprétation de la LCDP. Cependant, lorsqu'il y avait de solides raisons juridiques de ne pas le faire, le Tribunal ne pouvait être forcé d'appliquer l'ordonnance. Fort de cette analyse, le Tribunal a jugé que l'ordonnance ne restreignait pas son pouvoir décisionnel quasi judiciaire et a rejeté l'argument des défendresses concernant l'indépendance institutionnelle du Tribunal.

b) L'application de l'OPS de 1986 en tant que principe directeur à appliquer pour l'interprétation de l'article 11 de la LCDP et la portée de l'OPS de 1986.

[18] Le Tribunal a fait observer que, même comme principe directeur, l'article 10 de l'OPS de 1986 était très équivoque. Il a noté que, selon l'article 10, un établissement comprend des lieux de travail qui appliquent une politique commune en matière de personnel et de salaires, que cette politique soit ou non administrée par un service central. Selon le Tribunal, cette définition laissait place à d'autres définitions du mot «établissement».

[19] Le Tribunal a ensuite douté que, lorsqu'il s'agit de savoir si les employés au service d'un employeur sont visés par une politique commune en matière de personnel et de salaires, le libellé de l'article 10 empêche la prise en compte des conventions collectives. Le Tribunal a noté que, si l'intention du législateur avait été d'exclure toute prise en compte des conventions collectives, il aurait pu employer dans l'article 10 une expression telle que «indépendamment des conventions collectives contraires» pour refléter cette intention.

[20] The Tribunal recognized that in unionized workplaces many policies concerning wages and personnel are found in collective agreements. The remaining personnel and wage policies established under retained management rights in a unionized workplace would not usually amount to a common personnel and wage policy across bargaining units. Additionally, there could be management strategies on wage negotiations and other issues related to the collective bargaining process. The Commission and CUPE took the position that general policies established under retained management rights and any other management strategies related to the collective bargaining process would constitute a common personnel and wage policy.

(c) The application of the EWG 1986 to the respondents as argued by the Commission and CUPE.

[21] The Commission and CUPE identified a number of the respondents' general policies that were indicative of a common wage policy. These policies include a pension plan, employee travel passes, vacation policies, time off and leave of absence policies, general employee benefit programs relating to health, disability and dental plans. At Canadian, in particular, the corporate-wide concessions sought from each of the employee groups reflects a management strategy on wage negotiations, even though the concessions were not obtained from each of the groups.

[22] The Commission and CUPE also cited the respondents' harassment policies, employee assistance programs, theft policies, and absenteeism policies as evidence of common personnel policies. According to the Commission and CUPE, these types of personnel and wage policies, point to a common personnel and wage policy despite different implementations in the various collective agreements.

[20] Le Tribunal a reconnu que, dans les lieux de travail syndiqués, de nombreuses politiques concernant les salaires et le personnel sont couchées dans des conventions collectives. Les politiques restantes en matière de personnel et de salaires qui sont établies en vertu des droits résiduels de la direction dans un lieu de travail syndiqué n'équivaudraient pas en général à une politique commune pour l'ensemble des unités de négociation. De plus, il pouvait y avoir des stratégies de la direction dans les négociations salariales et autres questions se rapportant au processus de négociation collective. Pour la Commission et le SCFP, les politiques générales établies en vertu des droits résiduels de la direction et les autres stratégies de la direction liées au processus de négociation collective constitueraient une politique commune en matière de personnel et de salaires.

c) L'application de l'OPS de 1986 aux défenderesses, selon la Commission et le SCFP.

[21] La Commission et le SCFP ont fait état de plusieurs politiques générales des défenderesses qui attestaient l'existence d'une politique commune en matière de salaires. Ces politiques comprennent un régime de retraite, des billets d'avion gratuits pour les employés, des politiques de vacances, des politiques en matière de congés et d'absences autorisées, des programmes généraux d'avantages sociaux prenant la forme de régimes d'assurance santé, d'assurance-invalidité et d'assurance dentaire. Chez Canadien, en particulier, les concessions globales demandées à chacun des groupes d'employés traduisent une stratégie de la direction dans les négociations salariales, même si les concessions n'ont pas été obtenues de chacun des groupes.

[22] La Commission et le SCFP ont également évoqué les politiques des défenderesses en matière de harcèlement, les programmes d'aide aux employés, les politiques touchant le vol et les politiques sur l'absentéisme, en affirmant qu'elles étaient la preuve de l'existence de politiques communes en matière de personnel. Selon la Commission et le SCFP, ces genres de politiques touchant le personnel et les salaires attestent une politique commune en matière de personnel et de salaires, bien qu'elles ne soient pas

[23] Although the Commission and CUPE acknowledged different implementations of these policies in the relevant collective agreements, they maintained that the distinctions relate to factors such as operational requirements and job functions of a particular group, the result of negotiations and bargaining power, historical discrimination, and the heavily regulated nature of the industry.

[24] The Commission and CUPE also argued that a review of the collective agreements at Canadian on employee benefits regarding life insurance and health, disability and dental plans reveals that the three employee groups receive substantially the same benefits.

[25] Finally, the common employee travel pass systems at each of the respondent companies constitutes “wages” within the meaning of subsection 11(7) of the CHRA.

(d) The Tribunal’s conclusion on the common personnel and wage policies at the respondent companies.

[26] The Tribunal noted the Commission and CUPE chose to rely on general policies, but not on collective agreements where significant differences in wage policies exist with respect to the employee groups. Instead, the Commission and CUPE relied on employee benefits in the collective agreements to establish a common wage policy.

[27] As well, the Tribunal commented on the selective nature of the reference to subsection 11(7) in relation to travel passes. Having regard to subsection 11(7) of the CHRA and its detailed formulation of the meaning of “wages”, the Tribunal found it would be illogical for it to ignore the details of salaries, vacation pay, and other relevant information because they are contained in a collective agreement, yet consider

transposées de la même façon dans les diverses conventions collectives.

[23] La Commission et le SCFP ont reconnu que ces politiques n’étaient pas transposées de la même façon dans les conventions collectives, mais ils ont soutenu que les distinctions tiennent à des facteurs tels que les nécessités du service et les fonctions particulières d’un groupe donné, le résultat de négociations et d’un pouvoir de négociation, la discrimination historique et la nature fortement réglementée de l’industrie.

[24] La Commission et le SCFP ont également soutenu que, si l’on examine les conventions collectives de Canadian portant sur les avantages sociaux au titre des régimes d’assurance vie et d’assurance santé, d’assurance invalidité et d’assurance dentaire, on constate que les trois groupes d’employés reçoivent essentiellement les mêmes avantages sociaux.

[25] Finalement, les systèmes de billets gratuits, qu’on observe dans chacune des sociétés défenderesses, constituent des «salaires» au sens du paragraphe 11(7) de la LCDP.

d) La conclusion du Tribunal sur les politiques communes en matière de personnel et de salaires appliquées par les sociétés défenderesses.

[26] Le Tribunal a noté que la Commission et le SCFP ont choisi de faire fond sur des politiques générales, mais non sur des conventions collectives, où il existe des écarts notables dans les politiques salariales appliquées aux groupes d’employés. La Commission et le SCFP se sont plutôt appuyés sur les avantages sociaux prévus par les conventions collectives pour établir l’existence d’une politique salariale commune.

[27] Le Tribunal s’est aussi exprimé sur la nature sélective de la mention du paragraphe 11(7) au regard des billets d’avion gratuits. Eu égard au paragraphe 11(7) de la LCDP et à l’énumération détaillée qu’il fait des diverses formes de «salaire», le Tribunal a jugé qu’il serait illogique pour lui d’ignorer le détail des salaires, des rémunérations de vacances et autres renseignements pertinents parce que tels renseigne-

minor wage benefits found outside the collective agreement.

[28] The Tribunal concluded that a consideration of the relevant collective agreements must form part of its inquiry.

(e) The Tribunal's interpretation of "establishment"

[29] The Tribunal then went on to give meaning to "establishment" in section 11 of the CHRA. The Tribunal began by referring to Hansard to point out that the Minister of Justice, when introducing the Bill which became the CHRA, said the word "establishment" was used "because it has been used in the Labour Code, and there is a body of case law, both under the Labour Relations Act and of the Courts, relating to the use of those words" (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Justice and Legal Affairs Committee, May 18, 1977, Issue No. 12, at page 19*). The Tribunal concluded from this that Parliament did not intend a corporate definition of establishment, which would deem all employees of a corporation to be within a single establishment. Rather, the Minister's remarks appeared to indicate the relevance of collective bargaining units or industrial establishments in interpreting section 11 of the CHRA.

[30] The Tribunal noted that despite the Commission and CUPE's arguments, their definition of "establishment" inevitably lead to a corporate definition. For example, the Commission and CUPE argued the Tribunal should focus on general human resource philosophy and policies, and on the "integration of functions into the core technology", "organizational culture", "soft contracting" and "interrelatedness". The Commission and CUPE further asserted that whether employees are involved in the same operating line of business or core function of the employer should be the "first and foremost" criteria. In this case, that core function would be "the business of transporting passengers and cargo by air domestically and inter-

ments figurent dans une convention collective, et simultanément de considérer les avantages sociaux mineurs conférés en dehors de la convention collective.

[28] Le Tribunal a conclu qu'un examen des conventions collectives applicables devait faire partie intégrante de son enquête.

e) L'interprétation du mot «établissement» selon le Tribunal

[29] Le Tribunal s'est ensuite appliqué à donner une signification au mot «établissement», à l'article 11 de la LCDP. Il a d'abord évoqué le hansard pour faire observer que le ministre de la Justice, lors du dépôt du projet de loi qui allait devenir la LCDP, avait dit que le mot «établissement» était utilisé «parce que l'on s'en sert dans le Code du travail et qu'il y a toute une série de dispositions de jurisprudence, relatives tant à la Loi sur les relations de travail qu'aux tribunaux, portant sur l'utilisation de ce mot» (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques, 18 mai 1977, fascicule n° 12, à la page 19*). Le Tribunal en a conclu que le législateur n'avait pas eu à l'esprit une définition globale du mot «établissement», qui aurait eu pour effet d'englober dans un établissement unique tous les employés d'une entreprise. Les observations du ministre semblaient plutôt faire ressortir l'utilité des unités de négociation collective ou des établissements industriels dans l'interprétation de l'article 11 de la LCDP.

[30] Le Tribunal a noté que, en dépit des arguments de la Commission et du SCFP, leur définition de «établissement» conduisait inévitablement à une définition globale. Ainsi, la Commission et le SCFP ont soutenu que le Tribunal devrait se focaliser sur les principes généraux des ressources humaines et sur l'«intégration de fonctions dans la technologie de base», la «culture organisationnelle», le «contrat en douceur» et les «interdépendances». La Commission et le SCFP ont aussi fait valoir que le critère primordial devrait être celui-ci: les employés sont-ils engagés dans la même branche opérationnelle d'activité ou la même fonction essentielle de l'employeur? En l'espèce, cette fonction essentielle serait «l'activité consis-

nationally”.

[31] The Tribunal held that most, if not all corporations have an organizational culture, and a core function, and therefore a consideration of these factors lead to a corporate definition of establishment. Similarly, the criterion of “interrelatedness” of the groups, as evidenced by corporate policies being applicable to all groups, leads directly to a corporate definition. Most corporate policies formulated under reserved management rights in unionized workplaces apply across bargaining units. The Tribunal further reasoned that all corporations with unionized workplaces will have bargaining strategies co-ordinated at some level within the corporate hierarchy.

[32] The Tribunal responded to the final argument in the following manner (at paragraphs 87-88):

Finally, CUPE argued that the work location of all three employee groups in, on or around the respondent’s various aircraft, the daily interaction and co-ordination between the Flight Attendants of both companies and the employees from the other bargaining units, the colour of the uniforms of Air Canada employees . . . the name tags with corporate insignia, the Air Canada “CIC Information System” which all employees had access to, the Air Canada recurrent training that Pilots and Flight Attendants took together, the numerous references and definitions in various Company manuals applicable to all three employee groups, the various joint employee committees within Canadian Airlines and Canadian Airlines company newsletters . . . proved that the employees in the three groups in questions were all employed within one establishment.

. . . this Tribunal did not see how most companies bound by section 11 of the CHRA would also not have similar interrelatedness with all their various unionized employee groups.

[33] The Tribunal found, therefore, that the EWG 1986 and section 11 of the CHRA do not point to a corporate definition of “establishment”. The Tribunal went on to say that to the extent the EWG 1986 propose a functional definition of “establishment” and section 11 of the CHRA maintains “establishment” as

tant à transporter des passagers et des marchandises par voie aérienne, au niveau national et au niveau international».

[31] Le Tribunal a jugé que la plupart, sinon la totalité, des sociétés ont une culture organisationnelle et une fonction essentielle et que par conséquent un examen de ces facteurs conduit à une définition globale du mot «établissement». De même, le critère des «interdépendances» des groupes, interdépendances attestées par l’application de politiques globales à tous les groupes, induit directement une définition globale. La plupart des politiques globales formulées en vertu des droits résiduels de la direction dans les lieux de travail syndiqués s’appliquent à l’ensemble des unités de négociation. Le Tribunal a aussi expliqué que toutes les sociétés dont les lieux de travail sont syndiqués établissent des stratégies de négociation coordonnées à un certain niveau à l’intérieur de la hiérarchie de l’organisation.

[32] Le Tribunal a répondu ainsi à l’argument final (aux paragraphes 87 et 88):

Enfin, le SCFP a allégué que le lieu de travail des trois groupes d’employés, à bord ou autour des divers appareils des intimées, l’interaction quotidienne et la coordination entre les agents de bord des deux compagnies et les employés des autres unités de négociation, la couleur des uniformes des employés d’Air Canada [. . .] les insignes nominatifs avec l’insigne de la compagnie, le système d’information CIT auquel ont accès tous les employés, la formation périodique que les pilotes et les agents de bord reçoivent ensemble, les nombreuses références et définitions des divers manuels de la compagnie communs aux trois groupes, les divers comités conjoints d’employés avec les Lignes aériennes Canadien et les bulletins de la compagnie Canadien, [. . .] constituaient autant d’indications [. . .] que les employés des trois groupes en question étaient tous employés d’un même établissement.

[. . .] le présent Tribunal ne voit pas comment la plupart des compagnies soumises à l’article 11 de la LCDP ne connaîtraient pas elles aussi une interdépendance semblable de leurs divers groupes d’employés syndiqués.

[33] Le Tribunal est donc arrivé à la conclusion que l’OPS de 1986 et l’article 11 de la LCDP ne militaient pas en faveur d’une définition globale du mot «établissement». Puis il a affirmé que, dans la mesure où l’OPS de 1986 propose une définition fonctionnelle de ce mot, et dans la mesure où l’article 11 de la LCDP

the basis for comparing work of equal value in determining whether there is wage discrimination, collective agreements are relevant to a determination of the existence of a single "establishment".

[34] Although the general corporate policies established under retained management rights and statutory obligations, such as human rights policies, are relevant, the search for common personnel and wage policies does not stop there.

[35] The Tribunal concluded (at paragraph 94):

Therefore, a logical and functional definition of "establishment" in the context of section 11 of the CHRA as "guided" by the ambiguous provisions of section 10 of the E.W.G., 1986, would be that establishments can be defined as functional units where employees are covered by common wage and personnel policies, including general human resources policies, but not excluding consideration of collective agreements in unionized workplaces.

[36] The Tribunal also stated it would have reached the same conclusion even if the EWG 1986 were binding. Finally, the Tribunal noted this interpretation preserves the coherence between the CHRA and the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2].

(f) Application of the Tribunal's interpretation of "establishment" to the respondent companies.

[37] The Tribunal noted that much of the Commission and complainant's evidence would result in most employers covered by section 11 of the CHRA being a single establishment. However, section 11 and subsection 11(3) demonstrate Parliament's intent that employers may have more than one establishment.

[38] The Tribunal commented that all three groups, the pilots, flight attendants, and technical operations personnel, have had three certified bargaining units for many years, and each group has its own collective agreement. In certifying these bargaining units, the Canada Labour Relations Board had to consider

considère l'«établissement» comme l'instrument de comparaison de tâches similaires pour savoir s'il y a discrimination salariale, les conventions collectives sont utiles pour savoir si l'on est en présence d'un «établissement» unique.

[34] Les politiques globales établies en vertu des droits résiduels de la direction et en vertu d'obligations réglementaires, par exemple les politiques en matière de droits de la personne, sont utiles, mais la recherche de politiques communes en matière de personnel et de salaires ne s'arrête pas là.

[35] Le Tribunal a conclu ainsi (au paragraphe 94):

Par conséquent, une définition logique et fonctionnelle du terme «établissement» dans le contexte de l'article 11 de la LCDP tel qu'«influencé» par les dispositions ambiguës de l'article 10 de l'OPS, 1986, serait que les établissements sont des unités fonctionnelles où les employés sont soumis à des politiques communes des salaires et du personnel, y compris les politiques générales des ressources humaines, mais sans exclure l'examen des conventions collectives dans les lieux de travail syndiqués.

[36] Le Tribunal a aussi déclaré qu'il serait arrivé à la même conclusion si l'OPS de 1986 s'était imposée à lui. Finalement, il a noté que cette interprétation préservait la cohérence entre la LCDP et le *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2].

f) Application aux sociétés défenderesses de l'interprétation du mot «établissement» donnée par le Tribunal.

[37] Le Tribunal a fait observer que nombre des preuves produites par la Commission et par le plaignant auraient pour résultat que, dans la plupart des cas, un employeur visé par l'article 11 de la LCDP serait un établissement unique. Cependant, l'article 11 et le paragraphe 11(3) montrent que, dans l'esprit du législateur, un employeur peut avoir plus d'un établissement.

[38] Le Tribunal a fait observer que les trois groupes, savoir les pilotes, les agents de bord et le personnel des opérations techniques, avaient depuis de nombreuses années trois unités accréditées de négociation et que chaque groupe avait sa propre convention collective. Dans l'accréditation de ces unités de



whether the separate units have a common interest in a number of areas, including wages, hours, and working conditions.

[39] The respondents argued that the bargaining units at their respective companies reflect the mutuality of interests of the employees and the very different working conditions and qualifications of the three groups. They further argued that these units also correspond to the internal divisions in the companies and in the airline industry, which are used for wage comparisons, working conditions, and employment policies.

[40] The Tribunal accepted the respondents' arguments stating (at paragraph 100):

This Tribunal finds that the present bargaining units at Air Canada and Canadian Airlines comprised of pilots, flight attendants and technical operations employees negotiate separate collective agreements which contain the vast majority of the wage and personnel policies applicable to each of the functional branches of the respondent companies. These collective agreements, taken together with the branch specific manuals, prevent the creation of a single establishment comprising the pilots, flight attendants and technical operations at Air Canada and Canadian Airlines. The existence of general human resource policies and common negotiating strategies at each of the respondent companies that may apply to all employees, unless superseded by the relevant collective agreement, cannot by themselves establish a single establishment comprising the pilots, the flight attendants and technical operations at each of the respondent companies.

[41] The Commission and complainant, having failed to demonstrate any semblance of essential personnel and wage policies across bargaining units, had not satisfied the accepted burden and onus of proof.

(g) Does the Tribunal's interpretation of "establishment" comply with general principles of interpretation of human rights laws, including section 11 of the CHRA?

[42] The Tribunal acknowledged the broad, remedial and purposive approach required when interpreting a quasi-constitutional statute like the CHRA. However,

négociation, le Conseil canadien des relations de travail devait se demander si les unités distinctes avaient des intérêts communs dans plusieurs domaines, notamment les salaires, les heures de travail et les conditions de travail.

[39] Les défenderesses ont soutenu que les unités de négociation de leurs entreprises respectives reflétaient la communauté d'intérêts des employés et les conditions de travail et qualités requises très différentes chez les trois groupes. Elles ont d'ailleurs avancé que ces unités correspondent aussi aux divisions internes des entreprises et de l'industrie du transport aérien, divisions qui servent aux comparaisons salariales, aux conditions de travail et aux politiques d'emploi.

[40] Le Tribunal a accepté les arguments des défenderesses, en déclarant (au paragraphe 100):

Le présent Tribunal juge que les unités de négociation actuelles à Air Canada et aux Lignes aériennes Canadien formées de pilotes, d'agents de bord et d'employés des opérations techniques négocient des conventions collectives séparées qui contiennent une vaste majorité des pratiques des salaires et du personnel applicables à chacun des secteurs fonctionnels des compagnies intimées. Ces conventions collectives, jointes aux manuels propres à chaque secteur, empêchent la création d'un même établissement comprenant les pilotes, les agents de bord et les opérations techniques à Air Canada et aux Lignes aériennes Canadien. L'existence de politiques générales des ressources humaines et de stratégies de négociation communes chez chacune des compagnies intimées, applicables à tous les employés, à moins qu'elles ne soient remplacées par la convention collective pertinente, ne peut en elle-même établir un établissement unique comprenant les pilotes, les agents de bord et les opérations techniques chez chacune des compagnies intimées.

[41] La Commission et le plaignant n'ayant pu démontrer aucune similitude des politiques essentielles en matière de personnel et de salaires parmi les diverses unités de négociation, ils n'avaient donc pas apporté la preuve requise.

(g) L'interprétation du mot «établissement» par le Tribunal cadre-t-elle avec les principes généraux d'interprétation des lois relatives aux droits de la personne, notamment l'article 11 de la LCDP?

[42] Le Tribunal a reconnu qu'une loi quasi constitutionnelle telle que la LCDP requiert une interprétation libérale, réparatrice et téléologique. Toutefois, il a

it also noted there are limits to this approach. To accept the meaning of “establishment” in section 11 of the CHRA that the Commission and CUPE argued, the Tribunal would ultimately be rewriting section 11 by allowing a corporate definition of “establishment”. Any rewriting of section 11 is for Parliament, not for the Tribunal to carry out. The Tribunal also rejected the respondents’ interpretation of establishment, that it be given the same meaning as “industrial establishment”, as found in the regulations [*Canada Labour Standards Regulations*, C.R.C., c. 986, Sch. I (as am. by SOR/91-461)] passed pursuant to Part III of the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2].

[43] Finally, in response to the Commission and CUPE arguments regarding systemic discrimination against women in occupationally segregated workplaces the Tribunal wrote (at paragraph 105):

. . . if presented in Parliament and other fora, could well justify a legislative amendment to the CHRA which would eliminate the concept of establishment. This being stated, it must equally be firmly stated that it was beyond the mandate of this Tribunal to examine systemic discrimination against women in occupationally segregated workplaces under the CHRA in general and from that examination proceed to redefine the concept of establishment under section 11 of the CHRA which would counter such systemic discrimination. This is essentially a legislative function.

[44] Finally, the Tribunal commented that essentially CUPE had been unable, through collective bargaining, to integrate principles of equal pay for work of equal value into wage settlements with flight attendants in the collective agreement, so was now trying to put this principle into force through section 11 of the CHRA. However, the definition of establishment stands in the way. The Tribunal agreed that while redrafting section 11 of the CHRA may be desirable, that task was for Parliament.

#### Conclusion

[45] The Tribunal concluded the three employee groups did not form a single establishment for the

aussi noté qu’une telle interprétation présente des limites. S’il devait accepter la signification préconisée par la Commission et le SCFP pour le mot «établissement», à l’article 11 de la LCDP, le Tribunal se trouverait à reformuler l’article 11 en autorisant une définition globale de ce mot. C’est au législateur et non au Tribunal qu’il appartient de reformuler l’article 11. Le Tribunal a aussi rejeté l’interprétation du mot «établissement» avancée par les défenderesses, qui voulaient lui donner le même sens qu’à l’expression «établissement» apparaissant dans le règlement [*Règlement du Canada sur les normes du travail*, C.R.C., ch. 986, ann. I (mod. par DORS/91-461)] pris conformément à la partie III du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2].

[43] Finalement, à propos des arguments de la Commission et du SCFP concernant la discrimination systémique à l’endroit des femmes qui occupent des emplois marqués par le cloisonnement professionnel, le Tribunal a dit que ces arguments (au paragraphe 105):

[. . .] s’ils étaient soumis au Parlement ou à d’autres forums, pourraient fort bien justifier une modification de la LCDP qui éliminerait le concept d’établissement. Cela dit, il faut également souligner qu’il n’entre pas dans les prérogatives du présent Tribunal d’examiner la discrimination systémique à l’endroit des femmes dans des lieux de travail professionnellement cloisonnés aux termes de la LCDP en général, et à partir de cet examen de redéfinir le concept d’établissement aux termes de l’article 11 de la LCDP de manière à éliminer pareille discrimination. Il s’agit là essentiellement d’une fonction législative.

[44] Finalement, le Tribunal a expliqué que, fondamentalement, le SCFP n’avait pu, par la négociation collective, intégrer le principe de la parité salariale dans des accords salariaux avec les agents de bord visés par la convention collective, et qu’il essayait maintenant de mettre ce principe en application au moyen de l’article 11 de la LCDP. Cependant, la définition du mot «établissement» y faisait obstacle. Le Tribunal a reconnu que, même s’il était sans doute souhaitable de reformuler l’article 11 de la LCDP, cette tâche relevait du législateur.

#### Conclusion

[45] Le Tribunal a conclu que les trois groupes d’employés ne formaient pas un établissement unique

purposes of section 11 of the CHRA at either of the respondent companies.

#### Issues

[46] 1. Did the Tribunal err in law in its interpretation of “establishment” in section 11 of the CHRA?

(a) Did the Tribunal err in law in its interpretation of section 10 of the EWG 1986?

(i) Specifically, does the phrase “notwithstanding any collective agreement” in section 10 preclude a consideration of collective agreements?

(ii) Does section 10 of the EWG 1986 restrict the definition of establishment to employees subject to a common personnel and wage policy?

(b) Did the Tribunal breach the principles of natural justice by refusing to hear evidence relating to systemic wage discrimination and occupational segregation?

(c) Did the Tribunal fail to give effect to the purpose of the CHRA in arriving at its interpretation of establishment?

(d) Did the Tribunal place undue reliance on Hansard evidence?

(e) Did the Tribunal err in interpreting establishment so as to maintain coherence between the CHRA and the *Canada Labour Code*?

2. Did the Tribunal err in law in concluding that it was not bound by the EWG 1986?

#### Standard of Review

[47] The standard of review of the Tribunal’s decision with respect to an issue of statutory interpretation, a question of law, is well established in the jurisprudence. As stated by Evans J. (as he then was) in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146 (T.D.), at paragraph 73:

aux fins de l’article 11 de la LCDP, à l’une ou l’autre des sociétés défenderesses.

#### Questions

[46] 1. Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit dans sa manière d’interpréter le mot «établissement», à l’article 11 de la LCDP?

a) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit dans sa manière d’interpréter l’article 10 de l’OPS de 1986?

(i) Plus précisément, l’expression «indépendamment des conventions collectives», à l’article 10, empêche-t-elle une prise en compte des conventions collectives?

(ii) L’article 10 de l’OPS de 1986 limite-t-il la définition du mot «établissement» aux employés visés par une politique commune en matière de personnel et de salaires?

b) Le Tribunal a-t-il contrevenu aux principes de justice naturelle lorsqu’il a refusé d’entendre la preuve se rapportant à la discrimination salariale systémique et au cloisonnement professionnel?

c) Le Tribunal a-t-il négligé de donner effet à l’objet de la LCDP dans son interprétation du mot «établissement»?

d) Le Tribunal s’est-il appuyé indûment sur la preuve constituée par le harsard?

e) Le Tribunal a-t-il commis une erreur lorsqu’il a interprété le mot «établissement» de manière à préserver la cohérence entre la LCDP et le *Code canadien du travail*?

2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en affirmant qu’il n’était pas lié par l’OPS de 1986?

#### Norme de contrôle

[47] La norme de contrôle de la décision du Tribunal lorsqu’il s’agit d’interprétation législative, donc d’une question de droit, est bien établie en jurisprudence. Comme l’affirmait le juge Evans (sa fonction à l’époque) dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 73:

The standard of review to be applied to the Tribunal's interpretation of its enabling legislation is not open for debate in this Court. The Supreme Court of Canada has firmly established that the doctrine of curial deference does not apply to tribunals' interpretation of human rights legislation, including the *Canadian Human Rights Act*, and that it is the function of the reviewing court to interpret for itself the provisions of the Act that are in dispute: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554. This means that, if the reviewing court's interpretation differs from that of the Tribunal, then the Tribunal has erred in law and its decision is liable to be set aside.

[48] In the present case, although the Tribunal's process included fact finding, none of its findings of fact were challenged by the applicants on the application for judicial review. Accordingly, it is not necessary to comment on the applicable standard of review regarding the Tribunal's findings of fact.

Issue 1: Did the Tribunal err in law in its interpretation of "establishment" in section 11 of the CHRA?

[49] Before turning to the five questions to be addressed within the scope of this issue, a brief history of the introduction and use of the word "establishment" in section 11 of the CHRA and its subsequent definition in section 10 of the EWG 1986 is useful.

[50] The CHRA was enacted in 1977. The use of the word "establishment" in section 11 of the CHRA came to be understood and defined in geographical terms. Specifically, a geographical definition was adopted to address the fact that in Canada, people performing work of equal value could be paid differently depending on the region in which they lived. As the Commission stated in the Report of the Task Force on Equal Pay, *Equal Pay for Work of Equal Value*, (Ottawa: Canadian Human Rights Commission, March 1978) at page 11:

The introduction of the word "establishment" in Section 11 was deemed to be an attempt to introduce the factor of

Le choix de la norme de contrôle applicable à l'interprétation par le tribunal de sa loi habilitante ne peut pas être débattu devant cette Cour. La Cour suprême du Canada a clairement établi que le principe de la retenue judiciaire ne s'appliquait pas à l'égard de l'interprétation donnée par les tribunaux administratifs aux dispositions législatives en matière de droits de la personne, y compris les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et qu'il incombait à la cour de révision d'interpréter elle-même les dispositions de la Loi qui font l'objet du litige: *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554. Cela signifie que, si l'interprétation de la cour de révision est différente de celle du tribunal, il s'ensuit que le tribunal a commis une erreur de droit et que sa décision est susceptible d'être annulée.

[48] En l'espèce, même si le processus du Tribunal englobait un travail d'établissement des faits, aucune de ses conclusions de fait n'a été contestée par les demandeurs dans la demande de contrôle judiciaire. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'en dire davantage sur la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait du Tribunal.

Question 1: Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit dans sa manière d'interpréter le mot «établissement», à l'article 11 de la LCDP?

[49] Avant de passer aux cinq points à examiner dans le cadre de cette question, il est utile de faire un bref historique de l'adoption et de l'utilisation du mot «établissement», à l'article 11 de la LCDP, et de sa définition ultérieure dans l'article 10 de l'OPS de 1986.

[50] La LCDP a été édictée en 1977. Le mot «établissement», à l'article 11 de la LCDP, a au fil du temps été compris et défini en termes géographiques. Plus exactement, une définition géographique a été adoptée en reconnaissance du fait que, au Canada, les travailleurs qui exécutent des tâches de valeur égale pouvaient être rémunérés différemment selon la région où ils vivaient. Comme la Commission le mentionnait dans le Rapport du Groupe de travail sur l'égalité de rémunération, *Rémunération égale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes*, (Ottawa: Commission canadienne des droits de la personne, mars 1978), à la page 15:

On a considéré que l'introduction du terme «établissement» dans l'Article 11 constituait une tentative d'adoption,

regional differences in wage levels as a legitimate reason for differences in wages between employees.

The geographical definition of establishment lasted from 1977 to 1986.

[51] In 1984, Justice Abella released the Commission of Inquiry Report on Equality in Employment (*Report of the Commission on Equality in Employment*, Ottawa: Supply and Services Canada, October 1984) (Commissioner: R. S. Abella J.). In this report, Justice Abella specifically called for the elimination of “establishment” within section 11 of the CHRA.

[52] In 1986, the EWG 1986 were introduced. Rather than maintaining a geographical definition of establishment, paragraph 16(j) was added to the Guidelines. Paragraph 16(j) states the following:

16. For the purpose of subsection 11(3) of the Act, a difference in wages between male and female employees performing work of equal value in an establishment is justified by

...

(j) regional rates of wages, where the wage scale that applies to the employees provides for different rates of wages for the same job depending on the defined geographic area of the workplace.

[53] As mentioned above, section 10 of the EWG 1986 was also introduced at this time, attempting to give meaning to the word “establishment” in section 11 of the CHRA.

[54] Before the final version of section 10 of the EWG 1986 was adopted, the Commission circulated its first draft of the guidelines in its paper *Background Notes on Proposed Guidelines: Equal Pay for Work of Equal Value* (Ottawa: Canadian Human Rights Commission, March 1985). The Commission indicated in the paper that it proposed to adopt a functional definition of establishment. The draft guidelines read as follows (at page 22):

comme motif légitime de différences de salaire entre les employés, du facteur des différences régionales dans le niveau des salaires.

La définition géographique du mot «établissement» a subsisté de 1977 à 1986.

[51] En 1984, le juge Abella rendait public le Rapport de la Commission d'enquête sur l'égalité en matière d'emploi (*Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, octobre 1984) (Commissaire: le juge R. S. Abella). Dans ce rapport, le juge Abella appelait expressément à l'élimination du mot «établissement» de l'article 11 de la LCDP.

[52] En 1986, était prise l'OPS de 1986. Plutôt que de maintenir une définition géographique du mot «établissement», on ajouta l'alinéa 16(j) à l'ordonnance. L'alinéa 16(j) est rédigé ainsi:

16. Pour l'application du paragraphe 11(3) de la Loi, les facteurs suivants sont reconnus raisonnables pour justifier la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent dans le même établissement des fonctions équivalentes:

[. . .]

j) les variations salariales régionales, dans les cas où le régime salarial applicable aux employés prévoit des variations de salaire pour un même travail selon la région où est situé le lieu de travail.

[53] Comme il est indiqué ci-dessus, l'article 10 de l'OPS de 1986 fut lui aussi adopté à cette époque, afin de donner une signification au mot «établissement», à l'article 11 de la LCDP.

[54] Avant l'adoption de la version finale de l'article 10 de l'OPS de 1986, la Commission avait distribué sa première ébauche de l'ordonnance dans son document intitulé *Notes d'information sur l'ordonnance proposée: l'égalité de rémunération pour les fonctions équivalentes* (Ottawa: Commission canadienne des droits de la personne, mars 1985). La Commission indiquait dans le document qu'elle se proposait d'adopter une définition fonctionnelle du mot «établissement». Le projet d'ordonnance était rédigé ainsi (à la page 22):

Employees of an employer shall be considered to be in the same establishment when they are subject to a common set of personnel and compensation policies, regulations and procedures; and when these policies, regulations and procedures are developed and controlled centrally even though their administration may be delegated to smaller units of organization.

[55] This draft was sent to those affected by the guidelines for comments. The Public Service Alliance of Canada, for example, stated the following:

While we appreciate the C.H.R.C.'s attempt to remove geographic considerations from the determination of establishment, we do have a number of concerns about the proposed guidelines in this area.

We do not feel that the dual requirement of "a common set of personnel and compensation policies, regulations and procedures" and central control of these is appropriate since the interpretation could be made that employees in different bargaining units and/or excluded employees have differing sets of such policies, regulations and procedures.

We would prefer that the recommendation of the Commission on Equality be adopted and all reference to establishment be dropped from Section 11. [Letter from Daryl Bean, National President, PSAC, to R. G. L. Fairweather, Chief Commissioner, CHRC, June 26, 1985, Ottawa.]

[56] Despite the concern voiced by PSAC and others that "establishment" could be defined by bargaining units and collective agreements, the word "establishment" remained in section 11 of the CHRA. However, the wording of section 10 of the EWG 1986 was changed to ensure that comparisons across bargaining units would not be precluded.

Issue 1(a): Did the Tribunal err in its interpretation of section 10 of the EWG 1986?

(i) Specifically, does the phrase "notwithstanding any collective agreement" in section 10 preclude a consideration of collective agreements?

[57] At the core of this dispute is the relevance of collective agreements for the purpose of identifying

On considérera que les employés d'un employeur font partie du même établissement lorsqu'ils sont visés par un ensemble commun de directives, de règlements et de procédures; et lorsque ces directives, ces règlements et ces procédures sont élaborés et contrôlés centralement, même si leur administration est déléguée à de plus petites unités organisationnelles.

[55] Ce projet fut envoyé aux personnes concernées par l'ordonnance pour qu'elles fassent connaître leurs réactions. Ainsi, l'Alliance de la fonction publique du Canada avait déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Nous comprenons la volonté de la CCDP de supprimer de la définition du mot «établissement» les considérations géographiques, mais le projet d'ordonnance nous cause à cet égard quelques inquiétudes.

Nous ne croyons pas que l'exigence double d'«un ensemble commun de directives, de règlements et de procédures en matière de personnel et de rémunération» et d'un contrôle central de ces directives, règlements et procédures soit souhaitable étant donné qu'il serait possible d'affirmer que les employés de diverses unités de négociation et/ou les employés exclus ne font pas l'objet des mêmes ensembles de directives, règlements et procédures.

Nous préfererions que la recommandation de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi soit adoptée et que toute mention du mot «établissement» soit retirée de l'article 11. [Lettre de Daryl Bean, président national, AFPC, à R.G.L. Fairweather, président, CCDP, 26 juin 1985, Ottawa.]

[56] Malgré l'inquiétude exprimée par l'AFPC et autres, selon laquelle le mot «établissement» pouvait être défini par des unités de négociation et des conventions collectives, le mot «établissement» est demeuré dans l'article 11 de la LCDP. Cependant, le libellé de l'article 10 de l'OPS de 1986 fut modifié de manière à ne pas faire obstacle aux comparaisons entre unités de négociation.

Question 1a): Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans sa manière d'interpréter l'article 10 de l'OPS de 1986?

(i) Plus précisément, l'expression «indépendamment des conventions collectives», à l'article 10, empêche-t-elle une prise en compte des conventions collectives?

[57] Le cœur de ce différend concerne l'utilité des conventions collectives pour définir les employés au

the employees of an employer subject to a common personnel and wage policy. As noted earlier, the Tribunal concluded section 10 does not preclude a consideration of collective agreements, nor does it restrict the definition of “establishment” to those employees subject to a common personnel and wage policy. For ease of reference, section 10 is repeated here:

10. For the purpose of section 11 of the Act, employees of an establishment include, notwithstanding any collective agreement applicable to any employees of the establishment, all employees of the employer subject to a common personnel and wage policy, whether or not such a policy is administered centrally.

[58] The Tribunal found that section 10 was not free of ambiguity; if the drafters had intended to exclude any consideration of collective agreements, clear language, such as, “notwithstanding any collective agreement to the contrary” could have been used.

[59] The respondents submit the Tribunal’s interpretation of “notwithstanding any collective agreement” is correct. They contend section 10 of the EWG 1986 mandates a factual inquiry into the existence of a common personnel and wage policy that includes a consideration of personnel and wage policies, both inside and outside the scope of collective agreements.

[60] The applicants maintain that section 10 of the EWG 1986 clearly precludes any consideration of collective agreements. They submit the additional words “to the contrary” are not necessary. According to the applicants, “notwithstanding” in subsections 9(2) and 11(1) of the CHRA is intended to indicate an exception “to the contrary” with respect to an earlier provision. In their view, since the meaning of these two subsections is unambiguous, the drafters found it unnecessary and superfluous to include the words “to the contrary” in section 10 of the EWG 1986. They argue the Tribunal’s interpretation of “notwithstanding” is contrary to the principle of statutory interpretation embodied in section 16 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] which provides:

service d’un employeur qui sont visés par une politique commune en matière de personnel et de salaires. Comme on l’a vu précédemment, le Tribunal a conclu que l’article 10 n’empêche pas une prise en compte des conventions collectives ni ne limite la définition du mot «établissement» aux employés visés par une politique commune en matière de personnel et de salaires. Le texte de l’article 10 est repris ici, par commodité:

10. Pour l’application de l’article 11 de la Loi, les employés d’un établissement comprennent, indépendamment des conventions collectives, tous les employés au service de l’employeur qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires, que celle-ci soit ou non administrée par un service central.

[58] Le Tribunal a jugé que l’article 10 n’était pas exempt d’ambiguïtés; si les rédacteurs avaient voulu exclure toute prise en compte des conventions collectives, un langage clair, par exemple «indépendamment des conventions collectives contraires», aurait pu être employé.

[59] Selon les défenderesses, l’interprétation de «indépendamment des conventions collectives» donnée par le Tribunal est exacte. Elles affirment que l’article 10 de l’OPS de 1986 appelle une enquête factuelle sur l’existence d’une politique commune en matière de personnel et de salaires, une enquête qui englobe une prise en compte des politiques du genre, tant à l’intérieur qu’à l’extérieur du champ des conventions collectives.

[60] Les demandeurs soutiennent que l’article 10 de l’OPS de 1986 empêche clairement toute prise en compte de conventions collectives. Ils affirment que le mot additionnel «contraires» n’est pas nécessaire. Selon les demandeurs, en ce qui concerne les paragraphes 9(2) et 11(1) de la LCDP, le mot «*notwithstanding*», dans la version anglaise, vise à indiquer une disposition «contraire» à une disposition antérieure. À leur avis, puisque le sens de ces deux paragraphes est tout à fait clair, les rédacteurs ont jugé inutile et superflu d’inclure le mot «contraires» à l’article 10 de l’OPS de 1986. Ils soutiennent que l’interprétation de «indépendamment» ou «*notwithstanding*» donnée par le Tribunal est contraire au principe d’interprétation législative énoncé à l’article 16 de la *Loi d’interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21], rédigé ainsi:

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

[61] I do not find this argument persuasive. While I agree that “notwithstanding” in subsections 9(2) and 11(1) indicates an exception to an earlier provision, in my view it does nothing more than create that exception. In *Engineered Buildings Ltd. and City of Calgary, Re* (1966), 57 D.L.R. (2d) 322, at page 325 the Alberta Supreme Court, Appellate Division held that “notwithstanding anything in this Act” means “that where the facts come within that subsection no other part of the Act applies”. Similarly, in *Mitchell (Re)* (1996), 25 B.C.L.R. (3d) 249, at paragraph 17 the British Columbia Supreme Court concluded that “a provision beginning with ‘notwithstanding X’ creates an exception to X”.

[62] To construe “notwithstanding” as including the additional meaning of “to the contrary” would require that the word notwithstanding was being used to resolve an inconsistency or conflict between the relevant provisions. But in the provisions referred to by the applicants, no such inconsistencies or conflicts exist. Therefore, the use of “notwithstanding” in these instances signals only an exception to an earlier provision. Subsection 11(1) states it is a discriminatory practice to maintain different wages for male and female employees performing work of equal value. Subsection 11(4) simply creates an exception where certain facts exist, namely, if the difference in wages is based on a factor prescribed by the EWG 1986. Similarly, subsection 9(1) provides that it is a discriminatory practice for an employee organization to exclude, expel, or suspend an individual from membership in the organization on a prohibited ground of discrimination. Subsection 9(2) creates an exception where the individual has reached normal retirement age.

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

[61] Je ne trouve pas cet argument convaincant. Je reconnais que le mot «*notwithstanding*», dans la version anglaise des paragraphes 9(2) et 11(1), indique une exception à une disposition antérieure, mais à mon sens il ne fait rien de plus qu'établir cette exception. Dans l'affaire *Engineered Buildings Ltd. and City of Calgary, Re* (1966), 57 D.L.R. (2d) 322, à la page 325, la Cour suprême de l'Alberta, Division d'appel, a jugé que les mots [TRADUCTION] «monobstant toute autre disposition de la présente Loi» signifient: «lorsque les faits relèvent du paragraphe, aucune autre disposition de la Loi n'est applicable». De même, dans l'affaire *Mitchell (Re)* (1996), 25 B.C.L.R. (3d) 249, au paragraphe 17, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que [TRADUCTION] «une disposition qui commence par «nonobstant X» établit une exception à X».

[62] Interpréter les mots «indépendamment», «*notwithstanding*» ou «nonobstant» comme englobant le mot «contraires» impliquerait que le mot «indépendamment» était utilisé pour résoudre une incohérence ou une contradiction entre les dispositions considérées. Mais, dans les dispositions mentionnées par les demandeurs, il n'existe aucune telle incohérence ou contradiction. Par conséquent, l'emploi du mot «*notwithstanding*» (nonobstant) dans ces cas ne signale qu'une exception à une disposition antérieure. Le paragraphe 11(1) dit que constitue un acte discriminatoire le fait de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes. Le paragraphe 11(4) établit simplement une exception lorsque certains faits sont constatés, à savoir lorsque la disparité salariale est fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par l'OPS de 1986. De même, le paragraphe 9(1) dit que constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait pour une organisation syndicale d'empêcher une adhésion, ou d'expulser ou de suspendre un adhérent. Le paragraphe 9(2) établit une exception dans les cas où l'individu a atteint l'âge normal de la retraite.



[63] Accordingly, I reject the applicants' submission that the phrase "notwithstanding any collective agreement" should be read to mean "notwithstanding any collective agreement to the contrary".

[64] The applicants also take the position that the Tribunal's interpretation of section 10 does not give effect to the plain meaning of the word "notwithstanding", which is "in spite of" or "without prevention by". They argue that "notwithstanding any collective agreement", therefore, means that the contents of collective agreements are of no relevance and should be ignored in the inquiry into the existence of common personnel and wage policies.

[65] According to the *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 1993 ed., "notwithstanding" means "In spite of, without regard to or prevention by". The courts, in a number of instances, have accepted that the plain meaning of "notwithstanding" is "in spite of". (See, for example: *Money v. Alberta (Registrar of Motor Vehicles)* (1995), 170 A.R. 321 (Q.B.); *Mattabi Mines Ltd. v. Mine Assessor* (1990), 72 O.R. (2d) 88 (C.A.); *Engineered Buildings Ltd. and City of Calgary, Re* (1966), 57 D.L.R. (2d) 322 (Alta. S.C. (A.D.)).)

[66] While I accept that the plain meaning of "notwithstanding" is "in spite of", the plain meaning of the word notwithstanding on its own is insufficient to give meaning to its use here. Regard must be had to its contextual use within the provision itself and with respect to the statute to which it applies. The phrase within which the word notwithstanding appears states: "employees of an establishment include, notwithstanding any collective agreement applicable to any employees of the establishment". The "notwithstanding" phrase within the context of section 10 as a whole, simply adds additional information about the "employees of an establishment". The additional information provided is that, even if, the employees are subject to a collective agreement, they are still in the establishment if they are subject to a common personnel and wage policy. Accordingly, section 10 directs an inquiry into the existence of a common

[63] Par conséquent, je rejette l'argument des demandeurs selon lequel les mots «indépendamment des conventions collectives» signifient en réalité «indépendamment des conventions collectives contraires».

[64] Les demandeurs affirment aussi que la manière dont le Tribunal interprète l'article 10 ne donne pas effet au sens ordinaire du mot «indépendamment», qui signifie «en dépit de» ou «sans préjudice de». Ils soutiennent que les mots «indépendamment des conventions collectives» signifient donc que le contenu des conventions collectives est sans importance et devrait être ignoré lorsqu'il s'agit de savoir s'il existe des politiques communes en matière de personnel et de salaires.

[65] D'après les dictionnaires, le mot «indépendamment» signifie «en dépit de, sans égard à (une chose), en faisant abstraction (de quelque chose)». Dans plusieurs cas, les tribunaux ont reconnu que le sens ordinaire de «indépendamment» ou «*notwithstanding*» est «en dépit de». (Voir par exemple: *Money v. Alberta (Registrar of Motor Vehicles)* (1995), 170 A.R. 321 (B.R.); *Mattabi Mines Ltd. v. Mine Assessor* (1990), 72 O.R. (2d) 88 (C.A.); *Engineered Buildings Ltd. and City of Calgary, Re* (1966), 57 D.L.R. (2d) 322 (C.S. Alb., Section d'appel).)

[66] J'admets que le sens ordinaire de «indépendamment» ou «*notwithstanding*» est «en dépit de», mais le sens ordinaire du mot «indépendamment» ne suffit pas à lui seul pour donner une signification à son emploi ici. Il faut tenir compte de son emploi contextuel dans la disposition elle-même, et du texte législatif dans lequel il se trouve. Le membre de phrase dans lequel le mot «indépendamment» apparaît est le suivant: «les employés d'un établissement comprennent, indépendamment des conventions collectives, tous les employés». Le mot «indépendamment», dans le contexte de l'article 10 tout entier, ajoute simplement des renseignements additionnels sur les «employés d'un établissement». Les renseignements additionnels fournis sont que, même si les employés font l'objet d'une convention collective, ils font quand même partie de l'établissement s'ils sont visés par la même politique en matière de personnel et

personnel and wage policy, however, the scope of the inquiry is not circumscribed by collective agreements. The wording of section 10 alone does not preclude any consideration of collective agreements. The inquiry contemplated by section 10 requires an analysis of all the personnel and wage policies applicable to the employees to ascertain if there are commonalities.

[67] However, to ignore the contents of collective agreements for the purpose of identifying employees within the same establishment, which the applicants assert is the correct interpretation of section 10, would lead to inconsistent applications of the definition of wages found in subsection 11(7) of the CHRA, which reads as follows:

11. . . .

(7) For the purposes of this section, "wages" means any form of remuneration payable for work performed by an individual and includes:

- (a) salaries, commissions, vacation pay, dismissal wages and bonuses;
- (b) reasonable value for board, rent, housing and lodging;
- (c) payments in kind;
- (d) employer contributions to pension funds or plans, long-term disability plans and all forms of health insurance plans; and
- (e) any other advantage received directly or indirectly from the individual's employer.

[68] The logical consequence of the applicants' argument would be that wage comparisons for the purpose of subsection 11(1) would include a consideration of all the elements of remuneration listed in subsection 11(7), but at the same time, the search for wage commonalities to determine which employees fall within one establishment would exclude a consideration of the elements of remuneration listed in subsection 11(7) if they were contained in collective agreements.

de salaires. Par conséquent, l'article 10 requiert que l'on s'informe de l'existence d'une politique commune en matière de personnel et de salaires, mais le champ de l'enquête n'est pas circonscrit par les conventions collectives. Le libellé de l'article 10 n'empêche pas à lui seul la prise en compte des conventions collectives. L'enquête visée par l'article 10 requiert une analyse de toutes les politiques en matière de personnel et de salaires qui sont applicables aux employés, afin de voir si elles présentent des points communs.

[67] Cependant, ignorer le contenu des conventions collectives aux fins de recenser les employés compris dans le même établissement, ce qui, d'après les demandeurs, est la bonne manière d'interpréter l'article 10, conduirait à des applications incohérentes de la définition du mot «salaire», au paragraphe 11(7) de la LCDP, rédigé ainsi:

11. (1) [. . .]

(7) Pour l'application du présent article, «salaire» s'entend de toute forme de rémunération payable à un individu en contrepartie de son travail et, notamment:

- a) des traitements, commissions, indemnités de vacances ou de licenciement et des primes;
- b) de la juste valeur des prestations en repas, loyers, logement et hébergement;
- c) des rétributions en nature;
- d) des cotisations de l'employeur aux caisses ou régimes de pension, aux régimes d'assurance contre l'invalidité prolongée et aux régimes d'assurance-maladie de toute nature;
- e) des autres avantages reçus directement ou indirectement de l'employeur.

[68] La conséquence logique de l'argument des demandeurs serait que des comparaisons salariales aux fins du paragraphe 11(1) engloberaient une prise en compte de tous les éléments de rémunération énumérés au paragraphe 11(7), mais simultanément la recherche de similitudes salariales en vue de déterminer quels employés font partie d'un établissement exclurait la prise en considération des éléments de rémunération énumérés au paragraphe 11(7) si tels éléments étaient contenus dans des conventions collectives.

[69] The following example further illustrates the inconsistency that would flow from the applicants' position with respect to collective agreements. At the Tribunal hearing, the applicants identified a number of general policies in place at the respondent companies indicative of a common personnel and wage policy. However, they also acknowledged that some of the general policies on which they wanted to rely could be overridden by collective agreements. How can it be said that a policy is of general application, without looking inside the collective agreements to determine if that "general policy" actually does apply to the group of employees covered by that collective agreement?

[70] Having regard to the plain meaning of section 10 and, in particular, to the inconsistencies which would result from excluding any consideration of collective agreements, the Tribunal was correct in its interpretation that section 10 does not preclude a consideration of the information contained in collective agreements. It must be emphasized, however, that a consideration of the collective agreements forms only part of the analysis required to determine whether employees are subject to a common personnel and wage policy. The inquiry must also include a consideration of all personnel and wage policies found outside the collective agreements.

(ii) Does section 10 of the EWG 1986 restrict the definition of establishment to employees subject to a common personnel and wage policy?

[71] The question remains, however, as to whether definition of "establishment" in section 10 of the EWG 1986 is intended to be exhaustive. The Tribunal held that section 10 did not exclude other definitions of establishment saying "[t]he provisions state that the definition of an establishment includes workplaces which have a common personnel and wage policy whether administered centrally or not".

[69] L'exemple suivant permettra d'illustrer davantage l'incohérence qui découlerait de la position des demandeurs au regard des conventions collectives. À l'audience du Tribunal, les demandeurs ont fait état de plusieurs lignes de conduite générales en vigueur chez les sociétés défenderesses, lignes de conduite qui révélaient l'existence d'une politique commune en matière de personnel et de salaires. Cependant, ils ont aussi reconnu que certaines des lignes de conduite générales sur lesquelles ils entendaient se fonder pouvaient être supplantées par des conventions collectives. Comment peut-on affirmer qu'une ligne de conduite est d'application générale, sans examiner les conventions collectives pour savoir si cette «ligne de conduite générale» s'applique effectivement au groupe d'employés visés par cette convention collective?

[70] Eu égard au sens ordinaire de l'article 10 et en particulier aux incohérences qui résulteraient d'une absence de prise en considération des conventions collectives, le Tribunal a eu raison d'affirmer que l'article 10 ne fait pas obstacle à une prise en compte des renseignements figurant dans les conventions collectives. Il convient de souligner toutefois qu'une prise en compte des conventions collectives ne forme qu'une partie de l'analyse requise pour savoir si des employés sont visés par une politique commune en matière de personnel et de salaires. Il importe de tenir compte aussi de toutes les politiques en matière de personnel et de salaires qui sont externes aux conventions collectives.

(ii) L'article 10 de l'OPS de 1986 limite-t-il la définition du mot «établissement» aux employés visés par une politique commune en matière de personnel et de salaires?

[71] Il faut encore se demander cependant si la définition du mot «établissement», à l'article 10 de l'OPS de 1986, est une définition limitative. Le Tribunal a jugé que l'article 10 n'excluait pas d'autres définitions du mot «établissement», affirmant: «les dispositions indiquent que la définition d'un établissement englobe les lieux de travail qui appliquent la même politique en matière de personnel et de salaires, que cette politique soit ou non administrée par un service central».

[72] The respondents point out that since section 10 states “employees of an establishment include” [emphasis added] and not includes the definition is restricted to those employees subject to a common personnel and wage policy. The applicants maintain, however, that being cognizant of the limitations surrounding the functional definition of establishment, the Commission must have intended to define establishment in a manner that included, but was not restricted to, employees subject to a common personnel and wage policy.

[73] While I accept that as a result of the consultation process, the Commission was aware of the concerns regarding a functional definition of establishment, there is no evidence to indicate that the Commission intended to give “establishment” in section 10 anything other than a functional definition. Having regard to the use of the word “include” rather than “includes”, it is clear that the subject of the verb “include” is “employees”. The grammatical and ordinary meaning of the text is that “employees of an establishment” include those employees subject to a common personnel and wage policy. There is no ambiguity in the language of the section 10 that would lead to the conclusion that other definitions of establishment were contemplated.

[74] Although, I disagree with the Tribunal’s interpretation of section 10 in this regard, since the Tribunal’s interpretation of establishment is, in the result, a functional definition of establishment, the error is not material to the outcome of this judicial review.

Issue 1(b): Did the Tribunal breach the principles of natural justice by refusing to hear evidence relating to systemic wage discrimination and occupational segregation?

[75] During the hearing, the Tribunal ruled on the admissibility of certain evidence regarding occupational segregation and its relationship to systemic wage discrimination. When Mr. Durber, a witness for the Commission, began to testify about issues of

[72] Les défenderesses font observer que, puisque l’article 10 dit «les employés d’un établissement comprennent» [soulignement ajouté], et non comprend, la définition se limite aux employés qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires. Les demandeurs affirment cependant que, consciente des limites entourant la définition fonctionnelle du mot «établissement», la Commission a dû vouloir définir ce mot d’une manière qui englobait, mais sans y être limité, les employés visés par la même politique en matière de personnel et de salaires.

[73] Je reconnais que, à la suite du processus de consultation, la Commission était consciente des inquiétudes suscitées par une définition fonctionnelle du mot «établissement», mais rien ne laisse croire que la Commission voulait donner au mot «établissement», à l’article 10, autre chose qu’une définition fonctionnelle. Eu égard à l’emploi du mot «comprennent» plutôt que «comprend», il est clair que le sujet du verbe «comprennent» est «employés». Le sens grammatical et ordinaire du texte est que «les employés d’un établissement» comprennent les employés qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires. Il n’y a dans le libellé de l’article 10 aucune ambiguïté qui permette de conclure que d’autres définitions du mot «établissement» étaient envisagées.

[74] Je ne souscris pas à cet égard à l’interprétation de l’article 10 donnée par le Tribunal, mais, puisque l’interprétation du mot «établissement» donnée par le Tribunal est en définitive une définition fonctionnelle de ce mot, l’erreur n’est pas fatale pour l’issue de ce contrôle judiciaire.

Question 1b): Le Tribunal a-t-il contrevenu aux principes de justice naturelle lorsqu’il a refusé d’entendre la preuve se rapportant à la discrimination salariale systémique et au cloisonnement professionnel?

[75] Durant l’audience, le Tribunal a statué sur la recevabilité de certaines preuves portant sur le cloisonnement professionnel et sur sa relation avec la discrimination salariale systémique. Lorsque M. Durber, un témoin de la Commission, a commencé de témoigner

occupational segregation, the respondents objected, arguing it was not relevant to the issue of “establishment”, but went instead to the merits of the case. The Tribunal ruled against the admission of the evidence stating:

This Tribunal was established with one primary mandate and that is to determine the meaning of “establishment” within section 11 of the Canadian Human Rights Act. The process of this Tribunal could come to a grinding halt if, in the process of determining what is the meaning of “establishment”, so called contextual issues have to be brought into the evidentiary process. There could be no end to the issues that could be brought in and we could be here for a very long time.

For that reason, this Tribunal determines that it will fulfill its mandate by accepting only evidence related to establishment and any contextual argumentation can take place in the course of legal argument. We are a specialized Tribunal. We have the ability to understand context. It is for that reason we will only accept evidence relating to the meaning of “establishment” within the terms of our mandate and our letters of appointment. [Hearing transcript, at pp. 745-746.]

[76] The applicants submit that by refusing to hear the evidence, the Tribunal breached the principles of natural justice. They rely on the Supreme Court of Canada’s reasoning in *Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106, et al.*, [1982] 2 S.C.R. 888, at page 904, which held that “a refusal to hear admissible and relevant evidence is so clear a case of excess or refusal to exercise jurisdiction that it needs no further comment”. The applicants advanced the position that although the CHRA confers on the Tribunal a wide jurisdiction with respect to the receipt of evidence, this authority does not extend to the exclusion of relevant evidence. The applicants state that since the purpose of section 11 of the CHRA is to redress systemic wage discrimination, contextual evidence is essential to understand and interpret “establishment”. The applicants also argue the Tribunal erred in law by excluding the evidence for an improper purpose, namely, that to hear it would require an excessive amount of time.

sur les questions de cloisonnement professionnel, les défenderesses ont fait une objection, affirmant que cet aspect n’intéressait pas la question de l’«établissement», mais s’en sont tenues plutôt au fond de l’affaire. Le Tribunal a déclaré les preuves irrecevables:

[TRADUCTION] Le Tribunal a été établi avec un mandat principal, celui de déterminer le sens de «établissement», à l’article 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne. La procédure du Tribunal pourrait devoir être stoppée si, dans la détermination de ce que signifie le mot «établissement», des questions contextuelles, comme on les appelle, doivent être introduites dans la preuve. Il pourrait n’y avoir aucune fin aux questions qui pourraient ainsi être posées, et il se pourrait que notre travail dure très longtemps.

Pour cette raison, le Tribunal décide qu’il remplira son mandat en n’acceptant que la preuve liée au mot «établissement», et toute question contextuelle pourra être soulevée au cours de l’argumentation juridique. Nous sommes un Tribunal spécialisé. Nous avons la capacité de comprendre le contexte. C’est pourquoi nous n’accepterons que la preuve se rapportant au sens du mot «établissement», conformément à notre mandat et à nos lettres de nomination. [Transcription d’audience, aux p. 745 et 746.]

[76] Les demandeurs affirment que, en refusant d’entendre la preuve, le Tribunal a contrevenu aux principes de justice naturelle. Ils se fondent sur le raisonnement adopté par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d’entrepôts et autres ouvriers, local 106, et autres*, [1982] 2 R.C.S. 888, à la page 904. Selon la Cour suprême, «le refus d’entendre une preuve admissible et pertinente est un cas si net d’excès ou de refus d’exercer sa juridiction qu’il ne nécessite aucune élaboration». Les demandeurs ont fait valoir que, même si la LCDP confère au Tribunal une vaste compétence quant à la recevabilité des preuves, ce pouvoir ne l’autorise pas à exclure des preuves pertinentes. Les demandeurs affirment que, puisque l’objet de l’article 11 de la LCDP est de corriger la discrimination salariale systémique, une preuve contextuelle est essentielle pour bien comprendre et interpréter le mot «établissement». Les demandeurs soutiennent aussi que le Tribunal a commis une erreur de droit en excluant la preuve pour un motif irrégulier, à savoir que l’audition de cette preuve aurait nécessité un temps considérable.

[77] In rebuttal, the respondents argue as follows: first, the Tribunal was correct in its ruling, since the evidence the applicants sought to have admitted was relevant only to the merits of the wage rate discrimination complaint, a matter beyond the Tribunal's mandate. Second, the respondents posit that the Tribunal had permitted the applicants to make full argument on the factors giving rise to systemic wage discrimination, including occupational segregation, and the Tribunal had fully considered them. Third, the witness through whom the Commission sought to tender the evidence had not been qualified as an expert witness.

[78] Before addressing these issues, it is necessary to be aware that prior to the hearing's commencement, the Tribunal was asked to rule on a number of preliminary matters. Specifically, the respondents sought a ruling on the admissibility of expert evidence as to the intention of the legislature regarding the meaning of establishment. The respondents took the position that it should not be admissible. The Tribunal ruled as follows (at paragraph 21):

. . . the parties to this hearing can seek to introduce expert opinion which may extend to aspects of the ultimate issue as long as the experts have been properly qualified by the Tribunal and the Tribunal has determined that such expert opinion could be helpful, relevant, and reliable.

[79] At the hearing, the Commission sought to have Mr. Durber, the Director of the investigations into the complaints at issue in these proceedings, qualified as an expert witness. For reasons not relevant to this discussion, the Tribunal refused to qualify Mr. Durber as an expert witness.

[80] At the time of the objection, which resulted in the ruling now under consideration, Mr. Durber was being examined-in-chief on his report on the investigation into the complaint against Air Canada. He was referred to paragraph 8, which dealt with the reasonable grounds for the complaint and, in particular, to his statement that the potential comparators, the machinists and pilots, were groups known to be male. This statement had not been contradicted during the

[77] En réponse, les défenderesses soutiennent ce qui suit: d'abord, le Tribunal a rendu la bonne décision, puisque les preuves que les demandeurs voulaient produire n'intéressaient que le bien-fondé de la plainte de distinction illicite en matière de salaires, ce qui dépassait le mandat du Tribunal. Deuxièmement, les défenderesses affirment que le Tribunal avait autorisé les demandeurs à s'exprimer pleinement sur les facteurs donnant lieu à la discrimination salariale systémique, y compris au cloisonnement professionnel, et le Tribunal les avait dûment étudiés. Troisièmement, le témoin par l'entremise duquel la Commission voulait présenter les preuves n'avait pas les qualités d'un témoin expert.

[78] Avant d'examiner ces aspects, il est nécessaire de savoir que, avant le début de l'audience, le Tribunal avait été prié de statuer sur plusieurs questions préjudicielles. Plus précisément, les défenderesses lui avaient demandé de statuer sur la recevabilité de preuves d'expert quant à l'intention du législateur à propos du sens du mot «établissement». Les défenderesses avaient fait valoir que ces preuves n'étaient pas recevables. Le Tribunal a statué ainsi (au paragraphe 21):

[. . .] les parties à cette audience peuvent tenter d'introduire des avis d'experts qui peuvent s'appliquer à certains aspects du point en litige pourvu que les experts aient été correctement qualifiés par le Tribunal et que celui-ci ait déterminé qu'une telle opinion d'expert est utile, pertinente et fiable.

[79] À l'audience, la Commission a voulu faire déclarer témoin expert M. Durber, directeur des enquêtes à propos des plaintes visées par la présente instance. Pour des raisons qui n'intéressent pas le présent débat, le Tribunal a refusé de reconnaître M. Durber comme témoin expert.

[80] Au moment de l'objection, qui a conduit à la décision maintenant examinée, M. Durber a été soumis à un interrogatoire principal concernant son rapport sur l'enquête relative à la plainte contre Air Canada. Il a été renvoyé au paragraphe 8, qui parlait des motifs raisonnables au soutien de la plainte et, en particulier, à sa déclaration selon laquelle les groupes possibles de référence, à savoir les machinistes et les pilotes, étaient des groupes connus pour être à prédominance

course of the investigation. When questioned on the source of his information regarding the gender predominance of these groups, Mr. Durber stated the first source was the complainants' belief, but then he had taken steps to corroborate that belief. When the applicants' counsel inquired as to what steps were taken, the respondents' counsel objected.

[81] The Tribunal spent a considerable amount of time clarifying the parties' positions regarding the parameters of its mandate and the Commission's position with respect to the relevance of the evidence it wished to lead. Commission counsel stated the evidence was being led to clarify the threshold question of the reasonable grounds for the complaint. Counsel further elaborated their position, stating:

Having made that clarification, the existence of occupational segregation in the groups in question, in the Commission's submission, is relevant to the question of establishment. Yes, it will also be dealt with as part of the *prima facie* case if and when we get to that portion of these proceedings, but, nonetheless, it is relevant to the question of establishment.

It's the Commission's position that the question of occupational segregation generally and occupational segregation in the units in question here—the groups in question here is a very important fact in understanding the place which the term "establishment" takes in the equal pay regime set up under section 11. It's going to be the Commission's position and argument—and I think this is relatively clear from our particulars, which you have—establishment, it's going to be the Commission's argument, operates as a term in the Act to limit the scope of comparisons.

Where you have occupational segregation, how you define that term becomes very important. So, questions and evidence and information relating to occupational segregation, from the Commission's point of view, is relevant and it is important for this Tribunal to receive that evidence.

[82] The Tribunal sought to clarify further the applicants' positions as to whether it was necessary to establish and deal with the concept of occupational segregation before addressing the issue of "establishment". Commission counsel appeared to concede that the Tribunal need not make a finding of occupational segregation before turning to the issue of "establishment".

masculine. Cette déclaration n'avait pas été contredite au cours de l'enquête. Interrogé sur la source de son renseignement selon lequel ces groupes étaient surtout composés d'hommes, M. Durber a déclaré que la première source était la croyance des plaignants, mais qu'il avait ensuite pris des mesures pour confirmer cette croyance. Lorsque les avocats des demandeurs lui ont demandé quelles mesures avaient été prises, l'avocat des défenderesses a fait une objection.

[81] Le Tribunal a consacré un temps considérable à éclaircir les positions des parties concernant les limites de son mandat et la position de la Commission relative à la pertinence de la preuve qu'elle souhaitait produire. L'avocat de la Commission a déclaré que la preuve était produite pour clarifier la question des motifs raisonnables au soutien de la plainte. L'avocat a précisé davantage la position de la Commission:

[TRADUCTION] Ayant apporté cette précision, la Commission est d'avis que l'existence d'un cloisonnement professionnel au sein des groupes concernés intéresse la question de l'établissement. Oui, elle sera également traitée dans le cadre du commencement de preuve le jour où nous arriverons à cette partie de l'instance, mais néanmoins elle intéresse la question de l'établissement.

La Commission est d'avis que la question du cloisonnement professionnel en général et du cloisonnement professionnel dans les unités concernées ici—les groupes concernés ici sont un aspect très important de la compréhension de la place qu'occupe le mot «établissement» dans le régime de parité salariale établi par l'article 11. La position et l'argument que la Commission entend faire valoir—et je crois que cela ressort relativement bien de nos détails, que vous avez maintenant—c'est que le mot établissement employé dans la Loi a pour effet de limiter le champ des comparaisons.

Lorsqu'il existe un cloisonnement professionnel, la manière dont on définit ce mot devient très importante. Ainsi, du point de vue de la Commission, les questions, les preuves et les informations se rapportant au cloisonnement professionnel sont pertinentes et il importe que le Tribunal soit en possession de ces preuves.

[82] Le Tribunal a voulu éclaircir davantage les positions des demandeurs sur la nécessité d'établir et d'examiner la notion de cloisonnement professionnel avant de régler la question de l'«établissement». Les avocats de la Commission ont semblé admettre que le Tribunal n'avait pas besoin de conclure à un cloisonnement professionnel avant de passer à la question de

ment”. Nonetheless, it was essential that the Tribunal understand occupational segregation and its role in systemic wage discrimination. CUPE counsel adopted the Commission’s position, and the respondents maintained the position stated earlier.

[83] The transcript shows that during the course of its submissions, the Commission shifted positions on the nature and the purpose of the evidence they wished to introduce. First, through Mr. Durber, they sought to prove the gender predominance in certain occupational groups at Air Canada. Then, they sought to tender general contextual evidence to show that historically women have suffered systemic wage discrimination as a result of occupational segregation and the undervaluation of their work.

[84] I agree with the respondents’ submission that the factual evidence of the gender predominance in certain occupational groups was neither necessary nor relevant to the Tribunal’s interpretation of “establishment” in section 11 of the CHRA. Nor were these facts relevant to the Tribunal’s determination of whether the flight attendants were members of the same establishment as the comparator occupational groups. Section 11 of the CHRA limits the scope of comparison to those employees within the same establishment. This threshold test must be met before the issue of the gender predominance of an identifiable occupational group becomes relevant. Therefore, the Tribunal did not err in refusing to hear this evidence.

[85] As to the general contextual evidence, the applicants argue that a Tribunal has an obligation to hear both “specific and general evidence”. They rely on the decision in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Department of National Health and Welfare) (re Chopra)* (1998), 38 C.C.E.L. (2d) 161 (F.C.T.D.), affirmed on appeal [(1999), 41 C.C.E.L. (2d) 3 (F.C.A.)], in which the Court [at paragraph 22] held that “[t]he Tribunal erred in disallowing the applicants from adducing general evidence of a systemic problem as circumstantial

l’«établissement». Néanmoins, il était essentiel pour le Tribunal de comprendre le cloisonnement professionnel et son rôle dans la discrimination salariale systémique. L’avocat du SCFP a adopté le point de vue de la Commission, et les défenderesses ont maintenu le point de vue énoncé plus tôt.

[83] La transcription montre que, au cours de ses arguments, la Commission a modifié sa position sur la nature et l’objet des preuves qu’elle souhaitait produire. D’abord, par l’entremise de M. Durber, elle a voulu prouver la prédominance de tel ou tel sexe dans certains groupes professionnels chez Air Canada. Elle a ensuite voulu produire une preuve contextuelle générale pour montrer que les femmes avaient toujours subi une discrimination salariale systémique par suite du cloisonnement professionnel et de la sous-estimation de leur travail.

[84] Je souscris à l’argument des défenderesses selon lequel la preuve factuelle de la prédominance de tel ou tel sexe dans certains groupes professionnels n’était ni nécessaire ni utile pour l’interprétation, par le Tribunal, du mot «établissement», à l’article 11 de la LCDP. Ces faits n’intéressaient pas non plus la décision du Tribunal sur la question de savoir si les agents de bord étaient membres du même établissement que les groupes professionnels de référence. L’article 11 de la LCDP limite le champ de la comparaison aux employés compris dans le même établissement. Ce critère minimal doit être rempli avant que la question de la prédominance d’un groupe professionnel identifiable ne présente de l’intérêt. Par conséquent, le Tribunal n’a pas commis d’erreur en refusant d’entendre cette preuve.

[85] Quant à la preuve contextuelle générale, les demandeurs soutiennent qu’un tribunal a l’obligation d’entendre à la fois «les preuves spécifiques et les preuves générales». Ils se fondent sur le jugement *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social) (re Chopra)* (1998), 38 C.C.E.L. (2d) 161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), confirmé en appel [(1999), 41 C.C.E.L. (2d) 3 (C.A.F.)], dans lequel la Cour [au paragraphe 22] a jugé que «[l]e tribunal a commis une erreur en interdisant aux requérants de



evidence to infer that discrimination probably occurred in this particular case as well”.

[86] In my view, the decision in *re Chopra, supra* is distinguishable on its facts. In that case, the Tribunal refused to hear statistical evidence regarding the applicant’s workplace; the evidence had been intended to show that visible minorities were not represented according to their availability at certain levels. The applicant had hoped to use the evidence to show that because the employer’s workplace practices were generally discriminatory, it was reasonable to infer that discrimination had occurred in the applicant’s case. Although the evidence was general, in that it did not relate to the applicants’ particular circumstances, it was evidence as to the existence of certain facts. In contrast, the evidence the applicants sought to introduce in the present case related to systemic discrimination generally, and to the knowledge and theories underpinning this type of discrimination.

[87] Paragraph 50(3)(c) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27] of the CHRA provides the statutory framework for the receipt of evidence by a Tribunal. It states that in relation to a hearing or inquiry, a Tribunal may:

50. (3) . . .

(c) subject to subsections (4) and (5), receive and accept any evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, that the member or panel sees fit, whether or not that evidence or information is or would be admissible in a court of law;

[88] While this provision confers on a Tribunal a broad discretion regarding the form of and the manner in which it receives evidence and releases it from the constraints of the general rules of evidence, the provision does not relieve the Tribunal of its obligations with respect to the principles of procedural fairness. In the present case, the Tribunal ruled it would hear the social and historical context of systemic wage discrimination within the parties’ argu-

produire des éléments de preuve à caractère général d’un problème systémique comme preuve circonstancielle permettant de conclure qu’il y a probablement eu de la discrimination dans ce cas particulier égale-ment».

[86] À mon avis, le jugement *re Chopra*, précité, n’est pas applicable ici. Dans cette affaire, le Tribunal avait refusé d’entendre la preuve statistique concernant le lieu de travail du demandeur; la preuve devait montrer que les minorités visibles n’étaient pas représentées selon leur pourcentage des effectifs à certains niveaux. Le demandeur avait espéré utiliser la preuve pour montrer que, parce que les pratiques de l’employeur sur les lieux de travail étaient généralement discriminatoires, il était raisonnable d’en déduire qu’il y avait eu discrimination à l’endroit du demandeur. La preuve était de nature générale, en ce sens qu’elle ne se rapportait pas au cas particulier du demandeur, mais elle attestait l’existence de certains faits. Au contraire, la preuve que les demandeurs ont voulu produire dans le cas présent concernait la discrimination systémique en général, et les connaissances et théories à la base de ce genre de discrimination.

[87] L’alinéa 50(3)c) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27] de la LCDP établit le cadre législatif de la réception d’éléments de preuve par un Tribunal. Il prévoit que, pour la tenue de ses audiences, un Tribunal a le pouvoir:

50. (3) [. . .]

c) de recevoir, sous réserve des paragraphes (4) et (5), des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu’il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire;

[88] Cette disposition confère à un Tribunal un large pouvoir discrétionnaire concernant la forme et la manière selon lesquelles il reçoit les éléments de preuve, et elle le dispense d’appliquer les règles générales de preuve, mais elle ne le libère pas de ses obligations au regard des principes de l’équité procédurale. En l’espèce, le Tribunal a décidé qu’il entendrait le contexte social et historique de la discrimination salariale systémique dans le cadre des arguments

ments and submissions. The Tribunal afforded the applicants the opportunity to present the contextual information in their submissions. The Tribunal's reasons specifically acknowledged the applicants' arguments on systemic discrimination against women in occupationally segregated workplaces. The Tribunal did not reject the soundness of the arguments, in fact, the Tribunal concluded that those arguments "could well justify a legislative amendment to the CHRA which would eliminate the concept of establishment".

[89] In these circumstances, and for the reasons above, the Tribunal's ruling did not breach the principles of natural justice. For the same reasons, I reject the applicants' argument that the Tribunal's refusal to hear the evidence was based on an improper motive.

Issue 1 (c): Did the Tribunal fail to give effect to the purpose of the CHRA in arriving at its interpretation of establishment?

[90] The jurisprudence has established that human rights legislation, being quasi-constitutional in nature, must be interpreted in a broad, liberal, and purposive manner. In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at page 1134 Dickson C.J. stated:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact.

[91] Dickson C.J. went on to articulate the purpose of the CHRA, as stated in section 2 of the Act, as follows:

The purpose of the Act would appear to be patently obvious, in light of the powerful language of s. 2. In order to promote the goal of equal opportunity for each individual to achieve "the life that he or she is able and wishes to

et conclusions des parties. Le Tribunal a donné aux demandeurs l'occasion de présenter dans leurs arguments l'information contextuelle. Les motifs du Tribunal ont reconnu expressément les arguments des demandeurs portant sur la discrimination systémique à l'endroit des femmes dans les lieux de travail caractérisés par le cloisonnement professionnel. Le Tribunal n'a pas nié la justesse des arguments, allant même jusqu'à conclure qu'ils «pourraient fort bien justifier une modification de la LCDP qui éliminerait le concept d'établissement».

[89] Dans ces conditions, et pour les raisons ci-dessus, la décision du Tribunal n'a pas contrevenu aux principes de justice naturelle. Pour les mêmes raisons, je rejette l'argument des demandeurs selon lequel le refus du Tribunal d'entendre la preuve était fondé sur un motif irrégulier.

Question 1 c): Le Tribunal a-t-il négligé de donner effet à l'objet de la LCDP dans son interprétation du mot «établissement»?

[90] Il est bien établi en jurisprudence que les lois relatives aux droits de la personne sont de caractère quasi constitutionnel et doivent recevoir une interprétation large, libérale et téléologique. Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, à la page 1134, le juge en chef Dickson s'exprimait ainsi:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet.

[91] Puis le juge en chef Dickson a expliqué ainsi l'objet de la LCDP, énoncé à l'article 2 de la Loi:

Les objets de la Loi sembleraient tout à fait évidents, compte tenu des termes puissants de l'art. 2. Pour que tous puissent avoir des chances égales d'«épanouissement», la Loi cherche à interdire «les considérations» fondées notam-

have”, the Act seeks to prevent all “discriminatory practices” based, *inter alia* on sex. It is the practice itself which is sought to be precluded. The purpose of the Act is not to punish wrongdoing but to prevent discrimination.

[92] When Parliament enacted section 11 of the CHRA, it adopted the principle of equal pay for work of equal value. Section 11 of the CHRA makes it a discriminatory practice for an employer to distinguish its wage rates between male and female employees, within the same establishment, who are performing work of equal value. As Evans J. (as he then was) stated in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146 (T.D.), at page 215, the underlying purpose of section 11 is to redress “the existence of a wage gap that disadvantages women, as a result of gendered segregation in employment and the systemic undervaluation of the work typically performed by women”.

[93] The applicants submit the Tribunal’s narrow interpretation of “establishment” fails to give effect to the purpose of the CHRA and ignores Parliament’s intent in enacting section 11. They argue Parliament could not have intended the term “establishment” to be interpreted in a manner that would deny access to section 11 of the CHRA to women who are occupationally segregated within a bargaining unit. The applicants maintain the Tribunal’s interpretation of “establishment” allows the existence of separate collective agreements or bargaining units to dictate the boundaries of an establishment, and indirectly, to determine the scope of the application of the principle of equal pay for work of equal value.

[94] In my opinion, this argument is premised on the applicants’ assertion that the Tribunal’s interpretation of establishment means that an establishment will always equate to one bargaining unit or one collective agreement. This is an overly narrow and inaccurate characterization of the Tribunal’s decision. The Tribunal defined establishment as follows (at paragraph 94):

Therefore, a logical and functional definition of “establishment” in the context of section 11 of the CHRA as “guided”

ment sur le sexe. C’est l’acte discriminatoire lui-même que l’on veut prévenir. La Loi n’a pas pour objet de punir la faute, mais bien de prévenir la discrimination.

[92] Lorsque le législateur a édicté l’article 11 de la LCDP, il a adopté le principe de la parité salariale. Selon l’article 11 de la LCDP, constitue un acte discriminatoire le fait pour un employeur de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent dans le même établissement des fonctions équivalentes. Selon les mots du juge Evans (sa fonction à l’époque) dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 215, l’article 11 vise principalement à remédier «au problème de l’écart salarial défavorable aux femmes résultant de la ségrégation des emplois fondée sur le sexe et de la sous-évaluation systémique des tâches habituellement exécutées par des femmes».

[93] Les demandeurs affirment que l’interprétation étroite du mot «établissement» donnée par le Tribunal ne donne pas effet à l’objet de la LCDP et ne tient pas compte de ce qu’était l’intention du législateur lorsqu’il a édicté l’article 11. D’après eux, il est impossible que le législateur ait voulu que le mot «établissement» soit interprété de telle sorte que le bénéfice de l’article 11 soit refusé aux femmes qui font l’objet d’un cloisonnement professionnel au sein d’une unité de négociation. Les demandeurs affirment que l’interprétation du mot «établissement» donnée par le Tribunal fait que l’existence de conventions collectives distinctes ou d’unités de négociation distinctes détermine les frontières d’un établissement et, indirectement, le champ d’application du principe de la parité salariale.

[94] À mon avis, cet argument procède de l’affirmation des demandeurs selon laquelle l’interprétation du mot «établissement» donnée par le Tribunal signifie qu’un établissement sera toujours assimilé à une unité de négociation ou à une convention collective. Il s’agit là d’une caractérisation indument étroite et inexacte de la décision du Tribunal. Le Tribunal a défini ainsi un établissement (au paragraphe 94):

Par conséquent, une définition logique et fonctionnelle du terme «établissement» dans le contexte de l’article 11 de la

by the ambiguous provisions of section 10 of the E.W.G., 1986, would be that establishments can be defined as functional units where employees are covered by common wage and personnel policies, including general human resources policies, but not excluding consideration of collective agreements in unionized workplaces.

[95] This definition does not equate an establishment to one collective agreement or bargaining unit. It is the functional definition of establishment found in section 10 of the EWG 1986.

[96] The applicants' argument is also premised on the conclusion that a consideration of collective agreements in the inquiry into the existence of a common personnel policy will always result in an establishment being limited to those employees within one bargaining unit. In my view, this is an extrapolation from a result based on the evidence in relation to the respondent companies. This will not necessarily be the result in all cases. As the respondents pointed out, in those workplaces where one union negotiates several collective agreements with one employer at the same table, there may indeed be commonalities in personnel and wage policies.

[97] When the Commission issued the EWG 1986, it opted for a functional definition of "establishment". To exclude any consideration of collective agreements from the analysis would render the functional definition meaningless and would effectively result in a corporate definition of establishment. All parties to this dispute agreed that Parliament did not intend a corporate definition of establishment when it enacted section 11 of the CHRA.

[98] I appreciate that human rights legislation must be interpreted in a manner which will give effect to the purpose of the legislation. However, as La Forest J. stated in *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at page 601, "[t]he words of the Act must be interpreted generously, but this does not permit rewriting the Act".

LCDP tel qu'«influencé» par les dispositions ambiguës de l'article 10 de l'OPS, 1986, serait que les établissements sont des unités fonctionnelles où les employés sont soumis à des politiques communes des salaires et du personnel, y compris les politiques générales des ressources humaines, mais sans exclure l'examen des conventions collectives dans les lieux de travail syndiqués.

[95] Cette définition n'assimile pas un établissement à une convention collective ou à une unité de négociation. C'est la définition fonctionnelle du mot établissement, à l'article 10 de l'OPS de 1986.

[96] L'argument des demandeurs procède aussi de la conclusion selon laquelle la prise en compte des conventions collectives pour savoir s'il existe une politique commune en matière de personnel aura toujours pour effet qu'un établissement se limite aux employés compris dans une unité de négociation. À mon avis, c'est là extrapoler à partir d'un résultat fondé sur la preuve propre aux sociétés défenderesses. Ce résultat ne sera pas nécessairement observé dans tous les cas. Comme l'ont noté les défenderesses, dans les lieux de travail où un syndicat négocie plusieurs conventions collectives avec un employeur à la même table, il peut effectivement y avoir des points communs dans les politiques en matière de personnel et de salaires.

[97] Lorsque la Commission a pris l'OPS de 1986, elle a opté pour une définition fonctionnelle du mot «établissement». Exclure de l'analyse toute prise en compte des conventions collectives enlèverait toute signification à la définition fonctionnelle et conduirait en réalité à une définition globale du mot «établissement». Toutes les parties au présent différend ont admis que le législateur n'avait pas à l'esprit une telle définition lorsqu'il a édicté l'article 11 de la LCDP.

[98] Je reconnais que les lois sur les droits de la personne doivent être interprétés d'une manière qui donne effet à l'objet du texte considéré. Cependant, comme le disait le juge La Forest dans l'arrêt *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, à la page 601, «les termes de la Loi doivent certes être interprétés généreusement, mais sans qu'il soit pour autant permis de récrire la Loi».

[99] In my opinion, given the constraints of the legislation, the Tribunal interpreted establishment as broadly and as liberally as possible without rewriting section 11 of the CHRA.

Issue 1 (d): Did the Tribunal place undue reliance on Hansard evidence?

[100] The applicants argue the Tribunal incorrectly interpreted “establishment”, because it relied unduly on the following comment of the then Minister of Justice, made on the introduction of the Bill that later became the CHRA:

We used “establishment” because it has been used in the Labour Code, and there is a body of case law, both of the Labour Relations Act and of the Courts, relating to the use of those words. (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Justice and Legal Affairs Committee, May 18, 1977, at p. 12:19.*)

[101] The Tribunal then observed [at paragraph 74]:

This evidence of Parliamentary intent clearly militates against the corporate definition of establishment. Rather, it seems to point to the relevance of collective bargaining units or industrial establishments in determining the meaning of establishment in section 11 of the CHRA.

[102] The applicants submit the Tribunal relied on a statement that was either incorrect or misinformed. Although the *Canada Labour Code* uses the word “establishment” in various places, there is no body of case law in relation to the word “establishment”. The applicants also assert that nothing in the former Minister’s statement points to the relevance of collective bargaining units or industrial establishments.

[103] In my opinion, the applicants have overstated the Tribunal’s reliance on the Minister’s statement. The reasons evidence the fact that the Tribunal gave the comment little weight. I would even go so far as to say it gave the comment no more than passing acknowledgment, so to argue its correctness is of little assistance. In addition, the Tribunal recognized by referring to Supreme Court of Canada jurisprudence

[99] À mon avis, eu égard aux contraintes du texte législatif, le Tribunal a interprété le mot «établissement» d’une manière aussi large et aussi libérale que possible, sans récrire l’article 11 de la LCDP.

Question 1d): Le Tribunal s’est-il appuyé indûment sur la preuve constituée par le harsard?

[100] Les demandeurs soutiennent que le Tribunal n’a pas bien interprété le mot «établissement», parce qu’il s’est fondé indûment sur le commentaire suivant du ministre de la Justice d’alors, fait au moment du dépôt du projet de loi qui allait devenir la LCDP:

Nous nous sommes servis du terme «établissement» parce que l’on s’en sert dans le Code du travail et qu’il y a toute une série de dispositions de jurisprudence, relatives tant de la Loi sur les relations de travail qu’aux tribunaux, portant sur l’utilisation de ce mot. [*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques, 18 mai 1977, à la page 19.*]

[101] Puis le Tribunal s’est exprimé ainsi [au paragraphe 74]:

Cette preuve de l’intention du Parlement va clairement à l’encontre de la définition par les entreprises [*sic*] du terme établissement. Elle semblerait plutôt souligner la pertinence des unités de négociation collective ou des établissements industriels dans la détermination de la signification d’établissement dans l’article 11 de la LCDP.

[102] Les demandeurs affirment que le Tribunal s’est fondé sur une déclaration qui était soit inexacte soit fondée sur de faux renseignements. Le *Code canadien du travail* utilise le mot «établissement» à divers endroits, mais il n’existe pas de jurisprudence portant sur ce mot. Les demandeurs affirment aussi que la déclaration de l’ancien ministre n’atteste nullement la pertinence d’unités de négociation collective ou d’établissements industriels.

[103] À mon avis, les demandeurs ont exagéré l’importance donnée par le Tribunal à la déclaration du ministre. Ses motifs montrent qu’il lui a accordé peu de poids. J’irais même jusqu’à dire qu’il n’a fait que la mentionner en passant, de telle sorte qu’il n’est guère utile de se demander si elle est juste ou non. Le Tribunal a d’ailleurs reconnu, en se référant à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, que

that there are limitations to the use of Hansard evidence. The Tribunal concluded [at paragraph 76] that “while little weight should be attached the statement by the Minister of Justice concerning the meaning of establishment in section 11 of the CHRA, it can not be ignored completely either”. The Tribunal construed the Minister’s statement as evidence that at the time the legislation was drafted, a corporate definition of “establishment” was clearly not contemplated, a finding that is consistent with the applicant’s submissions.

[104] While I accept the applicants’s position that the Minister’s statement does not establish the relevance of collective bargaining units, I do not accept that the Tribunal gave any significant or inappropriate weight to the former Minister’s statement when it determined the existence of a common personnel and wage policy can and must include collective agreements negotiated in unionized workplaces. Aside from the Tribunal’s observation that it seems to point to the relevance of collective bargaining units, the reasons make no further reference to the former Minister’s statement. I note, as well, that in the same observation, the Tribunal referred to the relevance of industrial establishment, yet ultimately rejected the industrial establishment definition of “establishment”.

[105] I cannot conclude the Tribunal relied improperly on Hansard evidence in arriving at its conclusion that collective agreements are relevant in the inquiry as to whether employee groups are in the same establishment for the purposes of section 11 of the CHRA. The Tribunal based its interpretation of establishment and the relevance of collective agreements on a number of considerations, including its interpretation of section 10 of the EWG 1986.

Issue 1 (e): Did the Tribunal err in interpreting establishment so as to maintain coherence between the CHRA and the *Canada Labour Code*?

[106] The applicants submit the Tribunal’s erroneous interpretation of establishment stems from its express

l’utilisation du hansard comme moyen de preuve n’est pas sans limite. Le Tribunal a conclu [au paragraphe 76] que «bien qu’il ne faille accorder que peu de poids à la déclaration du ministre de la Justice sur la signification du terme établissement à l’article 11 de la LCDP, on ne peut pas non plus l’ignorer». Le Tribunal a jugé que la déclaration du ministre était la preuve que, au moment de la rédaction du projet de loi, une définition globale du mot «établissement» n’était manifestement pas envisagée, une conclusion qui s’accorde avec les arguments des demandeurs.

[104] Je souscris à la position des demandeurs selon laquelle la déclaration du ministre n’atteste pas la pertinence des unités de négociation collective, mais je refuse d’admettre que le Tribunal a donné un poids important ou indu à la déclaration de l’ancien ministre lorsqu’il a jugé que l’existence d’une politique commune en matière de personnel et de salaires peut et doit englober les conventions collectives négociées dans les lieux de travail syndiqués. Abstraction faite de l’observation du Tribunal selon laquelle la déclaration semble attester la pertinence des unités de négociation collective, les motifs du Tribunal ne font pas davantage mention de la déclaration de l’ancien ministre. Je note aussi que, dans la même observation, le Tribunal a évoqué la pertinence des établissements industriels, pour finalement rejeter la définition du mot «établissement» au sens d’un établissement industriel.

[105] Je ne puis conclure que le Tribunal s’est indûment appuyé sur le hansard en tant que preuve au soutien de sa décision selon laquelle les conventions collectives sont utiles pour dire si des groupes d’employés sont dans le même établissement aux fins de l’article 11 de la LCDP. Le Tribunal a fondé son interprétation du mot «établissement», ainsi que la pertinence des conventions collectives, sur plusieurs facteurs, notamment son interprétation de l’article 10 de l’OPS de 1986.

Question 1e): Le Tribunal a-t-il commis une erreur lorsqu’il a interprété le mot établissement de manière à préserver la cohérence entre la LCDP et le *Code canadien du travail*?

[106] Les demandeurs affirment que l’interprétation erronée du mot «établissement» par le Tribunal

desire to maintain legislative coherence between the CHRA and the *Canada Labour Code* and its failure to recognize the paramountcy of human rights legislation. They argue that in striving to maintain this coherence, the Tribunal gave undue weight to collective agreements and bargaining units. The applicants contend Tribunal's acceptance of the primacy of collective agreements in defining the boundaries of an establishment both ignores the definition of establishment in section 10 of the EWG 1986 and undermines the purpose of section 11 of the CHRA. The applicants argue that if Parliament had intended establishment to have the same meaning as collective agreement or bargaining unit under the *Canada Labour Code*, both of which are specifically defined in the Code, they would have used those terms in the legislation.

[107] The applicants also identified a number of consequences that flow from adoption of an interpretation of establishment based on the need to maintain legislative coherence. Examples of these concerns are as follows: since section 11 of the CHRA applies to both unionized and non-unionized workplaces, the Tribunal's interpretation of establishment would be meaningless in a non-unionized workplace where there are no collective agreements; non-unionized employees could be in a better position under section 11 of the CHRA than unionized employees, since they would not be limited to comparisons within a bargaining unit. Alternatively, in these situations where employees have individual employment contracts, each employee could constitute an establishment. Bargaining unit appropriateness under the *Canada Labour Code*, legislation having a purpose different from that of the CHRA, would be the predominant factor in the interpretation of establishment.

[108] In my opinion, the applicants' arguments and the concerns they have identified are premised on the applicants' overly narrow characterization of the Tribunal's decision that one bargaining unit or one collective agreement will always equate to one estab-

procède de sa volonté explicite de préserver la cohérence législative entre la LCDP et le *Code canadien du travail*, et aussi de ce qu'il n'a pas reconnu la prééminence des lois sur les droits de la personne. Ils soutiennent que, en s'appliquant à préserver cette cohérence, le Tribunal a accordé un poids excessif aux conventions collectives et aux unités de négociation. Les demandeurs affirment que, en acceptant la primauté des conventions collectives dans la définition des frontières d'un établissement, le Tribunal a ignoré la définition du mot «établissement», à l'article 10 de l'OPS de 1986, et il a fait fi de l'objet de l'article 11 de la LCDP. Ils soutiennent que, si le législateur avait voulu que le mot «établissement» ait le même sens que les expressions «convention collective» ou «unité de négociation», dans le *Code canadien du travail*, deux expressions qui sont expressément définies dans le Code, il aurait utilisé ces expressions dans le texte de loi.

[107] Les demandeurs ont relevé aussi plusieurs conséquences qui découlent de l'adoption d'une interprétation du mot «établissement» fondée sur la nécessité de préserver la cohérence législative. Les exemples de ces conséquences sont les suivants: puisque l'article 11 de la LCDP s'applique à la fois aux lieux de travail syndiqués et aux lieux non syndiqués, l'interprétation du mot «établissement» donnée par le Tribunal n'aurait aucun sens dans un lieu de travail non syndiqué où il n'y a pas de convention collective; les employés non syndiqués pourraient être en meilleure position selon l'article 11 de la LCDP que les employés syndiqués, puisqu'ils ne seraient pas limités aux comparaisons à l'intérieur d'une unité de négociation. Subsidiairement, dans les cas où les employés sont soumis à des contrats de travail individuels, chaque employé pourrait constituer un établissement. L'à-propos de l'unité de négociation selon le *Code canadien du travail*, une loi dont l'objet est différent de celui de la LCDP, serait le facteur principal dans l'interprétation du mot «établissement».

[108] À mon avis, les arguments des demandeurs et les doutes qu'ils ont exprimés procèdent de la portée indûment étroite qu'ils attribuent à la décision du Tribunal, portée selon laquelle une unité de négociation ou une convention collective correspondra

lishment. This characterization is inaccurate. I need not reiterate my earlier comments in this regard beyond emphasizing that the Tribunal concluded [at paragraph 90] that “employees of an establishment for the purposes of section 11 of the CHRA means employees which, on a complete analysis can be said to be subject to common personnel and wage policies, whether such policies are administered centrally” [emphasis added]. The Tribunal’s interpretation of establishment was based on its interpretation of the definition of establishment found in section 10 of the EWG 1986 and its interpretation of section 11 of the CHRA.

Issue 2: Did the Tribunal err in law in concluding that it was not bound by the EWG 1986?

[109] As stated earlier, the Tribunal held that the EWG 1986, issued pursuant to subsections 27(2) and (3) of the CHRA, are not binding on the Tribunal, however, the Tribunal is bound to consider them.

[110] The applicants submit the Tribunal erred in law in finding it was not bound by the EWG 1986. They argue that the Tribunal lacked jurisdiction to consider the application of the *Canadian Bill of Rights* to its enabling statute, and that the binding nature of the EWG 1986 does not contravene the respondents’ right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice, as guaranteed by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. They submit that subsections 27(2) and (3) of the CHRA constitute legislative authority for the Commission to issue binding guidelines. Furthermore, they contend the CHRA could not work without the EWG 1986, because, for example, they provide for the criteria and method of assessment of work of equal value and defences to complaints of discrimination.

[111] The respondents argue this issue is moot given the Tribunal’s finding [at paragraph 119] that “even if the Guidelines were totally binding on the Tribunal

toujours à un établissement. Cette manière de voir est inexacte. Il ne m’est pas nécessaire de répéter mes observations antérieures à cet égard, si ce n’est de souligner que le Tribunal a conclu [au paragraphe 90] que «les employés d’un établissement» pour les fins de l’article 11 de la LCDP signifient les employés dont, à l’issue d’une analyse complète, on peut dire qu’ils sont soumis à une des politiques communes du personnel et des salaires, que ces politiques soient administrées centralement ou non» [non souligné dans l’original]. L’interprétation du mot «établissement» donnée par le Tribunal était fondée sur son interprétation de ce mot apparaissant dans l’article 10 de l’OPS de 1986 et sur son interprétation de l’article 11 de la LCDP.

Question 2: Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en affirmant qu’il n’était pas lié par l’OPS de 1986?

[109] Comme on l’a dit précédemment, le Tribunal a jugé que l’OPS de 1986, prise conformément aux paragraphes 27(2) et (3) de la LCDP, ne s’imposait pas à lui, mais qu’il se devait de l’examiner.

[110] Selon les demandeurs, le Tribunal a commis une erreur de droit en affirmant qu’il n’était pas lié par l’OPS de 1986. Ils soutiennent que le Tribunal n’avait pas compétence pour étudier l’application de la *Déclaration canadienne des droits* à sa loi d’habilitation et que la nature obligatoire de l’OPS de 1986 ne privait pas les défenderesses du droit à une audience équitable en conformité avec les principes de justice fondamentale, un droit garanti par l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Ils affirment que les paragraphes 27(2) et (3) de la LCDP constituent le fondement législatif du pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances exécutoires. Ils affirment par ailleurs que la LCDP ne pourrait être appliquée sans l’OPS de 1986, vu que, par exemple, cette ordonnance prévoit les critères et la méthode d’évaluation des fonctions équivalentes, ainsi que les moyens de défense à opposer aux plaintes de discrimination.

[111] Les défenderesses soutiennent que cet aspect est maintenant hypothétique étant donné la conclusion du Tribunal [au paragraphe 119] selon laquelle «même



and did fetter its quasi-judicial decision-making powers, the same interpretation of the Guidelines would be applied by the Tribunal”. I agree with this submission. The Tribunal’s conclusion regarding the binding nature of the Guidelines played no part in its interpretation of establishment nor in the application of its interpretation to the respondent companies.

#### Conclusion

[112] In my opinion, the Tribunal’s interpretation of “establishment” in section 11 of the CHRA is correct. I also conclude that the Tribunal committed no reviewable error in reaching its decision.

[113] Accordingly, the application for judicial review is dismissed. The issue of cost is reserved for submissions from the parties.

si l’ordonnance était totalement contraignante pour le Tribunal et entravait effectivement ses pouvoirs quasi-judiciaires de décision, la même interprétation de l’ordonnance serait appliquée par le Tribunal». Je souscris à cet argument. La conclusion du Tribunal concernant la nature obligatoire de l’ordonnance n’a joué aucun rôle dans son interprétation du mot «établissement», ni dans l’application de cette interprétation aux sociétés défenderesses.

#### Conclusion

[112] À mon avis, l’interprétation, par le Tribunal, du mot «établissement», à l’article 11 de la LCDP est juste. Je conclus également que le Tribunal n’a, dans sa décision, commis aucune erreur sujette à révision.

[113] Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire est rejetée. La question des dépens est réservée jusqu’à présentation d’arguments par les parties.

A-121-00  
2001 FCA 311

A-121-00  
2001 CAF 311

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Appellant)

**Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(appelant)

v.

c.

**Parminder Singh Saini** (Respondent)

**Parminder Singh Saini** (intimé)

*INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. SAINI (C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. SAINI (C.A.)*

Court of Appeal, Linden, Sharlow and Malone JJ.A.  
—Toronto, September 17; Ottawa, October 19, 2001.

Cour d'appel, juges Linden, Sharlow et Malone,  
J.C.A.—Toronto, 17 septembre; Ottawa, 19 octobre  
2001.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible persons — Appeal from Motions Judge's decision, purporting to follow Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon, holding deportation order could not be executed — Respondent convicted in Pakistan of hijacking airliner, later pardoned — Deportation order issued based on Immigration Act, s. 19(1)(c.1)(i) excluding persons convicted outside Canada of offence punishable in Canada by maximum prison term of 10 years or more — Motions Judge misinterpreted Burgon — Burgon not holding foreign law superceding Canadian immigration law — Canadian courts may consider effects of foreign laws in appropriate circumstances — Foreign pardon recognized only if establishing: (1) similarity of foreign legal system to Canadian legal system; (2) similarity of aim, content, effect of specific legislation to corresponding Canadian law; (3) no valid reason not to respect effect of foreign law — No evidence supporting Motions Judge's assumption Pakistani legal system similar to Canadian legal system — No evidence of similarity of aim, content of Canadian, Pakistani law re: pardons — In any event, aircraft hijacking such serious, abhorrent crime, Court not required to respect foreign pardon of such offence — Foreign pardons should be recognized only in rare situations where unjust not to give effect to similar country's similar laws.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel d'une décision par laquelle le juge des requêtes, qui prétendait suivre l'arrêt Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Burgon, a statué qu'une mesure d'expulsion ne pouvait pas être exécutée — L'intimé, déclaré coupable au Pakistan du détournement d'un avion de ligne, a par la suite été gracié — Une mesure d'expulsion a été prise contre lui en vertu de l'art. 19(1)c.1(i) de la Loi sur l'immigration, qui exclut les personnes qui ont été déclarées coupables à l'étranger d'une infraction punissable, au Canada, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à 10 ans — Le juge des requêtes a mal interprété l'arrêt Burgon — Dans l'arrêt Burgon, la Cour n'a pas décidé que le droit étranger l'emportait sur le droit canadien en matière d'immigration — Les tribunaux canadiens peuvent tenir compte de l'effet des lois étrangères lorsqu'ils l'estiment justifié dans les circonstances — Une réhabilitation accordée à l'étranger n'est reconnue que si les conditions suivantes sont réunies: 1) similitude du système juridique étranger avec celui du Canada; 2) similitude de l'objet, du contenu et des effets des dispositions législatives étrangères avec celles de la loi canadienne correspondante; 3) absence de raison valable de ne pas reconnaître l'effet du droit étranger — Absence de preuve appuyant la présomption du juge des requêtes suivant laquelle le système juridique du Pakistan est semblable à celui du Canada — Absence de preuve sur la similitude entre l'objet et le contenu des dispositions législatives pakistanaises concernant la réhabilitation et celles du droit canadien — De toute façon, la piraterie aérienne est un crime tellement grave et odieux que la Cour n'est pas tenue de respecter la réhabilitation accordée à l'étranger pour cette infraction — Les réhabilitations accordées à l'étranger ne devraient être reconnues que dans les rares cas où il serait injuste de ne pas donner effet aux lois semblables d'un pays semblable.*

*Conflict of Laws — Appeal from Motions Judge's decision holding deportation order based on Immigration Act, s.*

*Conflit de lois — Appel d'une décision par laquelle le juge des requêtes a statué qu'une mesure d'expulsion prise*

*19(1)(c.1)(i) could not be executed — S. 19(1)(c.1)(i) excluding persons convicted outside Canada of offence punishable in Canada by maximum prison term of 10 years or more — Respondent convicted in Pakistan of hijacking airliner, later pardoned — Foreign law question of fact — Court will only interfere with finding of fact if palpable, overriding error — Motions Judge finding, as fact, Pakistani pardon operated under Pakistani law to erase negative consequences of conviction — No palpable overriding error in finding of fact — Foreign pardon, discharge given same effect as Canadian pardon, such that individual not considered convicted or subject to disqualifications resulting from conviction in regards to s. 19(1)(c.1)(i) only if establishing: (1) foreign legal system generally similar to Canadian system; (2) aim, content, effect of specific foreign legislation similar to corresponding Canadian law; and (3) no valid reason not to respect pardon granted in foreign jurisdiction — Respondent not demonstrating legal system of Pakistan, Pakistan pardoning provisions, similar to Canadian legal system, specific legislation — In any event, aircraft hijacking such serious, abhorrent crime, Court not required to respect foreign pardon — Foreign pardons should be recognized only in rare situations where unjust not to give effect to similar country's similar laws.*

This was an appeal from a Motions Judge's decision holding that a deportation order could not be executed. The respondent is a citizen of India who was convicted in Pakistan of hijacking an Indian airliner. Respondent was originally sentenced to death, but his sentence was later commuted to life imprisonment. After serving 10 years, he was granted parole and ordered to leave Pakistan. He came to Canada, claiming refugee status. Upon learning the details of the respondent's situation from Indian officials, authorities took steps to obtain a deportation order based on *Immigration Act*, subparagraph 19(1)(c.1)(i), which prohibits the admission of any person who there are reasonable grounds to believe has been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable by a maximum term of imprisonment of 10 years or more. While the respondent was in custody in Canada, he was pardoned by the Pakistani President. In light of this pardon, the respondent applied for judicial review of the deportation order, contending that he

*en vertu de l'art. 19(1)c.1(i) de la Loi sur l'immigration ne pouvait pas être exécutée — L'art. 19(1)c.1(i) exclut les personnes qui ont été déclarées coupables à l'étranger d'une infraction punissable, au Canada, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à 10 ans — L'intimé, qui avait été déclaré coupable au Pakistan du détournement d'un avion de ligne, a par la suite été gracié — Le droit étranger est une question de fait — La Cour ne modifiera une conclusion de fait que si une erreur manifeste et dominante a été commise — Le juge des requêtes a tenu pour avéré qu'en droit pakistanais, la réhabilitation avait pour effet d'effacer les conséquences négatives de la déclaration de culpabilité — Il n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en tirant cette conclusion — On ne donne effet à la réhabilitation ou à l'absolution accordée à l'étranger comme on le ferait pour une réhabilitation octroyée au Canada, de sorte que la personne qui a obtenue une réhabilitation n'est pas considérée comme ayant été déclarée coupable ou comme étant assujettie aux incapacités découlant d'une déclaration de culpabilité en ce qui concerne l'art. 19(1)c.1(i), que si les trois conditions suivantes sont réunies: 1) le système juridique du pays étranger est, dans son ensemble, semblable à celui du Canada; 2) l'objet, le contenu et l'effet de la loi étrangère en cause sont similaires à ceux de la loi canadienne correspondante; 3) il n'existe aucune raison valable de ne pas respecter la réhabilitation accordée par le pays étranger — L'intimé n'a pas démontré que le système juridique du Pakistan et les dispositions de la loi pakistanaise relatives à la réhabilitation étaient semblables au système juridique et aux dispositions législatives canadiens — De toute façon, la piraterie aérienne est un crime tellement grave et odieux que la Cour n'est pas tenue de respecter la réhabilitation accordée à l'étranger — Les réhabilitations accordées à l'étranger ne devraient être reconnues que dans les rares cas où il serait injuste de ne pas donner effet aux lois semblables d'un pays semblable.*

Appel d'une décision par laquelle le juge des requêtes a statué qu'une mesure d'expulsion ne pouvait pas être exécutée. L'intimé est un citoyen de l'Inde qui a été déclaré coupable au Pakistan du détournement d'un avion de ligne indien. Il a d'abord été condamné à mort, mais sa peine a été commuée en peine d'emprisonnement à perpétuité. Après avoir été incarcéré pendant une dizaine d'années, il a été mis en liberté conditionnelle et a reçu l'ordre de quitter le Pakistan. Il est arrivé au Canada, où il a revendiqué le statut de réfugié. Après avoir été mises au courant des détails de la situation de l'intimé par des fonctionnaires de l'Inde, les autorités canadiennes ont pris des mesures pour obtenir une mesure d'expulsion contre l'intimé en vertu du sous-alinéa 19(1)c.1(i) de la *Loi sur l'immigration*, qui interdit l'admission des personnes dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger, été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal

had not been “convicted” of an offence because the conviction was erased by the pardon. The Motions Judge held that under Canadian case law, as declared in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon*, a pardon cleanses the individual of any stain that a conviction caused. He held that the Pakistani judicial system was “somewhat similar” to the Canadian system and that it would constitute a “grave assault on the Canadian sense of justice” if the Canadian immigration department would deem a person convicted of an offence when the person is deemed not to be convicted of the same offence in the jurisdiction where the offence was allegedly committed. The following questions were certified: (1) whether a Canadian court is bound by a pardon granted by another state jurisdiction, in the absence of evidence as to the motivating considerations; (2) whether a pardon “on conviction/term of imprisonment already undergone” erases the conviction and consequences, and (3) whether the nature of the offence of hijacking provides a solid rationale to depart from the principle that a pardon granted by another jurisdiction whose laws are based on a similar foundation as in Canada, be recognized in Canada.

The issue was whether the respondent could be deported from Canada on the basis of subparagraph 19(1)(c.1)(i).

*Held*, the appeal should be allowed.

The Motions Judge misinterpreted the principle established by this Court in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon*.

Subparagraph 19(1)(c.1)(i) demonstrates that Canadian immigration law does not necessarily exclude all persons convicted of a crime that is considered serious in a foreign jurisdiction; a conviction must also be considered serious in Canada for a person to be denied admission on that basis. Similarly, an offence considered trivial abroad may be considered serious by Canadian standards and lead to exclusion. Thus, the *Burgon* decision did not decide that foreign law supercedes Canadian immigration law. Canadian authorities are not required to attorn to the laws and policies of other lands in determining whether a person has been “convicted” for the purposes of the *Immigration Act*. No general principle of absolute recognition of foreign pardons was established by *Burgon*. However, in assessing whether persons who have been convicted abroad, but later pardoned, ought to be inadmissible under subparagraph 19(1)(c.1)(i), it is open to our courts to consider the effect of foreign laws in appropriate circumstances. Moreover, there is nothing in

égal ou supérieur à 10 ans. Alors qu’il était détenu au Canada, l’intimé a été gracié par le président pakistanais. Fort de cette réhabilitation, l’intimé a demandé le contrôle judiciaire de la mesure d’expulsion, au motif qu’il n’avait pas été «déclaré coupable» d’une infraction parce que la réhabilitation qu’il avait obtenue avait effacé la déclaration de culpabilité. Le juge des requêtes s’est dit d’avis que, suivant la jurisprudence canadienne exprimée par la Cour dans l’arrêt *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Burgon*, la réhabilitation lave la personne de toute souillure causée par la déclaration de culpabilité. Le juge a statué que le système judiciaire pakistanais était «assez semblable» au nôtre et qu’on «porterait gravement atteinte au sens canadien de la justice» si le ministère canadien de l’immigration présumait qu’une personne a été déclarée coupable d’une infraction alors qu’elle est réputée ne pas avoir été déclarée coupable de cette même infraction dans le territoire où l’infraction aurait été commise. Les questions suivantes ont été certifiées: 1) Un tribunal canadien est-il lié par la réhabilitation accordée par un État étranger en l’absence d’éléments de preuve concernant les facteurs qui ont motivé l’octroi de cette réhabilitation? 2) Une réhabilitation accordée «à l’égard de la condamnation/peine d’emprisonnement déjà purgée» doit-elle être tenue pour effacer à la fois la condamnation et ses conséquences? 3) La nature de l’infraction de détournement d’avion constitue-t-elle une raison solide de s’écarter du principe voulant qu’une réhabilitation accordée par un État étranger, dont les lois reposent sur des fondements analogues à ceux des lois canadiennes, soit reconnue au Canada?

La question en litige est celle de savoir si l’intimé devrait être expulsé du Canada en vertu du sous-alinéa 19(1)(c.1)(i).

*Arrêt*: l’appel doit être accueilli.

Le juge des requêtes a mal interprété le principe posé par la Cour d’appel dans l’arrêt *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Burgon*.

Il ressort du sous-alinéa 19(1)(c.1)(i) que le droit de l’immigration canadien n’exclut pas nécessairement toutes les personnes qui ont été déclarées coupables d’un crime jugé grave dans un pays étranger; le crime doit également être considéré comme grave au Canada pour que son auteur se voit refuser l’admission au Canada pour cette raison. Dans le même ordre d’idées, une infraction qui est considérée banale à l’étranger pourrait être considérée comme grave selon les normes canadiennes et emporter l’exclusion du contrevenant. Dans l’arrêt *Burgon*, la Cour n’a pas décidé que le droit étranger l’emportait sur le droit canadien en matière d’immigration. Les autorités canadiennes ne sont pas tenues de reconnaître les lois et les politiques des autres pays pour décider si une personne a été «déclarée coupable» au sens de la *Loi sur l’immigration*. Aucun principe général de reconnaissance absolue des réhabilitations accordées à l’étranger n’a été établi dans l’arrêt *Burgon*. Toutefois, pour décider si une personne qui a été déclarée coupable à

the post-*Burgon* cases that stands for the principle that a foreign pardon is binding on Canadian courts if there is some similarity between our legal system and our law and a foreign legal system and its laws. Three elements must be established before a foreign discharge or pardon may be recognized: (1) the foreign legal system as a whole must be similar to that of Canada; (2) the aim, content and effect of the specific foreign law must be similar to Canadian law; and (3) there must be no valid reason not to recognize the effect of the foreign law.

The first matter to consider was the effect of the foreign pardon in the country where it was granted. Foreign law is a question of fact. This Court will only interfere with a finding of fact if there has been a palpable and overriding error. It was found as a fact that the Pakistani pardon operated under Pakistani law to erase the Pakistani conviction, or at least its negative consequences. There was no palpable and overriding error in that finding of fact.

The next question was whether or not the Pakistani pardon should be treated as a Canadian pardon. (1) The two legal systems must be based on similar foundations and share similar values. In stating that it would be enough if the two systems were “somewhat similar”, the Motions Judge applied the wrong test. The systems must be “similar”, not just “somewhat similar”. The two systems need not be identical, but there must be a strong resemblance in the structure, history, philosophy and operation of the two systems before its law will be recognized in this context. Moreover, the similarity of the systems must normally be proved by evidence to that effect, except perhaps in the rare situation where it is obvious. There was no evidence to support the Motions Judge’s assumption that the Pakistani legal system was somewhat similar to Canada’s. The Motions Judge erred in assuming without evidence that another country’s system was “somewhat similar” to ours.

(2) (i) The aims and rationale of the Canadian laws are to eliminate the potential future effects of convictions. Evidence that the goals and rationale for pardoning provisions are similar must be adduced. The Motions Judge erred in

l’étranger mais qui a par la suite obtenu sa réhabilitation devrait être jugée non admissible en vertu du sous-alinéa 19(1)c.1)(i), nos tribunaux peuvent tenir compte de l’effet des lois étrangères lorsqu’ils l’estiment justifié dans les circonstances. Qui plus est, il n’y a rien dans la jurisprudence postérieure à l’arrêt *Burgon* qui appuie la thèse de l’intimé suivant laquelle la réhabilitation accordée à l’étranger lie les tribunaux canadiens dès lors qu’il existe une certaine similitude entre notre système judiciaire et nos lois et le système judiciaire et les lois d’un pays étranger. Les trois éléments suivants doivent être établis pour pouvoir reconnaître une absolution ou une réhabilitation accordées à l’étranger: 1) le système juridique du pays étranger doit dans son ensemble être semblable à celui du Canada; 2) l’objet, le contenu et les effets du texte de loi étranger en cause doivent être similaires à ceux de la loi canadienne; 3) il ne doit exister aucune raison valable de ne pas reconnaître l’effet du droit étranger.

Le premier point à examiner est celui des conséquences d’une réhabilitation accordée à l’étranger dans le pays où elle est accordée. Le droit étranger est une question de fait. La Cour ne modifiera une conclusion de fait que si une erreur manifeste et dominante a été commise. Le juge des requêtes a tenu pour avéré qu’en droit pakistanais, la réhabilitation a pour effet d’effacer la déclaration de culpabilité prononcée au Pakistan ou du moins ses conséquences négatives. Il n’a pas commis d’erreur manifeste et dominante en tirant cette conclusion.

La question suivante est celle de savoir s’il y a lieu de réserver à la réhabilitation accordée au Pakistan le même traitement que celui qui serait appliqué à une réhabilitation octroyée au Canada. 1) Les deux systèmes juridiques doivent reposer sur des fondements analogues et partager des valeurs semblables. En affirmant qu’il suffisait que les deux systèmes soient «assez semblables», le juge des requêtes n’a pas appliqué le bon critère. Les deux systèmes doivent être «similaires», pas seulement «assez semblables». Il n’est pas nécessaire que les deux systèmes soient identiques, mais il doit exister une forte ressemblance entre les deux systèmes sur le plan de leur structure, de leur histoire, de leur philosophie et de leur application pour que la loi étrangère soit reconnue dans ce contexte. De plus, la similitude entre les deux systèmes doit normalement être prouvée au moyen d’éléments de preuve en ce sens, sauf peut-être dans les rares cas où elle est évidente. En l’espèce, aucun élément de preuve n’appuyait la présomption du juge des requêtes suivant laquelle le système juridique du Pakistan est assez semblable à celui du Canada. Le juge des requêtes a commis une erreur en présumant, sans preuve à l’appui, que le système de droit d’un autre pays était «assez semblable» au nôtre.

2) (i) Les lois canadiennes ont pour objet et philosophie de supprimer les conséquences futures éventuelles d’une déclaration de culpabilité. Il faut présenter des éléments de preuve pour démontrer que les objectifs et la philosophie des

failing to consider whether the aims and rationale of the Pakistani law were similar to those of Canadian law.

(ii) In comparing Canadian with foreign law regarding pardons, the Court had to consider the process as well as the factual basis upon which they may be granted. It was significant that, with any pardon in Canada, whether granted under the *Criminal Records Act*, the *Criminal Code*, or the royal prerogative of mercy, a detailed and thorough process determines whether a pardon may be granted. No evidence was presented to the Motions Judge regarding either the content of the Pakistani law or the process by which the Pakistani pardon was granted. Under Pakistan's Constitution, the President has absolute power to grant pardons. It may be that respondent's pardon was granted as a personal favour or for political reasons. In the absence of evidence, the Court could not conclude that the content of the pardon law and procedure was similar to ours, and the Motions Judge erred in so finding.

(iii) A Canadian pardon only removes the disqualifications resulting from a conviction, and does not erase the conviction itself. Free pardons, which are expressly deemed by the *Criminal Code* to erase the conviction as if it had never existed, may also be granted, but only by the Governor in Council where a person has been wrongly convicted, and even then, there are established procedures that must be followed. Thus, whether the Pakistani pardon truly erased the conviction or merely its consequences was not significant. It was agreed that the Pakistani pardon truly erased the consequences of conviction in Pakistan. Therefore, the effect of a pardon under Pakistani law is not dissimilar to the effect of a pardon under Canadian law. The Motions Judge was correct in this aspect of his analysis, but that was not enough.

(3) There will still be situations where Canadian immigration law must refuse to recognize the laws of close counterparts. There must be "some valid basis" or a "solid rationale" for not respecting the legislation of countries similar to ours. The seriousness of the offence can and should be considered under this third requirement. The crime of hijacking is universally condemned and severely punished. Aircraft hijackings not only jeopardize the safety of persons and property but also undermine the confidence of people throughout the world in the safety of civil aviation. They financially damage airlines and the economy as a whole. Terrorist hijackings exploit control over aircraft as weapons

dispositions en matière de réhabilitation sont semblables. Le juge des requêtes a commis une erreur en ne se demandant pas si l'objet et la philosophie de la loi pakistanaise étaient semblables à ceux de la loi canadienne.

(ii) En comparant la loi canadienne avec la loi étrangère au sujet de la réhabilitation, la Cour doit examiner tant la procédure que le fondement factuel sur lequel la réhabilitation peut être accordée. Il est significatif que, pour toute réhabilitation accordée au Canada, qu'elle soit octroyée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, du *Code criminel* ou de la prérogative royale de clémence, une procédure minutieuse et détaillée doit être suivie pour décider si une personne peut ou non obtenir la réhabilitation qu'elle sollicite. Aucun élément de preuve n'a été soumis au juge des requêtes au sujet du contenu du droit pakistanais ou de la procédure à suivre pour accorder une réhabilitation au Pakistan. La Constitution du Pakistan accorde au président le pouvoir absolu de gracier quelqu'un au Pakistan. La réhabilitation que l'intimé a obtenue lui a peut-être été accordée à titre de faveur personnelle ou pour des raisons d'ordre politique. Faute de preuve, la Cour n'est pas en mesure de conclure que le contenu des règles de droit et de la procédure régissant les réhabilitations en droit pakistanais sont semblables aux nôtres, et le juge des requêtes a commis une erreur en concluant qu'elles étaient effectivement semblables.

(iii) La réhabilitation accordée au Canada ne fait cesser que l'incapacité découlant d'une condamnation et n'a pas pour effet d'effacer la condamnation elle-même. Un pardon absolu—qui, suivant le *Code criminel*, est réputé effacer la condamnation comme si elle n'avait jamais existé—peut être accordé, mais uniquement par le gouverneur en conseil et seulement lorsqu'une personne a été condamnée à tort et, même alors, une procédure bien précise doit être suivie. Il importe donc peu de savoir si la réhabilitation accordée au Pakistan efface véritablement la condamnation elle-même ou uniquement ses conséquences. Les parties ont convenu que la réhabilitation pakistanaise efface les conséquences d'une condamnation prononcée au Pakistan. Les conséquences d'une réhabilitation en droit pakistanais ne sont donc pas dissemblables de celles d'une réhabilitation en droit canadien. Le juge des requêtes a eu raison sur cet aspect de sa brève analyse, mais, cela ne suffit pas.

3) Il existe malgré tout des situations dans lesquelles, en droit canadien de l'immigration, il faut refuser de reconnaître les lois d'un pays étranger qui ressemblent fortement aux nôtres. Il doit exister un «motif valable» ou «une raison solide» de ne pas respecter les lois du pays étranger qui sont semblables aux nôtres. On peut tenir compte de la gravité de l'infraction lors de l'examen de cette troisième condition. Le crime de détournement d'avion est universellement condamné et sévèrement puni. La piraterie aérienne compromet non seulement la sécurité des personnes et des biens, mais mine aussi la confiance des peuples du monde dans la sécurité de l'aviation civile. Elle nuit économiquement aux

of psychological coercion and extortion against governments. The conviction was for an offence so abhorrent to Canadians, and arguably so terrifying to the rest of the civilized world, that the Court was not required to respect a foreign pardon of such an offence.

The result of a decision that foreign pardons are not automatically recognized in Canada would not force immigration authorities to prove the validity of every conviction in a foreign land. Subparagraph 19(1)(c.1)(i) refers to persons who have been convicted. Proof of a foreign conviction by itself supplies "reasonable grounds to believe" that there has been a conviction. There is no such provision in the Act or the case law concerning pardons.

A "grave assault on the Canadian sense of justice" might occur only if the Canadian Immigration Department failed to recognize a pardon that meets the requirements described. If the legal system is not similar, the specific provision is not similar, or there is good reason to do otherwise, no injustice is perpetrated by refusing to recognize a foreign pardon.

Foreign pardons should only be recognized in rare situations, such as in *Burton*, where it would be unjust not to give effect to a similar country's similar laws that fully forgive individuals for the crimes they have committed. The third branch of our test ensures that, if there is any valid basis upon which to deny recognition to a foreign pardon, then a potential immigrant can and should still be considered "convicted" for the purposes of subparagraph 19(1)(c.1)(i).

The certified questions were answered as follows: (1) no; (2) not answered because it was not a general question; and (3) yes.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Constitution of the Islamic Republic of Pakistan*, Arts. 45, 48(2).
- Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation*, concluded at Montréal on 23 September 1971, 974 U.N.T.S. 178.
- Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft*, signed at the Hague on 16 December 1970, 860 U.N.T.S. 105.
- Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 110.

compagnies aériennes et à l'économie en général. Les pirates de l'air s'emparent d'un aéronef en vue de s'en servir comme un outil de coercition et d'extorsion psychologiques contre des États. La condamnation prononcée en l'espèce concerne une infraction tellement odieuse aux yeux des Canadiens, et dont on peut à juste titre penser qu'elle est terrifiante pour le reste du monde civilisé, pour que la Cour ne soit pas tenue de respecter la réhabilitation accordée à l'étranger pour une telle infraction.

Si la Cour décidait que les réhabilitations accordées à l'étranger ne sont pas automatiquement reconnues au Canada, il ne s'ensuivrait pas que les autorités de l'immigration seraient contraintes d'établir la validité de toute condamnation prononcée à l'étranger. Le sous-alinéa 19(1)c.1)(i) parle de personnes déclarées coupables. La preuve d'une condamnation à l'étranger constitue à elle seule un «motif raisonnable de croire» qu'il y a eu déclaration de culpabilité. Or, il n'existe aucune disposition de ce genre dans la Loi ou de déclaration en ce sens dans la jurisprudence relative aux réhabilitations.

On ne pourrait porter «gravement atteinte au sens canadien de la justice» que si le ministère canadien de l'immigration refusait de reconnaître une réhabilitation qui satisfait aux exigences prescrites. Si le système juridique est différent, si les dispositions applicables ne sont pas similaires ou s'il existe une raison valable d'agir autrement, on ne commettrait aucune injustice en refusant de reconnaître une réhabilitation accordée à l'étranger.

Les réhabilitations accordées à l'étranger ne devraient être reconnues que dans les rares cas où, comme dans l'affaire *Burton*, il serait injuste de ne pas donner effet aux lois semblables d'un pays semblable qui accordent un pardon absolu aux individus pour les crimes qu'ils ont commis. Le troisième volet du critère garantit que, s'il existe une raison valable de refuser de reconnaître une réhabilitation accordée à l'étranger, le candidat à l'immigration peut et doit toujours être considéré comme ayant été «reconnu coupable» au sens du sous-alinéa 19(1)c.1)(i) de la *Loi sur l'immigration*.

La Cour répond aux questions certifiées de la façon suivante: 1): non; 2): pas de réponse parce qu'il ne s'agit pas d'une question de portée générale; 3) oui.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 76, 748 (mod. par L.C. 1992, ch. 22, art. 12; 1995, ch. 22, art. 6), 748.1 (édicte, *idem*), 749 (mod., *idem*).
- Constitution de la République islamique du Pakistan*, art. 45, 48(2).
- Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, conclus à Montréal le 23 septembre 1971, 974 R.T.N.U. 178.
- Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, signée à La Haye le 16 décembre 1970, 860 R.T.N.U. 105.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 76, 748 (as am. by S.C. 1992, c. 22, s. 12; 1995, c. 22, s. 6), 748.1 (as enacted *idem*), 749 (as am. *idem*).

*Criminal Records Act*, R.S.C., 1985, c. C-47, ss. 2.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 22, s. 2), 4 (as am. *idem*, s. 4), 4.01 (as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 38), 4.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 22, s. 4), 4.2 (as enacted *idem*), 4.3 (as enacted *idem*), 5 (as am. *idem*, s. 5; 2000, c. 1, s. 4).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(c) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (c.1)(i) (as enacted *idem*).

*Powers of Criminal Courts Act, 1973* (U.K.), 1973, c. 62, s. 13(i).

*Rehabilitation of Offenders Act 1974* (U.K.), 1974, c. 53.

*Rehabilitation of Offenders Ordinance 1986* (H.K.), Ord. No. 55/86.

*Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), ch. C-47, art. 2.1 (édicte par L.C. 1992, ch. 22, art. 2), 4 (mod., *idem*, art. 4), 4.01 (édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 38), 4.1 (édicte par L.C. 1992, ch. 22, art. 4), 4.2 (édicte, *idem*), 4.3 (édicte, *idem*), 5 (mod., *idem*, art. 5; 2000, ch. 1, art. 4).

*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 110.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), c.1(i) (édicte, *idem*).

*Powers of Criminal Courts Act, 1973* (R.-U.), 1973, ch. 62, art. 13(i).

*Rehabilitation of Offenders Act 1974* (R.-U.), 1974, ch. 53.

*Rehabilitation of Offenders Ordinance 1986* (H.K.), Ord. n° 55/86.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## NOT FOLLOWED:

*Barnett v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 109 F.T.R. 154; 33 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.T.D.).

## APPLIED:

*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon*, [1991] 3 F.C. 44; (1991), 78 D.L.R. (4th) 103; 13 Imm. L.R. (2d) 102; 122 N.R. 228 (C.A.); *Lui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 134 F.T.R. 308; 39 Imm. L.R. (2d) 60 (F.C.T.D.); *Kan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 1886 (T.D.) (QL); *Therrien (Re)*, [2001] S.C.J. No. 36; 2001 SCC 35 (QL); (2001), 155 C.C.C. (3d) 1; 43 C.R. (5th) 1; 270 N.R. 1; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

## CONSIDERED:

*Minister of Manpower and Immigration v. Brooks*, [1974] S.C.R. 850; (1973), 36 D.L.R. (3d) 522; *Barnett v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 70 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*R. v. Foster*, [1984] 2 All ER 679 (C.A.); *Smith v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 144 (T.D.); *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; (1987),

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION NON SUIVIE:

*Barnett c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 109 F.T.R. 154; 33 Imm. L.R. (2d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Burgon*, [1991] 3 C.F. 44; (1991), 78 D.L.R. (4th) 103; 13 Imm. L.R. (2d) 102; 122 N.R. 228 (C.A.); *Lui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 134 F.T.R. 308; 39 Imm. L.R. (2d) 60 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Kan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1886 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Therrien (Re)*, [2001] A.C.S. n° 36; 2001 CSC 35 (QL); (2001), 155 C.C.C. (3d) 1; 43 C.R. (5th) 1; 270 N.R. 1; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Brooks*, [1974] R.C.S. 850; (1973), 36 D.L.R. (3d) 522; *Barnett c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 70 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. v. Foster*, [1984] 2 All ER 679 (C.A.); *Smith v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 144 (1<sup>re</sup> inst.); *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S.



39 D.L.R. (4th) 465; 27 C.C.L.I. 51; 17 C.P.C. (2d) 204; 76 N.R. 212; *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359.

1247; (1987), 39 D.L.R. (4th) 465; 27 C.C.L.I. 51; 17 C.P.C. (2d) 204; 76 N.R. 212; *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359.

## AUTHORS CITED

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 1997).  
 Nadin-Davis, R. Paul. "Canada's *Criminal Records Act*: Notes on How Not to Expunge Criminal Convictions" (1980-81), 45 *Sask. L. Rev.* 221.  
 Strange, Carolyn. "Mercy for Murderers? A Historical Perspective on the Royal Prerogative of Mercy" (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 559.  
 Wilkinson, Paul. *Terrorism and the Liberal State* (London: Macmillan Press, 1977).

## DOCTRINE

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th éd. (Toronto, Butterworths, 1997).  
 Nadin-Davis, R. Paul «Canada's *Criminal Records Act*: Notes on How to Expunge Criminal Convictions» (1980-81), 45 *Sask. L. Rev.* 221.  
 Strange, Carolyn. «Mercy for Murderers? A Historical Perspective on the Royal Prerogative of Mercy» (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 559.  
 Wilkinson, Paul, *Terrorism and the Liberal State* (Londres, Macmillan Press, 1977).

APPEAL from the Motions Judge's decision (*Saini v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 253; (2000), 184 D.L.R. (4th) 568; 183 F.T.R. 13 (T.D.)) holding that a deportation order based on *Immigration Act*, subparagraph 19(1)(c.1)(i) could not be executed since the applicant, who had been convicted in Pakistan of hijacking an airliner, had been pardoned. Appeal allowed. The pardon granted by the President of Pakistan, did not have to be recognized by the Court as there was no evidence of similarity of Pakistani and Canadian legal systems, or the specific laws relating to pardons.

APPEL d'une décision (*Saini c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 253; (2000), 184 D.L.R. (4th) 568; 183 F.T.R. 13 (1<sup>re</sup> inst.)) par laquelle le juge des requêtes a statué qu'une mesure d'expulsion prise en vertu du sous-alinéa 19(1)c.1(i) de la *Loi sur l'immigration* ne pouvait être exécutée étant donné que le requérant, qui avait été reconnu coupable au Pakistan du détournement d'un avion, avait obtenu sa réhabilitation. Appel accueilli. La Cour n'était pas tenue de reconnaître la grâce accordée par le président pakistanais, étant donné qu'il n'y avait aucune preuve de la similitude du système juridique du Pakistan et celui du Canada, ni de leurs dispositions législatives respectives en matière de réhabilitation.

## APPEARANCES:

*David W. Tyndale* for appellant.  
*Lorne Waldman* for respondent.

## ONT COMPARU:

*Davis W. Tyndale* pour l'appelant.  
*Lorne Waldman* pour l'intimé.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Jackman, Waldman & Associates*, Toronto, for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Jackman, Waldman & Associates*, Toronto, pour l'intimé.

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

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

[1] BY THE COURT: The main issue in this case is whether the respondent, Parminder Singh Saini, who

[1] LA COUR: La principale question en litige en l'espèce est celle de savoir si l'intimé, Parminder

was convicted in Pakistan of hijacking an airliner and later pardoned by the Pakistani President, may be deported from Canada on the basis of subparagraph 19(1)(c.1)(i) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], which, in effect, excludes persons who have been convicted of a serious offence outside of Canada. That subparagraph reads:

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

...

(c.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more.

The Motions Judge, purporting to follow *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon*, [1991] 3 F.C. 44 (C.A.), held that a deportation order dated October 27, 1995 could not be executed; we respectfully disagree with that decision [[2000] 3 F.C. 253 (T.D.)].

#### A. The Facts

[2] The respondent is a citizen of India who was convicted in 1984 in Pakistan of hijacking an Indian airliner travelling from India to Pakistan. Although he was originally sentenced to death, his sentence was later commuted to life imprisonment. After the respondent served 10 years in prison he was released on parole for medical reasons in 1994, was granted full parole in January 1995 and was then ordered to leave Pakistan. He departed Pakistan for Canada, claiming refugee status. Although not in the written record, it was said at the hearing that the respondent initially lied to Canadian authorities who were later informed of the details of the respondent's situation by officials of India. Upon learning of this, authorities took steps to obtain a deportation order. He was detained by immigration authorities for a time, but was later

Singh Saini, qui a été déclaré coupable, au Pakistan, du détournement d'un avion de ligne et qui a par la suite été gracié par le président du Pakistan, peut être expulsé du Canada en vertu du sous-alinéa 19(1)c.1(i) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], lequel a pour effet d'exclure les personnes qui ont été déclarées coupables d'un délit grave à l'extérieur du Canada. Voici le libellé de ce sous-alinéa:

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

[. . .]

c.1) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans [. . .]

Le juge des requêtes, qui prétendait suivre l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Burgon*, [1991] 3 C.F. 44 (C.A.), a statué que la mesure d'expulsion prise contre l'intimé le 27 octobre 1995 ne pouvait pas être exécutée. En toute déférence, il ne nous paraît pas possible de nous rallier à son opinion [[2000] 3 C.F. 253 (1<sup>re</sup> inst.)].

#### A. Les faits

[2] L'intimé est un citoyen de l'Inde qui a été déclaré coupable en 1984, au Pakistan, du détournement d'un avion de ligne indien qui effectuait la liaison entre l'Inde et le Pakistan. Il a d'abord été condamné à mort, mais sa peine a été commuée en peine d'emprisonnement à perpétuité. Après avoir été incarcéré pendant une dizaine d'années, l'intimé a été mis en liberté conditionnelle pour des raisons d'ordre médical en 1994, a obtenu une libération conditionnelle totale en 1995 et a finalement reçu l'ordre de quitter le Pakistan. Il a quitté le Pakistan pour le Canada, où il a revendiqué le statut de réfugié. Bien que ce fait ne soit pas consigné au dossier, il a été révélé à l'audience que l'intimé avait d'abord menti aux autorités canadiennes, qui ont par la suite été informées des détails de la situation de l'intimé par

released and is now living in Toronto and is said to be a student at York University, studying international relations.

[3] While the respondent was in custody in Canada pursuing appeals, his family requested, on his behalf, a pardon from the Pakistani government. In Pakistan, a pardon may be granted by the President under Article 45 of the *Constitution of the Islamic Republic of Pakistan*, which, at the time the pardon was granted, read:

45. The President shall have power to grant pardon, reprieve and respite, and to remit, suspend or commute any sentence passed by any court, tribunal or other authority.

[4] In April 1998, the then-President of Pakistan granted a pardon to the respondent. The pardon document produced by the respondent reads as follows:

SUBJECT+ PARDON ON CONVICTION OF  
PARMINDER SINGH SAINI S/O ARJAN  
SINGH SAINI

I am directed to refer to your appeal addressed to the President of Pakistan, requesting therein to grant pardon on the conviction/term of imprisonment already undergone by Mr. Parminder Singh Saini, awarded by Special Court at Lahore, on the charges of hijacking an Indian Airline's plane from Sringar to Pakistan.

2. The matter was considered by the Government of Pakistan and the President of Pakistan, in the exercise of the powers vested in him under Article 45 of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan has been pleased to grant pardon on conviction/term of imprisonment already undergone by Parminder Singh Saini, S/O Arjan Singh Saini, awarded by the Special Court at Lahore, on the charges of

des fonctionnaires de l'Inde. Après avoir été mises au courant de ces faits, les autorités canadiennes ont pris des mesures pour obtenir une mesure d'expulsion contre l'intimé. L'intimé a été détenu par les autorités de l'immigration pendant un certain temps, mais il a par la suite été élargi. Il vit présentement à Toronto où il étudierait les relations internationales à l'université York.

[3] Alors que l'intimé était détenu au Canada et qu'il exerçait ses droits d'appel, des membres de sa famille ont demandé en son nom au gouvernement pakistanais de le réhabiliter. Au Pakistan, le président peut gracier un condamné en vertu de l'article 45 de la [TRADUCTION] *Constitution de la République islamique du Pakistan*, qui, à l'époque où l'intimé a obtenu sa réhabilitation, était ainsi libellé:

[TRADUCTION]

45. Le président a le pouvoir de gracier un coupable ou de lui accorder une commutation ou une remise de peine et de remettre, suspendre ou commuer toute peine infligée par toute autorité, notamment par un tribunal.

[4] En avril 1998, le président du Pakistan de l'époque a gracié l'intimé. Voici le texte du document par lequel l'intimé a été gracié et qu'il a versé au dossier:

[TRADUCTION]

OBJET+ GRÂCE DE PARMINDER SINGH SAINI,  
FILS D'ARJAN SINGH SAINI

J'ai reçu pour instructions de répondre au recours en grâce que vous avez adressé au président du Pakistan pour lui demander de gracier M. Parminder Singh Saini et de réhabiliter ce dernier à l'égard de la condamnation/peine d'emprisonnement qu'il a déjà purgée et qui a été prononcée par le tribunal spécial de Lahore, relativement à l'accusation d'avoir détourné un avion de l'Indian Airline qui effectuait la liaison entre Sringar et le Pakistan.

2. L'affaire a été examinée par le gouvernement du Pakistan et le président du Pakistan a décidé, en vertu des pouvoirs que lui confère l'article 45 de la Constitution de la République islamique du Pakistan, de gracier M. Parminder Singh Saini, fils d'Arjan Singh Saini, et de lui accorder une réhabilitation à l'égard de la condamnation/peine d'emprisonnement déjà purgée par lui et prononcée par le tribunal

hijacking of an Indian Airline's plane from Sringar to Pakistan.

Yours truly,

(Muhammad Zafeer Abbasi)  
Deputy Secretary

spécial de Lahore, relativement à l'accusation d'avoir détourné un avion de l'Indian Airline qui effectuait la liaison entre Sringar et le Pakistan.

Veillez agréer, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués.

(Muhammad Zafeer Abbasi)  
Secrétaire adjoint

[5] In light of this pardon, the respondent filed an application for judicial review of the deportation order, contending that it could no longer be said that he had been "convicted" of an offence, as per *Burgon*, because the conviction was erased by the pardon. Consequently, he argued, the deportation order could not be executed.

[5] Fort de cette réhabilitation, l'intimé a déposé une demande de contrôle judiciaire de la mesure d'expulsion prise contre lui en faisant valoir qu'on ne pouvait plus dire qu'il avait été «déclaré coupable» d'une infraction au sens de l'arrêt *Burgon*, parce que la grâce qu'il avait obtenue avait effacé la déclaration de culpabilité. En conséquence, soutenait-il, la mesure d'expulsion ne pouvait pas être exécutée.

#### B. The Decision of the Motions Judge

[6] The Minister did not challenge the validity of the pardon on judicial review. Both parties submitted expert testimony focussed on the legal effect of a presidential pardon under Pakistani law. The Motions Judge's analysis of the expert evidence and conclusions of law are summarized below.

#### B. Décision du juge des requêtes

[6] Le ministre n'a pas contesté la validité de la réhabilitation obtenue par l'intimé lors de l'instruction de la demande de contrôle judiciaire. Les deux parties ont fait témoigner des experts au sujet des conséquences juridiques d'une grâce présidentielle en droit pakistanais. L'analyse du témoignage des experts du juge des requêtes et les conclusions de droit qu'il a tirées sont résumées plus loin.

[7] The Minister's expert, Mr. Akhtar, relying on the British decision in *R. v. Foster*, [1984] 2 All ER 679 (C.A.), testified that since the pardon cannot be treated as an acquittal, the conviction remains. This evidence was discounted by the Motions Judge [at paragraph 21] because:

[7] L'expert du ministre, M<sup>c</sup> Akhtar, se fondant sur l'arrêt anglais *R. v. Foster*, [1984] 2 All ER 679 (C.A.), a témoigné que, comme la grâce présidentielle ne peut être considérée comme un acquittement, la déclaration de culpabilité de l'intimé demeurait. Le juge des requêtes a écarté ce témoignage pour la raison suivante [au paragraphe 21]:

. . . Mr. Akhtar's opinion is largely based on the British decision in *Foster* which is not binding on Pakistan as the Pakistani Constitution was promulgated long before the *Foster* decision and not bound by it.

[. . .] L'opinion de M<sup>c</sup> Akhtar s'appuie en grande partie sur la décision britannique rendue dans l'affaire *Foster*, qui n'a pas force exécutoire au Pakistan parce que la Constitution pakistanaise a été promulguée longtemps avant le prononcé de la décision *Foster* et n'y est donc pas assujettie.

[8] The Motions Judge preferred the testimony of the respondent's expert, Mr. Zafar, which was reinforced by a letter from Khwaja Law Associates, which was not sworn. The reasons for order quoted the handwritten Khwaja opinion, which stated in its entirety:

[8] Le juge des requêtes a préféré le témoignage de l'expert de l'intimé, M<sup>c</sup> Zafar, qui était appuyé par une lettre du cabinet d'avocats Khwaja Law Associates. Cette lettre n'était pas faite sous serment. Dans les motifs de son ordonnance, le juge a cité l'opinion manuscrite du cabinet Khwaja dont voici le texte intégral:

## TO WHOM IT MAY CONCERN

The President of Pakistan has granted pardon on conviction to Mr. Parminder Singh Saini which means remission of all legal consequences of his conviction.

Khwaja Sultan Ahman  
Sr. Advocate

[9] This appeal was argued before this Court as if he had found that Mr. Zafar's expert opinion was that the conviction was erased. The Motions Judge [at paragraph 21] was of the opinion that the Canadian jurisprudence, as declared by this Court in *Burgon*, *supra*, and by the Trial Division in *Smith v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 144 (T.D.); *Lui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 134 F.T.R. 308 (F.C.T.D.); and *Barnett v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 109 F.T.R. 154 (F.C.T.D.) "is to the effect that a pardon does clean [*sic*] the individual of any stain that a conviction has caused". The Motions Judge granted the application for judicial review and ordered that the deportation order not be executed. The Motions Judge [at paragraph 23] held that, because the respondent was pardoned in Pakistan, he "has been cleansed of that conviction and he should not be deported on that ground". He based this conclusion on his finding [at paragraphs 21-22] that:

A valid pardon given in another country with a similar justice system cannot be ignored in our country and, more specifically in this case, by an immigration officer. . . .

The Pakistani judicial system is somewhat similar to ours and as Linden J.A. said in *Burgon* it would constitute a "grave assault on the Canadian sense of justice" if the Canadian immigration department would deem a person convicted of an offence when the person is deemed not to be convicted of the same offence in the jurisdiction where the offence was allegedly committed.

Three questions of general importance were certified by the Motions Judge, which will be discussed later.

## [TRADUCTION]

## À QUI DE DROIT:

Le président du Pakistan a gracié M. Parminder Singh Saini, ce qui emporte la suppression de toutes les conséquences juridiques de sa condamnation.

Khwaja Sultan Ahman  
Avocat principal

[9] Le présent appel a été débattu devant notre Cour comme si le juge des requêtes avait conclu que l'expert de l'intimé, M<sup>e</sup> Zafar, avait affirmé que la condamnation était effacée. Or, le juge des requêtes [au paragraphe 21] s'est dit d'avis que, suivant la jurisprudence canadienne exprimée par notre Cour dans l'arrêt *Burgon*, précité, et par la Section de première instance dans les jugements *Smith c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 144 (1<sup>re</sup> inst.); *Lui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 134 F.T.R. 308 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Barnett c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 109 F.T.R. 154 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), «une réhabilitation lave une personne de toute souillure causée par la déclaration de culpabilité». Le juge des requêtes a fait droit à la demande de contrôle judiciaire et a ordonné que la mesure d'expulsion ne soit pas exécutée. Le juge des requêtes [au paragraphe 23] a statué que, parce que l'intimé avait été gracié au Pakistan, il avait été «lavé de cette déclaration de culpabilité et ne [devait] pas être expulsé pour cette raison». Il a fondé cette conclusion sur les éléments suivants [aux paragraphes 21 et 22]:

Personne ne peut faire fi d'une réhabilitation valide accordée dans un autre pays dont le système de justice est semblable au nôtre, et cela vaut plus particulièrement, en l'occurrence, pour un responsable de l'immigration.

[. . .]

Le système judiciaire pakistanais est assez semblable au nôtre et, pour reprendre les termes employés par le juge Linden dans l'arrêt *Burgon*, on «porterait gravement atteinte au sens canadien de la justice» si le ministère canadien de l'immigration présumait qu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction alors qu'elle est réputée ne pas avoir été déclarée coupable de cette même infraction dans le territoire où l'infraction aurait été commise.

Le juge des requêtes a certifié trois questions graves de portée générale sur lesquelles nous reviendrons plus loin.

### C. The *Burgon* Case and Subsequent Jurisprudence

[10] With respect, we are of the view that the Motions Judge misinterpreted the principle established in *Burgon*. That case did not hold that Canadian immigration law is bound by any pardon in any foreign land with a legal system “somewhat similar” to ours. Before we proceed, we should review the *Burgon* case.

[11] Ms. *Burgon* was a British citizen who was sentenced to two years’ probation following a plea of guilty to conspiracy to supply controlled drugs. Although she herself was involved in the conspiracy to a minor extent under the influence of her former husband and his associates, she co-operated with the police and helped to convict a ring of drug dealers. Soon after that, she remarried to a Canadian citizen, later came to Canada and eventually sought admission to Canada as a permanent resident. Immigration authorities declared that Ms. *Burgon* was an inadmissible person under paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act*, which was similar in effect to its successor, subparagraph 19(1)(c.1)(i), in that it denied admission to persons convicted of serious offences outside of Canada.

[12] However, under subsection 13(1) of the United Kingdom’s *Powers of Criminal Courts Act, 1973* (U.K.), 1973, c. 62, a person sentenced to probation is expressly deemed not to be convicted:

13. (1) . . . a conviction of an offence for which an order is made under this Part of this Act placing the offender on probation or discharging him absolutely or conditionally shall be deemed not to be a conviction for any purpose other than the purposes of the proceedings in which the order is made and of any subsequent proceedings which may be taken against the offender under the preceding provisions of the Act. [Emphasis added.]

[13] The relevant analysis in *Burgon* began by recognizing that all people who have committed

### C. L’arrêt *Burgon* et la jurisprudence subséquente

[10] À notre humble avis, le juge des requêtes a mal interprété le principe posé dans l’arrêt *Burgon*. Dans cet arrêt, notre Cour n’a pas statué que les tribunaux canadiens sont liés par toute réhabilitation accordée dans un pays étranger dont le système judiciaire est «assez semblable» au nôtre. Avant d’aller plus loin, il nous semble nécessaire d’examiner l’arrêt *Burgon*.

[11] M<sup>me</sup> *Burgon* était une citoyenne britannique qui avait été condamnée à deux ans de probation après s’être reconnue coupable de complot en vue de fournir des drogues contrôlées. Malgré le fait qu’elle avait elle-même trempé jusqu’à un certain point dans ce complot en raison de l’influence exercée sur elle par son ex-mari et les complices de ce dernier, elle a collaboré avec la police et a contribué à faire condamner une bande de trafiquants de drogues. Peu de temps après, elle a épousé un citoyen canadien, est par la suite venue au Canada et a finalement demandé l’admission au Canada à titre de résidente permanente. Les autorités de l’immigration ont déclaré que M<sup>me</sup> *Burgon* faisait partie des personnes non admissibles au Canada au sens de l’alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l’immigration*, dont l’effet était semblable à celui de son successeur, le sous-alinéa 19(1)c.1)(i), étant donné qu’il refusait l’admission aux personnes déclarées coupables d’une infraction grave à l’extérieur du Canada.

[12] Or, aux termes du paragraphe 13(1) de la *Powers of Criminal Courts Act, 1973* du Royaume-Uni, (R.-U.) 1973, ch. 62, la personne qui fait l’objet d’une ordonnance de probation est expressément réputée ne pas avoir été déclarée coupable:

[TRADUCTION]

13. (1) [. . .] le contrevenant qui a été déclaré coupable d’une infraction pour laquelle il fait l’objet d’une ordonnance de probation ou d’une ordonnance d’absolution inconditionnelle ou sous condition prononcée en vertu de la présente partie de la présente loi est réputé n’avoir été déclaré coupable que dans le cadre de l’instance au cours de laquelle l’ordonnance a été prononcée et dans celui de toute poursuite ultérieure qui pourrait être intentée contre lui en vertu des dispositions précédentes de la présente loi. [Non souligné dans l’original.]

[13] Dans les passages de l’arrêt *Burgon* qui nous intéressent, notre Cour a commencé son analyse en

crimes are not necessarily excluded from Canada forever. At pages 58-59, this Court concluded:

Immigration law, like society generally, may forgive those who commit crimes. Those who satisfy “the Governor in Council that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the termination of the sentence imposed” may be admitted. . . . This provision indicates that a person who commits a serious crime may be given a chance to start a new life in Canada, at least on certain conditions.

[14] The decision continued with an examination of the circumstances under which a conviction might be expunged under Canadian law. The effect of a Canadian pardon at that time under the *Criminal Records Act*, R.S.C., 1985, c. C-47, was such that it vacated the conviction and removed any disqualification resulting from the conviction. In addition, the *Burgon* decision noted that the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] allowed judges to impose absolute and conditional discharges, which would have the effect of the accused being deemed not to have been convicted, subject to certain exceptions.

[15] The following analysis in *Burgon* explains its basis, at pages 60-61:

. . . when Parliament re-enacted the *Immigration Act* in 1976 . . . , it must be taken to have known about its earlier penal legislation which allowed for the elimination of criminal convictions from the records of deserving individuals. In using the word “convicted” in paragraph 19(1)(c), therefore, Parliament meant a conviction that had not been expunged, pursuant to any other legislation it had enacted. If a “conviction” had been erased by the provisions of another law of Parliament, it was not meant to be treated in the same way as a conviction that had not been removed from a person’s record. If it had intended that the word “convicted” in the *Immigration Act* be interpreted otherwise, it could have and should have demonstrated that. Interpreting paragraph 19(1)(c) in this way, the *Immigration Act* and the criminal legislation in Canada is rendered consistent, not in conflict. The policy of the criminal law is incorporated within the *Immigration Act*.

reconnaissant que les personnes qui ont commis des crimes ne sont pas nécessairement toutes exclues à jamais du Canada. Aux pages 58 et 59, la Cour déclare ce qui suit:

Le droit de l’immigration peut, à l’instar de la société en général, pardonner à ceux qui commettent des crimes. Peuvent être admises les personnes qui «peuvent justifier auprès du gouverneur en conseil [. . .] de leur réadaptation [et] du fait qu’au moins cinq ans se sont écoulés depuis l’expiration de leur peine» [. . .] Il ressort de cette disposition qu’une personne qui commet un crime grave peut se voir accorder la chance de refaire sa vie au Canada, du moins à certaines conditions.

[14] La Cour a poursuivi en examinant les circonstances dans lesquelles une déclaration de culpabilité peut être effacée en droit canadien. À l’époque, la réhabilitation accordée au Canada en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), ch. C-47, avait pour effet d’annuler la condamnation et de supprimer toute incapacité découlant de cette condamnation. La Cour a également fait remarquer, dans l’arrêt *Burgon*, que le *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] permettait aux juges d’octroyer une absolution inconditionnelle ou une absolution conditionnelle qui avait pour effet de réputer que l’accusé n’avait pas été déclaré coupable, sous réserve de certaines exceptions.

[15] La Cour a expliqué son raisonnement dans le passage suivant de l’arrêt *Burgon*, aux pages 60 et 61:

[. . .] lorsqu’il a adopté de nouveau la *Loi sur l’immigration* en 1976 [. . .], le législateur fédéral connaissait ses propres textes de loi pénale antérieurs, qui permettaient d’effacer les déclarations de culpabilité criminelles du casier des personnes méritantes. En employant les termes «déclarées coupables» à l’alinéa 19(1)c), le législateur visait donc une déclaration de culpabilité qui n’avait pas été effacée en vertu de toute autre loi édictée par lui. Si une «déclaration de culpabilité» était effacée par application des dispositions d’une autre loi du législateur fédéral, ce dernier ne voulait pas qu’elle soit traitée de la même manière qu’une déclaration de culpabilité qui n’avait pas été supprimée du casier judiciaire d’une personne. S’il avait voulu que les termes «déclarées coupables» que l’on trouve dans la *Loi sur l’immigration* soient interprétés autrement, il aurait pu et aurait dû l’exprimer. Lorsqu’on interprète de cette manière l’alinéa 19(1)c), on réussit à concilier—et non à mettre en conflit—la *Loi sur l’immigration* et la législation canadienne. Les principes généraux du droit criminel sont intégrés dans la *Loi sur l’immigration*.

[16] An analysis of the foreign law concluded that “[t]his U.K. legislation, while not identical to that of Canada, is certainly similar in content and in effect” (at page 60). Through an examination of both the Canadian law and the U.K. legislation, the Court demonstrated their similarity in aim, content and effect. The main issue for the Court in *Burgon* concerned whether the U.K. legislation should, therefore, be recognized and be treated in the same way as the substantially similar Canadian legislation would have been treated.

[17] *Burgon* decided that Canadian immigration law could recognize the effect of the foreign legislation because both the specific legislation in question and the legal system as a whole were similar to and consistent with Canada’s laws and legal system. Furthermore, in that case, there was no good reason not to respect the U.K. legislation. As the Court stated, at pages 61-62:

There is no good reason for Canadian immigration law to thwart the goal of this British legislation, which is consistent with the Canadian law. Our two legal systems are based on similar foundations and share similar values. . . .

Unless there is some valid basis for deciding otherwise, therefore, the legislation of countries similar to ours, especially when their aims are identical, ought to be accorded respect. . . . we should recognize the laws of other countries which are based on similar foundations to ours, unless there is a solid rationale for departing therefrom.

[18] There are several important points to emphasize here. First, *Burgon* unequivocally declared that “this Court is not required to go so far as to ‘attorn’ to the law of all foreign jurisdictions” (at page 62). The decision explicitly quoted and agreed with Justice Bora Laskin’s comments in *Minister of Manpower and Immigration v. Brooks*, [1974] S.C.R. 850, at page 863, where he stated that the law of another country cannot be “controlling in relation to an inquiry about criminal convictions to determine whether immigration to Canada should be permitted”. Thus, it is clear that Canadian immigration law governs whether a foreign

[16] Au terme de son analyse de la loi étrangère, la Cour a conclu que «[m]ême s’il n’est pas identique à celui du Canada, ce texte de loi du Royaume-Uni y est certainement semblable de par son contenu et de par ses effets» (à la page 60). En procédant à un examen de la loi canadienne et de celle du Royaume-Uni, la Cour a démontré qu’elles avaient un objet, un contenu et des effets semblables. La principale question en litige dans l’affaire *Burgon* était celle de savoir si le texte de loi du Royaume-Uni devait par conséquent être reconnu et être traité de la même façon que le texte de loi canadien correspondant aurait été traité.

[17] Dans l’arrêt *Burgon*, la Cour a décidé qu’on pouvait reconnaître en droit canadien de l’immigration l’effet du texte de loi étranger parce que les dispositions législatives précises en question et le système juridique dans son ensemble étaient semblables aux lois et au système juridique canadiens et étaient compatibles avec eux. En outre, dans cette affaire, il n’y avait aucune raison valable de ne pas respecter le texte de loi du Royaume-Uni. Ainsi que la Cour l’a déclaré à la page 62:

Il n’existe aucune raison valable pour que le droit canadien de l’immigration contrecarre l’objectif de ce texte de loi britannique, qui est compatible avec le droit canadien. Nos deux systèmes juridiques reposent sur des fondements analogues et partagent des valeurs semblables [ . . . ]

À moins qu’il existe un motif valable de rendre une autre décision, j’estime donc qu’il y a lieu de respecter les lois des pays qui sont semblables aux nôtres, surtout lorsque leurs buts sont identiques [ . . . ] nous devons reconnaître les lois d’autres pays qui reposent sur les mêmes fondements que les nôtres, à moins qu’il existe une raison solide de s’en écarter.

[18] Il y a quelques points importants à souligner ici. Premièrement, dans l’arrêt *Burgon*, notre Cour a déclaré de façon non équivoque qu’elle n’était pas «tenue d’aller jusqu’à “reconnaître” les lois de tous les ressorts étrangers» (à la page 62). La Cour a expressément cité et approuvé les propos tenus par le juge Bora Laskin dans l’arrêt *Ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration c. Brooks*, [1974] R.C.S. 850, à la page 863, où le juge Laskin déclarait que le droit d’un autre pays «n’est pas déterminant en ce qui concerne une question relative aux condamnations criminelles posée aux fins de déterminer si l’immigration au



discharge or pardon will be recognized, not any foreign law.

[19] We agree with Justice Mahoney who made this clear in his dissenting reasons in *Burton*, at page 50:

Yet Parliament has made it clear that it is the Canadian, not the foreign standard of the seriousness of crimes, as measured in terms of potential length of sentence, that governs admissibility to Canada. The policy basis for exclusion under paragraph 19(1)(c) must surely be the perceived gravity, from a Canadian point of view, of the offence the person has been found to have committed and not the actual consequence of that finding as determined under foreign domestic law.

Indeed, the language of subparagraph 19(1)(c.1)(i) expressly refers to those foreign offences “that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament” by 10 or more years’ imprisonment. This demonstrates that Canadian immigration law does not necessarily exclude all persons convicted of a crime that is considered serious in a foreign jurisdiction; a conviction must also be considered serious in Canada for a person to be denied admission on that basis. Similarly, an offence considered trivial abroad may be considered serious by Canadian standards and lead to exclusion.

[20] Thus, it can be seen that the *Burton* decision did not decide that foreign law supercedes Canadian immigration law. Canadian authorities are not required to attorn to the laws and policies of other lands in determining whether a person has been “convicted” for the purposes of the *Immigration Act*. No general principle of absolute recognition of foreign pardons is established by *Burton*, which was not even a case about a pardon but instead dealt with a discharge and sentence of probation. However, in assessing whether persons who have been convicted abroad but later

Canada devrait être permise». Il est donc acquis que c’est le droit canadien de l’immigration, et non le droit étranger, qui s’applique pour décider si une absolution ou une réhabilitation accordée à l’étranger doit être reconnue au Canada.

[19] Le juge Mahoney a bien expliqué ce point dans les motifs dissidents qu’il a rédigés dans l’arrêt *Burton*. Nous partageons son avis à ce sujet, à la page 50:

Pourtant, le législateur fédéral a bien précisé que c’est la norme canadienne, et non la norme étrangère, de la gravité des crimes, mesurée en fonction de la durée possible de la peine, qui régit l’admissibilité au Canada. Le fondement logique de l’exclusion prévue à l’alinéa 19(1)c) doit certainement être la gravité relative—envisagée d’un point de vue canadien—de l’infraction dont la personne en cause a été déclarée coupable et non les conséquences réelles de cette conclusion en droit étranger.

Au sous-alinéa 19(1)c.1)(i), le législateur parle en effet expressément des infractions commises à l’étranger «qui, si elle[s] étai[en]t commise[s] au Canada, constituerai[en]t une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d’une loi fédérale» d’un emprisonnement égal ou supérieur à 10 ans. Il en ressort que le droit de l’immigration canadien n’exclut pas nécessairement toutes les personnes qui ont été déclarées coupables d’un crime jugé grave dans un pays étranger. Le crime doit également être considéré comme grave au Canada pour que son auteur se voit refuser l’admission au Canada pour cette raison. Dans le même ordre d’idées, une infraction qui est considérée banale à l’étranger pourrait être considérée comme grave selon les normes canadiennes et emporter l’exclusion du contrevenant.

[20] On constate donc que, dans l’arrêt *Burton*, notre Cour n’a pas décidé que le droit étranger l’emportait sur le droit canadien en matière d’immigration. Les autorités canadiennes ne sont pas tenues de reconnaître les lois et les politiques des autres pays pour décider si une personne a été «déclarée coupable» au sens de la *Loi sur l’immigration*. Aucun principe général de reconnaissance absolue des réhabilitations accordées à l’étranger n’a été établi dans l’arrêt *Burton*, qui ne portait d’ailleurs pas sur une réhabilitation, mais bien sur une absolution et sur une

pardoned ought to be inadmissible under subparagraph 19(1)(c.1)(i), it is open to our courts to consider the effect of foreign laws in appropriate circumstances.

[21] Moreover, there is nothing in the post-*Burgon* jurisprudence that stands for the principle advanced on behalf of the respondent, that is, a foreign pardon is binding on Canadian courts if there is some similarity between our legal system and our law and a foreign legal system and its laws.

[22] The decisions of the Trial Division in *Lui*, *supra*, and *Kan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 1886 (T.D.) (QL), both support the proposition that foreign laws are not automatically applied for the purposes of subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the *Immigration Act*. Both cases considered the impact of the *Rehabilitation of Offenders Ordinance 1986* of Hong Kong [Ord. No. 55/86] (ROO), which vaguely resembles our *Criminal Records Act*. In *Lui*, Rothstein J. (then of the Trial Division, now of this Court), was “satisfied that in a general sense, the purpose or aim of the Hong Kong *Rehabilitation of Offenders Ordinance 1986* is similar to that of the *Criminal Records Act*—to give convicted persons a second chance by ‘wiping their slate clean’” (see paragraph 5). Justice Rothstein explained, however, that that is not enough; he correctly employed *Burgon* when he stated that it had to be shown also that “the foreign law is similar in (a) aim or purpose, (b) content and (c) effect” (see paragraph 3). Because the scope of the ROO is much narrower than the *Criminal Records Act* and because it is subject to numerous specified exceptions, the applicant was properly considered to have been “convicted” and therefore inadmissible to Canada. The *Kan* decision is consistent with *Lui*. These two decisions correctly applied the principle enunciated in *Burgon* that foreign legislation is not determinative of whether a conviction exists for the purposes of the Canadian *Immigration Act*, though it might be considered in appropriate circumstances.

ordonnance de probation. Toutefois, pour décider si une personne qui a été déclarée coupable à l'étranger mais qui a par la suite obtenu sa réhabilitation devrait être jugée non admissible en vertu du sous-alinéa 19(1)c.1)(i), nos tribunaux peuvent tenir compte de l'effet des lois étrangères lorsqu'ils l'estiment justifié dans les circonstances.

[21] Qui plus est, il n'y a rien dans la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Burgon* qui appuie la thèse défendue par l'intimé, en l'occurrence que la réhabilitation accordée à l'étranger lie les tribunaux canadiens dès lors qu'il existe une certaine similitude entre notre système judiciaire et nos lois et le système judiciaire et les lois d'un pays étranger.

[22] Les décisions rendues par la Section de première instance dans les affaires *Lui*, précitée, et *Kan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1886 (1<sup>er</sup> inst.) (QL), appuient toutes les deux la proposition que les tribunaux canadiens ne sont pas automatiquement liés par les lois étrangères pour l'application du sous-alinéa 19(1)c.1)(i) de la *Loi sur l'immigration*. Dans ces deux affaires, la Cour a examiné les répercussions de l'Ordonnance de Hong Kong relative à la réhabilitation des contrevenants (l'ORC) [*Rehabilitation of Offenders Ordinance 1986*, Ord. n° 55/86], qui ressemble vaguement à notre *Loi sur le casier judiciaire*. Dans le jugement *Lui*, le juge Rothstein (qui siégeait alors à la Section de première instance et qui fait maintenant partie de notre Cour) s'est dit «convaincu que, de façon générale, l'objet de l'Ordonnance de Hong Kong relative à réhabilitation des contrevenants est similaire à celui de la *Loi sur le casier judiciaire*, c'est-à-dire qu'il vise à donner une deuxième chance aux personnes reconnues coupables d'une infraction en [TRADUCTION] “passant l'éponge”» (paragraphe 5). Le juge Rothstein a cependant expliqué que cela ne suffisait pas. Il a correctement appliqué l'arrêt *Burgon* en affirmant qu'il fallait également démontrer que «[l]e droit étranger doit avoir un a) objet, un b) contenu et des c) effets similaires» (paragraphe 3). Comme l'ORC avait une portée beaucoup plus étroite que celle de la *Loi sur le casier judiciaire* et qu'elle était soumise à de nombreuses exceptions précises, la Cour a considéré à bon droit le requérant comme

[23] In the *Barnett* case, *supra*, the Trial Division of this Court held that an applicant convicted of burglary in the U.K. and later pardoned was allowed, on the principle of *Burgon*, to be treated as not having been convicted. On a subsequent motion, the Trial Division rightly refused to certify a question on the basis that this Court had already dealt with that issue in *Burgon* (see *Barnett v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 70 (F.C.T.D.)). However, the original decision is most relevant to the proceedings before this Court. In *Burgon* it was clear that the U.K. *Powers of Criminal Courts Act, 1973* expressly deemed that no conviction exists, but in *Barnett* there was no detailed investigation into the legal effect of a pardon under the U.K. *Rehabilitation of Offenders Act 1974* [(U.K.), 1974, c. 53]. While the legislation under which the pardon was obtained was not identical to that in *Burgon*, the Court felt that the “ultimate effect is the same under both statutes” (see paragraph 10). In the reasons given, however, the imprecise language employed by the Court was broader than appropriate [at paragraph 9]:

The question is not whether Canada has identical legislation in place, but whether the underlying rationale of the foreign legislation is consistent with some fundamental principle of justice esteemed within our own society.

The holding in *Burgon*, as correctly described by Justice Rothstein in *Lui*, was much narrower than indicated by that quotation.

ayant été «déclaré coupable» et comme n'étant pas admissible au Canada. La décision *Kan* va dans le même sens. Dans ces deux décisions, la Cour a correctement appliqué le principe énoncé dans l'arrêt *Burgon*, en l'occurrence que les lois du pays étranger ne sont pas déterminantes lorsqu'il s'agit de décider s'il y a eu déclaration de culpabilité au sens de la *Loi sur l'immigration* canadienne, bien qu'on puisse en tenir compte lorsque les circonstances s'y prêtent.

[23] Dans l'affaire *Barnett*, la Section de première instance de notre Cour a statué qu'un requérant qui avait été reconnu coupable de vol avec effraction au Royaume-Uni et qui avait par la suite été réhabilité pouvait, suivant le principe posé dans l'arrêt *Burgon*, être considéré comme n'ayant pas été déclaré coupable. Saisie d'une requête ultérieure, la Section de première instance a refusé à bon droit de certifier une question au motif que notre Cour avait déjà tranché la question dans l'arrêt *Burgon* (voir le jugement *Barnett c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 70 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). La première décision est cependant très éclairante pour ce qui est de la demande dont nous sommes saisis. Dans l'affaire *Burgon*, il était clair que la *Powers of Criminal Courts Act, 1973* du Royaume-Uni présumait expressément qu'il n'existait aucune déclaration de culpabilité, alors que dans l'affaire *Barnett*, la Cour n'a pas analysé en profondeur les conséquences juridiques d'une réhabilitation accordée en vertu de la *Rehabilitation of Offenders Act 1974* [(R.-U.), 1974, ch. 53] du Royaume-Uni. Bien que la loi en vertu de laquelle la réhabilitation avait été obtenue n'était pas identique à celle dont il était question dans l'affaire *Burgon*, la Cour a estimé que «l'ultime effet est le même selon les deux lois» (paragraphe 10). La Cour a toutefois justifié cette conclusion en invoquant des raisons dont la portée était plus large que nécessaire [au paragraphe 9]:

La question n'est pas de savoir si le Canada possède une législation semblable, mais si le principe qui sous-tend la loi étrangère est conforme à un principe fondamental de justice respecté au sein de notre propre société.

Ainsi que le juge Rothstein l'a à juste titre fait observer dans le jugement *Lui*, la portée des conclusions tirées dans l'arrêt *Burgon* était beaucoup plus étroite que ce que cette citation laisse croire.

[24] To summarize, our jurisprudence requires that three elements must be established before a foreign discharge or pardon may be recognized: (1) the foreign legal system as a whole must be similar to that of Canada; (2) the aim, content and effect of the specific foreign law must be similar to Canadian law; and (3) there must be no valid reason not to recognize the effect of the foreign law.

[25] We shall now examine the facts of this case to determine the effect of the foreign pardon in the country where it was granted. We shall then decide, pursuant to the *Burgon* principles, whether such a pardon has any effect in Canada.

#### D. The Effect of the Foreign Pardon in the Country where it is Granted

[26] The first matter to consider is the effect of the foreign pardon in the country where it was granted. Foreign law is a question of fact, which must be proved to the satisfaction of the Court. Judicial findings about foreign law, therefore, have always been considered on appeal as questions of fact (see J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 1997), at page 155). Moreover, it is well settled that this Court will only interfere with a finding of fact, including a finding of fact with regard to expert evidence, if there has been a palpable and overriding error (see for example *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802).

[27] This Court cannot conclude that, in making the finding of fact with respect to foreign law, the Motions Judge erred palpably and in an overriding way. It has been found as a fact that the Pakistani pardon operates, under Pakistani law, to erase the Pakistani conviction or at least its negative consequences. The Motions Judge's consideration of the

[24] Pour résumer, notre jurisprudence exige que l'on établisse l'existence des trois éléments suivants pour pouvoir reconnaître une absolution ou une réhabilitation accordées à l'étranger: 1) le système juridique du pays étranger doit dans son ensemble être semblable à celui du Canada; 2) l'objet, le contenu et les effets du texte de loi étranger en cause doivent être similaires à ceux de la loi canadienne; 3) il ne doit exister aucune raison valable de ne pas reconnaître l'effet du droit étranger.

[25] Nous allons maintenant examiner les faits de la présente affaire pour déterminer les conséquences d'une réhabilitation accordée à l'étranger dans le pays où elle est accordée. Nous déciderons ensuite, conformément aux principes dégagés dans l'arrêt *Burgon*, si une telle réhabilitation a un effet quelconque au Canada.

#### D. Conséquences d'une réhabilitation accordée à l'étranger dans le pays où elle est accordée

[26] Le premier point à examiner est celui des conséquences d'une réhabilitation accordée à l'étranger dans le pays où elle est accordée. Le droit étranger est une question de fait qui doit être prouvée à la satisfaction du tribunal. Les conclusions judiciaires au sujet du droit étranger ont donc toujours été considérées en appel comme des questions de fait (voir J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1997), à la page 155). De plus, il est de jurisprudence constante que notre Cour ne modifiera une conclusion de fait, y compris une conclusion de fait portant sur un témoignage d'expert, que si une erreur manifeste et dominante a été commise (voir, par exemple les arrêts *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; et *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802).

[27] La Cour ne peut conclure qu'en tirant une conclusion de fait au sujet du droit étranger, le juge des requêtes a commis une erreur manifeste et dominante. Il a tenu pour avéré qu'en droit pakistanais, la réhabilitation a pour effet d'effacer la déclaration de culpabilité prononcée au Pakistan ou du moins ses conséquences négatives. Notre Cour se refuse de

Kwaja handwritten opinion as “expert”, even though it was not technically an expert opinion nor even sworn, his treatment of the potential bias of the respondent’s expert who had previously acted for him in the hijacking case and his ultimate acceptance of the respondent’s expert opinion over the appellant’s expert, should not be second-guessed by this Court. The finding of fact stands, but this does not conclude the matter.

#### E. The Effect of a Foreign Pardon in Canada

[28] The next and more complex issue to consider is whether or not we ought to treat the Pakistani pardon as we would a Canadian pardon. As outlined above, *Burgon* stipulates that the convicted person must establish that three requirements are met: (1) the foreign legal system as a whole must be substantially similar to Canada’s, (2) the aim, content and effect of the specific foreign law must be similar to and consistent with Canadian law, and (3) there must be no valid reason not to recognize the effect of the foreign law. Let us examine each of these matters in turn.

##### (1) The Similarity of Legal Systems

[29] This first requirement is that the two legal systems are similar. It must be the case that the “two legal systems are based on similar foundations and share similar values” (see *Burgon*, at page 62). The Motions Judge applied the wrong test. He thought it would be enough if the two systems were “somewhat similar”. That is insufficient. The systems must be “similar” not just “somewhat similar”. There is a substantial difference between the two tests; it is not a trivial distinction. Of course, that does not mean that the two systems must be identical, for no two legal systems are. It does require, however, that there be a strong resemblance in the structure, history, philos-

revenir sur le fait que le juge des requêtes a considéré l’opinion manuscrite de Kwaja comme une opinion d’«expert», même s’il ne s’agissait pas à proprement parler d’une opinion d’expert et qu’elle n’était même pas donnée sous serment, ou encore à contester la façon dont le juge a abordé la question du possible parti pris de l’expert de l’intimé qui avait déjà agi pour son compte dans l’affaire du détournement d’avion ou à contester le fait que le juge a finalement préféré l’opinion de l’expert de l’intimé à celle de l’expert de l’appelant. La conclusion de fait demeure, mais le débat n’est pas vidé pour autant.

#### E. Conséquences au Canada d’une réhabilitation accordée à l’étranger

[28] La question suivante plus complexe à examiner est celle de savoir si nous devons ou non réserver à une réhabilitation accordée au Pakistan le même traitement que celui que nous appliquerions à une réhabilitation octroyée au Canada. Comme nous l’avons déjà signalé, la Cour a précisé, dans l’arrêt *Burgon*, que la personne qui a été reconnue coupable doit établir que les trois conditions suivantes sont réunies: 1) le système juridique du pays étranger doit, dans son ensemble, être essentiellement similaire à celui du Canada; 2) l’objet, le contenu et les effets du texte de loi étranger en question doivent être similaires au droit canadien et être compatibles avec lui; 3) il ne doit exister aucune raison valable de ne pas reconnaître l’effet du droit étranger. Examinons à tour de rôle chacun de ces éléments.

##### 1) Similitude des systèmes juridiques

[29] La première condition est que le système juridique de deux pays soit similaire. C’est le cas si «les deux systèmes juridiques reposent sur des fondements analogues et partagent des valeurs semblables» (arrêt *Burgon*, à la page 62). Le juge des requêtes n’a pas appliqué le bon critère. Il a cru qu’il suffisait que les deux systèmes soient «assez semblables». Or, cela ne suffit pas. Les systèmes doivent être «similaires», pas seulement «assez semblables». Il y a une différence marquée entre ces deux critères. Il ne s’agit pas d’une distinction banale. Évidemment, cela ne veut pas dire que les deux systèmes doivent être identiques, car aucun système juridique n’est identique à un autre. Il

ophy and operation of the two systems before its law will be given recognition in this context.

[30] Moreover, the similarity of the systems must normally be proved by evidence to that effect, except perhaps in the rare situation where it is obvious. In this case, there was no evidence whatsoever to support the assumption of the Motions Judge that the Pakistani legal system is somewhat similar to Canada's. Respectfully, it is not enough to assume, without evidence, as the Motions Judge has done, that another country's system is "somewhat similar" to ours. He erred in doing so.

## (2) The Similarity of the Specific Legal Provisions

[31] Even if the Pakistani legal system could be considered to be similar to our own, which it was not proven to be, we must further examine the aim, content and effect of the specific legislation in question to determine if it is consistent with Canadian law and, more precisely, Canadian immigration law (see Rothstein J. (as he then was) in *Lui*, at paragraph 3). We must first explore the similarity of the aim and rationale of Canadian law to the foreign law respecting pardons. It seems clear that the aims of the Canadian laws are to eliminate the potential future effects of convictions (see R. Paul Nadin-Davis, "Canada's *Criminal Records Act*: Notes on How Not to Expunge Criminal Convictions" (1980-81), 45 *Sask. L. Rev.* 221). Although it may be that the goals and rationale for pardoning provisions around the world are similar, there must be evidence of that adduced. Therefore, the Motions Judge erred in failing to consider whether the aims and rationale of the Pakistani law were similar to those of Canadian law.

doit toutefois exister une forte ressemblance entre les deux systèmes sur le plan de leur structure, de leur histoire, de leur philosophie et de leur application avant que la loi étrangère soit reconnue dans ce contexte.

[30] De plus, la similitude entre les deux systèmes doit normalement être prouvée au moyen d'éléments de preuve en ce sens, sauf peut-être dans les rares cas où elle est évidente. En l'espèce, il n'existait pas le moindre élément de preuve pour appuyer la présomption du juge des requêtes suivant laquelle le système juridique du Pakistan est assez semblable à celui du Canada. En toute déférence, nous estimons qu'il ne suffit pas de présumer, sans preuve à l'appui, comme le juge des requêtes l'a fait, que le système de droit d'un autre pays est «assez semblable» au nôtre. Le juge des requêtes a commis une erreur en tirant une telle conclusion.

## 2) La similitude des dispositions législatives précises en cause

[31] Même si le système juridique pakistanais pouvait être considéré comme semblable au nôtre—ce qui n'a d'ailleurs pas été démontré—, il faut déterminer si l'objet, le contenu et l'effet des dispositions législatives précises en question sont compatibles avec le droit canadien et, plus précisément, avec le droit de l'immigration canadien (voir les propos du juge Rothstein (alors juge à la Section de première instance) dans le jugement *Lui*, au paragraphe 3). Nous devons d'abord examiner si l'objet et la philosophie de la loi canadienne sont semblables à ceux de la loi étrangère en matière de réhabilitation. Il semble clair que les lois canadiennes ont pour objet de supprimer les conséquences futures éventuelles d'une déclaration de culpabilité (voir R. Paul Nadin-Davis, «Canada's *Criminal Records Act*: Notes on How Not to Expunge Criminal Convictions» (1980-81), 45 *Sask. L. Rev.* 221). Bien qu'il soit possible que les objectifs et la philosophie des dispositions en matière de réhabilitation soient semblables partout dans le monde, il faut présenter des éléments de preuve pour le démontrer. Le juge des requêtes a par conséquent commis une erreur en ne se demandant pas si l'objet et la philosophie de la loi pakistanaise étaient semblables à ceux de la loi canadienne.

[32] Second, we must address the content of Canadian laws as compared to the foreign law regarding pardons, which includes the process as well as the factual basis upon which it may be granted. Canadian pardons, when granted, are almost invariably administered under the *Criminal Records Act*, *supra*, a legislative scheme formulated by Parliament, which outlines provisions regarding the guidelines, procedures and effects of pardons. The *Criminal Code* contains provisions authorizing the Governor in Council to grant free or conditional pardons (see R.S.C., 1985, c. C-46, sections 748 [as am. by S.C. 1992, c. 22, s. 12; 1995, c. 22, s. 6], 748.1 [as enacted *idem*], 749 [as am. *idem*]). Although in Canada, the Monarch can also grant a pardon through the unilateral and discretionary exercise of the royal prerogative of mercy, this power is rarely, if ever, exercised (see Carolyn Strange “Mercy for Murderers? A Historical Perspective on the Royal Prerogative of Mercy” (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 559). Even in the extremely rare circumstances where the royal prerogative is invoked, established formal procedures are used to assess applicants and make recommendations to the Crown, which may grant or deny the pardon.

[33] It is significant that, with any pardon in Canada, whether granted under the *Criminal Records Act*, the *Criminal Code*, or the royal prerogative of mercy, a detailed and thorough process determines whether a pardon may or may not be granted to an applicant. In almost every case, the National Parole Board (NPB) is empowered to administer the procedures through which a pardon may be granted or revoked (see the *Criminal Records Act*, *supra*, section 2.1 [as enacted by S.C. 1992, c. 22, s. 2], the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, section 110). Under the *Criminal Records Act*, for example, an applicant must establish that he/she has (1) completed all sentences and (2) waited a certain period of time from the completion of all sentences, and there are procedures whereby inquiries can be undertaken and representations can be made (see sections 4 [as am. by

[32] Deuxièmement, nous devons examiner le contenu des lois canadiennes en les comparant aux dispositions du texte de loi étranger concernant la réhabilitation, en nous interrogeant notamment sur la procédure de même que sur le fondement factuel sur lequel la réhabilitation peut être accordée. Au Canada, la réhabilitation, lorsqu'elle est accordée, est presque invariablement régie par la *Loi sur le casier judiciaire*, précitée, un régime législatif qui a été formulé par le législateur fédéral et qui renferme des dispositions concernant les lignes directrices, la procédure et les conséquences d'une réhabilitation. Le *Code criminel* renferme des dispositions qui autorisent le gouverneur en conseil à accorder un pardon absolu ou conditionnel (voir L.R.C. (1985), ch. C-46, articles 748 [mod. par L.C. 1992, ch. 22, art. 12; 1995, ch. 22, art. 6], 748.1 [édicte, *idem*], 749 [mod., *idem*]). Bien qu'au Canada, le Souverain puisse également gracier un coupable au moyen de l'exercice unilatéral et discrétionnaire de sa prérogative royale de clémence, ce pouvoir est rarement exercé, sinon jamais (voir Carolyn Strange «Mercy for Murderers? A Historical Perspective on the Royal Prerogative of Mercy» (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 559). Même dans les cas extrêmement rares où la prérogative royale est invoquée, une procédure formelle bien établie doit être suivie pour évaluer les requérants et pour formuler des recommandations à Sa Majesté, qui peut accorder ou refuser la grâce sollicitée.

[33] Il est significatif que, pour toute réhabilitation accordée au Canada, qu'elle soit octroyée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, du *Code criminel* ou de la prérogative royale de clémence, une procédure minutieuse et détaillée doit être suivie pour décider si une personne peut ou non obtenir la réhabilitation qu'elle sollicite. Dans presque chaque cas, la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC) est habilitée à appliquer la procédure qui doit être suivie en matière d'octroi ou de révocation des réhabilitations (voir la *Loi sur le casier judiciaire*, précitée, article 2.1 [édicte par L.C. 1992, ch. 22, art. 2] et la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, article 110). Aux termes de la *Loi sur le casier judiciaire*, par exemple, celui qui demande la réhabilitation doit établir qu'il a 1) purgé toutes les peines auxquelles il a été con-

S.C. 1992, c. 22, s. 4], 4.01 [as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 38], 4.1 [as enacted by S.C. 1992, c. 22, s. 4], 4.2 [as enacted *idem*] and 4.3 [as enacted *idem*]).

[34] No evidence was presented to the Motions Judge regarding the content of the Pakistani law nor the process by which the Pakistani pardon was granted. In this case, the pardon granted to the respondent was given by the President of Pakistan under Article 45 of the *Constitution of the Islamic Republic of Pakistan*. The power of the President to grant pardons in Pakistan appears absolute and unconditional. In fact, Article 48(2) of Pakistan's former Constitution emphasized that "the validity of anything done by the President in his discretion shall not be called in question on any ground whatsoever". The respondent's pardon may have been granted through a process similar to the NPB's procedures, or it may have been awarded as a personal favour, it may have been bought, or it may have been granted for political or other extraneous reasons. Without evidence, this Court cannot draw a conclusion that the content of the pardon law and procedure was similar to ours, and the Motions Judge erred in doing so.

[35] Third, we must explore the effect of a pardon in Canada as compared to the effect of the foreign pardon. The Supreme Court of Canada discussed the meaning and effect of a Canadian pardon in *Therrien (Re)*, [2001] S.C.J. No. 36, 2001 SCC 35 (QL). The case involved a challenge to the appointment of a judge who withheld the information that he had once been convicted of an offence on the ground that he had later obtained a pardon. The Court discussed the common law pardon and the royal prerogative of mercy, and the various ways to exercise that prerogative, for example, through the *Criminal Code* and the

damné et 2) attendu un certain laps de temps après avoir fini de purger toutes les peines auxquelles il a été condamné. Il existe par ailleurs un mécanisme permettant de procéder à des enquêtes et de présenter des observations (voir les articles 4 [mod. par L.C. 1992, ch. 22, art. 4], 4.01 [édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 38], 4.1 [édicte par L.C. 1992, ch. 22, art. 4], 4.2 [édicte, *idem*] et 4.3 [édicte, *idem*]).

[34] Aucun élément de preuve n'a été soumis au juge des requêtes au sujet du contenu du droit pakistanais ou de la procédure à suivre pour accorder une réhabilitation au Pakistan. En l'espèce, la grâce que l'intimé a obtenue lui a été octroyée par le président du Pakistan en vertu de l'article 45 de la *Constitution de la République islamique du Pakistan*. Le pouvoir du président de gracier quelqu'un au Pakistan semble absolu et inconditionnel. De fait, le paragraphe 48(2) de l'ancienne Constitution du Pakistan précisait que [TRADUCTION] «la validité de tout acte accompli par le Président dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation ne peut être remise en question pour quelque motif que ce soit». La réhabilitation que l'intimé a obtenue lui a peut-être été accordée en vertu d'une procédure semblable à celle de la CNLC. Il l'a peut-être obtenue à titre de faveur personnelle. Elle a peut-être été achetée ou lui a été accordée pour des raisons d'ordre politique ou pour d'autres motifs étrangers. Faute de preuve, notre Cour n'est pas en mesure de conclure que le contenu des règles de droit et de la procédure régissant les réhabilitations en droit pakistanais sont semblables aux nôtres, et le juge des requêtes a commis une erreur en tirant des conclusions à ce sujet.

[35] Troisièmement, nous devons examiner les effets d'une réhabilitation au Canada en comparaison avec ceux d'une réhabilitation accordée à l'étranger. La Cour suprême du Canada a discuté du sens et de la portée d'une réhabilitation au Canada dans l'arrêt *Therrien (Re)*, [2001] A.C.S. n° 36, [2001] CSC 35 (QL). Cette affaire portait sur la contestation de la nomination d'un juge qui avait refusé de divulguer le fait qu'il avait déjà été reconnu coupable d'une infraction pour laquelle il avait par la suite obtenu une réhabilitation. La Cour a traité de la réhabilitation en common law et de la prérogative royale de clémence,



*Criminal Records Act* (at paragraph 113), but focussed on the effect of pardons under the *Criminal Records Act*. It explained that a pardon under the *Criminal Records Act* “removes any disqualification to which the person is subject by virtue of any federal Act or regulation made thereunder” (at paragraph 116). Importantly, however, the Court held that a convicted person cannot deny having been convicted and that such a pardon does not wipe out the conviction itself; it only limits its negative effects.

[36] Section 5 of the *Criminal Records Act* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-47 (as am. by S.C. 1992, c. 22, s. 5; 2000, c. 1, s. 4) sets out the effect of a pardon as follows:

5. The pardon

(a) is evidence of the fact

. . .

(ii) that, in the case of any pardon, the conviction in respect of which the pardon is granted or issued should no longer reflect adversely on the applicant’s character; and

(b) unless the pardon is subsequently revoked or ceases to have effect, requires the judicial record of the conviction to be kept separate and apart from other criminal records and removes any disqualification to which the person so convicted is, by reason of the conviction, subject by virtue of the provisions of any Act of Parliament . . .

[37] The decision of the Federal Court Trial Division in *Smith*, *supra*, dealt with a pardon under paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act* in the context of the *Immigration Act*. Importantly, *Smith* dealt with a domestic, not a foreign pardon. Regarding the Canadian pardon, MacKay J. held at paragraph 20 that:

. . . the Act cannot be said to erase the conviction in the sense that the conviction is deemed not to have existed. While the purpose of the *Criminal Records Act* is to bar any further disadvantage imposed by Parliament that arises from

ainsi que des diverses manières d’exercer cette prérogative, par exemple par le biais du *Code criminel* et de la *Loi sur le casier judiciaire* (paragraphe 113), mais elle s’est surtout attardée aux conséquences d’une réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*. Elle a expliqué que la réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* «efface les conséquences de la condamnation et fait cesser les incapacités qu’elle pouvait entraîner aux termes d’une loi fédérale ou de ses règlements» (paragraphe 116). Aspect le plus important, la Cour a cependant statué que la personne reconnue coupable d’une infraction ne peut nier avoir été condamnée et que la réhabilitation n’anéantit pas la condamnation elle-même; elle en limite seulement les effets négatifs.

[36] L’article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985) ch. C-47 (mod. par L.C. 1992, ch. 22, art. 5; 2000, ch. 1, art. 4), précise dans les termes suivants les effets de la réhabilitation:

5. La réhabilitation a les effets suivants:

a) d’une part, elle sert de preuve des faits suivants:

[. . .]

(ii) dans le cas de toute réhabilitation, la condamnation en cause ne devrait plus ternir la réputation du demandeur;

b) d’autre part, sauf cas de révocation ultérieure ou de nullité, elle entraîne le classement du dossier ou du relevé de la condamnation à part des autres dossiers judiciaires et fait cesser toute incapacité [. . .] que la condamnation pouvait entraîner aux termes d’une loi fédérale [. . .]

[37] Dans l’affaire *Smith*, précitée, la Section de première instance de la Cour fédérale s’est penchée sur une réhabilitation octroyée en vertu de l’alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire* dans le contexte de la *Loi sur l’immigration*. Fait important à signaler, l’affaire *Smith* portait sur une réhabilitation accordée au Canada, et non à l’étranger. Voici ce que le juge MacKay a déclaré, au paragraphe 20 au sujet des réhabilitations canadiennes:

[. . .] on ne saurait affirmer que la Loi efface la condamnation, en ce sens que la condamnation est censée ne pas avoir existé. Bien que l’objet de la *Loi sur le casier judiciaire* soit d’empêcher tout autre désavantage d’origine législative

a pardoned conviction, by cleansing the individual of the stain caused by the conviction and limiting the uses to which the fact of the conviction can be put, the conviction cannot be said not have existed by virtue of the pardon.

[38] MacKay J. also discussed the *Immigration Act*, and in particular, the provision concerning inadmissible persons. With respect to paragraph 19(1)(c) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11], which is the equivalent of subparagraph 19(1)(c.1)(i), except that it deals with domestic convictions, he concluded [at paragraph 26]:

That inadmissibility and resulting deportation order, in my opinion, is a “disqualification”, or an “incapacité”, against remaining in Canada, by reason of the conviction, imposed under the provisions of the *Immigration Act*, an Act of Parliament.

[39] Combining his analysis of these two laws, MacKay J. decided that enforcing the deportation order based upon paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act* would violate paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*. The disqualification was removed by reason of the Canadian pardon. The discussion in *Smith* ended here. The additional, and perhaps more difficult question before this Court is whether a disqualification resulting from the operation of subparagraph 19(1)(c.1)(i) ought to be suspended, not as a result of a domestic pardon, but as a result of foreign legislation. That is an entirely different question.

[40] It was clearly decided in *Smith* and *Therrien* that a Canadian pardon only removes the disqualifications resulting from a conviction, and does not erase the conviction itself. We would note that free pardons may also be granted in Canada, which are expressly deemed by the *Criminal Code* to erase the conviction as if it had never existed (see subsection 748(2)). Importantly, however, a free pardon can only be granted by the Governor in Council where a person has been wrongly convicted, and even then, there are established procedures that must be followed. Thus we can see that whether or not the Pakistani pardon truly

qu’entraîne une condamnation visée par une réhabilitation en lavant la personne visée de la souillure causée par la condamnation et en limitant les utilisations qui peuvent être faites de la condamnation, on ne saurait affirmer que la condamnation n’a pas existé en raison de la réhabilitation.

[38] Le juge MacKay a également traité de la *Loi sur l’immigration* et en particulier des dispositions relatives aux personnes non admissibles. En ce qui concerne l’alinéa 19(1)c) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11], qui est l’équivalent de sous-alinéa 19(1)c.1(i), à ceci près qu’il porte sur les condamnations au Canada, il a conclu ce qui suit [au paragraphe 26]:

À mon avis, cette non-admissibilité et la mesure d’expulsion qui en résulte constituent une «incapacité» ou une «disqualification», soit la perte du droit de demeurer au Canada, entraînée par la condamnation aux termes des dispositions d’une loi fédérale, soit la *Loi sur l’immigration*.

[39] Combinant son analyse de ces deux lois, le juge MacKay a décidé que l’exécution de la mesure d’expulsion sur le fondement de l’alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l’immigration* porterait atteinte à l’alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*. L’incapacité était supprimée grâce à la réhabilitation octroyée au Canada. La Cour n’a pas poussé son analyse plus loin dans le jugement *Smith*. L’autre question peut-être plus épineuse à laquelle notre Cour doit répondre en l’espèce est celle de savoir si l’incapacité découlant de l’application du sous-alinéa 19(1)c.1(i) devrait être suspendue, non pas en raison d’une réhabilitation octroyée au Canada, mais par suite d’une réhabilitation accordée en vertu d’une loi étrangère. Il s’agit là d’une question entièrement différente.

[40] Il a été jugé sans l’ombre d’un doute dans le jugement *Smith* et dans l’arrêt *Therrien* que la réhabilitation accordée au Canada ne fait cesser que l’incapacité découlant d’une condamnation et qu’elle n’a pas pour effet d’effacer la condamnation elle-même. Nous tenons à signaler qu’un pardon absolu peut être accordé au Canada et que, suivant le *Code criminel*, ce type de réhabilitation est réputé effacer la condamnation comme si elle n’avait jamais existé (paragraphe 748(2)). Il importe toutefois de souligner que le gouverneur en conseil ne peut accorder un pardon absolu que lorsqu’une personne a été condamnée à tort

erased the conviction itself, or merely its consequences is not significant. Both the appellant and respondent agree that the Pakistani pardon erases the consequences of conviction in Pakistan. Therefore, the effect of a pardon under Pakistani law is not dissimilar to the effect of a pardon under Canadian law. The Motions Judge was correct in this aspect of his brief analysis, but, as is clear from the foregoing analysis, that is not enough. There was no evidence or even discussion of the similarity or lack thereof in the aim or content of the Canadian law to the Pakistani law with respect to pardons, and therefore, the Motions Judge's decision cannot be upheld on this second branch of the *Burgon* test.

### (3) A Good Reason to Ignore the Foreign Pardon

[41] Even if a foreign jurisdiction has a legal system similar to ours and laws similar to ours, the enquiry is not complete. As noted in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada. I must emphasize that Canadian immigration law cannot be bound by the laws of another country, even where that foreign country's laws mirror our own. There will still be situations where Canadian immigration law must refuse to recognize the laws of close counterparts.

[42] Thus, we must assess the third requirement of *Burgon* [at pages 61-62], that there was, "no good reason for Canadian immigration law to thwart the goal of [the] British legislation". This Court expressly stated in that case that we ought to respect the legislation of countries similar to ours, "unless there is some valid basis for deciding otherwise" or where there is

et que, même alors, une procédure bien précise doit être suivie. On constate donc qu'il importe peu de savoir si la réhabilitation accordée au Pakistan efface véritablement la condamnation elle-même ou uniquement ses conséquences. L'appelant et l'intimé conviennent tous les deux que la réhabilitation pakistanaise efface les conséquences d'une condamnation prononcée au Pakistan. Il s'ensuit que les conséquences d'une réhabilitation en droit pakistanais ne sont pas dissemblables de celles d'une réhabilitation en droit canadien. Le juge des requêtes a eu raison sur cet aspect de sa brève analyse, mais, comme la discussion qui précède le démontre bien, cela ne suffit pas. Il n'y a pas eu le moindre élément de preuve ou même de débat au sujet des similitudes ou absence de similitude entre l'objet et le contenu du droit canadien, d'une part, et ceux du droit pakistanais, d'autre part en ce qui concerne la réhabilitation, et il s'ensuit que nous ne pouvons confirmer la décision du juge des requêtes en ce qui concerne ce deuxième volet du critère posé dans l'arrêt *Burgon*.

### 3) Raison valable de ne pas tenir compte de la réhabilitation accordée à l'étranger

[41] Même si un pays étranger possède un système juridique semblable au nôtre et des lois similaires aux nôtres, il faut pousser l'analyse plus loin. Ainsi que la Cour suprême l'a fait remarquer dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, les non-citoyens n'ont pas un droit absolu d'entrer au Canada ou d'y demeurer. Je tiens à souligner que le droit de l'immigration canadien ne saurait être assujéti aux lois d'un autre pays, même lorsque les lois de ce pays étranger sont analogues aux nôtres. Il existe malgré tout des situations dans lesquelles, en droit canadien de l'immigration, il faut refuser de reconnaître les lois d'un pays étranger qui ressemblent fortement aux nôtres.

[42] Nous devons donc évaluer la troisième condition posée dans l'arrêt *Burgon* [à la page 62], en l'occurrence qu'il n'existe «aucune raison valable pour que le droit canadien de l'immigration contrecarre l'objectif [du] texte de loi britannique». Notre Cour a expressément déclaré dans l'arrêt *Burgon* qu'il y a lieu de respecter les lois des pays qui sont semblables aux

a “solid rationale” for not doing so. The appellant contends that, in this case, there is a “valid basis” and “solid rationale” for refusing to give effect to the Pakistani pardon, regardless of its potential consistency with Canadian law. In support of this submission the appellant notes that some provisions of the *Immigration Act* expressly recognize that a person’s immigration status will be affected by the severity of the offence involved, as compared with Canadian law. Further, it is argued that the language of the Act makes clear that the severity of the sentence imposed abroad must correspond to our law (see for example subparagraph 19(1)(c.1)(i)). The respondent, on the other hand, insists that the severity of the offence cannot logically be relied upon as a factor in this analysis.

[43] In our view, the seriousness of the offence can be considered under this third requirement. In *Burgon* the offence had to do with drug trafficking. In *Barnett* the conviction was for burglary. Both are serious offences but this case involves a far more abhorrent crime. The gravity of the crime of hijacking is obvious; it is universally condemned and punished severely. Although there is no evidence of the particular circumstances of this offence, hijacking is an offence that is always very serious. Section 76 of the *Criminal Code* makes it an offence punishable by life imprisonment. Canada has ratified international treaties, such as the *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft*, signed at The Hague on 16 December 1970, 860 U.N.T.S. 105, and the *Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation*, concluded at Montréal on 23 September 1971, 974 U.N.T.S. 178, which recognize that hijacking aircraft jeopardizes the safety of persons and property, seriously affects the operation of air services, and undermines the confidence of the peoples of the world in the safety of civil aviation. These international instruments do not require Canada to deny entry to any person convicted of hijacking, but strongly emphasize the serious nature of the crime and encourage signatories to severely punish hijacking, take actions to discourage it, and generally co-operate

nôtres, «à moins qu’il existe un motif valable de rendre une autre décision» ou «une raison solide» de ne pas les respecter. L’appelant affirme qu’en l’espèce, il existe des «motifs valables» et des «raisons solides» de refuser de donner effet à la réhabilitation accordée au Pakistan, indépendamment de son éventuelle compatibilité avec le droit canadien. À l’appui de cet argument, l’appelant signale que certaines des dispositions de la *Loi sur l’immigration* reconnaissent expressément que le statut d’immigrant d’une personne peut être influencé par la gravité de l’infraction en cause en droit canadien. L’appelant fait également valoir que le texte de loi précise bien que la gravité de la peine infligée à l’étranger doit correspondre à celle prévue par notre droit (voir, par exemple le sous-alinéa 19(1)c.1(i)). L’intimé, en revanche, insiste pour dire qu’on ne saurait logiquement invoquer la gravité de l’infraction comme facteur dans le cadre de cette analyse.

[43] À notre avis, on peut effectivement tenir compte de la gravité de l’infraction lors de l’examen de cette troisième condition. Dans l’affaire *Burgon*, l’infraction avait trait au trafic de stupéfiants. Dans l’affaire *Barnett*, la condamnation concernait un vol avec effraction. Dans les deux cas, il s’agissait de délits graves, mais la présente affaire concerne un crime beaucoup plus abominable. La gravité du crime de détournement d’avion est évidente: cet acte est universellement condamné et sévèrement puni. Bien qu’il n’y ait aucun élément de preuve au sujet des circonstances précises entourant la perpétration de ce délit, le détournement d’avion constitue une infraction qui est toujours très grave. L’article 76 du *Code criminel* en fait une infraction punissable d’emprisonnement à perpétuité. Le Canada a ratifié des traités internationaux, comme la *Convention pour la répression de la capture illicite d’aéronefs*, signée à La Haye le 16 décembre 1970, 860 R.T.N.U. 105 et la *Convention pour la répression d’actes illicites dirigés contre la sécurité de l’aviation civile*, conclue à Montréal le 23 septembre 1971, 974 R.T.N.U. 178, qui reconnaissent que la piraterie aérienne compromet la sécurité des personnes et des biens, gêne sérieusement l’exploitation des services aériens et mine la confiance des peuples du monde dans la sécurité de l’aviation civile. Ces instruments juridiques internationaux n’obligent

in the international condemnation of this crime. It is clear that hijacking is considered to be among the most serious of criminal offences. Hijacking may combine, in one act, numerous offences including kidnapping, unlawful confinement, theft, assault, extortion, and potentially murder. It entails the violation of individual human rights such as the right to life, personal security and freedom of movement. It financially damages airlines, associated industries and the economy as a whole. Hijacking is not the mere seizure of an aircraft for its own sake; it exploits control over the aircraft as “as a weapon of psychological coercion and extortion directed against governments” (see P. Wilkinson, *Terrorism and the Liberal State* (London: Macmillan Press, 1977), at page 207). Moreover, the victims of this crime are not limited to those persons unfortunate enough to be physically affected, nor are the effects of hijacking limited to one government. Hijacking terrorizes all nations and society as whole.

[44] In our view, the gravity of the offence can and should be considered when deciding whether or not to give effect to a foreign pardon. Even if the Pakistani legal system were similar, and even if the pardon were given under a law similar to Canadian law, the conviction in this case was for an offence so abhorrent to Canadians, and arguably so terrifying to the rest of the civilized world, that our Court is not required to respect a foreign pardon of such an offence.

[45] Contrary to the respondent’s contention, chaos would not follow from a decision by this Court that

pas le Canada à refuser l’admission à toute personne reconnue coupable de détournement d’avion, mais insiste fortement sur la gravité de ce crime et encourage les signataires à réprimer de peines sévères la piraterie aérienne, à prendre des mesures pour en décourager la perpétration et, de façon générale, à collaborer entre eux pour condamner ce crime sur le plan international. Il est évident que la piraterie aérienne est considérée comme une des infractions pénales les plus graves. Un détournement d’avion est susceptible de combiner en un seul acte de nombreuses infractions, dont la prise d’otages, la séquestration, le vol, les voies de fait, l’extorsion et même le meurtre. Il comporte la violation de droits de la personne individuels tels que le droit à la vie, à la sécurité de sa personne et à la liberté de circulation. Il nuit économiquement aux compagnies aériennes, aux industries connexes et à l’économie en général. Le détournement d’avion ne se résume pas à la simple capture d’un avion en tant que fin en soi; il s’agit de la prise de contrôle d’un aéronef en vue de s’en servir [TRADUCTION] «comme un outil de coercition et d’extorsion psychologiques contre des États» (voir P. Wilkinson, *Terrorism and the Liberal State* (Londres: Macmillan Press, 1977), à la page 207). Qui plus est, les victimes de ce crime ne se limitent pas aux personnes qui ont la malchance d’être physiquement touchées, et ces effets ne se bornent pas à un seul État. La piraterie aérienne terrorise tous les États et la société dans son ensemble.

[44] À notre avis, on peut et on doit tenir compte de la gravité de l’infraction lorsqu’on décide s’il y a lieu ou non de donner effet à une réhabilitation octroyée à l’étranger. Même si le système juridique pakistanais était semblable au nôtre, et même si la réhabilitation avait été accordée en vertu d’une loi semblable à une loi canadienne, la condamnation qui a été prononcée en l’espèce concernait une infraction qui est tellement odieuse aux yeux des Canadiens et dont on peut à juste titre penser qu’elle est terrifiante pour le reste du monde civilisé pour que notre Cour ne soit pas tenue de respecter la réhabilitation accordée à l’étranger à l’égard d’une telle infraction.

[45] Contrairement à ce que l’intimé prétend, on ne retrouverait pas devant le chaos si la Cour décidait que

foreign pardons are not automatically recognized in Canada. The result of such a decision would not force immigration authorities in these cases to prove the validity of every conviction in a foreign land. It is not inconsistent to accept the presumptive validity of a foreign conviction, but not of a foreign pardon. The language of subparagraph 19(1)(c.1)(i) refers to persons who have been convicted. It makes no reference at all to the effect of a foreign pardon. If the person convicted abroad wishes to dispute the applicability of the conviction to the *Immigration Act*, whether by proving that he/she was subsequently pardoned or received a discharge or the conviction was overturned on appeal or for some other reason, then the onus is on that person to do so. The *Immigration Act* is clear that there is no burden to establish the validity of a conviction on a balance of probability; the Act renders a person inadmissible where there “are reasonable grounds to believe” a person has been convicted of a serious offence outside Canada. Thus, proof of a foreign conviction by itself supplies “reasonable grounds to believe” that there has been a conviction. There is no such provision in the Act or the jurisprudence concerning pardons.

les réhabilitations accordées à l'étranger ne sont pas automatiquement reconnues au Canada. Il ne s'ensuivrait pas que les autorités de l'immigration seraient contraintes, en pareil cas, d'établir la validité de toute condamnation prononcée à l'étranger. Il n'est pas illogique d'accepter la validité d'une condamnation prononcée à l'étranger tout en ne reconnaissant pas la validité d'une réhabilitation accordée par le même pays étranger. Le texte du sous-alinéa 19(1)c.1(i) parle de personnes déclarées coupables. Le législateur n'y fait aucune allusion aux conséquences d'une réhabilitation accordée à l'étranger. Si la personne qui a été déclarée coupable à l'étranger désire contester l'applicabilité de sa condamnation à la *Loi sur l'immigration*, soit en prouvant qu'elle a par la suite été réhabilitée ou a obtenu une absolution, soit en établissant que sa condamnation a été infirmée en appel ou a été annulée pour un autre motif, c'est alors à elle qu'incombe la charge de cette preuve. La *Loi sur l'immigration* précise bien qu'il n'est pas nécessaire d'établir la validité d'une déclaration de culpabilité selon la prépondérance des probabilités: la Loi rend une personne inadmissible lorsqu'il «existe des motifs raisonnables de croire» que cette personne a été déclarée coupable d'une infraction grave à l'extérieur du Canada. Ainsi, la preuve d'une condamnation à l'étranger constitue à elle seule un «motif raisonnable de croire» qu'il y a eu déclaration de culpabilité. Or, il n'existe aucune disposition de ce genre dans la Loi ou de déclaration en ce sens dans la jurisprudence relative aux réhabilitations.

[46] In his reasons [at paragraph 13], the Motions Judge quotes a portion of the following excerpt from *Burgon*:

It would constitute a grave assault on the Canadian sense of justice if either the Canadian immigration department or the Canadian justice system would empower itself to deem a person convicted of an offence when the person is deemed not to be convicted of the same offence in the jurisdiction where the offence was allegedly committed.

First, the Motions Judge erred later on, at paragraph 22, when he attributed this statement to Linden J.A. In fact, Linden J.A. was quoting the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, which initially

[46] Dans les motifs de sa décision [au paragraphe 13], le juge des requêtes cite l'extrait suivant de l'arrêt *Burgon*:

[TRADUCTION] On porterait gravement atteinte au sens canadien de la justice si le ministère canadien de l'immigration ou le système judiciaire canadien s'autorisait lui-même à présumer qu'une personne est déclarée coupable d'une infraction alors que cette personne est réputée ne pas avoir été déclarée coupable de la même infraction dans le territoire où l'infraction aurait été commise.

Premièrement, le juge des requêtes s'est mépris plus loin, au paragraphe 22, en attribuant ces propos au juge Linden. En fait, le juge Linden citait la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du

heard Ms. Burgon's case (see *Burgon*, at page 62). Regardless, this statement remains accurate, subject however to clarification. A "grave assault on the Canadian sense of justice" might occur only if the Canadian Immigration Department failed to recognize a pardon that meets the requirements described in these reasons. If the legal system is not similar, the specific provision is not similar, or there is good reason to do otherwise, no injustice is perpetrated by refusing to recognize a foreign pardon.

[47] Foreign pardons should only be recognized in rare situations, such as in *Burgon*, where it would be unjust not to give effect to a similar country's similar laws that fully forgive individuals for the crimes they have committed. The final branch of our test ensures that, if there is any valid basis upon which to deny recognition to a foreign pardon, then a potential immigrant can and should still be considered "convicted" for the purposes of subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the *Immigration Act*.

#### F. Conclusion

[48] Whether or not we ought to give effect to a foreign pardon as we would a Canadian pardon, such that an individual cannot be considered convicted or subject to the disqualifications resulting from a conviction in regards to subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the *Immigration Act* depends upon three requirements. The first enquiry must focus on the similarity of the foreign legal system in general to our own. The second consideration is whether or not the aim, content and effect of the specific legislation are similar to a corresponding Canadian law. Beyond this, we must assess whether or not there is a valid reason not to respect the pardon of the foreign jurisdiction. These three requirements must all be met before our Courts will recognize a foreign pardon or discharge.

statut de réfugié, qui avait entendu en premier la cause de M<sup>me</sup> Burgon (voir l'arrêt *Burgon*, à la page 62). Quoi qu'il en soit, cette affirmation demeure exacte, sous réserve toutefois de quelques précisions. On ne pourrait porter «gravement atteinte au sens canadien de la justice» que si le ministère canadien de l'immigration refusait de reconnaître une réhabilitation qui satisfait aux exigences énumérées dans cette décision. Si le système juridique est différent, si les dispositions applicables ne sont pas similaires ou s'il existe une raison valable d'agir autrement, on ne commettrait aucune injustice en refusant de reconnaître une réhabilitation accordée à l'étranger.

[47] Les réhabilitations accordées à l'étranger ne devraient être reconnues que dans de rares cas, comme dans l'affaire *Burgon*, où il serait injuste de ne pas donner effet aux lois semblables d'un pays semblable qui accordent un pardon absolu aux individus pour les crimes qu'ils ont commis. Le dernier volet du critère garantit que, s'il existe une raison valable de refuser de reconnaître une réhabilitation accordée à l'étranger, le candidat à l'immigration peut et doit toujours être considéré comme ayant été «reconnu coupable» au sens du sous-alinéa 19(1)c.1(i) de la *Loi sur l'immigration*.

#### F. Conclusion

[48] Pour répondre positivement à la question de savoir s'il faut donner effet à une réhabilitation accordée à l'étranger comme on le ferait pour une réhabilitation octroyée au Canada, de sorte que la personne qui a obtenu une réhabilitation ne peut pas être considérée comme ayant été déclarée coupable ou comme étant assujettie aux incapacités découlant d'une déclaration de culpabilité au sens du sous-alinéa 19(1)c(i) de la *Loi sur l'immigration*, il faut que les trois conditions suivantes soient réunies. Dans un premier temps, on vérifie la similitude du système juridique étranger dans son ensemble avec le nôtre. On se demande ensuite si l'objet, le contenu et l'effet de la loi en cause sont semblables à ceux de la loi canadienne correspondante. Finalement, on vérifie s'il existe ou non une raison valable de ne pas respecter la réhabilitation accordée par le pays étranger. Ces trois conditions doivent toutes être réunies pour que nos

[49] The respondent has failed to demonstrate that the legal system of Pakistan and that the Pakistani pardoning provisions in its Constitution are similar to Canada's legal system or our specific legislation. Regardless, hijacking is so serious a crime that this Court will not interfere in a decision that does not give effect to a foreign pardon for that offence.

[50] The questions of general importance certified by the Motions Judge [at paragraph 25] are as follows:

1. In the absence of evidence as to the motivating considerations which led to the grant of a pardon by another state jurisdiction, is a Canadian Court bound by the pardon?
2. Where a pardon is "on conviction/term of imprisonment already undergone", is this considered to be a pardon which erases the conviction and consequences?
3. Does the nature of the offence of hijacking provide a solid rationale to depart from the principle that a pardon granted by another jurisdiction, whose laws are based on a similar foundation as in Canada, be recognized in Canada?

[51] This Court answers "no" to the first certified question and "yes" to the third certified question. This Court refuses to answer the second question, as it is not a general question but is, in reality, limited to the specific facts of this case, even though it is expressed in general terms.

[52] The appeal will be allowed, the decision of the Motions Judge will be set aside, and the deportation order will stand. The questions will be answered as follows: question 1: no; question 2: not answered; question 3: yes.

tribunaux reconnaissent une réhabilitation ou une absolution accordées à l'étranger.

[49] L'intimé n'a pas réussi à démontrer que le système juridique du Pakistan et les dispositions de la Constitution pakistanaise relatives aux réhabilitations sont semblables à celles que prévoient notre système juridique ou nos dispositions législatives pertinentes. Malgré tout, compte tenu de la gravité du crime de piraterie aérienne, notre Cour refuse de modifier une décision qui ne donne pas effet à une réhabilitation accordée à l'étranger à l'égard de ce crime.

[50] Voici les questions graves de portée générale que le juge des requêtes a certifiées [au paragraphe 25]:

1. Un tribunal canadien est-il lié par la réhabilitation accordée par un État étranger en l'absence d'éléments de preuve concernant les facteurs qui ont motivé l'octroi de cette réhabilitation?
2. Une réhabilitation accordée «à l'égard de la condamnation/peine d'emprisonnement déjà purgée» doit-elle être tenue pour effacer à la fois la condamnation et ses conséquences?
3. La nature de l'infraction de détournement d'avion constitue-t-elle une raison solide de s'écarter du principe voulant qu'une réhabilitation accordée par un État étranger, dont les lois reposent sur des fondements analogues à ceux des lois canadiennes, soit reconnue au Canada?

[51] La Cour répond par la négative à la première question et par l'affirmative à la troisième. La Cour refuse de répondre à la seconde question, étant donné qu'il ne s'agit pas d'une question de portée générale, mais plutôt d'une question qui se limite aux faits de l'espèce, malgré le fait qu'elle soit libellée en des termes généraux.

[52] L'appel sera accueilli, la décision du juge des requêtes sera annulée et la mesure d'expulsion demeurera exécutoire. La Cour répondra aux questions de la façon suivante: Première question: non; Deuxième question: pas de réponse; Troisième question: oui.



# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.  
A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Application for judicial review of decision made by Department of Canadian Heritage to disclose two reports as result of application made under Access to Information Act—Application trial *de novo* to determine whether reports entitled “Review of Draft ASD RFP and Contract for Corporate Shared Systems Project” dated March 31, 1998, and “Best Practices Review Update” dated May 12, 1998 records within meaning of Act, s. 20(1)—In 1998, Canadian Heritage contracted applicant’s services for purpose of reviewing, analyzing, recommending changes to documents used to contract-out elements of work—“Assignment” conducted within relationship whose fundamental feature concern for confidentiality of said reports—Respondent arguing results of assignment not constituting “technical information” under Act, s. 20(1)(a), (b)—Work product capable of proving methodology, therefore one and the same—Work done something of technical nature—Information guarded very closely by applicant, respondent—Work product considered by applicant to be of such unique, “peculiar” quality that mere disclosure could be presumed to cause economic harm to applicant to undetermined magnitude—Reports under review containing trade secrets—Also containing “technical information”—Work done as part of commercial enterprise, thus Reports could properly be considered as containing “commercial information”—Also containing “confidential information”—Only requirement to be established type, workings of relationship existing herein—Reports meeting requirements of Act, s. 20(1)(b)—With respect to requirement of proof of “material financial loss” outlined in Act, s. 20(1)(c), test met herein—Application allowed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 20.

PRICEWATERHOUSECOOPERS, LLP V. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (T-1785-99, 2001 FCT 1040, Campbell J., order dated 20/9/01, 12 pp.)

Judicial review of respondent’s refusal to disclose certain documents—Mel Lastman, former Mayor of City of North York indicating to municipal authorities of North York

## ACCESS TO INFORMATION—Continued

desired to donate documents, papers, speeches, photographs, minutes of meetings—Municipal authorities contacted Canadian Cultural Property Export Review Board who convened review board to determine if collection of documents having archival value, meeting criteria under Cultural Property Export and Import Act, could be certified as donation to City—After reviewing opinion submitted by experts, Board advised Lastman collection met criteria of “outstanding significance and national importance”—Board confirmed fair market value, forwarded cultural property income tax certificate in form required by Minister of National Revenue—Lastman publicly announcing amount of tax credit \$55,000—Reporter requesting access to all documents pertaining to Board’s review and approval of tax credit request—Board deciding to exempt from disclosure some of requested documents, relying on Access to Information Act, s. 19 (personal information)—Also relying on Income Tax Act, s. 241—Application allowed—Documents not within definition of “personal information” in Privacy Act, s. 3—Information within exemption from personal information for purposes of s. 19 provided in s. 3(l) i.e. information relating to any discretionary benefit of financial nature, conferred on individual—Fair market value of certified cultural property converted into tax credit for purposes of calculating income tax payable, thus tax advantage or benefit—Any capital gains realized on disposition of property also exempt from income tax—In any event, information must be disclosed by virtue of being publicly available within s. 19(2)(b)—Finally, Income Tax Act, s. 241(10) defining “taxpayer information” as information obtained by or on behalf of Minister for purposes of Act—“Taxpayer information” referring to information about specific taxpayers obtained through tax returns or collected during tax investigations which would reveal person’s identity—Until taxpayer submitting information to Revenue Canada or such information obtained in course of investigation, information not “obtained” by or on behalf of Revenue Canada—Respondent not providing affidavit evidence by Lastmans to demonstrate submitted information to Revenue Canada—Purpose of s. 241 protection of confidentiality of

**ACCESS TO INFORMATION—Concluded**

information given to Minister for purposes of Income Tax Act—Where information publicly disclosed by taxpayer or generally known to be in public domain and can be compiled with some effort, that individual's privacy interests not breached—Access to Information Act, s. 48 providing respondent government institution bearing burden of establishing, on balance of probabilities, disputed information within exemption relying upon to refuse disclosure—Onus not met herein—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 19, 48—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3—Cultural Property Export and Import Act, R.S.C., 1985, c. C-51—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 241(10) "taxpayer information".

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) V. CANADA (CHAIRMAN, CANADIAN CULTURAL PROPERTY EXPORT REVIEW BOARD) (T-785-00, 2001 FCT 1054, Rouleau J., order dated 27/9/01, 10 pp.)

**ADMINISTRATIVE LAW****JUDICIAL REVIEW***Certiorari*

*Mandamus*—Application for *certiorari* to quash document "Criminal Profile 1996" that influenced decision of Correctional Service of Canada—Applicant also seeking order of *mandamus* ordering Correctional Service of Canada, National Parole Board to expunge all references to PCL-R testing and psychopath label in case files—Also applying for order of *mandamus* that instant judicial review application be proceeded with as action against Attorney General of Canada—Applicant currently serving aggregate sentence of more than 18 years imposed in relation to offences committed in 1985—Granted conditional release, failed to meet conditions imposed—On June 12, 1996, Correctional Service of Canada completed Criminal Profile Report concluding summary of risk assessment indicating applicant "psychopath", still presenting poor prognosis for conditional release, high risk to re-offend—Federal Court without jurisdiction to judicially review decision made by non-federal government entity—However, Court has jurisdiction to review decisions of Correctional Service of Canada, National Parole Board—May order two tribunals to expunge all references to "psychopath" label when use of offending label without justification—Applicant failing to avail himself of adequate alternative remedies—Application should be dismissed for failure to pursue grievance procedures provided in Corrections and Conditional Release Act—Application for relief in nature of *mandamus*, *certiorari* dismissed as *res judicata*—Respondents not allowed to continue using offending label—If applicant intends to pursue action against government in tort, not appropriate to convert instant judicial review application into action under Federal Court Act, s. 18.4(2)—Respondents ordered to refrain from further using

**ADMINISTRATIVE LAW—Concluded**

"psychopath" label with reference to applicant arising from PCL-R testing of June 12, 1996 assessment—Application allowed in part—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

PINKNEY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1835-00, 2001 FCT 1053, Dubé J., order dated 26/9/01, 9 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****EXCLUSION AND REMOVAL***Removal of Permanent Residents*

That applicant residing in Canada since early childhood, having no establishment outside of Canada, suffering from chronic paranoid schizophrenia not giving him absolute right to remain in Canada—Charter, s. 6(1) recognizing only Canadian citizens have that right—Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division finding appellant's threat to Canadian society should he not be removed from Canada outweighed anguish of family—Balanced competing interests as mandated in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283 and could, on evidence before it, reach conclusion deportation of appellant, in circumstances in accordance with principles of fundamental justice—Trial Judge rightly declined to intervene (2001 FCT 466)—Appeal dismissed—Execution of removal order stayed pending disposition of Supreme Court of Canada of application for leave to appeal—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. 6.

ROMANS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-359-01, 2001 FCA 272, Décaré J.A., judgment dated 18/9/01, 3 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Application for judicial review of CRDD's decision applicants not Convention refugees—Issue whether CRDD breached principle of natural justice by permitting hearing to stand after Minister's representative had participated in all oral evidence with understanding that CSIS officer would testify applicant had been involved in terrorist coup, and then, when CSIS officer to testify, dropped claim under UN Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1(F)(a), stating CSIS officer denied ever making such statement—Application allowed—Highly prejudicial to applicant to conduct Art. 1(F)(a) hearing based on proposed evidence of CSIS officer and then state after all evidence in that officer denies making statement in his proposed evidence and Minister rescinding Art. 1(F)(a) claim—Minister's counsel

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

should have spoken to CSIS officer prior to any evidence being presented to ensure that case for exclusion had some merit—While would have been preferable if applicants' counsel had made objection during submissions to CRDD, clear from case law that failure of counsel does not always preclude review of matter by supervising court—Reviewable error and matter returned to be heard by different Board without reference to Art. 1(F)(a) claim—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1(F)(a).

YAKUB V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5361-00, 2001 FCT 1082, McKeown J., order dated 2/10/01, 6 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board's denial of application to vacate respondent's Convention refugee status—Applicant alleging respondent obtained refugee status by fraudulent means, misrepresentation, suppression, concealment of material facts—Respondent subject of immigration inquiry since July 1996—Allegedly committed act, omission outside Canada constituting war crime or crime against humanity within meaning of Criminal Code, s. 7(3.76)—Allegation based on information respondent committed mass murders, aggravated assaults against civilian population in zonal council of Gurage in town of Wollisso, Ethiopia during Red Terror campaign—Also based on information respondent tortured, or gave orders to torture, Dessalegn Mammo, Hommo Worku—At pre-hearing conference, documentary evidence reviewed, agreement reached as to relevant documents for vacation application hearing—Applicant to provide to Board by July 6, 2000 specific references to relevant passages of letter dated October 7, 1998 from appeals officer, Mary Heyes, to which attached transcripts of sittings of inquiry, and from letter dated January 19, 2000 from hearing officer, Robert Bafaro, to which attached transcripts of sittings of inquiry—Respondent already in possession of attachments—Also agreed only relevant passages provided in advance would be considered by Board—Applicant twice requested extension of July 6, 2000 deadline, but extension denied both times—Board denied motion to admit additional documentation at hearing on grounds—Applicant submitting Board fettered discretion, breached rules of natural justice, fairness by refusing to allow applicant to tender evidence at vacation hearing because not complying with Board's Practice Direction by providing précis of all of anticipated evidence, and not submitting material within time frame specified by Board's Practice Direction, Rules pertaining to service—Immigration Act, s. 69.3(1) requiring Board to afford Minister reasonable opportunity to present evidence—Convention Refugee Determination Division Rules, r. 28(4) providing evidence in support of motion shall be introduced by affidavit, unless Board decides that, in interests of justice, evidence should be introduced in some other

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

manner—R. 40 permitting Board to waive compliance where satisfied no injustice likely to be caused or proceeding not unreasonably impeded—Board discounted evidence of Hommo, Mammo because not called to testify at vacation application, but accepted conclusion of another witness that respondent decent man, although that witness also not testifying—Stating evidence of two witnesses at inquiry inconsistent with information in declarations—Board erred in relying upon testimony of what happened at inquiry when refused to allow hearings officers to tender exact evidence—Not entitled to rely on respondent's testimony regarding inquiry to bolster respondent's credibility and discredit evidence contained in statutory declarations submitted by applicant—Not open to Board to consider respondent's testimony about what witnesses had testified to at immigration inquiry concerning respondent when Board refused to admit transcripts of immigration inquiry pertaining to testimony of witnesses—Board erred in refusing to admit evidence at hearing, particularly in rejecting evidence already filed with Board and disclosed to respondent years before—Board not stating in reasons for excluding evidence why evidence not relevant to respondent's vacation application—Application allowed—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, rr. 28(4), 40—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 7(3.76) "crime against humanity" (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. TIKY (IMM-5693-00, Blais J., order dated 31/8/01, 20 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Convention Refugees*

Judicial review of CRDD's decision applicants not Convention refugees—Applicants citizens of Albania—Basing claims on political opinion, membership in particular social group—CRDD rejected claims on basis no credible, trustworthy evidence on which determination of Convention refugee status could be rendered—Holding applicants not establishing member of persecuted family because, although evidence two men with family name common to applicants' assassinated, apparently because of affiliation with Democratic Party, no credible, independent evidence linking alleged relatives with principal applicant—Applicants submitted Board required them to meet standard of proof beyond that of civil balance of probabilities, when maintained not "convinced" of applicant's allegations—Quoting from *Chichmanov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] F.C.J. No. 832 (F.C.A.), applicants contending by applying phraseology "we are not convinced", Board placed upon applicant too high burden of proof—

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Furthermore, in asserting not “convinced”, evidence not examined from perspective of alleged agents of persecution, as applicants submitting proper: *Re Inuzna and Minister of Employment and Immigration* (1979), 103 D.L.R. (3d) 105 (F.C.A.)—Respondent contending Board not requiring improper burden of proof by requiring applicants to “convince” it of their claims—Asserting when complete context of *Chichmanov* considered, correct test to be applied by CRDD whether more than minimal or mere possibility applicant would face persecution if returned to country from which fled—Application dismissed—Applicants not establishing CRDD made patently unreasonable findings of fact upon which decision based—CRDD not failing to consider totality of evidence adduced—Ignoring credible evidence error of law—But if CRDD not believing applicant credible, oral testimony may be disregarded—In instant matter, applicant’s testimony found not credible generally on basis of unexplainable inconsistencies and general lack of knowledge regarding basic information on which claims based—With respect to standard of proof associated with term “convinced”, recent decisions of Court asserting such terminology, in itself, not indicative of more stringent burden of proof “beyond reasonable doubt”—In each decision, civil burden of proof applied, and it was on that standard that each applicant expected to “convince” immigration officials that they ought to be permitted to enter or remain in Canada—Cannot be assumed that using word “convince” automatically connotes higher burden of proof without careful examination of contextual basis of decision—Applicants not qualifying as Convention refugees—Not satisfying Court denied procedural fairness, or that subjected to more stringent burden of proof than required.

HIDRI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-554-00, 2001 FCT 949, MacKay J., order dated 24/8/01, 12 pp.)

Judicial review of CRDD’s decision denying applicant’s request to reinstate Convention refugee claim—Applicant claiming Convention refugee status upon arrival in Canada in August 1998—While awaiting hearing, met, married wife, successful Convention refugee claimant and permanent resident—Preliminary hearing held in May 1999, and no date set for full hearing by mid-summer—Claiming frustration over delay in processing Convention refugee claim and advice from then counsel led him to believe application for permanent residence would be more expeditiously dealt with if sought as member of family class, sponsored by wife—Withdrew Convention refugee claim in August 1999—Application for permanent residence refused in February 2000—Application to reinstate Convention refugee claim denied because CRDD not believing applicant’s former counsel advised him to withdraw claim or that not appreciating possibility application for permanent residence might be refused—CRDD stating claimant’s former counsel

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

highly experienced, appearing before CRDD almost daily; inconsistent with counsel’s experience, knowledge of Convention refugee law to recommend to claimant to withdraw claim for quicker landing through wife’s application—Application allowed—CRDD erred in law in relying upon own knowledge of applicant’s former counsel to discredit, disbelieve applicant’s evidence that misled by counsel’s advice, without giving applicant notice of its doubt about that evidence, opportunity to address doubt—Key factor, though not only factor, on which CRDD relied—Error sufficient to warrant order setting aside decision—Reconsideration may produce same result, but where unfairness in process, Court having obligation to intervene.

SATHASIVAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2484-00, 2001 FCT 1080, MacKay J., order dated 2/10/01, 8 pp.)

Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee—Applicant citizen of China—Convention refugee claim based on fear of persecution by authorities in China due to participation in Falun Gong movement—Falun Gong introduced in 1992, attracting more than one million people over world—Chinese government outlawed organization in July 1999—In October 1999, applicant fined 5,000 RMB, required to attend compulsory re-education class for 15 days—Board finding treatment suffered by applicant did not amount to persecution—Unable to conclude Falun Gong religion—Board should have found Falun Gong partly religion, partly social group—Clearly not political opinion—Meaning of “religion” under Immigration Act not yet clearly defined by case law—Determination of political opinion must be approached from point of view of persecutor since motive that incites persecution—Same reasoning applying with respect to religion—If Falun Gong considered by Government of China to be religion, it must be so for purposes of instant claim—Documentary evidence indicating Falun Gong derived from two traditional Chinese religions, Buddhism, Taoism—Falun Gong could also be considered as particular social group—Applicant took up practice of Falun Gong to fight depression—Falun Gong helped her to recognize true meaning of life, enrich culture, improve health—Board erred in law in application of Convention refugee definition by concluding adherence to Falun Gong beliefs, practice neither religion, nor particular social group—Application allowed—Question certified: What is the definition and the scope of the term “religion” used in the Convention refugee definition?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

YANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6057-00, 2001 FCT 1052, Dubé J., order dated 26/9/01, 11 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

*Permanent Residents*

Application for judicial review of visa officer's decision rejecting applicant's request for permanent residence—Applicant had applied for Quebec selection certificate in business person category and investor sub-category—Applicant alleges he sent all relevant documentation concerning origin of his assets and transferred \$350,000 to trust account, as required by relevant Quebec regulations—In February 1999, Immigration Québec issued selection certificate in favour of applicant—Visa officer rejected application for permanent residence on ground applicant had not produced necessary documentation to establish origin of his assets (\$872,699)—Application dismissed—Although Immigration Québec issued selection certificate, visa officer still authorized to request supporting documentation in order to verify source of applicant's assets and then incumbent upon applicant to prove his admission to Canada would not be contrary to law—Under Canada-Québec Accord, clear that Quebec has exclusive jurisdiction over selection and Canada has exclusive jurisdiction over admissibility; however, neither spirit nor letter of Accord precluding federal immigration authorities from verifying origin of applicant's assets in order to be able to determine whether applicant should be granted admission to Canada; both provincial and federal authorities may examine source of applicant's funds, former for purpose of selection, latter for purpose of admissibility: *Biao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 348; affd. [2001] F.C.J. No. 338—On other hand, evidence sufficient to allow visa officer to conclude that applicant had not established legal origin of his assets.

KLETSOV V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4999-00, 2001 FCT 1076, Nadon J., order dated 2/10/01, 12 pp.)

Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Appeal Division, dismissing appeal from visa officer's decision refusing sponsored application for permanent residence in Canada of applicant's two adopted sons—Latter nephews of applicant, second wife, now 13, 14 years old—Adoption legal in Sri Lanka, approved by Department of Probation and Child Care Services of Sri Lanka, Adoption and Counselling Services in British Columbia—Appeal Division finding little evidence of genuine parent-and-child relationship between Pereras, applicants—Failure of Appeal Division to consider two vital documents fatal error leading to wrong decision—Two documents relating directly to issue of genuine parent-and-child relationship, to motivation, planning of applicant and wife—Appeal Division adopting improper concept of "genuine parent and child relationship" in suggesting adopting parents' desire to bring boys to Canada, to provide them with better life, education contradictory to establish-

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

ment of genuine parent-and-child relationship—Words "genuine parent and child relationship" not requiring fully developed parent-and-child relationship between adoptive parents, children at time of sponsored application—Two adopted children still living with natural mother as not allowed to join adopted parents in Canada—Words "a genuine parent and child relationship being created as result of adoption" pointing to future relationship to be created, not to confirmation of present situation—Applicant, wife having taken deliberate steps to establish parent-child relationship—Not adoption of convenience but genuine relationship being created—Application allowed—Question certified.

PERERA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6060-00, 2001 FCT 1047, Dubé J., order dated 25/9/01, 8 pp.)

*Humanitarian and Compassionate Considerations*

Application for judicial review of immigration officer's decision dismissing H&C application of single mother, of Jamaican origin, with 15-year-old daughter—Application allowed—Application of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817—Not yet definitive statement of meaning of child's best interests in context of H&C applications—Nor has Court received guidance on question of how to balance child's best interests against parents' deficiencies—Whatever test of best interests of child might be, not test of unusual, undeserved or disproportionate hardship which immigration officer applied herein, drawing on guidelines in Immigration Manual—Test in guidelines not hardship but unusual, undeserved, inappropriate hardship, which involves assessment of relationship of hardship to be suffered to conduct of applicant—Given that case herein dealing with children whose conduct not in issue, test inappropriate—Immigration officer focussed on issue of hardship to daughter in assessing question of best interests, as opposed to best interests—Finding immigration officer did not give adequate consideration to interests of daughter when applied test of unusual, undeserved or disproportionate hardship to assess question of daughter's best interests—Question certified: whether requirement that best interests of children be considered when disposing of H&C application, as set out in *Baker* satisfied by considering whether removal of parent will subject child to unusual, undeserved or disproportionate hardship.

HAWTHORNE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4962-00, 2001 FCT 1041, Pelletier J., order dated 21/9/01, 9 pp.)

Application for judicial review of Immigration Appeal Division of Immigration Refugee Board (IAD) decision that refusal to approve applicant's spouse's application for

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

permanent residence in accordance with law and that no H&C considerations warranting granting of special relief—Applicant now Canadian citizen after obtaining Convention refugee status—Applicant, from Sri Lanka, sponsored ex-fiancée's (also from Sri Lanka) application for landing pursuant to match arranged by parents—Ex-fiancée arrived in Canada in December 1995—Marriage did not take place when couple realized incompatibility—Fiancée moved out, stayed in Toronto, claimed and received social assistance benefits, finally received Convention refugee status—In spite of undertaking of assistance, applicant did not take any steps to repay ex-fiancée's social assistance benefits, explaining no government agency had specifically requested repayment—Applicant married current spouse in August 1998 in Sri Lanka—Issue whether IAD engaged in balancing of H&C considerations against applicant's legal impediments and if so, whether IAD in error—Applicant submitting IAD misapplied test for appeal under Act, s. 77(3) as s. 77(3)(b) making it clear only consideration for IAD on appeal whether H&C considerations exist—Application dismissed—IAD did embark on balancing of H&C considerations against applicant's legal impediment—Decision in *Kirpal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 1 F.C. 352 (T.D.) to effect IAD should not weigh extent of legal impediment against strength of H&C factors on H&C application and IAD decision therein set aside—Applicant validly pointing out plain meaning of “humanitarian” and “compassionate” cannot encompass considerations related to sponsor's failure to repay debt of another person—Fact Act, s. 77(3)(b) using words “humanitarian”, “compassionate” seem to indicate other grounds should not be considered—Application of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Owens* (2000), 9 Imm. L.R. (3d) 101 (F.C.T.D.) where *Kirpal* distinguished on basis decision not patently unreasonable as H&C factors fully considered, with one allegedly irrelevant consideration of effect of legal impediment factored in—Even if IAD herein should have ignored matter of social assistance benefits claimed by ex-fiancée, proper H&C factors fully considered—IAD could reasonably conclude insufficient H&C factors to warrant granting of special relief—Question certified as to whether wrong for IAD to consider nature or circumstances regarding legal impediment when determining on balance of probabilities whether sufficient H&C considerations existing to warrant granting special relief pursuant to Act, s. 77(3)(b)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 77(3) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15; 1999, c. 31, s. 134).

NAWARATNAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5686-00, 2001 FCT 976, Blais J., order dated 30/8/01, 17 pp.)

### *Persons with Temporary Status*

Application for judicial review of visa officer's decision refusing application for student visa on grounds not satisfied

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

applicant, citizen of Kenya, *bona fide* visitor to Canada—After application for permanent residence in Canada denied in 1999, applicant decided to upgrade education in field of electronic engineering technology and was accepted to technical school in Calgary for 3-year program, hence application for student visa—Brother residing in Calgary—Issues: whether visa officer breached duty of fairness in making negative decision without first providing applicant with opportunity to respond to any concerns visa officer may have had; whether visa officer based decision on irrelevant consideration; whether visa officer erred in law in concluding applicant not seeking entry into Canada for temporary purpose—Application allowed—Departmental guideline requiring visa officer show applicant made aware of outside information taken into account and given opportunity to address concerns—*Mittal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 2 Imm. L.R. (3d) 300 (T.D.), approving guideline, applied—Here, visa officer used evidence concerning conditions in Kenya without giving applicant opportunity to address evidence, thereby breaching duty of procedural fairness.

MOHAMED V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4808-00, O'Keefe J., order dated 31/8/01, 11 pp.)

## CUSTOMS AND EXCISE

### EXCISE TAX ACT

Appeals and cross-appeals from Trial Judge's decisions appellants not deemed to have manufactured certain jewels, within meaning of Excise Tax Act, ss. 23(11) and 43, other than those they set on behalf of their respective clientele—Five appellants belong, along with Créations Darnel Ltée, to group of companies—Darnel purchased raw materials such as gold and precious stones and sent them to appellants for processing into final product—Jewellers employed by appellants mounted jewels, did settings and sent them to Darnel which, as wholesaler, shipped finished product to one or another of appellants who then sold it to its clients—Darnel issued invoice to whichever appellant made sale and remitted to Minister sales and excise taxes in accordance with price entered on invoice—In addition to retail sale of jewels supplied by Darnel, appellants made repairs and set jewels for their own customers—In February 1991, Minister served notice of assessment on appellants for 1988 and 1989 according to which appellants manufacturing jewels set and mounted at Darnel's request, as well as jewels set and mounted at request of their respective clients—Trial Judge found that appellants were not manufacturers of jewels made at Darnel's request, noting that Darnel continued to be principal contractor, but held that they were manufacturers of jewels set or mounted on behalf of their

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

own clients and that they had to remit taxes payable in this connection—However, he determined that annual value of these transactions less than \$50,000 and that appellants therefore exempt from sales tax under Act, s. 54(2)—In regard to excise tax payable on these sales, Trial Judge held that appellants liable for it in accordance with reduced computation set out in applicable administrative circular—Appeals allowed; cross-appeals dismissed—Once the Trial Judge held appellants exempt from sales tax on ground fulfilled requirements of Act, s. 54(2), had to find appellants exempt from excise tax under subsection 64(2), since this exemption operates under same conditions—Cross-appeals should be dismissed since effect of Act, ss. 43, 23(11) to deem any person, whether natural person or corporation, to be manufacturer of jewels that person mounts or sets, and corporation should therefore be deemed manufacturer in so far as it mounts or sets jewels through actions of its employees—Trial Judge found that it was as employees of Darnel that jewellers were setting some jewels at latter's request—Evidence allowed him to reach this conclusion—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 23(11), 43, 54(2), 64(2).

MANUFACTURIERS DE BIJOUX L.S.M. LTÉE V. CANADA (A-337-00, 2001 FCA 279, Noël J.A., judgment dated 2/10/01, 9 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION****TRIAL DIVISION**

Motion by defendant Crown to strike out statements of defence filed by Union of Nova Scotia Indians, Confederacy of Mainland Mi'kmaq—Two bodies not parties to original application for judicial review—Added as parties respondent by order given by Pelletier J.—Decision of Pelletier J. not itself appealed, otherwise questioned—Following addition of two bodies as parties respondent, proceedings converted into action—New defendants filing statements of defence attacked by present motion—Two grounds of attack serious but unfounded—First, as to jurisdiction, Court had jurisdiction when parties added as parties respondent to application for judicial review, and at time application for judicial review converted to action—Operation of converting application for judicial review into action not having effect of automatically depriving Court of jurisdiction—Jurisdiction in Court vested by Federal Court Act, s. 18 which gives Court jurisdiction to hear applications for judicial review—With regard to r. 104, same considerations apply—Proceedings not ceasing to be judicial review proceedings simply because converted into action—Union of Nova Scotia Indians, Confederacy of Mainland Mi'kmaq continuing to be defendants but only to extent of their interest in outcome of action relating to judicial review of decisions of Minister attacked—Two bodies having very limited interest in

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

—Continued

action—Court will be vigilant in seeing status as defendants not abused—Will make sure two parties defendant do not use status as defendant to conduct “cream puff” cross-examinations of witnesses, to set up “straw men” for plaintiffs to knock down—Motion dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 104.

SHUBENACADIE INDIAN BAND V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1525-00, 2001 FCT 1049, Hugessen J., order dated 26/9/01, 6 pp.)

Applicant filed annual GST return showing net tax payable \$60,554.80—Notice of assessment assessed aggregate net tax, interest, penalties as \$173,662.17—Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) obtained certificate for that amount, registered it as writ of enforcement under Alberta Registries Personal Property Registry—Obtained warrant (writ of execution) to effect seizure of personal property—Served two significant clients of applicant with requirements to pay—Applicant filing notice of objection to assessment—(1) Request for order abridging time for serving, filing notice of motion granted—(2) Request for order quashing requirement to pay issued by CCRA denied—Relief in judicial review application most likely manner in which direction could be quashed—Applicant before Court by way of motion, not application for judicial review—Also no allegation any error by CCRA in issuing requirement to pay—(3) Court not having jurisdiction to grant injunctive relief to prevent CCRA from taking any further collection proceedings—Although empowered to grant injunctions pursuant to Federal Court Act, ss. 18, 18.1, prohibited from doing so if right to appeal to Tax Court of Canada, as in this case—Even if Federal Court Act, s. 17(1) giving Court jurisdiction to grant relief sought, applicant cannot obtain relief as Federal Court Rules, 1998, r. 372(2) only allowing motion for interlocutory injunctive relief before commencement of proceeding if party undertaking to commence proceeding within time fixed by Court—No statement of claim filed by applicant within time set at hearing of motion—Even if interlocutory injunction could be issued, applicant would be required to establish serious issue to be tried, irreparable harm, balance of convenience favouring injunction—Court not persuaded serious issue to be tried—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 372(2)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

CANADIAN AGGREGATE CO. (RE) (GST-2443-01, 2001 FCT 1074, O'Keefe J., order dated 28/9/01 14 pp.)

Appeal from written order of Teitelbaum J. excluding as inadmissible expert report tendered by appellants—Court without jurisdiction to pronounce on evidentiary ruling made

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

—Concluded

by Trial Judge—Federal Court Act, s. 27 applied—In *Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd. v. Kingsland Maritime Corp.*, [1979] 1 F.C. 523 (C.A.), Court decided without jurisdiction to hear appeal from Trial Judge's order delivered orally during course of trial refusing to permit introduction, marking as exhibit of letter from respondent during cross-examination of witness by appellant—Appeal dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 11; S.C. 1990, c. 8, ss. 7, 78(1); 1993, c. 27, s. 214).

SAMSON INDIAN NATION AND BAND V. CANADA (A-39-01, 2001 FCA 282, Desjardins J.A., judgment dated 26/9/01, 3 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from Tax Court decision dismissing appeal from reassessment in respect of 1986 taxation year—Appellant sought to deduct losses of \$383,899 arising from hedged investment transactions—Strategy involved transactions in own trading account, and trading accounts of wife, company incorporated—Involvement of wife, company for purposes of income splitting, generating tax losses to himself—If involvement of wife, company ignored, appellant's transactions only resulted in losses—No reasonable expectation of profit from own transactions, no source of income, no basis for deducting expenses—Only way in which hedging strategy could result in profit to consider transaction in combination with transactions by wife, company—Appeal dismissed—In same circumstances in *Schultz v. Canada*, [1996] 1 F.C. 423 (C.A.), husband, wife taxpayers found to be partners, losses not deductible—For reasons given therein appellant, wife, company partners, losses not deductible—Court not having power to vacate assessment on ground Minister not acting with due dispatch—Under Income Tax Act, s. 220(3.1) Minister may exercise discretion to waive interest—If dissatisfied with Minister's exercise of such discretion, taxpayer may seek judicial review of Minister's decision—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(3.1) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; as am. *idem.* Sch. VIII, s. 127).

CARTER V. CANADA (A-6-99, 2001 FCA 275, Rothstein J.A., judgment dated 13/9/01, 3 pp.)

Judicial review of dismissal in part by T.C.C. of appeal from reassessments with respect to 1994, 1995 taxation years—In 1991 real estate recession forcing applicant to sell all but one revenue producing properties—Some sold for

**INCOME TAX—Continued**

less than mortgaged amount so that applicant required to place new mortgages on remaining property in order to repay amounts in full—Minister disallowing deduction for interest payments made on those mortgages, on ground with respect to properties which applicant no longer owned—Applicant argued borrowed funds could be traced to direct eligible use, relying on *Tenant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305, or that interest payments deductible as payments made in course of business—T.C.C. holding interest payments not deductible because properties constituted individual sources of property income; no evidence led to establish properties held in course of business—Application allowed—Interest payments on loan used to pay back mortgages of previously held properties not made for purpose of earning income from remaining property—*Tenant* decision of no assistance to applicant as no replacement property acquired with loans secured by remaining property; rather direct use of borrowed funds reimbursement of mortgaged amounts on properties which applicant no longer owned—Not eligible use—But in concluding applicant not leading evidence properties managed, operated as business, Tax Court either failed to give effect to meaning of "business" under Act, or ignored evidence before him—By 1991, applicant had interest in eight properties all of which rented out to multiple tenants—Applicant sought out tenants through advertisements; rental and income statements detailed repair, maintenance expenses, capital additions to six of eight properties—Inferred from fact no management fee paid that applicant saw to financing, rental, maintenance, improvement of properties himself over years—Applicant pooled income resulting from these endeavours—Conclusion: applicant engaged in business of managing, operating properties as opposed to merely collecting rents—As borrowed funds used by applicant to earn income from that business during two taxation years in issue, interest paid thereon deductible pursuant to Income Tax Act, s. 20(1)(c)(i)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 20(1)(c)(i).

DANSEREAU V. CANADA (A-654-00, 2001 FCA 305, Noël J.A., judgment dated 18/10/01, 7 pp.)

**PRACTICE**

Appeal from Motions Judge's decision allowing application for judicial review of requirement issued by Minister of National Revenue pursuant to Income Tax Act, s. 230(3) requiring respondent to keep such records, books of account as specified so that Minister could properly determine amount of taxes payable—Requirement based on report of auditor who attended at place of business—Auditor, who had primary responsibility for respondent's tax affairs, swore affidavit explaining unsatisfactory financial records, difficulties posed for accurately determining company's tax liability—If Minister made decision on basis of content of



**INCOME TAX—Concluded**

affidavit, would clearly have provided reasonable basis for conclusion—But affidavit not stating information contained therein before Minister—Letter informing respondent of requirement similarly not mentioning what was contained in auditor's report—On basis of material before Court, not possible to know whether information contained in report same as that contained in affidavit—Nothing in record indicating basis for Minister's decision to issue requirement—Motions Judge finding no evidence before him records inadequate—Appeal allowed—Motions Judge erred when said adequacy of records "jurisdictional question" on which Minister must be correct if decision to stand—Respondent could only obtain relief if established decision maker committed reviewable error, in this case error in exercise of discretion conferred on Minister by s. 230(3)—Would have had to demonstrate no material before Minister reasonably capable of supporting conclusion respondent failed to keep adequate records—In fact no evidence indicating basis of Minister's decision—Respondent, as applicant for judicial review, had burden of establishing Minister not having such evidence when exercised discretion to issue requirement—R. 317 permitting party to request material relevant to application in possession of tribunal whose order subject-matter of application—Respondent neither asked for material nor invoked r. 317—Cannot complain basis of Minister's decision not before Court—Because basis of decision not before Court, respondent unable to show discretion improperly exercised—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 317—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 230(3).

CANADA V. MERCHANT (2000) LTD. (A-606-00, 2001 FCA 301, Sexton J.A., judgment dated 10/10/01, 4 pp.)

**MARITIME LAW****CREDITORS AND DEBTORS**

Appeals from Prothonotary's order setting priorities among claims against proceeds of sale by Court of defendant ship *Kristina Logos*—Standard of review of discretionary decision of Prothonotary set out in *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.): discretionary orders of prothonotaries should not be disturbed unless clearly wrong, in that exercise of discretion based upon wrong principle or upon misapprehension of facts—Defendant Pratas and plaintiffs Neves brothers bought *Kristina Logos* from Clearwater—Unpaid portion of sale price, \$250,000, secured by first maritime mortgage on vessel to vendor as mortgagee—Neves brothers claim to have provided 49% of purchase price plus costs of fitting out ship on understanding ship would be owned by Ulybel, Panamanian corporation in which would hold 49% of shares—*Kristina Logos* seized at sea pursuant to allegations of illegally fishing without licence, detained in April 1994—Master of ship (Tavares), owner (Pratas), also

**MARITIME LAW—Continued**

charged with fisheries offences—Clearwater initiated action claiming outstanding balance of \$125,000 owed under mortgage, initiated proceedings to have *Kristina Logos* placed under arrest—Captain Tavares convicted in July 1994, resulting in order of forfeiture to Crown being issued against *Kristina Logos*—Conviction, forfeiture overturned in 1996, thereby returning ship to status of seized property—Plaintiffs commenced this action for declaration of 49% ownership interest in defendant ship—Defendants admitting plaintiffs entitled to 49% share in vessel, but asserting plaintiffs responsible for contributing proportional share of costs incurred in defending ship—Ulybel convicted of allowing *Kristina Logos* to fish illegally—Newfoundland Supreme Court imposed fines of \$120,000, ordered \$50,000 forfeiture to Crown—After Prothonotary's order, order of forfeiture set aside—Supreme Court of Canada not yet determining appeal from disallowance of forfeiture—*Kristina Logos* sold for \$605,000—Proceeds remained in Court—Prothonotary erred in applying maritime law principles, thus erred in determining order of priorities—(1) Costs of bringing ship to sale having first priority for payment from fund—Sale undertaken pursuant to Court order—Marshall's expenses, fees approved by orders of Prothonotary, paid out of fund—While sale made before final judgment in plaintiffs' action, exercise of Court's discretion to order sale upheld on appeal—Costs of sale payable from proceeds—(2) Defendants disputing Clearwater's claim as mortgagee on ground outstanding balance on mortgage offset by monies owed by Clearwater to defendants—Prothonotary's conclusion that balance of \$125,000 still owing under mortgage supportable on evidence—That \$125,000 secured claim ranking ahead of all claims except those directly associated with sale—Order appealed from in error in ranking unsecured claims of Neves brothers and of Crown ahead of Clearwater mortgage claim—Prothonotary refused to include interest on mortgage claim since neither demand note nor mortgage provided for payment of interest for term of mortgage—That parties not specifying interest in contract in event of default not constituting acquiescence by Clearwater that interest would not apply in event of default, even though agreed would be no interest charged for relatively short term of contract—Payment of only principal amount of mortgage would result in unjust enrichment of owners of ship—Moreover Clearwater's claim including loss of opportunity to utilize funds—Interest recoverable—(3) Costs of repatriation of Portuguese crew at time of seizure ranked first in priority among unsecured creditors—No known ship's agent, and necessary to repatriate them to Portugal since had no means of sustenance and no status to remain in Canada—All creditors with interest in vessel liable to share in those costs—Claim not maritime lien or even claim *in rem*—Not claim of crewmen, but unsecured claim which Court in exercise of equitable jurisdiction recognizing in priority to all other unsecured claims—Represents necessary steps for which charterers might have been liable had they been before Court—In their absence, shipowners must bear

**MARITIME LAW—Continued**

cost—(4) If Supreme Court of Canada restores forfeiture, claim would rank after Crown's claim for cost of repatriation of crew and after Clearwater's mortgage claim, not ahead of that claim as prothonotary ordered—If restored, will not be claim *in rem* under admiralty law but another unsecured claim *in personam* against owner of vessel—Forfeiture, if restored, having priority ahead of claims of plaintiffs, defendant; also over fines assessed against Ulybel as result of conviction—Forfeiture should bear interest following sale—(5) Crown's claim for \$120,000 for fines recognized as claim by unsecured creditor without priority except that arising under common law, ahead of other ordinary creditors, whose claims yet to be assessed, without interest—(6) Prothonotary erred in ranking plaintiffs' claim after costs of selling ship and payment of forfeiture, ahead of only claim recognized as secured, only *in rem* claim, that of mortgagee, and ahead of Crown's claim to recover fines assessed—Plaintiffs' claim no more than that of unsecured creditor—Not having priority over any other claimant—Plaintiffs' claim as beneficiaries of constructive trust accepted, but significant only *vis-à-vis* Ulybel, registered owner—(7) If agreement, outstanding balance of fund may be paid to Ulybel—If plaintiffs insist on payment of their share, 49% of balance of funds ordered paid to them—Remaining 51% to be paid to defendant Pratas—Crown's claim to recover costs incurred for maintenance of ship from date of arrest to date of sale not allowed—Such expenses not arising as result of arrest of ship under Court's process, but by virtue of seizure—From 1994 until 1996 Crown in possession as owner—Expenses incurred without consultation with other creditors, without seeking approval of Court or parties affected—Not qualifying as expenses made for benefit of all interested in ship when made—All claims allowed to bear interest from date of sale to date of payment.

NEVES V. KRISTINA LOGOS (THE) (T-1041-95, MacKay J., order dated 20/9/01, 23 pp.)

**PRACTICE**

Motion by defendants under r. 107 to have contractual aspect of case tried first exclusive of issues of tortious liability—On January 16, 1998, vessel *M.V. Flare* heading toward Montréal to take on cargo of grain—When it reached Gulf of St. Lawrence, broke in two and sank—Of 25 crew members, only four rescued and survived sinking—Situation of all plaintiffs must be considered comprehensively—Granting of order under r. 107 discretionary—According to applicable test under r. 107, severance must help to produce just, expeditious and least expensive determination possible—R. 107 may be applied herein, to separate contractual relationship between parties from issue of tortious liability—Court will try to adopt any solution likely to accomplish goals expressed in r. 3, i.e. just, most expeditious and least expensive determination possible—Defendants have not

**MARITIME LAW—Continued**

established on balance of probabilities that trial on contractual aspect will be sufficient and decisive—Given uncertainty as to incorporation of collective agreement, clause in agreement which would immunize it from any claim of any kind by plaintiff or his dependants inapplicable—Defendants have not discharged onus of proof in accordance with principles laid down in cases—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 107.

NAPA V. ABTA SHIPPING CO. LTD. (T-387-98, 2001 FCT 1055, Morneau P., order dated 26/9/01, 13 pp.)

Service—Motion objecting to service of statement of claim on defendants Neptune Associated Lines PTE Ltd., vessel *Jurong Bauhinia*, owners and all others with an interest in vessel *Jurong Bauhinia*—Of three defendants at issue, only Neptune Associated Lines PTE Ltd. served statement of claim by registered mail—Counsel for plaintiffs at time of service sent copy of statement of claim by certified mail to attention of Neptune Associated Lines PTE Ltd., adding in envelope copy of statement of claim for other two parties—New counsel for plaintiffs knew that service on these three parties had been done irregularly and they asked Court to use provisions of r. 147—Few cases in relation to service authorized under r. 147—Action indeed served on defendant Neptune Associated Lines PTE Ltd.—However, hard to use provisions of r. 147 to validate service in case of other two defendants—Court must be persuaded that service done in first place—Sending document for service to one party in envelope by registered mail and simply stating in cover letter that two additional copies in envelope for two other parties for whom authorized representatives and corresponding addresses, possible relationship between three defendants, unknown, cannot be considered service, even imperfect one—Action herein not validly served on defendants, vessel *Jurong Bauhinia* and owners and all others with interest in vessel *Jurong Bauhinia*—Motion allowed in part—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 147.

J.A. BESNER AND SONS (CANADA) LTD. V. JURONG BAUHINIA (THE) (T-1145-01, 2001 FCT 1113, Blais J., order dated 12/10/01, 7 pp.)

By present motion, defendant vessel owners seek stay, or partial stay, of this Federal Court proceeding, on basis they have B.C. Supreme Court *in personam* action in which they seek payment of balance of their vessel damage claim, some \$12,000—Matter arising out of *in rem* and *in personam* claim by plaintiff underwriter for return of some \$100,000 in *Renegade III* insurance proceeds with respect to damage suffered by ship during 2000 Victoria-Maui race which underwriter had paid out, policy subsequently being voided by underwriter because of alleged non-disclosure or misrepresentation by defendant vessel owners—As security for

**MARITIME LAW—Continued**

claim, plaintiff underwriter has *Renegade III* under arrest, in this action, but no security has been provided—*Renegade III* racing yacht of 19.2 metres, built in 1993 in Tallinn, Estonia—Insured value \$880,000—B.C. Supreme Court action marginally ahead of Federal Court action—Stay denied—Test for stay set out in *Compulife Software Inc. v. Compuoffice Software Inc.* (1997), 97 C.P.R. (3d) 451 (T.D.): court will exercise discretion, granting stay “only in clearest of cases”—In order to establish proceeding falling within “clearest of cases test”, party with onus must show that to allow action to continue would cause prejudice or injustice, not merely inconvenience or additional expense to defendant, and that stay itself would not be unjust to plaintiff—On analysis of *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897 (Sopinka J.) and *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 (C.A.) (McLachlin J.A. (as she then was)), defendant must clearly establish more appropriate forum in order to displace forum selected by plaintiff—Corollary of this: even if party applying for stay successful in clearly establishing existence of more appropriate forum, plaintiff, nonetheless, may be able to prevent stay by showing deprivation of legitimate personal or juridical advantage which would be available in court chosen by plaintiff—In *Avenue Properties*, McLachlin J.A. summed this up as balancing of interests between any advantage to plaintiff on one hand, and any disadvantage to defendant on other hand—While defendant vessel owners have established *prima facie* case B.C. Supreme Court convenient place for action to proceed, have not established clearly more appropriate place to do so—Were underwriters forced to proceed in B.C. Supreme Court proceeding, by reason of stay here, they would have to commence *in rem* proceeding in B.C. Supreme Court, arresting vessel, for second time, in B.C. Supreme Court, in order to give that court jurisdiction over ship, resulting in multiplicity of proceedings—Discussion as to whether B.C. Supreme Court’s *in rem* jurisdiction might possibly be flawed and subject to constitutional challenge—To stay present action would most certainly result in multiplicity of proceedings with at least two B.C. Supreme Court actions and consolidation, together with re-arrest of vessel—That two parallel actions, one in each court, might result in any substantial additional time or expense in proceeding to resolution, certainly not foregone conclusion—Danger of inconsistent outcomes minimal, for once decision rendered in one court, whole matter likely becoming *res judicata*—Vessel owners mentioning might decide to add their insurance broker as party and referred to *Intermunicipal Realty & Development Corp. v. Gore Mutual Insurance Co.*, [1978] 2 F.C. 691 (T.D.) for proposition Court without jurisdiction over marine insurance broker in agency and misrepresentation—First, nothing to suggest might be claim against vessel owners’ broker; second, while marine insurance might, strictly speaking, form part of property and civil rights jurisdiction of province, it has nevertheless been assigned to Parliament

**MARITIME LAW—Concluded**

and is part of navigation and shipping: *Zavarovalna Skupnost Triglav (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283—In result, not clear case for stay—While may be inconvenience and perhaps minimal extra cost, no real prejudice or injustice to vessel owners in denying stay—Conversely, taking all circumstances in consideration, choice of underwriter, as plaintiff, to litigate in Federal Court, reasonable one—Stay would deprive underwriter of legitimate juridical advantage, that of being able to have complete matter disposed of, including as to realizations through sale of arrested ship, in one court, being Federal Court—Vessel owners may elect to bring *in personam* claim, for balance of their insurance claim, in this Federal Court action—No apparent hardship, in suggesting vessel owners ought to come into Federal Court, for luxury yacht of high value, with amount at stake fraction of vessel’s value.

ROYAL AND SUN ALLIANCE INSURANCE CO. OF CANADA V. *RENEGADE III* (THE) (T-1396-01, 2001 FCT 1050, Hargrave P., order dated 25/9/01, 15 pp.)

**PATENTS**

Action for declaration of validity of ‘884 patent, permanent injunction restraining defendant from making water-in-oil emulsion drilling mud, reasonable compensation—Numbered company plaintiff assignee from J.K.F. Investments Ltd. and Hour Holdings Ltd. of ‘884 patent—J.K.F. Investments Ltd. and Hour Holdings Ltd. in turn assignees of named inventors in ‘884 patent, James K. Fleming and Harold C. Fleming—James K. Fleming, Harold C. Fleming owners of Fleming Oil Field Services Ltd., and division of that company Reef Mud—From date of issuance of patent until May 28, 1998 Fleming Oil Field Services Ltd. had exclusive license to make, use, sell invention described, claimed in ‘884 patent—On May 28, 1998 numbered company plaintiff assigned ‘884 patent to Fleming Oil Field Services Ltd.—Effective July 1, 1998 Fleming Oil Field Services Ltd. amalgamated with M-1 Drilling Fluids Canada Inc.—‘884 patent relating to oil-based mud—Large volume of cuttings produced by drilling, brought to surface in drilling mud—Cuttings coated in oil, and significant amount of salt comprised in drilling mud, neither of which environmentally friendly—Cuttings disposed of by “land farming”, i.e. removing top soil from area surrounding drilling operation, spreading cuttings, replacing top soil—Land farming raising environmental concerns—Fleming Oil Field Services Ltd., through Reef Mud formulated, supplied drilling muds to industry—Began using “fertilizer” grade calcium nitrate (ACND), capable of contributing to biodegradation of oil coating cuttings while also contributing to re-vegetation following land farming—Harold Fleming testified instructed Rick Smith, employee of Reef Mud Division, to conduct tests to determine whether ACND viable alternative salt in formulation of invert emulsion

## PATENTS—Continued

drilling muds—Smith conducted laboratory tests in 1989, and field tests in 1992—Application for '884 patent followed in summer of 1993, after Smith left Fleming Oil Field Services Ltd.—Product, "Q'Max Mud" or "Envirovert", marketed to, among others Shell Canada Limited—Defendant admitting manufactured invert mud using ACND—Conflicting testimony regarding development of Q'Max Mud—Smith's testimony that he took initiative in developing more environmentally friendly invert emulsion drilling mud preferred—(1) Construction of patent—Patent specification addressed to person skilled in relevant art—Against knowledge, perceptions of ordinary workman skilled in art, Court required to look at whole of disclosure, claims to ascertain nature of invention, being neither benevolent nor harsh, but rather seeking construction reasonable and fair to both patentee and public—(2) Validity of '884 patent—Patent Act, s. 43(2) imposing presumption of validity of patent—Onus on defendant to prove, on balance of probabilities, patent invalid—Defendants introduced evidence on five issues—(i) Anticipation—S. 28.2(1) requiring subject-matter not have been available to public more than one year before filing date—Direction in prior publication must be so clear that skilled person reading, following it would in every case, and without possibility of error be led to claimed invention—Prior art reviewed—Not enough that many publications in nature of prior art relevant to subject-matter of '884 patent known to, or readily accessible to, ordinary workman skilled in art more than one year before August 4, 1993—As noted in *Beloit Canada Ltd. et al. v. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.), mythical person skilled in art cannot be required to "mosaic" prior art; not enough to pick bits and pieces from variety of prior publications and to meld them together so as to come up with claimed invention; anticipation must be found in specific patent—Defendant not meeting burden of establishing allegation '884 patent void for anticipation or lack of novelty by reason of state of prior art at relevant time—(ii) Obviousness—Test for obviousness set out in s. 28.3—Question to be answered whether invention disclosed by '884 patent was, in light of prior art, "plain as day" or "crystal clear" to person skilled in art at date of invention—Cannot conclude, based on totality of evidence, defendant discharged burden to establish invention disclosed by '884 patent obvious on claim date to person skilled in relevant art such that person would have come "directly and without difficulty" to solution taught by '884 patent—(iii) Defendant not making out case for invalidity of claims on basis of speculative claiming or lack of utility—(iv) Insufficiency—What constitutes essential element of patent must be determined in light of common general knowledge in field at date of publication of patent application, notably date at which public advised of existence of application and of possible consequences may have on activities—Neither '884 patent nor any of its claims void by reason of insufficiency of disclosure—(v) Material misrepresentation in petition—S. 27(2) providing, among other things, application

## PATENTS—Continued

for patent must be filed by inventor or inventor's legal representative and application must contain petition—Ss. 27(1), 49 dealing with question of to whom patent may be granted—S. 53(1) providing patent void if any material allegation in petition untrue—Material allegation of petition allegation applicant(s) made invention—James K. Fleming, Harold C. Fleming not employer of Rick Smith at relevant time—Smith employee of Fleming Oil Field Services Ltd.—By virtue of s. 53(1), '884 patent void by reason of untrue material allegation in petition, i.e. James K. Fleming, Harold C. Fleming "made" invention of '884 patent—'884 patent void *ab initio* by reason only of material misrepresentation in petition—(3) Right of plaintiffs to sue on '884 patent—Patent issued to J.K.F. Investments Ltd. and Hour Holdings Ltd.—Neither acquired any interest in patent from Rick Smith, true inventor, or from his employer, Fleming Oil Field Services Ltd.—J.K.F. Investments Ltd. and Hour Holdings Ltd. never validly acquired interest in '884 patent and therefore neither ever person for time being entitled to benefit of '884 patent—Neither ever "patentee"—Plaintiffs not persons claiming under patentee—Line of title from original patentee to plaintiffs in this action not established—(4) Infringement—If '884 patent determined to be valid, and plaintiffs entitled to pursue remedies under s. 55, evidence disclosing literal infringement of claims of '884 patent, other than claim 15—(5) Relief—Action dismissed; '884 patent declared void *ab initio*—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31), (2) (as am. *idem*), 28.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33), 28.3 (as enacted *idem*), 43(2) (as am. *idem*, s. 42), 53(1), 55 (as am. *idem*, s. 48).

671905 ALBERTA INC. v. Q'MAX SOLUTIONS INC.  
(T-1227-96, 2001 FCT 888, Gibson J., judgment dated 15/8/01, 62 pp.)

Appeals by Apotex from Trial Division decision ((1998), 84 C.P.R. (3d) 23) granting order prohibiting MNHW from issuing to Apotex NOC with respect to drug ciprofloxacin hydrochloride, anti-bacterial and anti-microbial agent, until expiry of patents held by Bayer—Trial Judge rejected allegation Bayer's Canadian patents for ciprofloxacin invalid by virtue of Patent Act, s. 28(2) (precluding inventor from obtaining patent in Canada when inventor has already applied in another country for patent for invention)—Appeal dismissed—Trial Judge correctly concluded Canadian patents not for same invention as invention subject of certain foreign patents held, or applied for, by Bayer—No error in manner in which Trial Judge approached task of determining whether Canadian and foreign patents for same invention—Examined and compared claims of each patent, and disclosures (descriptive part of patent application), which he used to elucidate claims, but not to alter their scope when that was clear and unambiguous—Approach not inconsistent with "purposive approach" to construction of patents endorsed by case law—Difficult to avoid conclusion invention in patent for group of compounds, including

**PATENTS—Concluded**

ciprofloxacin, made by malonic ester synthesis process, whereas invention in foreign patent for somewhat larger group of compounds, including ciprofloxacin, made by processes not including malonic ester synthesis process—No reason to interfere with Trial Judge's conclusion that, looking at whole of specification, invention in Canadian patent not same as that in foreign patent—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 28(2).

BAYER AG v. APOTEX INC. (A-715-98, 2001 FCA 263, Evans J.A., judgment dated 13/9/01, 7 pp.)

**PENSIONS**

Application for judicial review of Pensions Appeals Board (PAB) member designate's decision refusing applicant leave to appeal to PAB—Applicant applied for disability benefits due to "degenerative arthritis, cervical and lumbar spine"—However, application for benefits indicating stopped working in 1994 because laid off due to shortage of work—Application for benefits denied as applicant considered able to do some form of light work, suitable to his condition and limitations, on regular basis; disability not considered severe and prolonged—Review Tribunal dismissed applicant's appeal on basis neither specialist nor family doctor stated applicant disabled from doing all work and x-ray reports not showing degeneration so severe as to keep appellant from working—Also, no objective medical evidence with respect to intervening psychotic episode or that existed before October 1999, therefore outside minimum qualifying period—Leave to appeal Review Tribunal decision refused by member designate of PAB in July 2000—Issue whether member designate committed reviewable error in refusing applicant's application for leave to appeal—Application allowed—Hurdle to be overcome by applicant on leave to appeal application lower than on hearing of merits of appeal—However, member designate stated that in order to grant leave to appeal, demonstrated error on part of Review Tribunal or additional evidence that may lead to different conclusion on appeal required—Member designate thereby made error by applying incorrect test when determining whether or not to grant leave—Question then becomes whether or not application raising arguable case or issue—Question as to whether or not review panel erred raising arguable case—Also arguable review panel may have erred in determining disability by relying on medical evidence only, disregarding oral evidence from applicant and his sister.

GRENIER v. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (T-1510-00, 2001 FCT 1059, O'Keefe J., order dated 27/9/01, 11 pp.)

**PRACTICE**

Separate determination of issues—Appeal from order allowing motion by respondent for order made pursuant to

**PRACTICE—Continued**

Federal Court Rules, 1998, r. 107, directing either reference or trial of issue to determine nature, quantum of damages appellant should pay as result of interim, interlocutory injunction obtained against respondent—R. 107 permitting Court to at any time order trial of issue be determined separately—Interim injunction issued on November 30, 1993 restraining respondent from selling diclofenac slow-release tablets—Interlocutory injunction issued on August 5, 1994, although limited to 100 mg size—Condition of injunction that appellant would undertake in writing, satisfactory to Court, to pay damages awarded to respondent against appellant at trial—In parallel proceedings, Registrar of Trade-marks granting appellant's application for registration of trade-mark in relation to "Voltaren SR" tablets—Respondent's appeal from that decision allowed on April 14, 2000 on ground appellant not establishing distinctiveness—Order issued dissolving injunction on December 19, 1997—McKay J. stating appellant not meeting its responsibility to proceed with due diligence; indeed, appellant virtually conceding treated interlocutory injunctions as permanent resolution of disputes; lengthy, inordinate delay constituting extraordinary circumstance warranting intervention of Court—Appellant filed notice of discontinuance—11 months later respondent filing motion for order directing reference or trial of issue regarding nature, quantum of damages resulting in order under appeal—Motions Judge concluding appellant not demonstrating special circumstances existed so as to relieve it of its obligation to compensate respondent for damages arising from operation of injunctions—Appellant submitting Motions Judge erred in ignoring respondent's delay in bringing motion, in concluding respondent meeting burden to establish by evidence existence of damages, in fact and law with respect to special circumstances—Appeal dismissed—Test for appellate review of exercise of judicial discretion whether judge at first instance gave sufficient weight to all relevant considerations: *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394—Text of r. 107 permissive—Motions Judge gave sufficient weight to all relevant considerations—Findings of fact amply supported by evidence—Application of legal principles to facts unassailable—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 107.

NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. v. NOVOPHARM LTD. (A-7-00, 2001 FCA 251, Isaac J.A., judgment dated 28/8/01, 11 pp.)

**AFFIDAVITS**

Motion by respondent appealing prothonotary's decision granting leave to applicant to serve, file supplementary affidavit of Michael Beyer—Applicant seeking to expunge respondent's trade-mark "Woodbridge Estate and Design"—Prothonotary's decision dealt with motion by applicant under Federal Court Rules, 1998, r. 84(2) for order granting applicant leave to serve, file additional affidavits—R. 84(2) providing party who has cross-examined deponent of

**PRACTICE—Continued**

affidavit filed in motion or application may not subsequently file affidavit in that motion or application, except with consent of all other parties or with leave of court—Motion dismissed—Appeal based on erroneous proposition that if information available before cross-examination, Court barred from exercising its discretion to allow party to file affidavit containing that information after cross-examination—Rule requiring judge, prothonotary to consider, balance following factors in deciding whether leave ought to be granted in circumstances: (1) whether facts set out in further affidavit relevant to litigation; (2) whether information proposed to be adduced in further affidavit available before cross-examination; (3) whether filing of supplementary affidavit will cause serious prejudice to other parties—Motion dismissed—Respondent not establishing prothonotary either failed to exercise discretion judicially or made error of law in concluding leave should be granted—(1) Prothonotary noted respondent not disputing proposed evidence relevant to central issue of expungement proceedings—(2) Found information in question available to applicant prior to cross-examination—(3) Concluded any prejudice suffered by respondent could be remedied by appropriate order with respect to further cross-examination and opportunity to adduce further evidence, appropriate order as to costs—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 84(2).

ROBERT MONDAVI WINERY V. SPAGNOL'S WINE & BEER MAKING SUPPLIES LTD. (T-1294-99, 2001 FCT 1005, Nadon J., order dated 10/9/01, 13 pp.)

**CASE MANAGEMENT**

Motion to sever issues of liability from issues of quantum of damages in copyright infringement action—Present motion following Prothonotary's order certain documents be produced unless motion under Federal Court Rules, r. 107 presented within limited time, and effectively stayed his order that documents be produced pending disposition of motion—Order granting leave made in knowledge of prior dismissal of motions seeking same relief—*Res judicata* not applicable herein as Prothonotary acting in capacity of case manager—Given mandate of case manager to give such directions as may lead to most just and expeditious and least expensive resolution of dispute between parties, one can conclude that in those circumstances, case manager acting outside adversarial system—Entitled to act on own motion—R. 385 gave him authority to grant leave to bring motion which would otherwise be caught by doctrine of *res judicata* and, in so doing, to set aside application of *res judicata* as would apply to that motion—However, power of case manager to revisit question which has already been decided once not to be exercised capriciously—Test whether there exist facts from which case manager could conclude that process of bringing case to fair trial could be assisted by revisiting particular question—Case manager's views on question entitled to considerable deference—Motion for

**PRACTICE—Continued**

order under r. 107 not barred by failure of previous motion seeking same relief—Applicant seeking severance of issues of quantum and liability on basis grounds for believing claims of Annabel N.V. will fail—Ultimately, issue one of making best use of time allocated for trial of matter—Order confirming applicants' motion not subject to application of *res judicata* and remitting motion to Prothonotary for decision on merits of motion—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 107, 385.

MICROFIBRES, INC. V. ANNABEL CANADA INC. (T-2680-97, 2001 FCT 1032, Pelletier J., order dated 20/9/01, 9 pp.)

**CONFIDENTIALITY ORDERS**

Motion for order access to Court records be prohibited without leave of Court—Hearings before Refugee Division confidential—When applicant decided to file, serve application for leave, judicial review on November 2, 2000, case in public domain—All reasons, arguments provided by respondent for motion for confidentiality could have been presented after November 2, 2000—Respondent failed to provide relevant evidence that could justify why Court should allow respondent to file, serve supplementary affidavit in relation to motion for confidentiality—Motion to file, serve supplementary affidavit dismissed—To succeed on motion for confidentiality, respondent had to demonstrate why Court should depart from principle Court proceedings to be conducted in public, Court files to remain open—Respondent failing to meet conditions described by S.C.C. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835—No valid reasons to justify granting of motion for confidentiality by Court—Motion for confidentiality dismissed.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. TIKY (IMM-5693-00, 2001 FCT 1093, Blais J., order dated 5/10/01, 6 pp.)

**DISCOVERY***Production of Documents*

Motion for production of information contained within CHRC files in order for applicant to prepare affidavit, cross-examination—Whether material requested by applicant met test of relevancy in order for motion to be granted—Is material requested by applicant relevant to judicial review application?—In order for r. 317 to apply, material requested by applicant must be relevant to judicial review application, must not be in possession of applicant—Material requested by applicant not in her possession—Purpose of judicial review application to review decision of October 30, 2000 dismissing applicant's complaint because, on evidence, allegation of discrimination unfounded under Canadian

**PRACTICE—Continued**

Human Rights Act, s. 44(3)(b)(i)—Commission relied on investigator's report as only document to form basis of Commission's decision—Requested material relevant to judicial review application as no other means for applicant to prove grounds for judicial review—Required to fully argue merits of case, to prepare detailed affidavit, cross-examination—Applicant's request for material far too broad in scope for r. 317 to be applicable—Judicial review application not forum to revisit evidence other than what was specifically before Commission when decision made—Applicant requesting abundance of material too vague, ambiguous in scope, purpose, amounting to "fishing expedition" into Commission's files—Purpose of request for discovery, "fishing expedition" not permissible on judicial review application—Subsequent motion by applicant with more specific, more focussed list of requested materials may be looked upon more favourably by Court—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 317—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 44 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64; S.C. 1998, c. 9, s. 24).

BRADLEY-SHARPE V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-806-01, 2001 FCT 1130, Blais J., order dated 18/10/01, 14 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Appeal from decision of Associate Senior Prothonotary Giles (ASP) refusing, without written reasons, plaintiff's request second sentence of paragraph 19 of defendant's statement of defence, counterclaim be struck without leave to amend—In November 1989, plaintiff Anchor Brewing Company of San Francisco obtained registration in Canada of trade-mark "Steam" in association with beer—In June 1999, defendant obtained Canadian trade-mark registration for mark "Sleeman Steam Beer" in association with beer—Anchor commenced action against Sleeman for trade-mark infringement, passing-off, depreciation of goodwill—In May 2001, Sleeman filed statement of defence, counterclaim raising several defences including invalidity of Anchor's Canadian trade-mark "Steam"—Well-known test guiding review by judge of Prothonotary's discretionary decisions enunciated by MacGuigan J. in *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425—Order made by Associate Senior Prothonotary herein discretionary—By not striking out second sentence from paragraph 19 of defendant's statement of defence, counterclaim, ASP not making decision vital to result of case—Prothonotary's order given without written reasons not automatically giving rise to hearing *de novo* on appeal before Court—*De novo* intervention not justified when, examining all circumstances, including nature of order made, evidence before Prothonotary, whether exercise of discretion involves

**PRACTICE—Continued**

essentially consideration of legal principles, reasonably demonstrate manner in which Prothonotary exercised discretion—Principle to be applied by ASP whether plain, obvious pleadings disclosed no reasonable cause of action, frivolous, redundant—ASP not satisfied plain and obvious test met—Reviewing exercise of ASP's discretion *de novo* not appropriate—Appellant must persuade Court ASP in exercise of discretion clearly wrong, misapprehended facts—Sentence sought to be struck simply statement of fact, along with other sentences in paragraph 19, answer to plaintiff's claim in relation to trade-mark "Steam"—Prothonotary's exercise of discretion not clearly wrong—No inconsistency in decision-making—Appeal dismissed.

ANCHOR BREWING CO. V. SLEEMAN BREWING & MALTING CO. (T-1158-99, 2001 FCT 1066, Lemieux J., order dated 28/9/01, 15 pp.)

Appeal from Prothonotary's dismissal of motion to strike out amended statement of claim—Since question of whether to strike out amended statement of claim determinative of action, appeal proceeded *de novo*—Applicable test under Federal Court Rules, 1998, r. 221(1)(a) (non-existence of reasonable cause of action) whether plain, obvious case beyond doubt, without any chance of success—In respect of other grounds provided in r. 221, test whether ground so clearly immaterial, frivolous, embarrassing or abusive that obviously forlorn, futile—Crown argued Prothonotary erred in finding not plain, obvious claim barred by Crown Liability and Proceedings Act, s. 9, Pension Act, s. 111—Submitted Prothonotary erred in finding plaintiff's disability pension not paid in respect of injury, damage or loss in respect of which plaintiff based action against Crown; action under Charter, ss. 7, 15 not barred by same provisions—Pension Act, s. 11 prohibiting action against Crown in respect of any injury, disease resulting in disability where pension is or may be awarded under Act—Crown Liability and Proceedings Act, s. 9 prohibiting proceedings against Crown in respect of claim if pension paid, payable in respect of injury, damage, loss in respect of which claim made—Plaintiff served in Canadian military in peacekeeping missions in Croatia, Bosnia where experienced traumatic conditions—After return to Canada suffered from variety of stress related symptoms—Despite repeated requests for assistance, received no debriefing, counselling, treatment, assistance—Plaintiff claiming superiors' response to continued deteriorating health, efforts to obtain counselling, discriminatory, based on Afro-Canadian descent, psychological nature of injuries—Demoted, supervisory responsibilities removed based on determination disabled—Plaintiff claiming decision made in bad faith, as pretext to get rid of him—Eventually diagnosed with post-traumatic stress disorder (PTSD)—Appeal dismissed—Crown not clearing high hurdle of establishing plaintiff's case doomed to failure, has no chance of success—(1) Arguably plaintiff's claim not for compensation on account of PTSD injury, or any continu-

**PRACTICE—Continued**

ation of symptoms associated with it upon return to Canada, but for other harms suffered resulting in damages which have nothing to do with pension receiving, and arising out of negligence of Crown's servants in failing to address condition; for breach of fiduciary, other statutory duties in failing to provide assistance; for racial discrimination and discrimination on account of mental disability under Charter; and for bad faith in discharge—(2) Pension Act, s. 111 and Crown Liability and Proceedings Act, s. 9 requiring factual foundation, nexus between pension paid, injury or aggravation—One purpose of both provisions to prevent double recovery—Factual foundation missing, nexus not established—(3) How far statutes such as Pension Act, Crown Liability and Proceedings Act can operate to blunt Charter, s. 24 claims not subject of settled law—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221(1)(a)—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 111—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 9—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15, 24.

DUPLESSIS v. CANADA (T-294-00, 2001 FCT 1038, Lemieux J., order dated 21/9/01, 9 pp.)

**SERVICE**

In absence of statement of defence, matter went into status review after six months—Notice of status review, directing defendant to show cause why default judgment should not be entered, returned as unclaimed—Another notice requested plaintiff to show cause why claim should not be dismissed for delay—Plaintiff responded by filing motion for judgment in default—If necessary to issue notice of status review, some explanation for delay required—Regardless of absence of such explanation, proof of service herein inadequate—Many law firms regarding service of documents as mechanical exercise, delegated to non-legal staff who may or may not receive any guidance beyond photocopy of applicable page of rules of court—Even if proof of service technically deficient, comfort taken from option of applying to validate service on ground came to defendant's attention—Some would despair at apparently mindless formality in aid of debtors—But service not simply question of whether defendant received word of claim—Service goes to jurisdiction—It is foundation of Court's jurisdiction to make order against defendant—J.-G. Castel writes in *Canadian Conflict of Laws* (4th ed.) Toronto: Butterworths 1997, at p. 202 that rules as to legal service define limits of court's jurisdiction; in all common law provinces, territories, personal service of originating process after issued is foundation of jurisdiction in actions *in personam*—According to Castel, personal jurisdiction over defendant based upon requirement, sufficiency of personal service—Both requirement, sufficiency of service determined by reference to rules—Compliance with rules of personal service not inconvenient formality, but

**PRACTICE—Continued**

foundation of right to judgment against defendant—Federal Court Rules, 1998, r. 128(1)(b) providing personal service on individual affected by leaving document with adult person residing at individual's place of residence, mailing copy of document to individual at that address—Affidavit of service stating service on defendant by delivering to, and leaving certified copy of statement of claim with wife—Cannot assume Mr. and Mrs. Spelrem residing together because wife served at District of Ponoka, Alberta, copy mailed to street address in Ponoka, Alberta—R. 128 clear that statement of claim must be mailed to address at which copy left with adult person—As no basis for assuming Mr. and Mrs. Spelrem reside together, no basis for assuming statement of claim left with adult person at defendant's place of residence—Court would not speculate that in addition to farm residence, Spelrems maintain residence in nearby town where pick up mail in which case statement of claim likely came to Mr. Spelrem's attention—As Rules not complied with, no proof of valid service—If difficulty simply inattention in describing same location in two ways, problem could have been avoided by complying with Rules, filing affidavit of service in Form 146A which provides template for service pursuant to r. 128(1)(b)—Should identify means of knowledge person served member of household, specify means of knowledge premises in fact household of defendant—In absence of proof of valid service, motion for default judgment dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 128(1)(b), Form 146A.

CANADA v. SPELREM (T-1334-00, 2001 FCT 1064, Pelletier J., order dated 28/9/01, 6 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Motion to stay judicial review application until after statutory appeal decided by referee—Inspector under Canada Labour Code made payment order—Applicant commenced statutory appeal pursuant to Canada Labour Code, s. 251.11—Subsequently filed application for judicial review of same decision—Minister of Labour appointed Referee under section 251.12, who adjourned hearing of statutory appeal pending determination of judicial review—Applicant argued statutory appeal process constituted adequate alternative remedy—*Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3 set out factors to be considered in deciding whether adequate alternative remedy exists, including convenience of alternative remedy, nature of error, nature of appellant body (i.e. investigatory, decision-making, remedial capacities)—Supreme Court of Canada indicated "expeditiousness and costs" relevant factors, and category of factors should not be closed—Hearing before referee projected to last longer than one week; applicant intending to call at least three witnesses, two of whom from Vancouver; hearing before referee *de novo*, and both parties likely to call evidence—In judicial review application,



**PRACTICE—Continued**

applicant claiming part of definition of “city motor vehicle operator” in Motor Vehicle Operators Hours of Work Regulations either void for uncertainty or that sub-delegation of legislative powers contained therein *ultra vires* delegate of Parliament i.e. Governor in Council—If correct, conceivable Referee could hold lengthy hearing using wrong definition, hearing would eventually be heard all over again—Not expeditious manner in which to proceed—Less costly, more expeditious to allow judicial review to proceed—Appeal to Referee not adequate alternative remedy—Furthermore, statutory appeal process established by s. 251 not intended by Parliament to be exclusive process by which to challenge payment order issued pursuant to s. 251.1—Parliament not so stating in legislation—As stated in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, by not unambiguously highlighting exclusivity of statutory remedy Parliament leaving it to judiciary to define role in relation to that remedy—Should not be conflicting decisions as Referee in appeal hearing will be applying Court’s finding as to what definition of “city motor vehicle operator” comprised—Motion for stay of judicial review application denied—Motor Vehicle Operators Hours of Work Regulations, C.R.C., c. 990, s. 2 “city motor vehicle operator”—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 251.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 42, s. 37), 251.11 (as enacted *idem*), 251.12 (as enacted *idem*).

ACTON TRANSPORT LTD. V. STEEVES (T-671-01, 2001 FCT 984, O’Keefe J., order dated 31/8/01, 13 pp.)

Defendants seeking stay of proceedings on ground claim being proceeded with in another court—On May 9, 2000 plaintiff commencing proceedings in Supreme Court of Nova Scotia, claiming unpaid royalties pursuant to licence agreement—On May 17, 2001 commencing these proceedings, seeking unpaid royalties, damages, declaration licence agreement null and void for non-payment and injunction restraining defendants from continuing to manufacture, sell braided electrical fencing product—Federal Court Act, s. 50(1)(a) providing Court may in its discretion stay proceedings in any cause or matter on ground claim being proceeded with in another Court or jurisdiction—Criteria established by case law to determine whether such stay should be granted, abridged and assembled as follows: (1) would continuation of action cause prejudice or injustice (not merely inconvenience or extra expense) to defendant; (2) would stay work injustice to plaintiff; (3) onus on party seeking stay to establish first two conditions met; (4) grant or refusal of stay within discretionary power of judge; (5) power to grant stay may only be exercised sparingly and in clearest of cases; (6) are facts alleged, legal issues involved, and relief sought similar in both actions; (7) what are possibilities of inconsistent findings in both courts; (8) until risk of imminent adjudication in two different forums, Court should be very reluctant to interfere with any litigant’s right

**PRACTICE—Concluded**

of access to another jurisdiction; (9) priority ought not necessarily be given to first proceeding over second, or vice versa—Motion dismissed—Continuation of this action would not cause prejudice to defendants—Possible extra expense, inconvenience remedied by way of costs—Not obvious case favouring stay—Two egregious differences between Nova Scotia proceedings and Federal Court proceedings: three defendants added to federal case and plaintiff now seeking injunctive relief on national scale in federal action—Even if factual situation, some of legal issues similar in both actions, relief sought different—No risk of imminent adjudication in two different forums—Premature to interfere with plaintiff’s right of access to Federal Court—Presumed plaintiff now more interested in seeking national injunction and will conduct himself accordingly—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

WHITE V. E.B.F. MANUFACTURING LTD. (T-836-01, 2001 FCT 713, Dubé J., order dated 27/6/01, 7 pp.)

Applicants seeking stay of determination and recommendation of Canadian International Trade Tribunal until decision in judicial review applications of CITT’s decision—CITT determination recommending proposed service agreements with applicants, covering property management services for 1100 Canada Post properties, not be renewed but that, within 6 months, new solicitation be conducted for those services in accordance with NAFTA provisions—CITT decision based on fact Canada Post did not give required 6-month notice to have right to renew agreement for further 5-year term—Applicants arguing time period in which to deliver notice extended by discussions undertaken and by interim renewal of agreement, pending proposed new procurement later abandoned—Application of *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311: serious question; irreparable harm; balance of convenience—Application allowed, with condition requiring speedy filing of records—Sufficiently respectable argument to be made here to meet low threshold for deciding that serious issue to be tried—Sufficient proof of irreparable harm to meet second requirement: agreement one of applicants’ core contracts critical to their business; many valuable employees may leave and may not return later—Balance of convenience clearly in favour of applicants: continuing relationship with Canada Post, major part of their business, threatened by new procurement, entailing dislocation of operation, wasted startup and closing costs and loss of employees’ jobs—On other side, cost to FM One merely to wait for Court decision, loss of potential profit—North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, [1994] Can. T.S. No. 2.

PROFAC FACILITIES MANAGEMENT SERVICES INC. V. FM ONE ALLIANCE CORP. (A-436-01, 2001 FCA 303, Linden J.A., judgment dated 12/10/01, 7 pp.)

**PUBLIC SERVICE****LABOUR RELATIONS**

Motion to strike plaintiff's statement of claim for want of jurisdiction, want of cause of action—Plaintiff began employment with Correctional Services of Canada (CSC) in December 1983 as Parole Officer at Kingston Penitentiary—As of November 1996, plaintiff employed with CSC at Bath Institute, Ontario, as Chief of Social Development—In May 1998, plaintiff under investigation for abusive behaviour towards inmates, staff, arising from incident in April of that year—Following initial imposition of penalty, plaintiff filed harassment complaint, comprised of six counts of harassment, against Warden Stevenson—Arguably having no choice but to seek transfer from Bath Institute—This fact plus "suspension" while under investigation having jeopardized career, caused him to suffer health problems, loss of reputation, loss of income and benefits—Applicable test on motion to strike for lack of reasonable cause of action: it must be "plain and obvious" claim bereft of reasonable cause of action—Court must be satisfied action cannot succeed—Plaintiff claiming damages for harassment, intimidation, creation of poisoned workplace—Not grieving alleged constructive dismissal for which he sought bulk of damages claimed in action—"Malice" *per se* not actionable at law—Not within authority of Court to direct government department to appoint individual to position as remedy in action—While plaintiff cast action in terms of defamation, negligent infliction of nervous shock, facts as pleaded did not provide sufficient material facts to sustain such allegations—Nature of dispute essential, not terms in which action cast—Having regard to each element of claim, all of employer's conduct, impugned by plaintiff, coming, whether explicitly or inferentially, within ambit of collective agreement, harassment policy, with recourse to plaintiff thereunder, under grievance process set out in PSSRA—Plaintiff has not pursued, exhausted, available recourse for alleged constructive dismissal, alleged consequential loss of salary, pension benefits—Court bound by F.C.A. decision in *Johnson-Paquette v. Canada* (2000), 253 N.R. 305 (F.C.A.)—Motion granted—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35.

CAHILL V. CANADA (T-1170-00, 2001 FCT 1083, Aronovitch P., order dated 3/10/01, 16 pp.)

**TRADE-MARKS****EXPUNGEMENT**

Application pursuant to Trade-marks Act, s. 57(1) for expungement of trade-marks "Boston Chicken" and "Boston Chicken Design" in association with take-out restaurant and catering services on basis registration of trade-marks invalid as not distinctive; trade-marks not registrable as creating confusion with registered trade-mark "Boston Pizza" in association with pizza, spaghetti and restaurant services and

**TRADE-MARKS—Concluded**

franchising restaurant services; respondent not person entitled to secure registration of trade-mark as each trade-mark confusing with applicant's trade-marks which had been used extensively in Canada—Issues what protection, if any, should be afforded to applicant's trade-mark; whether respondent's trade-marks confusing with those of applicant; whether respondent entitled to secure registration of its trade-marks; whether respondent's trade-marks distinctive of respondent's services—Application dismissed—Applicant meeting requirements of Act, s. 50(1) in that applicant exercising control, through licensing agreement, of character or quality of wares and services associated with use of its trade-mark by franchisees—As to issue of confusion, although applicant's "Boston Pizza" mark not inherently distinctive, applicant has satisfied Court that through long use, mark has acquired distinctiveness in connection with chain of franchise restaurants which serve food prepared in "Boston style"—Consequently, mark worthy of protection—As to trade-mark "Boston Chicken", deserves little protection as not much evidence of use in Canada—As to length of time of use, factor favouring applicant's trade-mark—Considerable overlap between services provided by parties—Significant third-party use of word "Boston" within restaurant industry—However, at time of registration of respondent's trade-mark "Boston Chicken" and "Boston Chicken logo", no likelihood of confusion between applicant's trade-mark "Boston Pizza" and respondent's marks—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 50(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 69; c. 44, s. 233, 236(1)(j)), 57(1).

BOSTON PIZZA INTERNATIONAL INC. V. BOSTON CHICKEN INC. (T-677-95, 2001 FCT 1024, Nadon J., order dated 17/9/01, 34 pp.)

**TRANSPORTATION**

Appeal from Canadian Transportation Agency final offer arbitration under Canada Transportation Act—Issues whether final offer arbitration involving carriage of goods by railways, restricted to rail portion of movements where total movements involve other modes of transport; whether final offer made by shipper herein complying with Act, s. 161(2)(c) in that it constituted undertaking by shipper to ship goods to which arbitration relating—Appeal dismissed—Movements herein from Toronto or Montréal to St. John's or Cornerbrook in containers, by road, water and rail—Negotiations between appellant, shipper always on basis of through movement from door-to-door, basis upon which appellant quoted rate offers—To extent necessary, appellant would subcontract with water or highway carriers for portions of through movement not covered by rail transportation—Had it been Parliament's intent to restrict final offer arbitration to rail portion of movement involving other modes as well as rail, would have been simple matter to have used language to that effect—Use of expansive

**TRANSPORTATION—Continued**

language in Act implying that as long as carriage of goods by railway forming part of movement, final offer arbitration may be invoked with respect to entire movement—Nothing in Act, s. 159(1)(b) that would limit access to final offer arbitration to rail portion of through movements only—Would be incongruous for final offer and last offer to cover through movement, be referred for final offer arbitration, but

**TRANSPORTATION—Concluded**

then arbitrator be restricted only to consider rail portion of movement—Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 159(1)(b), 161(2)(c).

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. MOFFATT  
(A-385-98, 2001 FCA 281, Rothstein J.A., judgment dated 24/9/01, 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 judiciaire d'une décision que le ministère du Patrimoine canadien avait prise en vue de communiquer deux rapports par suite d'une demande qui avait été faite en vertu de la Loi sur l'accès à l'information—La demande constituait un nouveau procès visant à permettre de déterminer si les rapports intitulés «Review of Draft ASD RFP and Contract for Corporate Shared Systems Project» en date du 31 mars 1998 et «Best Practices Review Update» en date du 12 mai 1998 étaient des documents au sens de l'art. 20(1) de la Loi—En 1998, Patrimoine canadien avait eu recours aux services de la demanderesse en vue d'examiner et d'analyser les documents utilisés aux fins de la sous-traitance d'éléments de son travail et de recommander les modifications à y apporter—Cette «tâche» a été exécutée dans le cadre d'une relation ayant comme caractéristique fondamentale la confidentialité desdits rapports—Le défendeur a soutenu que les résultats de la tâche ne constituaient pas des «renseignements techniques» en vertu de l'art. 20(1)a) et b) de la Loi—Les réalisations attendues peuvent prouver la méthodologie et il s'agit donc d'une seule et même chose—Le travail effectué est un renseignement de nature technique—La demanderesse et le défendeur gardaient très jalousement les renseignements en cause—La demanderesse considérait que la valeur des réalisations attendues était si unique en son genre ou si «particulière» qu'il était possible de présumer que leur simple divulgation lui causerait un préjudice financier d'une ampleur indéterminée—Les rapports ici en cause renfermaient des secrets industriels—Ils contenaient également des «renseignements techniques»—Le travail effectué faisait partie intégrante d'une entreprise commerciale et les rapports pouvaient donc à juste titre être considérés comme contenant des «renseignements commerciaux»—Ils contenaient également des «renseignements confidentiels»—Il fallait uniquement établir le type de relation et le fonctionnement de la relation existant dans ce cas-ci—Les rapports satisfaisaient aux exigences de l'art. 20(1)b) de la Loi—Quant à l'exigence relative à la preuve d'une «perte financière appréciable» au sens de l'art. 20(1)c), le critère était satisfait en l'espèce—

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

Demande accueillie—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20.

PRICEWATERHOUSECOOPERS, LLP C. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (T-1785-99, 2001 CFPI 1040, juge Campbell, ordonnance en date du 20-9-01, 13 p.)

Contrôle judiciaire du refus du demandeur de communiquer certains documents—L'ancien maire de la Ville de North York, Mel Lastman, a signalé aux autorités municipales de cette ville qu'il souhaitait donner des documents, des écrits, des textes d'allocutions, des photographies et des procès-verbaux—Les autorités municipales ont contacté la Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels, qui a constitué un comité chargé de déterminer si la collection de documents avait une valeur archivistique et respectait les critères prévus par la Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels et si elle pouvait être attestée à titre de donation pour la Ville—Après avoir examiné l'opinion soumise par des experts, la Commission a avisé Lastman que la collection satisfaisait aux critères de «l'intérêt exceptionnel et de l'importance nationale»—La Commission a établi une juste valeur marchande et a remis un certificat attestant la qualité de biens culturels aux fins de l'impôt sur le revenu et suivant la forme déterminée par arrêté du ministre du Revenu national—Lastman a annoncé publiquement avoir reçu un crédit d'impôt au montant de 55 000 \$—Un journaliste a requis l'accès à tous les documents relatifs à l'examen et à l'approbation par la Commission de la demande de crédit d'impôt—La Commission a décidé de ne pas communiquer certains des documents demandés en invoquant l'art. 19 (renseignements personnels) de la Loi sur l'accès à l'information—Elle s'est aussi appuyée sur l'art. 241 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Demande accueillie—Les documents ne sont pas visés par la définition de «renseignements personnels» figurant à l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Les renseignements sont visés par l'exemption prévue

**ACCÈS À L'INFORMATION—Fin**

à l'art. 3f) selon laquelle ne sont pas considérés comme des renseignements personnels pour l'application de l'art. 19 les renseignements concernant des avantages financiers facultatifs accordés à un individu—La juste valeur marchande du bien culturel visé par le certificat est convertie en crédit d'impôt en vue du calcul de l'impôt sur le revenu payable, de sorte qu'elle constitue un avantage fiscal—Le gain en capital provenant de l'aliénation de ce bien est également exonéré d'impôt—De toute manière, les renseignements doivent être communiqués parce qu'ils sont accessibles au public au sens de l'art. 19(2b)—Enfin, l'art. 241(10) de la Loi de l'impôt sur le revenu définit «renseignement confidentiel» comme un renseignement obtenu par le ministre ou en son nom pour l'application de la loi—Les renseignements confidentiels consistent en des renseignements sur des contribuables en particulier qui sont obtenus au moyens des déclarations de revenus ou recueillis lors de vérifications et qui révéleraient l'identité de la personne—Avant que le contribuable ne fournisse les renseignements à Revenu Canada ou que ceux-ci ne soient obtenus dans le cadre d'une enquête, ils n'ont pas été «obtenus» par Revenu Canada ou en son nom—Le défendeur n'a présenté en preuve aucun affidavit des Lastman pour démontrer que ceux-ci avaient fourni ces renseignements à Revenu Canada—L'art. 241 a pour but la protection de la confidentialité des renseignements donnés au ministre pour l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu—Lorsque le contribuable lui-même a révélé les renseignements en public ou qu'il est généralement connu que ceux-ci font partie du domaine public et qu'ils peuvent être recensés au moyen de certaines mesures, le droit à la vie privée de cette personne n'est pas violé—Selon l'art. 48 de la Loi sur l'accès à l'information, il incombe à l'établissement gouvernemental défendeur d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que les renseignements personnels en litige sont visés par l'exemption sur laquelle cet établissement se fonde pour refuser la communication—Cette charge n'a pas été relevée en l'espèce—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19, 48—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3—Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels, L.R.C. 1985, ch. C-51—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985 (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 241(10) «renseignement confidentiel».

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (PRÉSIDENT DE LA COMMISSION CANADIENNE D'EXAMEN DES EXPORTATIONS DE BIENS CULTURELS) (T-785-00, 2001 CFPI 1054, juge Rouleau, ordonnance en date du 27-9-01, 9 p.)

**BREVETS**

Action en jugement déclarant valide le brevet 884, accordant une injonction permanente interdisant à la défenderesse de fabriquer une boue de forage à base d'émulsion inverse d'eau dans l'huile, ainsi qu'une indemnité raisonna-

**BREVETS—Suite**

ble—La société à dénomination numérique demanderesse a obtenu le brevet 884 à la suite de la cession que lui en ont faite J.K.F. Investments Ltd. et Hour Holdings Ltd.—J.K.F. Investments Ltd. et Hour Holdings Ltd. tenaient pour leur part le brevet 884 à la suite d'une cession consentie par les inventeurs désignés dans le brevet 884, James K. Fleming et Harold C. Fleming—James K. Fleming et Harold C. Fleming étaient les propriétaires principaux de Fleming Oil Field Services Ltd. et d'une division de cette compagnie, Reef Mud—À compter de la date de la délivrance du brevet et jusqu'au 28 mai 1998, Fleming Oil Field Services Ltd. était titulaire d'une licence exclusive lui permettant de fabriquer, d'utiliser et de vendre l'invention décrite et revendiquée dans le brevet 884—Le 28 mai 1998, la société à dénomination numérique demanderesse a cédé le brevet 884 à Fleming Oil Field Services Ltd.—Le 1<sup>er</sup> juillet 1998, Fleming Oil Field Services Ltd. et M-I Drilling Fluids Canada Inc., ont fusionné—Le brevet 884 concerne une boue à base d'huile—Grande quantité de débris amenés à la surface par la boue à la suite des opérations de forage—Les débris sont enrobés d'huile et d'une importante quantité de sel provenant de la boue, ce qui n'est pas très écologique—Un des moyens d'éliminer les débris est la «régénération du sol», qui consiste à enlever la couche supérieure du sol d'une aire entourant le site de forage, à étaler les débris sur cette aire, puis à replacer la couche supérieure de sol sur l'aire couverte par les débris—La régénération du sol a soulevé des inquiétudes—Fleming Oil Field Services Ltd. par l'intermédiaire de sa Division Reef Mud, a fourni des boues de forage à l'industrie—Elle a commencé à utiliser un nitrate de calcium (NACD) de qualité «engrais» ou «commerciale», qui pouvait contribuer à la biodégradation de l'huile qui enrobe les débris et constituait un engrais apte à favoriser la revégétation après la régénération du sol—Harold Fleming a témoigné qu'il avait chargé Rick Smith, un employé de la Division Reef Mud, d'effectuer des essais afin de déterminer si oui ou non le NACD constituait un sel de rechange viable pour la formulation de boues de forage à base d'émulsion inverse—Smith a procédé en 1989 à des essais en laboratoire et à des essais sur le terrain en 1992—La demande relative au brevet 884 a suivi au cours de l'été 1993, après que Rick Smith eut quitté Fleming Oil Field Services Ltd.—Le produit, «boue Q'Max» ou «Envirovert», a été vendu notamment à Shell Canada Limited—La défenderesse a admis avoir fabriqué une boue inverse avec du NACD—Témoignages contradictoires au sujet de la mise au point de la boue Q'Max—La Cour préfère le témoignage de Smith, qui affirme que c'est lui qui avait pris l'initiative de mettre au point une boue inverse plus écologique—1) Interprétation du brevet—Le mémoire descriptif du brevet s'adresse aux personnes versées dans l'art en cause—Compte tenu des connaissances et des perceptions du travailleur moyen versé dans l'art, la Cour est tenue d'examiner l'ensemble du mémoire descriptif et des revendications pour établir la nature de l'invention, en étant ni trop bienveillante ni trop exigeante, mais en cherchant une

**BREVETS—Suite**

interprétation qui est raisonnable tant pour le breveté que pour le public—2) Validité du brevet 884—L'art. 43(2) de la Loi impose une présomption de validité du brevet—C'est à la défenderesse qu'il incombe de démontrer, selon la norme habituelle de la prépondérance des probabilités, que le brevet est invalide pour des raisons d'invalidité ou d'évidence—La défenderesse a présenté des éléments de preuve sur cinq points litigieux: (i) l'antériorité—L'art. 28.2(1) exige que l'objet que définit la revendication d'une demande de brevet n'ait pas été rendu accessible au public plus d'un an avant la date de dépôt de la demande—Les instructions contenues dans la publication antérieure doivent être d'une clarté telle qu'une personne au fait de l'art qui en prend connaissance et s'y conforme arrivera infailliblement à l'invention revendiquée—Examen de l'état antérieur de la technique—Il ne suffit pas qu'il existe de nombreuses publications sur l'état antérieur de la technique au sujet de l'objet du brevet 884 qui étaient connues du travailleur ordinaire versé dans l'art ou que ce dernier pouvait facilement consulter à l'époque en cause, c'est-à-dire plus d'un an avant le 4 août 1993—Ainsi que la Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Beloit Canada Ltd. et al. c. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.), la personne fictive versée dans l'art ne saurait être tenue de «reconstituer» l'antériorité et il ne suffit pas de recueillir des renseignements à partir de diverses publications antérieures et de les ajouter les uns aux autres et d'en arriver à l'invention revendiquée; c'est dans le brevet en cause que l'on doit trouver l'état antérieur de la technique—La défenderesse ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que le brevet 884 est nul pour cause d'antériorité ou d'absence de nouveauté en raison de l'état antérieur de la technique à l'époque en cause—(ii) Évidence—Le critère de l'évidence est énoncé à l'art. 28.3 de la Loi—La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si l'invention révélée par le brevet 884 était, eu égard à l'état antérieur de la technique déjà cité, «claire comme le jour» ou «claire comme de l'eau de roche» pour la personne versée dans l'art à la date de l'invention—Vu l'ensemble de la preuve, il est tout simplement impossible de conclure que la défenderesse s'est acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que l'invention révélée par le brevet 884 était évidente à la date de la revendication pour une personne versée dans l'art en cause, au point où cette personne en serait arrivée «directement et sans difficulté» à la solution dévoilée par le brevet 884—(iii) La défenderesse n'a pas établi le bien-fondé de ses arguments au sujet du manque d'utilité ou du caractère spéculatif des revendications—(iv) Insuffisance de la divulgation—Ce qui constitue un élément essentiel du brevet doit être établi à la lumière des connaissances générales courantes dans le domaine à la date de publication de la demande relative au brevet, plus précisément à la date à laquelle le public est mis au courant de l'existence de la demande et des conséquences qu'elle est susceptible d'avoir sur ses activités—Ni le brevet 884 ni aucune de ses revendications ne seront jugés nuls pour cause de divulgation

**BREVETS—Suite**

insuffisante—(v) Présence d'une allégation importante non conforme à la vérité dans la pétition—L'art. 27(2) prévoit notamment que la demande de brevet doit être déposée par l'inventeur ou par son représentant légal et que la demande doit être accompagnée d'une pétition—Les art. 27(1) et 49 traitent entre autres de l'identité de la personne à qui le brevet peut être délivré—L'art. 53(1) prévoit que le brevet est nul si la pétition contient quelque allégation importante qui n'est pas conforme à la vérité—L'allégation que le demandeur a réalisé l'invention pour laquelle le monopole est accordé constitue une allégation importante de la pétition—James K. Fleming et Harold C. Fleming n'étaient pas les employeurs de Rick Smith à l'époque en cause—Smith était l'employé de Fleming Oil Field Services Ltd.—Le brevet 884 est nul *ab initio* par application de l'art. 53(1) de la Loi en raison de l'existence d'une allégation importante non conforme à la vérité dans la pétition—3) Droit des demanderesse d'intenter des poursuites au sujet du brevet 884—Le brevet a été délivré à J.K.F. Investments Ltd. et à Hour Holdings Ltd.—Ni J.K.F. Investments Ltd. ni Hour Holdings Ltd. n'a acquis de droit sur le brevet 884 de la part de Rick Smith, le véritable inventeur, ou de son employeur, Fleming Oil Field Services Ltd.—J.K.F. Investments Ltd. et Hour Holdings Ltd. n'ont jamais acquis valablement de droit sur le brevet 884 et ni l'une ni l'autre n'a jamais été un titulaire ayant pour le moment droit à l'avantage du brevet 884—Aucun des deux n'a jamais été un «breveté» ou un «titulaire de brevet»—Les demanderesse ne sont pas des personnes se réclamant du breveté—La chaîne de titres de propriété partant du «breveté» original et se terminant avec les demanderesse n'a pas été établie—4) Contrefaçon—Si le brevet 884 est jugé valide et que les demanderesse sont considérées comme ayant le droit d'exercer les recours prévus à l'art. 55 de la Loi, la preuve révèle qu'il y a eu contrefaçon textuelle des revendications du brevet 884 qui sont en litige, exception faite de la revendication 15—5) Réparations—L'action est rejetée et le brevet 884 est déclaré nul *ab initio*—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31), (2) (mod., *idem*), 28.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 33), 28.3 (édicte, *idem*), 43(2) (édicte, *idem*, art. 42), 53(1), 55 (mod., *idem*, art. 48).

671905 ALBERTA INC. C. Q'MAX SOLUTIONS INC.  
(T-1227-96, 2001 CFPI 888, juge Gibson, jugement en date du 15-8-01, 62 p.)

Appels, par Apotex, d'une décision de la Section de première instance [(1998), 84 C.P.R. (3d) 23] prononçant une ordonnance interdisant au MSNBS de délivrer à Apotex un avis de conformité relativement au médicament chlorhydrate de ciprofloxacine, agent antibactérien et antimicrobien, avant l'expiration des brevets de Bayer—Le juge de première instance a rejeté l'allégation selon laquelle les brevets canadiens de Bayer concernant la ciprofloxacine sont invalides suivant l'art. 28(2) de la Loi sur les brevets (lequel

**BREVETS—Fin**

empêche l'inventeur d'obtenir un brevet au Canada lorsqu'il a déjà présenté dans un autre pays une demande de brevet pour l'invention)—Appel rejeté—Le juge de première instance a correctement conclu que les brevets canadiens ne portaient pas sur la même invention que celle visée par certains brevets étrangers dont Bayer est titulaire ou qui font l'objet d'une demande de brevet de sa part—Le juge de première instance n'a commis aucune erreur dans son traitement de la question de savoir si les brevets canadiens et étranger visaient la même invention—Il a examiné et comparé les revendications de chaque brevet ainsi que les mémoires descriptifs (partie descriptive de la demande de brevet) qu'il a utilisés pour clarifier les revendications sans modifier leur portée lorsque celle-ci était précise et sans équivoque—Approche compatible avec l'«analyse fondée sur l'objet visé», méthode d'interprétation des brevets confirmée par la jurisprudence—Difficile d'éviter de conclure que l'invention revendiquée dans le brevet vise un groupe de composés, comprenant la ciprofloxacine, fabriqués à l'aide du procédé de synthèse faisant intervenir un acide de l'ester malonique, tandis que l'invention visée par le brevet étranger concerne un groupe sensiblement plus important de composés, dont la ciprofloxacine, fabriqués à l'aide de procédés autres que le procédé de synthèse faisant intervenir un acide de l'ester malonique—Aucune raison justifiant d'infirmer les conclusions du juge de première instance voulant que, si on examine l'ensemble du mémoire descriptif, l'invention revendiquée dans le brevet canadien ne soit pas identique à celle visée par le brevet étranger—Loi sur les brevets, L.R.C. (1970), ch. P-4, art. 28(2).

BAYER AG C. APOTEX INC. (A-715-98, 2001 CAF 263, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 13-9-01, 8 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI***Renvoi de résidents permanents*

Le fait que le demandeur réside au Canada depuis sa petite enfance, qu'il n'ait aucun domicile établi à l'extérieur du Canada et qu'il souffre de schizophrénie paranoïde chronique ne lui confère pas le droit absolu de rester au Canada—L'art. 6(1) de la Charte accorde ce droit uniquement aux citoyens canadiens—La section d'appel de l'immigration de la Commission de l'Immigration et du Statut de réfugié a conclu que la menace que représente l'appelant pour la société canadienne s'il devait rester au Canada l'emporte sur l'anxiété dont pourrait souffrir sa famille—La section d'appel a pu pondérer les intérêts divergeants tel que dicté dans l'arrêt *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283 et, en se fondant sur la preuve qui lui a été présentée, a pu conclure que l'expulsion de l'appelant, dans les circonstances, était conforme aux principes de justice fondamentale—C'est avec raison que le juge de

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

première instance a choisi de ne pas intervenir (2001 CFPI 466)—Appel rejeté—Il y a sursis à l'exécution de la mesure de renvoi en attendant la décision de la Cour Suprême du Canada à l'égard d'une demande d'autorisation d'en appeler—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. 6.

ROMANS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-359-01, 2001 CAF 272, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 18-9-01, 4 p.)

**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a conclu que les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—La question était de savoir si la SSR avait violé les règles de justice naturelle en permettant à l'audience de se poursuivre alors qu'après avoir participé aux interrogatoires sur le fondement qu'un agent du SCRS témoignerait que le demandeur avait été membre d'un groupe terroriste, le représentant du ministre avait, au moment où l'agent devait témoigner, cessé d'invoquer l'exclusion prévue par l'art. 1(F)a) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, affirmant que l'agent n'ait avoir déjà fait une telle déclaration—Demande accueillie—Il est fort préjudiciable pour le demandeur que le ministre fasse tenir une audience relative à l'art. 1(F)a) fondée sur le témoignage prévu d'un agent du SCRS et qu'une fois toute la preuve produite, il affirme que l'agent nie avoir fait la déclaration sur laquelle il veut le faire témoigner et renonce à invoquer cet article—L'avocate du ministre aurait dû parler à l'agent du SCRS avant la production de la preuve pour s'assurer que la preuve d'exclusion avait un certain fondement—Même s'il aurait été préférable que l'avocat des demandeurs présente son opposition au cours de sa plaidoirie devant la Commission, il ressort de la jurisprudence que l'omission de l'avocat n'empêche pas toujours la cour siégeant en révision de se prononcer sur la question—Il s'agit d'une erreur donnant lieu à révision et l'affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué pour qu'il l'entende en l'absence de mention de l'exclusion invoquée en vertu de l'art. 1(F)a)—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1(F)a).

YAKUB C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5361-00, 2001 CFPI 1082, juge McKeown, ordonnance en date du 2-10-01, 7 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait refusé la demande d'annulation de la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention dont bénéficiait le défendeur—Le demandeur a allégué que le défendeur avait obtenu



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

le statut de réfugié par des moyens frauduleux, par une fausse indication sur un fait important ou par la suppression ou la dissimulation d'un fait important—Le défendeur faisait l'objet, depuis le mois de juillet 1996, d'une enquête de l'immigration—Il avait été allégué que le défendeur avait commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens de l'art. 7(3.76) du Code criminel—Cette allégation était fondée sur des renseignements selon lesquels le défendeur avait commis des assassinats collectifs et des voies de fait graves contre la population civile dans le secteur du conseil de zone de Gurage, à Wollisso, en Éthiopie, au cours de la campagne de la Terreur rouge—Elle était également fondée sur des renseignements selon lesquels le défendeur avait torturé Dessalegn Mammo et Hommo Worku ou avait donné des ordres pour que l'on torture ces personnes—Lors d'une conférence préparatoire, la preuve documentaire a été examinée et l'on s'est entendu au sujet des documents pertinents aux fins de l'audience d'annulation—Le demandeur devait remettre à la Commission au plus tard le 6 juillet 2000 des renvois précis aux passages pertinents d'une lettre en date du 7 octobre 1998 de l'agente des appels, Mary Heyes, et d'une lettre en date du 19 janvier 2000 de l'agent d'audience, Robert Bafaro, auxquelles étaient jointes les transcriptions des séances d'enquête—Le défendeur avait déjà les pièces en sa possession—Il avait également été convenu que la Commission tiendrait uniquement compte des passages pertinents remis au préalable—Le demandeur avait demandé à deux reprises une prorogation du délai du 6 juillet 2000, mais la prorogation avait été refusée dans les deux cas—La Commission avait rendu une décision motivée rejetant la requête visant à faire admettre des documents supplémentaires à l'audience—Le demandeur a soutenu que la Commission avait porté atteinte à son pouvoir discrétionnaire et qu'elle avait violé les règles de justice naturelle et d'équité en refusant de lui permettre de présenter une preuve à l'audience d'annulation parce qu'il ne s'était pas conformé à la Directive de pratique selon laquelle il devait remettre un sommaire de tous les éléments de preuve à déposer et parce qu'il n'avait pas soumis les documents dans le délai imparti par la Directive de pratique et par les Règles relatives à la signification—L'art. 69.3(1) de la Loi sur l'immigration exige que la Commission donne au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve—La règle 28(4) des Règles de la section du statut de réfugié prévoit que la preuve à l'appui de la requête est présentée par voie d'affidavit, sauf si la Commission décide d'une autre façon de procéder dans l'intérêt de la justice—La règle 40 permet à la Commission de dispenser d'une exigence si elle est convaincue qu'une telle mesure ne risque pas de causer d'injustice ni d'enfreinte sérieuse à la procédure—La Commission n'a pas tenu compte de la preuve présentée par MM. Homma et Mammo parce que ces derniers n'avaient pas été assignés à témoigner à l'audience d'annulation, mais elle a accepté la conclusion d'un autre témoin selon laquelle le défendeur était une bonne personne même si ce témoin n'avait pas non

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

plus témoigné—Elle a dit que la preuve présentée à l'enquête par les deux témoins était incompatible avec les renseignements figurant dans les déclarations—La Commission a commis une erreur en se fondant sur le témoignage dans lequel on relatait ce qui s'était passé à l'enquête alors qu'elle avait refusé de permettre aux agents d'audience de présenter leur preuve exacte—La Commission n'avait pas le droit de se fonder sur le témoignage que le défendeur avait présenté au sujet de l'enquête en vue d'étayer la crédibilité du défendeur et de discréditer la preuve contenue dans les déclarations solennelles soumises par le demandeur—Il n'était pas loisible à la Commission de tenir compte du témoignage que le défendeur avait présenté au sujet des déclarations que les témoins avaient faites à son égard à l'enquête de l'immigration puisqu'elle avait refusé d'admettre les transcriptions de l'enquête d'immigration se rapportant aux témoignages des témoins—La Commission a commis une erreur en refusant d'admettre la preuve à l'audience et en particulier en rejetant la preuve qui avait déjà été déposée devant elle et communiquée au défendeur plusieurs années auparavant—Dans les motifs par lesquels elle excluait la preuve, la Commission n'a pas expliqué pourquoi la preuve n'était pas pertinente aux fins de la demande d'annulation—Demande accueillie—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, règles 28(4), 40—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.3 (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18)—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 7(3.76) «crime contre l'humanité» (édité par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. TIKY (IMM-5693-00, juge Blais, ordonnance en date du 31-8-01, 21 p.)

## STATUT AU CANADA

*Personnes ayant un statut temporaire*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente des visas a refusé la demande de permis de séjour pour étudiant de la demanderesse au motif qu'elle n'était pas convaincue que celle-ci, une citoyenne du Kenya, venait au Canada en véritable visiteur—Après que sa demande de résidence permanente au Canada a été refusée en 1999, la demanderesse a décidé de parfaire sa formation dans le domaine des techniques de génie électronique et a été admise dans une école technique de Calgary pour un programme de trois ans, d'où la demande de permis de séjour pour étudiant qu'elle a présentée—La demanderesse a un frère qui habite à Calgary—Il s'agit de savoir si l'agente des visas a commis un manquement à son devoir d'équité procédurale lorsqu'elle a rendu une décision négative sans avoir donné à la demanderesse la possibilité de répondre aux préoccupations qu'elle pouvait avoir, si l'agente des visas a fondé sa décision sur des facteurs non

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

pertinents et si l'agente des visas a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que la demanderesse ne cherchait pas à entrer au Canada dans un but temporaire—Demande accueillie—Selon une ligne directrice ministérielle, l'agent des visas doit pouvoir faire la preuve que le demandeur a été mis au courant des renseignements complémentaires qui ont été pris en compte et que l'occasion de régler la question lui a été offerte—Application de l'arrêt *Mittal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 2 Imm. L.R. (3d) 300 (1<sup>re</sup> inst.), où la ligne directrice a été approuvée—Dans la présente affaire, l'agente des visas a utilisé des éléments de preuve concernant la situation du Kenya sans donner à la demanderesse la possibilité de réfuter cette preuve, commettant par le fait même un manquement au devoir d'équité procédurale.

MOHAMED C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4808-00, juge O'Keefe, ordonnance en date du 31-8-01, 11 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision de la SSR qui concluait que les demandeurs ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention—Les demandeurs sont citoyens de l'Albanie—Ils fondent leur revendication sur leurs opinions politiques et sur leur appartenance à un groupe social—La SSR a conclu qu'il n'existait pas de preuves crédibles ou dignes de foi sur lesquelles elle pouvait se fonder pour reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention—La SSR a conclu que le demandeur n'a pas démontré qu'il était en fait membre d'une famille persécutée, même si la preuve indique que deux hommes qui ont le même nom de famille que le demandeur ont été assassinés, à cause, semble-t-il, de leur affiliation au Parti démocratique, puisque aucune preuve crédible objective n'avait été présentée pour démontrer le lien entre le demandeur principal et ses prétendus parents—Les demandeurs soutiennent que la Commission leur a imposé une norme de preuve qui excède celle de la prépondérance des probabilités en matière civile, lorsqu'elle a conclu qu'elle n'était pas «convaincue» de la véracité de leurs allégations—Citant l'arrêt *Chichmanov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 832 (C.A.F.), les demandeurs soutiennent qu'en utilisant les termes «n'est pas convaincue» la Commission a imposé au demandeur une norme de preuve trop élevée—De plus, en déclarant qu'elle n'était pas «convaincue», la Commission n'a pas examiné la preuve du point de vue des agents de persécution présumés, ce qu'elle aurait dû faire selon les demandeurs: *Re Inzuza et le Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1979), 103 D.L.R. (3d) 105 (C.A.F.)—Le défendeur soutient que la Commission n'a pas imposé un fardeau de preuve inapproprié en exigeant que les demandeurs puissent la «convaincre» de la véracité de leurs prétentions—Il soutient que lorsqu'on examine le contexte complet de l'arrêt *Chichmanov*, le critère approprié que doit

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

utiliser la SSR consiste à déterminer s'il y a plus qu'une possibilité minimale ou théorique que le demandeur soit persécuté s'il retourne dans le pays d'où il est venu—Demande rejetée—Les demandeurs n'ont pas réussi à démontrer que la Commission avait tiré des conclusions de fait manifestement déraisonnables sur lesquelles elle fondait sa décision—La Commission n'a pas manqué à son devoir d'examiner l'ensemble de la preuve présentée—Le fait de ne pas tenir compte d'une preuve crédible constitue une erreur de droit—Toutefois, si la Commission considère qu'un demandeur n'est pas crédible, elle peut ne pas tenir compte de son témoignage—En l'instance, on a jugé que le témoignage du demandeur était généralement non crédible, au vu d'incohérences non expliquées ainsi que d'un manque général de connaissances au sujet des éléments sur lesquels sa revendication était fondée—Quant à la norme de preuve associée au terme «convaincu», les décisions récentes de notre Cour portent qu'en soi, l'utilisation de cette terminologie n'implique pas qu'on utilise la norme plus exigeante de la preuve «hors de tout doute raisonnable»—Dans chacune de ces décisions, le fardeau de la preuve en matière civile a été utilisé et c'est au vu de cette norme que chaque demandeur devait «convaincre» les agents d'immigration qu'il pouvait être admis au Canada ou être autorisé à y résider—On ne peut présumer que l'utilisation du mot «convaincre» dénote automatiquement qu'on impose un fardeau de preuve plus élevé, sans procéder à un examen approfondi du contexte de la décision en cause—Les demandeurs n'ont pas droit au statut de réfugié au sens de la Convention—Ils n'ont pas convaincu la Cour qu'on n'avait pas respecté l'équité procédurale ou qu'on avait exigé qu'ils satisfassent à une norme de preuve plus exigeante qu'il ne le fallait.

HIDRI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-554-00, 2001 CFPI 949, juge MacKay, ordonnance en date du 24-8-01, 12 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a refusé la demande que le demandeur avait faite en vue de faire rétablir sa revendication—Le demandeur avait revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention lorsqu'il était arrivé au Canada au mois d'août 1998—Pendant qu'il attendait l'audience, il a rencontré sa future conjointe dont le statut de réfugié au sens de la Convention avait été reconnu et qui résidait en permanence au Canada et l'a épousée—L'audience préliminaire a eu lieu au mois de mai 1999; au milieu de l'été, la date de l'instruction approfondie n'avait pas encore été fixée—Le demandeur a déclaré que le retard dans le traitement de sa revendication l'avait déçu et que les conseils de son avocat l'avaient amené à croire qu'une demande de résidence permanente serait traitée plus rapidement s'il la présentait à titre de membre de la catégorie de parent parrainé par sa conjointe—Le demandeur a renoncé à sa revendication au mois d'août 1999—La demande de résidence permanente a été refusée au mois de février 2000—La demande visant au rétablissement de la

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

revendication a été refusée parce que la SSR ne croyait pas que l'ancien avocat du demandeur lui eût conseillé de renoncer à sa revendication ou que le demandeur ne se soit pas rendu compte que sa demande de résidence permanente pourrait être refusée—La SSR a dit que l'ancien avocat possédait une grande expérience et se présentait devant la SSR presque tous les jours et que cela était incompatible avec l'expérience de l'avocat et sa connaissance du droit des réfugiés au sens de la Convention que de recommander au revendicateur de renoncer à sa revendication pour s'établir plus rapidement au moyen de la demande de sa femme—Demande accueillie—La SSR a commis une erreur de droit en se fondant sur sa propre connaissance de l'ancien avocat du demandeur pour discréditer et pour ne pas accepter la preuve selon laquelle les conseils de l'avocat avaient induit le demandeur en erreur, sans faire part de ses doutes à celui-ci et sans lui donner la possibilité d'apaiser ces doutes—Tel était le facteur crucial, quoique ce ne soit pas le seul facteur, sur lequel la SSR s'était fondée—Cette erreur était suffisante pour justifier une ordonnance annulant la décision—Il se peut bien qu'un réexamen de l'affaire entraîne le même résultat; cependant, lorsque la procédure suivie n'est pas équitable, la Cour est tenue d'intervenir.

SATHASIVAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2484-00, 2001 CFPI 1080, juge MacKay, ordonnance en date du 2-10-01, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La demanderesse est originaire de la Chine—Elle revendique le statut de réfugié au sens de la Convention parce qu'elle soutient craindre d'être persécutée par les autorités de la Chine en raison de sa participation au mouvement Falun Gong—Le Falun Gong a fait son apparition en 1992 et a attiré plus d'un million d'adeptes dans le monde entier—Le gouvernement chinois a déclaré l'organisation illégale en juillet 1999—En octobre 1999, la demanderesse a été condamnée à payer une amende de 5 000 RMB et forcée de participer à un cours de rééducation obligatoire d'une durée de 15 jours—La Commission a conclu que le traitement que la demanderesse a subi n'était pas assez sévère pour être considéré comme de la persécution—La Commission n'a pu conclure que le Falun Gong était une religion—La Commission aurait dû conclure que le Falun Gong était en partie une religion, en partie un groupe social—Le Falun Gong n'est manifestement pas une opinion politique—Le mot «religion» qui figure dans la Loi sur l'immigration n'a pas encore été défini clairement dans la jurisprudence—L'examen de la portée d'une opinion politique doit être fait du point de vue du persécuteur, puisque c'est ce qui est déterminant lorsqu'il s'agit d'inciter à la persécution—Le même raisonnement s'applique dans le cas de la religion—Si le Falun Gong est considéré comme

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

une religion par le gouvernement de la Chine, il doit être considéré de la même façon aux fins de la présente revendication—Il appert de la preuve documentaire que le Falun Gong est tiré de deux religions chinoises traditionnelles, le bouddhisme et le taoïsme—Le Falun Gong pourrait également être considéré comme un groupe social particulier—La demanderesse a adhéré au mouvement Falun Gong afin de fuir la dépression—Le Falun Gong l'a aidée à reconnaître la vraie signification de sa vie et lui a permis d'enrichir sa vie culturelle et d'améliorer sa santé—La Commission a commis une erreur de droit liée à l'application de la définition du réfugié au sens de la Convention en concluant que les croyances et la pratique du Falun Gong ne constituaient pas une religion et que la demanderesse n'appartenait pas à un groupe social particulier—Demande accueillie—Question certifiée: Quels sont le sens et la portée du mot «religion» qui figure dans la définition du réfugié au sens de la Convention?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.

YANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6057-00, 2001 CFPI 1052, juge Dubé, ordonnance en date du 26-9-01, 11 p.)

*Résidents permanents*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de l'agent des visas refusant la demande de résidence permanente du demandeur—Le demandeur avait fait une demande de certificat de sélection du Québec dans la catégorie des gens d'affaires et la sous-catégorie des investisseurs—Le demandeur prétend avoir transmis toute la documentation pertinente relative à l'origine de ses actifs et aurait transféré la somme de 350,000 \$ à un compte en fiducie, tel que requis par la réglementation pertinente du Québec—En février 1999, Immigration Québec émettait un certificat de sélection en faveur du demandeur—L'agent des visas a refusé la demande de résidence permanente au motif que le demandeur n'avait pas produit les documents requis pour établir la provenance de ses actifs (872,699 \$)—Demande rejetée—Même si Immigration Québec a émis un certificat de sélection, l'agent des visas demeure autorisé à demander des pièces justificatives pour vérifier la source de l'actif du demandeur et il incombe alors au demandeur de prouver que son admission au Canada ne contreviendrait pas à la loi—Selon l'Accord Canada-Québec, il est clair que le Québec a une compétence exclusive sur la question de la sélection et que le Canada a une compétence exclusive sur la question de l'admissibilité; toutefois ni l'esprit ni la lettre de l'Accord n'empêchent les autorités fédérales de l'Immigration de vérifier l'origine des actifs d'un demandeur afin de pouvoir déterminer s'il doit être admis au Canada; les autorités provinciales et les autorités fédérales peuvent vérifier la source des fonds du demandeur, les premières aux fins de la sélection et les dernières aux fins de l'admissibilité: *Biao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 348; conf. par [2001] A.C.F.

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

n° 338—D'autre part, la preuve était suffisante pour permettre à l'agent des visas de conclure que le demandeur n'avait pas établi l'origine légale de ses actifs.

KLETSOV C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4999-00, 2001 CFPI 1076, juge Nadon, ordonnance en date du 2-10-01, 12 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait rejeté l'appel de la décision de l'agent des visas de refuser la demande parrainée que les deux fils adoptés du demandeur avaient présentée en vue de résider en permanence au Canada—Ces derniers sont les neveux du demandeur et de sa deuxième conjointe et ont maintenant 13 et 14 ans—L'adoption était légale à Sri Lanka et le Department of Probation and Child Care Services, à Sri Lanka, et l'Adoption and Counselling Services, en Colombie-Britannique, l'avaient approuvée—La section d'appel a conclu qu'il existait peu d'éléments de preuve indiquant l'existence d'un véritable lien de filiation entre les Perera et les demandeurs—L'omission de la section d'appel de tenir compte de deux documents cruciaux constitue une erreur fatale qui a amené celle-ci à rendre une décision erronée—Ces deux documents se rapportaient directement à la question du véritable lien de filiation ainsi qu'aux motifs du demandeur et de sa conjointe et à leurs projets—La section d'appel a adopté un concept erroné à l'égard du «véritable lien de filiation» en disant que le fait que les parents adoptifs voulaient amener les garçons au Canada et leur assurer une meilleure vie et une meilleure instruction allait à l'encontre de la création d'un véritable lien de filiation—Les mots «véritable lien de filiation» n'exigent pas l'existence d'un lien de filiation bien établi entre les parents adoptifs et les enfants au moment où la demande parrainée est présentée—Les deux enfants adoptés vivent encore avec leur mère naturelle parce qu'on ne les laisse pas rejoindre leurs parents adoptifs au Canada—Les mots «un véritable lien de filiation est créé par suite de l'adoption» indiquent un lien futur qui doit être créé plutôt que la confirmation de la situation actuelle—Le demandeur et sa conjointe ont délibérément pris des mesures en vue d'établir un lien de filiation—Il ne s'agit pas d'une adoption de convenance, mais un véritable lien a été créé—Demande accueillie—Question certifiée.

PERERA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6060-00, 2001 CFPI 1047, juge Dubé, ordonnance en date du 25-9-01, 9 p.)

## Raisons d'ordre humanitaire

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'immigration qui avait rejeté la demande de considérations humanitaires d'une mère célibataire, d'origine jamaïcaine, ayant une fille de 15 ans—Demande accueil-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

lie—Application de l'arrêt *Baker c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817—Il n'y a pas encore d'énoncé définitif sur ce qu'il faut entendre par l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte des demandes de considérations humanitaires—La Cour ne dispose non plus d'aucun indice sur la manière de mettre en parallèle l'intérêt supérieur de l'enfant et les carences de ses parents—Quel que puisse être le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, le critère que l'agente d'immigration a appliqué en l'espèce, en s'inspirant des lignes directrices du Manuel de l'immigration, n'était pas le critère des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives—Le critère dont parlent les lignes directrices n'est pas celui des difficultés, mais celui des difficultés inhabituelles, injustifiées et excessives, un critère qui requiert d'évaluer la relation entre les difficultés appréhendées et la conduite du requérant—Étant donné que la présente espèce concerne des enfants dont la conduite n'est pas en question, le critère ne convient pas—Dans son appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'agente d'immigration a fait porter son attention sur les difficultés pour la fille de la demanderesse, non sur son intérêt supérieur—L'agente d'immigration n'a pas accordé une attention suffisante à l'intérêt supérieur de la fille de la demanderesse lorsqu'elle a appliqué le critère des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives pour évaluer la question de l'intérêt supérieur de la fille—Question certifiée: la règle énoncée dans l'arrêt *Baker* selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit être pris en compte lorsqu'il est disposé d'une demande de considérations humanitaires est-elle observée par l'autorité compétente lorsqu'elle se demande si le renvoi du père ou de la mère exposera l'enfant à des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives?

HAWTHORNE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4962-00, 2001 CFPI 1041, juge Pelletier, ordonnance en date du 21-9-01, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle le refus d'approuver la demande de résidence permanente présentée par l'épouse du demandeur était conforme au droit et selon laquelle il n'existait pas de raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale—Le demandeur est maintenant citoyen canadien après avoir obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, originaire du Sri Lanka, a parrainé, en vue d'un mariage arrangé par ses parents, la demande de droit d'établissement de son ex-fiancée (elle aussi du Sri Lanka)—L'ex-fiancée est arrivée au Canada en décembre 1995—Le mariage n'a pas eu lieu, le couple s'étant rendu compte de son incompatibilité—La fiancée a déménagé, est demeurée à Toronto, a demandé et reçu des prestations d'aide sociale et a finalement obtenu le statut de réfugiée au sens de la Convention—Malgré son engagement d'assistance, le demandeur n'a pas pris de mesures pour rembourser les prestations d'aide sociale de

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

son ex-fiancée, expliquant qu'aucun organisme gouvernemental n'avait expressément demandé le remboursement—Le demandeur s'est marié avec son épouse actuelle en août 1998 au Sri Lanka—La SAI a-t-elle entrepris de mettre en parallèle les raisons d'ordre humanitaire et l'obstacle juridique rencontré par le demandeur et, dans l'affirmative, a-t-elle par là commis une erreur?—Le demandeur affirme que la SAI a mal appliqué le critère d'appel énoncé dans l'art. 77(3) de la Loi, car il ressort clairement de l'art. 77(3)b) que la SAI doit uniquement se demander dans un appel s'il existe des raisons d'ordre humanitaire—Demande rejetée—La SAI a effectivement mis en parallèle les raisons d'ordre humanitaire et l'obstacle juridique rencontré par le demandeur—Selon la décision *Kirpal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 1 C.F. 352 (1<sup>re</sup> inst.), la SAI ne doit pas, dans une demande humanitaire, mettre en parallèle l'étendue de l'obstacle juridique et la force des raisons d'ordre humanitaire, et la Cour fédérale avait annulé la décision de la SAI—Le demandeur fait observer avec raison que le sens ordinaire du mot «humanitaire» ne peut englober les considérations se rapportant au non-remboursement, par le répondant, des dettes d'une autre personne—L'emploi du mot «humanitaire» dans l'art. 77(3)b) de la Loi, semble exclure la prise en compte d'autres facteurs—Application du jugement *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Owens* (2000), 9 Imm. L.R. (3d) 101 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans lequel le précédent *Kirpal* a été écarté au motif que la décision n'était pas manifestement déraisonnable puisque les raisons d'ordre humanitaire avaient été pleinement prises en compte, à l'exception d'une seule considération prétendument non pertinente, à savoir l'effet de l'obstacle juridique—Même si la SAI aurait dû en l'espèce ignorer la question des prestations d'aide sociale demandées par l'ex-fiancée, il y a eu prise en compte intégrale des raisons d'ordre humanitaire—La SAI pouvait valablement dire que les raisons d'ordre humanitaire n'étaient pas suffisantes pour justifier l'octroi d'une mesure spéciale—Question certifiée: la SAI commet-elle une erreur en tenant compte de la nature ou des circonstances de l'obstacle juridique lorsqu'elle se demande, selon la prépondérance des probabilités, s'il existe suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour justifier l'octroi d'une mesure spéciale conformément à l'art. 77(3)b) de la Loi?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 77(3) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15; 1999, ch. 31, art. 134).

NAWARATNAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5686-00, 2001 CFPI 976, juge Blais, ordonnance en date du 30-8-01, 17 p.)

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

## SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Requête de Sa Majesté en vue de faire radier les défenses déposées par la Union of Nova Scotia Indians et par la

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Suite

Confederacy of Mainland Mi'kmaq, qui n'étaient pas parties à la demande de contrôle judiciaire initiale—Elles ont été ajoutées à titre de parties défenderesses par une ordonnance du juge Pelletier—La décision du juge Pelletier n'a pas été portée en appel ou contestée d'une autre façon—Par suite de l'ajout des deux organisations à titre de parties défenderesses, la demande de contrôle judiciaire a été convertie en action—Les nouvelles parties défenderesses ont déposé des défenses attaquées par la présente requête—Deux moyens de contestation sérieux sont invoqués, mais ils ne sont pas fondés—D'abord, en ce qui a trait à la compétence, la Cour avait compétence lorsque les parties ont été ajoutées à titre de parties défenderesses dans une demande de contrôle judiciaire ainsi qu'au moment où cette demande de contrôle judiciaire a été convertie en action—La conversion de la demande de contrôle judiciaire en action n'a pas pour effet de priver automatiquement la Cour de sa compétence—La compétence dont la Cour est investie découle de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, qui permet à la Cour d'entendre les demandes de contrôle judiciaire—En ce qui concerne la règle 104, les mêmes facteurs s'appliquent—L'instance n'a pas cessé d'être une demande de contrôle judiciaire simplement parce qu'elle a été convertie en action—La Union of Nova Scotia Indians et la Confederacy of Mainland Mi'kmaq continuent à être parties défenderesses, mais uniquement dans la mesure où elles sont touchées par le résultat de l'action qui concerne le contrôle judiciaire des décisions attaquées du ministre—Les deux organisations ont un intérêt très restreint dans l'action—La Cour verra à empêcher tout emploi abusif du statut des parties défenderesses—Elle veillera à ce que les deux parties défenderesses n'utilisent pas leur statut pour procéder à des contre-interrogatoires «pour la forme» de témoins ou pour désigner des prête-noms auxquels les demandeurs pourraient s'attaquer—Requête rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 104.

BANDE INDIENNE DE SHUBENACADIE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1525-00, 2001 CFPI 1049, juge Hugessen, ordonnance en date du 26-9-01, 7 p.)

Le demandeur a produit sa déclaration annuelle des inscrits—TPS, le montant de la taxe nette étant de 60 554,80 \$—Selon l'avis de cotisation, le total net de la taxe due, avec les intérêts et pénalités, se chiffrait à 173 662,17 \$—L'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC) a obtenu un certificat pour cette somme et l'a enregistré comme bref d'exécution en vertu du Personal Property Registry/Alberta Registries—Elle a obtenu un mandat (bref d'exécution) pour la saisie de biens personnels—Elle a signifié une demande de paiement à deux des clients importants du demandeur—Le demandeur a présenté un avis d'opposition à la cotisation—1) La demande pour

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

—Suite

obtenir une ordonnance prorogeant le délai pour signifier et déposer cet avis de requête est accueillie—2) La demande pour obtenir une ordonnance annulant la demande de paiement délivrée par l'ADRC est rejetée—La façon normale de procéder pour annuler cette directive serait une réparation accordée dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire—Le demandeur est devant la Cour par voie de requête, et non d'une demande de contrôle judiciaire—De plus, il n'y a aucune allégation que l'ADRC aurait commis une erreur en délivrant la demande de paiement—3) La Cour n'a pas compétence pour accorder une injonction interdisant à l'ADRC de prendre toute autre mesure de recouvrement—La Cour a compétence pour délivrer des injonctions en vertu des art. 18 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, elle ne peut accorder une telle réparation lorsqu'il existe un appel à la Cour canadienne de l'impôt, comme en l'instance—Même si l'art. 17(1) de la Loi sur la Cour fédérale accorde compétence à la Cour pour accorder la réparation demandée, le demandeur ne peut obtenir cette réparation étant donné que la règle 372 des Règles de la Cour fédérale (1998) n'autorise le dépôt d'une requête en injonction interlocutoire qu'avant l'introduction de l'instance, lorsque la partie s'engage à introduire l'instance dans le délai fixé par la Cour—Le demandeur n'a pas déposé de déclaration dans le délai prévu à l'audience de la requête—Même si la Cour pouvait délivrer une injonction interlocutoire, le demandeur devrait établir qu'il existe une question sérieuse à trancher, qu'il subira un préjudice irréparable et que la prépondérance des inconvénients est en faveur de l'octroi de l'injonction—La Cour n'est pas convaincue qu'il existe une question sérieuse à trancher—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 372(2)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

CANADIAN AGGREGATE CO. (RE) (GST-2443-01, 2001 CFPI 1074, juge O'Keefe, ordonnance en date du 28-9-01, 14 p.)

Appel d'une ordonnance écrite du juge Teitelbaum excluant le rapport d'un expert présenté par les appelants pour le motif qu'il n'était pas admissible—La Cour n'a pas compétence pour statuer sur la décision que le juge de première instance a rendue au sujet de la preuve—L'art. 27 de la Loi sur la Cour fédérale a été appliqué—Dans *Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd. c. Kingsland Maritime Corp.*, [1979] 1 C.F. 523 (C.A.), la Cour a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre un appel d'une ordonnance rendue oralement par le juge de première instance au cours du procès, ce dernier ayant refusé d'admettre en preuve une lettre de l'intimée au cours du contre-interrogatoire d'un témoin effectué par l'appelante—Appel rejeté—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art.

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

—Fin

27 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 11; L.C. 1990, ch. 8, art. 7; 1993, ch. 27, art. 214).

NATION ET BANDE INDIENNE DE SAMSON C. CANADA (A-39-01, 2001 CAF 282, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 26-9-01, 4 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appels et appels incidents de décisions du juge de première instance que les appelantes n'étaient pas réputées avoir fabriqué certains bijoux au sens des art. 23(11) et 43 de la Loi sur la taxe d'accise, autres que ceux qu'elles sertiennent pour le compte de leur clientèle respective—Les cinq appelantes font partie, avec Créations Darnel Ltée, d'un groupe de compagnies—Darnel achetait les matières premières telles que l'or et les pierres précieuses et les envoyait aux appelantes pour transformation en un produit fini—Les bijoutiers à l'emploi des appelantes montaient les bijoux, en faisaient le sertissage et les acheminaient à Darnel qui, en tant que grossiste, expédiait le produit fini à l'une ou l'autre des appelantes qui en faisait la vente à ses clients—Darnel émettait une facture à l'appelante qui effectuait la vente et remettait au ministre les taxes de vente et d'accise selon le prix inscrit à la facture—En plus de la vente au détail des bijoux fournis par Darnel, les appelantes effectuaient des réparations et sertiennent des bijoux pour le compte de leurs propres clients—En février 1991, le ministre a établi un avis de cotisation des appelantes pour 1988 et 1989, selon lequel les appelantes fabriquaient les bijoux sertis et montés à la demande de Darnel ainsi que ceux sertis et montés à la demande de leur clientèle respective—Le juge de première instance a conclu que les appelantes n'étaient pas les fabricants des bijoux confectionnés à la demande de Darnel, faisant état du fait que Darnel demeurait le maître d'œuvre, mais qu'elles étaient les fabricants de bijoux sertis ou montés pour le compte de leurs propres clients et qu'elles devaient verser les taxes exigibles à ce titre—Toutefois, il a déterminé que la valeur annuelle de ces transactions était inférieure à 50 000 \$ et que les appelantes étaient donc exemptes de la taxe de vente en vertu de l'art. 54(2) de la Loi—Quant à la taxe d'accise exigible sur ces ventes, le juge de première instance a conclu que les appelantes en étaient redevables selon le calcul réduit prévu à la circulaire administrative applicable—Appels accueillis; appels incidents rejetés—Après que le juge de première instance a conclu que les appelantes étaient exemptes de la taxe de vente au motif qu'elles satisfaisaient aux exigences de l'art. 54(2) de la Loi, il se devait de conclure que les appelantes étaient aussi exemptes de la taxe d'accise en vertu de l'art. 64(2) puisque cette exemption opère selon les mêmes conditions—Les appels incidents doivent être rejetés puisque l'effet des art. 43 et

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

23(11) de la Loi est de réputer toute personne, physique ou morale, fabricante des bijoux qu'elle monte ou qu'elle sertit et qu'une société doit donc être réputée fabricante dans la mesure où elle monte ou sertit des bijoux par l'entremise de ses employés—Or le juge de première instance a conclu que c'est comme employés de Darnel que les bijoutiers sertissaient des bijoux à la demande de cette dernière—La preuve l'autorisait à conclure ainsi—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 23(11), 43, 54(2), 64(2).

MANUFACTURIERS DE BIJOUX L.S.M. LTÉE C. CANADA (A-337-00, 2001 CAF 279, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 2-10-01, 9 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF**

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

*Certiorari*

*Mandamus*—Demande visant à l'obtention d'une ordonnance de *certiorari* annulant le document intitulé «Criminal Profile 1996» qui avait influencé la décision du Service correctionnel du Canada—Le demandeur sollicitait également une ordonnance de *mandamus* enjoignant au Service correctionnel du Canada et à la Commission nationale des libérations conditionnelles de retrancher toute mention du test PCL-R ainsi que le terme «psychopathe» figurant dans son dossier—Il sollicitait également une ordonnance de *mandamus* pour que la demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action intentée contre le procureur général du Canada—Le demandeur purge actuellement des peines globales de plus de 18 années infligées à l'égard d'infractions commises en 1985—Il a été libéré sous condition, mais n'a pas observé les conditions imposées—Le 12 juin 1996, le Service correctionnel du Canada a préparé un rapport sur le profil criminel résumant l'évaluation du risque, indiquant que le demandeur était un «psychopathe» et qu'il présentait encore un mauvais pronostic quant à une mise en liberté sous condition et un risque élevé de récidive—La Cour fédérale n'a pas compétence pour procéder au contrôle judiciaire d'une décision prise par une entité gouvernementale non fédérale—Toutefois, la Cour a la compétence voulue pour examiner les décisions du Service correctionnel du Canada et de la Commission nationale des libérations conditionnelles—Elle peut ordonner que ces deux offices retranchent toute mention du terme «psychopathe» lorsque ce terme injurieux est employé sans justification—Le demandeur ne s'est pas prévalu des recours adéquats qui étaient prévus comme solutions de rechange—La demande doit être rejetée pour le motif que le demandeur ne s'est pas prévalu de la procédure de règlement de griefs prévue par la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—La demande visant à l'obtention d'une réparation de la nature d'ordonnances de *mandamus* et de *certiorari* est rejetée pour

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

le motif qu'il y a chose jugée—On ne saurait laisser les défendeurs continuer à employer un terme injurieux—Si le demandeur veut intenter une action délictuelle contre le gouvernement, il n'est pas approprié de transformer la demande de contrôle judiciaire en une action en vertu de l'art. 18.4(2) de la Loi sur la Cour fédérale—Il est ordonné aux défendeurs de s'abstenir de continuer à employer le terme «psychopathe» en ce qui concerne le demandeur, terme qui est tiré du test PCL-R administré dans le cadre de l'évaluation du 12 juin 1996—Demande accueillie en partie—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

PINKNEY C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (T-1835-00, 2001 CFPI 1053, juge Dubé, ordonnance en date du 26-9-01, 11 p.)

**DROIT MARITIME**

## CRÉANCIERS ET DÉBITEURS

Appels de l'ordonnance du protonotaire établissant le rang occupé par diverses réclamations à l'encontre du produit de la vente du navire défendeur *Kristina Logos*, la vente ayant été ordonnée par la Cour—La norme de contrôle qui s'applique à une décision discrétionnaire rendue par le protonotaire a été énoncée dans *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.): l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit être modifiée que si elle est entachée d'une erreur flagrante, en ce sens que le pouvoir discrétionnaire a été exercé en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits—Le défendeur Pratas et les demandeurs Neves avaient acheté le *Kristina Logos* de Clearwater—Le solde du prix de vente, qui s'élevait à 250 000 \$, était garanti par une hypothèque maritime de premier rang grevant le navire, consentie au vendeur en sa qualité de créancier hypothécaire—Les frères Neves affirment avoir payé 49 p. 100 du prix d'achat plus les frais d'équipement du navire à condition que le navire appartienne à Ulybel, une société panaméenne dans laquelle ils détiendraient 49 p. 100 des actions—Le *Kristina Logos* a été saisi en mer à la suite d'allégations selon lesquelles on se livrait illégalement à des activités de pêche sans permis; il a été détenu jusqu'au mois d'avril 1994—Le capitaine du navire (M. Tavares) et le propriétaire (M. Pratas) avaient également été accusés d'avoir commis des infractions en matière de pêche—Clearwater a intenté une action en vue de réclamer le solde impayé de 125 000 \$ qui était dû en vertu de l'hypothèque; elle a engagé des procédures pour que le *Kristina Logos* soit saisi—Le capitaine Tavares a été déclaré coupable au mois de juillet 1994, ce qui a donné lieu à la délivrance d'une ordonnance de confiscation en faveur de la Couronne à l'encontre du *Kristina Logos*—La déclaration de culpabilité et la confiscation ont été annulées en 1996 de

**DROIT MARITIME—Suite**

sorte que le navire est redevenu un bien saisi—Les demandeurs ont intenté la présente action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant qu'en leur qualité de propriétaires, ils détenaient une part de 49 p. 100 dans le navire défendeur—Les défendeurs admettent que les demandeurs ont droit à une part de 49 p. 100 dans le navire, mais ils affirment que les demandeurs sont tenus de contribuer au prorata au paiement des frais engagés à l'égard de la défense du navire—Ulybel a été déclarée coupable d'avoir permis l'utilisation de la *Kristina Logos* pour des activités de pêche illégales—La Cour suprême de Terre-Neuve a imposé des amendes de 120 000 \$ et a ordonné qu'un montant de 50 000 \$ soit confisqué en faveur de la Couronne—Après que le protonotaire eut rendu son ordonnance, l'ordonnance de confiscation a été annulée—La Cour suprême du Canada n'a pas encore statué sur l'appel interjeté contre l'annulation de la confiscation—Le *Kristina Logos* a été vendu pour la somme de 605 000 \$—Le produit est entre les mains de la Cour—Le protonotaire a commis une erreur en appliquant les principes de droit maritime et il a donc commis une erreur en déterminant l'ordre de priorité—1) Les frais de mise en vente du navire doivent être payés en premier lieu à l'aide du fonds—On a procédé à la vente conformément à une ordonnance de la Cour—Les frais et honoraires du prévôt ont été approuvés par des ordonnances du protonotaire et ont été payés à l'aide du fonds—La vente a été conclue avant qu'un jugement définitif soit rendu dans l'action intentée par les demandeurs, mais l'exercice par la Cour du pouvoir discrétionnaire qu'elle possède en vue d'ordonner la vente a été confirmé en appel—Les frais de la vente sont payables à l'aide du produit de la vente—2) Les défendeurs contestent la réclamation de Clearwater, en sa qualité de créancière hypothécaire, en alléguant que le solde impayé qui est dû en vertu de l'hypothèque a été compensé par les sommes que Clearwater devait aux défendeurs—La conclusion du protonotaire selon laquelle un solde de 125 000 \$ est encore dû en vertu de l'hypothèque est étayée par la preuve—Cette créance garantie de 125 000 \$ vient avant toutes les autres créances sauf celles qui sont directement associées à la vente du navire—L'ordonnance visée par l'appel comportait une erreur puisque les créances non garanties des frères Neves et de la Couronne se sont vu attribuer un rang supérieur à celui de la créance hypothécaire de Clearwater—Le protonotaire a refusé d'inclure les intérêts à l'égard de la créance hypothécaire puisque ni le billet à demande ni l'hypothèque ne prévoyaient le paiement d'intérêts pour la durée de l'hypothèque—Bien que les parties n'aient pas précisé, dans leur contrat, que des intérêts seraient dus en cas de défaut, cela ne veut pas dire que Clearwater convenait qu'il n'y aurait pas d'intérêts en cas de défaut, même s'il avait été convenu que des intérêts ne seraient pas exigés pour la durée relativement courte du contrat—Si le principal de l'hypothèque seulement était payé, les propriétaires du navire bénéficieraient d'un enrichissement sans cause—En outre, la réclamation de Clearwater comprend la perte de possibilité d'utiliser les

**DROIT MARITIME—Suite**

sommes en cause—Des intérêts peuvent être recouverts—3) Les frais de rapatriement de l'équipage portugais au moment de la saisie occupaient un rang prioritaire par rapport aux créances non garanties—Il n'y avait pas d'agent maritime connu et il fallait rapatrier les membres de l'équipage au Portugal étant donné que ceux-ci n'avaient pas de moyens de subsistance et qu'ils n'étaient pas admissibles au Canada—Tous les créanciers ayant un droit sur le navire sont responsables de ces frais—La réclamation de la Couronne n'est pas un privilège maritime ou même une créance réelle—Il ne s'agit pas d'une créance des membres de l'équipage, mais d'une créance non garantie dont la Cour, dans l'exercice de la compétence qu'elle possède en équité, reconnaît le rang prioritaire par rapport à toutes les autres créances non garanties—Cette réclamation représente les mesures nécessaires dont les affréteurs auraient pu être tenus responsables s'ils avaient comparu devant la Cour—En leur absence, les propriétaires doivent supporter les frais—4) Si la Cour suprême du Canada rétablit la confiscation, la créance prendrait rang après la créance de la Couronne afférente aux frais de rapatriement de l'équipage et après la créance hypothécaire de Clearwater, plutôt qu'avant cette créance comme le protonotaire l'a ordonné—Si la confiscation est rétablie, la créance y afférente ne sera pas, en droit maritime, une créance réelle, mais une autre créance personnelle non garantie contre le propriétaire du navire—La confiscation, si elle est rétablie, vient avant les créances des demandeurs et du défendeur; elle vient également avant la réclamation relative aux amendes imposées à Ulybel par suite de la déclaration de culpabilité—Le montant confisqué devrait porter intérêt après la vente—5) La réclamation de 120 000 \$ de la Couronne, à l'égard des amendes, est reconnue en tant que réclamation présentée par un créancier non garanti, qui n'occupe pas un rang prioritaire si ce n'est ce qui est reconnu en common law par rapport aux autres créanciers ordinaires, dont les réclamations n'ont pas encore été quantifiées, et ce, sans intérêt—6) Le protonotaire a commis une erreur en attribuant à la créance des demandeurs un rang inférieur à celui qui est attribué à l'égard des frais de vente du navire et du montant confisqué, cette créance venant avant la seule créance reconnue à titre de créance garantie, la seule créance réelle, celle du créancier hypothécaire, et avant la réclamation que la Couronne a présentée en vue de recouvrer le montant des amendes imposées—Les demandeurs sont tout au plus des créanciers non garantis—Les droits des demandeurs ne l'emportent pas sur ceux des autres créanciers—La réclamation des demandeurs à titre de bénéficiaires d'une fiducie par interprétation est reconnue, mais elle n'a de l'importance qu'en ce qui concerne Ulybel, qui est propriétaire enregistré—7) S'il y a entente, le solde impayé du fonds peut être versé à Ulybel—Si les demandeurs insistent pour toucher leur part, il est ordonné que 49 p. 100 du solde du fonds leur soit versé—Le reliquat de 51 p. 100 doit être versé au défendeur Pratas—La réclamation que la Couronne a présentée en vue de recouvrer les frais engagés aux fins de l'entretien du



**DROIT MARITIME—Suite**

navire à compter de la date de la saisie conservatoire jusqu'à la date de la vente n'est pas admise—Les dépenses en question ne résultent pas de la saisie conservatoire du navire dans le cadre de la procédure engagée par la Couronne, mais de la saisie—De 1994 à 1996, la Couronne avait le navire en sa possession en sa qualité de propriétaire—La Couronne a effectué des dépenses sans consulter les autres créanciers et sans demander l'approbation de la Cour ou des parties touchées—Au moment où elles ont été effectuées, ces dépenses n'étaient pas admissibles en tant que dépenses effectuées au profit de toutes les personnes ayant un droit sur le navire—Toutes les réclamations qui ont été admises portent intérêt à compter de la date de la vente jusqu'à la date du paiement.

NEVES C. KRISTINA LOGOS (LE) (T-1041-95, juge MacKay, ordonnance en date du 20-9-01, 30 p.)

**PRATIQUE**

Requête présentée par les défenderesses en vertu de la règle 107 afin que l'aspect contractuel du dossier soit instruit en premier lieu à l'exclusion des questions de responsabilité délictuelle—Le 16 janvier 1998, le navire *M.V. Flare* se dirigeait vers Montréal afin d'y charger une cargaison de grains—Parvenu au golfe du Saint-Laurent, il se rompit en deux et sombra—Des 25 membres d'équipage, seulement 4 furent rescapés et survécurent au naufrage—La situation de l'ensemble des demandeurs doit être vue globalement en l'espèce—L'octroi d'une ordonnance en vertu de la règle 107 est discrétionnaire—Selon le critère applicable en vertu de la règle 107, la disjonction doit permettre d'apporter au litige une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible—On peut appliquer la règle 107 en l'espèce en séparant l'aspect contractuel liant les parties de la question de la responsabilité délictuelle—La Cour cherchera à adopter toute solution propre à atteindre les buts exprimés à la règle 3, soit d'apporter au litige une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible—Les défenderesses n'ont pas établi selon la balance des probabilités qu'un procès sur l'aspect contractuel sera suffisant et décisif—Vu l'incertitude quant à l'incorporation de la convention collective, on ne saurait appliquer la clause de la convention visant à la rendre exclusive en cas de réclamation de toute nature de la part du demandeur ou de ses dépendants—Les défenderesses ne se sont pas déchargées du fardeau de la preuve suivant les principes dégagés par la jurisprudence—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, 1998, DORS/98-106, règles 3, 107.

NAPA C. ABTA SHIPPING CO. LTD. (T-387-98, 2001 CFPI 1055, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 26-9-01, 13 p.)

Signification—Requête en contestation de la signification de la déclaration aux défendeurs Neptune Associated Lines

**DROIT MARITIME—Suite**

PTE Ltd., le navire *Jurong Bauhinia*, les propriétaires et tous les autres intéressés dans le navire *Jurong Bauhinia*—Parmi les trois défenderesses en cause, seule Neptune Associated Lines PTE Ltd. a reçu signification de la déclaration par courrier recommandé—Les avocats qui représentaient les demanderesse à l'époque de la signification ont envoyé par courrier recommandé à l'attention de Neptunes Associated Lines PTE Ltd. une copie de la déclaration en ajoutant dans l'enveloppe une copie de cette déclaration pour les deux autres parties—Les nouveaux procureurs des demanderesse savaient que la signification à ces trois parties avait été faite de façon irrégulière et ils ont demandé à la Cour d'utiliser les dispositions de la règle 147—Il y a peu de jurisprudence relativement à la signification pouvant être autorisée en vertu de la règle 147—L'action a bel et bien été signifiée à la défenderesse Neptune Associated Lines PTE Ltd.—Il est cependant difficile d'utiliser les dispositions de la règle 147 pour valider la signification dans le cas des deux autres défendeurs—Il est important que la Cour soit convaincue que ladite signification ait d'abord été faite—Le fait d'envoyer un document pour signification à une partie dans une enveloppe par courrier recommandé et de mentionner simplement dans la lettre d'accompagnement qu'il y a dans l'enveloppe deux copies supplémentaires pour deux autres parties dont on ne connaît ni les représentants autorisés ni les adresses correspondantes et encore moins le lien qui pourrait exister entre les trois défenderesses ne peut être considéré comme une signification, même imparfaite—L'action en l'espèce n'a pas été valablement signifiée aux défendeurs le navire *Jurong Bauhinia* et les propriétaires et tous les autres intéressés dans le navire *Jurong Bauhinia*—Requête accueillie en partie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 147.

J.A. BESNER AND SONS (CANADA) LTD. C. *JURONG BAUHINIA* (LE) (T-1145-01, 2001 CFPI 1113, juge Blais, ordonnance en date du 12-10-01, 7 p.)

Par la présente requête, les défendeurs, qui sont propriétaires du navire en cause, cherchent à obtenir une suspension totale ou partielle de l'instance engagée devant la Cour fédérale au motif qu'ils ont déposé devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique une action personnelle dans laquelle ils demandent le paiement du solde de l'indemnité qu'ils ont réclamée par suite des dommages causés à leur navire, soit un montant d'environ 12 000 \$—L'affaire découle d'une réclamation réelle et personnelle de la demanderesse, l'assureur, en vue d'obtenir le remboursement d'un produit d'assurance d'environ 100 000 \$ qu'elle avait versé à l'égard du *Renegade III* par suite des dommages que le navire a subis pendant la course Victoria-Maui de l'année 2000, la demanderesse ayant subséquemment annulé la police pour cause de non-divulgation ou de déclaration inexacte de la part des défendeurs—Afin de protéger sa réclamation, la demanderesse a fait saisir le navire *Renegade*

**DROIT MARITIME—Suite**

*III* dans la présente instance, mais aucun cautionnement n'a été fourni—Le *Renegade III* est un yacht de course d'une longueur réglementaire de 19,2 mètres qui a été construit en 1993 à Tallinn, en Estonie—La valeur assurée du navire s'établit à 880 000 \$—L'action engagée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique est légèrement plus avancée que celle dont la Cour fédérale est saisie—Demande de suspension rejetée—Le critère applicable à une suspension a été énoncé dans l'arrêt *Compulife Software Inc. c. Compuoffice Software Inc.* (1997), 97 C.P.R. (3d) 451 (1<sup>re</sup> inst.): une cour de justice n'exercera son pouvoir discrétionnaire pour faire droit à une demande de suspension «que dans les cas les plus patents»—Pour prouver que ce critère est établi dans une instance donnée, la partie ayant le fardeau de la preuve doit démontrer que la poursuite de l'instance causerait un préjudice ou une injustice à la partie défenderesse, et non de simples inconvénients ou frais supplémentaires, et que la suspension ne serait pas injuste pour la partie demanderesse—Compte tenu des arrêts *Anchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897 (jugement du juge Sopinka) et *Avenue Properties Ltd. c. First City Dev. Corp.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 (C.A.) (jugement du juge McLachlin, alors juge de la Cour d'appel), la partie défenderesse doit établir clairement qu'un autre tribunal est plus approprié pour que soit écarté celui qu'a choisi la partie demanderesse—Il s'ensuit que, même si la partie qui demande une suspension établit clairement l'existence d'un tribunal plus approprié, il se peut qu'une partie demanderesse soit en mesure d'empêcher une suspension en prouvant qu'elle sera privée d'un avantage personnel ou juridique légitime qu'elle pourrait obtenir devant le tribunal qu'elle a choisi—Dans l'arrêt *Avenue Properties*, le juge McLachlin a résumé la règle en disant qu'il s'agit de contrebalancer les intérêts entre tout avantage que le demandeur pourrait obtenir, d'une part, et les inconvénients pouvant être occasionnés au défendeur, d'autre part—Même si les propriétaires défendeurs ont prouvé à première vue que la Cour suprême de la Colombie-Britannique est un tribunal approprié pour la poursuite de l'action, cela ne signifie pas qu'il s'agit manifestement du tribunal qui convient le mieux—Dans la présente affaire, si l'assureur devait être contraint de procéder dans l'instance introduite devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique en raison d'une suspension de la présente action, il serait tenu d'engager une action réelle devant elle, et de faire saisir le navire, une deuxième fois, afin que la Cour suprême ait compétence à l'égard du navire, ce qui donnerait lieu à une redondance—Examen de la question de savoir si la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à l'égard des actions réelles pourrait être viciée et contestée au plan constitutionnel—La suspension de la présente action donnerait vraisemblablement lieu à une redondance, alors qu'au moins deux actions seraient engagées devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ainsi qu'à une réunion d'actions et à un nouvel arraisonnement du navire—La

**DROIT MARITIME—Fin**

possibilité que l'instruction de deux actions parallèles, soit une devant chaque Cour, donne lieu à des délais ou à des frais supplémentaires importants n'est certainement pas une certitude—Il y a peu de chances que les actions donnent lieu à des résultats incompatibles car, une fois qu'une décision sera rendue dans une instance, toute l'affaire deviendra vraisemblablement chose jugée—Les propriétaires du navire ont souligné qu'ils pourraient décider de mettre en cause leur courtier d'assurance et cité l'arrêt *Intermunicipal Realty & Development Corp. c. Gore Mutual Insurance Co.*, [1978] 2 C.F. 691 (1<sup>re</sup> inst.), pour soutenir que la Cour n'a pas compétence à l'endroit d'un courtier en assurance maritime dans une affaire portant sur un mandat et sur une déclaration inexacte—D'abord, aucun élément de preuve n'indique qu'une réclamation pourrait être formulée contre le courtier des propriétaires du navire; en second lieu, même si l'assurance maritime fait partie, au sens strict, de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils, ce domaine a néanmoins été attribué au Parlement et fait partie de la navigation et des expéditions par eau: *Zavarovalna Skupnost Triglav (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283—En conséquence, il ne s'agit pas d'un cas où il convient manifestement d'accorder une suspension—Même si le refus de la demande de suspension peut occasionner des inconvénients, voire des frais supplémentaires minimes aux propriétaires du navire, aucun préjudice ou injustice réel ne leur sera causé de ce fait—À l'inverse, compte tenu de l'ensemble des circonstances, la décision de l'assureur, comme partie demanderesse, d'exercer son recours devant la Cour fédérale est raisonnable—La suspension aurait pour effet de priver l'assureur d'un avantage juridique légitime, qui est celui de faire sceller l'issue de l'ensemble du litige par un seul tribunal, soit la Cour fédérale, notamment quant à la réalisation au moyen de la vente du navire saisi—Les propriétaires du navire pourront décider de présenter leur réclamation personnelle correspondant au reste de l'indemnité d'assurance qu'ils demandent dans la présente action—Cette façon de procéder n'occasionnera aucun préjudice apparent aux propriétaires du navire, car le litige porte sur un yacht de course luxueux de grande valeur et le montant en jeu représente une fraction de la valeur du navire.

ROYAL AND SUN ALLIANCE DU CANADA, SOCIÉTÉ D'ASSURANCES C. *RENEGADE III* (LE) (T-1396-01, 2001 CFPI 1050, notaire Hargrave, ordonnance en date du 25-9-01, 15 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****RELATIONS DU TRAVAIL**

Requête visant à radier la déclaration du demandeur en raison de l'absence de compétence de la Cour et de l'ab-

## FONCTION PUBLIQUE—Fin

sence de cause d'action—Le demandeur a commencé à travailler pour le Service correctionnel du Canada (SCC) en décembre 1983 à titre d'agent de libération conditionnelle au pénitencier de Kingston—En novembre 1996, le demandeur travaillait au SCC de l'établissement de Bath, en Ontario, à titre de chef du développement social—En 1998, il a fait l'objet d'une enquête en raison du comportement violent qu'il aurait affiché à l'endroit des détenus et du personnel par suite d'un incident survenu au mois d'avril de cette même année—Après s'être vu infliger une sanction, le demandeur a déposé une plainte comportant six accusations de harcèlement contre le directeur Stevenson—Il a soutenu qu'il n'avait d'autre choix que de demander une réaffectation à l'extérieur de l'établissement de Bath—Ce fait et la «suspension» qui lui a été infligée pendant l'enquête ont mis en péril sa carrière et lui ont causé des problèmes de santé, en plus d'avoir nui à sa réputation et lui avoir fait perdre des revenus et des avantages—Selon le critère applicable aux requêtes en radiation fondées sur l'absence de cause d'action valable, il doit être «clair et évident» que la réclamation est dénuée de cause d'action valable—La Cour doit être convaincue que l'action ne peut être accueillie—Le demandeur a réclamé des dommages-intérêts en raison du harcèlement et de l'intimidation dont il a fait l'objet et de la création d'un milieu de travail empoisonné—Il n'a déposé aucun grief à l'égard du congédiement déguisé dont il aurait été victime et qui constitue le fondement de la majorité des indemnités réclamées dans l'action—La «malveillance» n'est pas un délit en soi ouvrant droit à une action—La Cour n'a pas le pouvoir d'enjoindre à un ministère gouvernemental de nommer une personne à un poste à titre de réparation dans une action—Même si le demandeur a fondé son action sur la diffamation et sur l'infliction d'un choc nerveux par négligence, les faits invoqués au soutien de ces allégations ne sont pas suffisamment importants—C'est la nature du différend qui importe et non les termes dans lesquels l'action est définie—Selon un examen de chaque élément de la réclamation, la conduite que le demandeur reproche à l'employeur est visée dans l'ensemble, que ce soit directement ou indirectement, par la convention collective et la politique sur le harcèlement et par les recours dont le demandeur dispose en vertu de celles-ci et ainsi qu'en vertu de la procédure de règlement des griefs énoncée à la LRTFP—Le demandeur n'a pas exercé et encore moins épuisé les recours dont il dispose à l'égard du congédiement déguisé dont il soutient avoir été victime ainsi qu'à la perte de salaire et de prestations de retraite qui en découleraient—La Cour est liée par le jugement que la C.A.F. a rendu dans *Johnson-Paquette c. Canada* (2000), 253 N.R. 305 (C.A.)—Requête accueillie—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.

CAHILL C. CANADA (T-1170-00, 2001 CFPI 1083, protonotaire Aronovitch, ordonnance en date du 3-10-01, 18 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

### CALCUL DU REVENU

#### Déductions

Appel de la décision de la Cour de l'impôt de rejeter l'appel interjeté contre une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1986—L'appelant a essayé de déduire des pertes de 383 899 \$ découlant d'opérations de placement couvertes—La stratégie de couverture de l'appelant comportait des opérations dans son propre compte de courtage et dans ceux de son épouse et d'une société qu'il a constituée—La participation de son épouse et de la société visait à fractionner le revenu et à obtenir des pertes fiscales—Si on ne tient aucun compte de la participation de l'épouse de l'appelant et de la société, les opérations de l'appelant ont uniquement donné lieu à des pertes—L'appelant n'avait aucune attente raisonnable de profit de ses propres opérations, aucune source de revenu et aucun fondement pour la déduction de dépenses—La stratégie de couverture de l'appelant pourrait donner lieu à un profit uniquement si on considère l'opération de l'appelant avec celles de son épouse et de la société—Appel rejeté—Dans les mêmes circonstances, soit l'affaire *Schultz c. Canada*, [1996] 1 C.F. 423 (C.A.), on a jugé que les époux contribuables étaient associés et que les pertes n'étaient pas déductibles—Pour les motifs exposés dans cette affaire, l'appelant et son épouse sont associés et les pertes ne sont pas déductibles—La Cour n'a pas le pouvoir d'annuler une cotisation au motif que le ministre n'a pas agi avec diligence—En vertu de l'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, le ministre peut exercer son pouvoir discrétionnaire de renoncer aux intérêts—Un contribuable insatisfait de l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire peut présenter une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision du ministre—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 220(3.1) (éditée par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; mod., *idem*, ann. VIII, art. 127).

CARTER C. CANADA (A-6-99, 2001 CAF 275, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 13-9-01, 4 p.)

Contrôle judiciaire du rejet en partie par la C.C.I. d'un appel interjeté contre les nouvelles cotisations établies pour les années d'imposition 1994 et 1995—En raison de la récession dans le domaine immobilier en 1991, le demandeur a dû vendre tous ses immeubles à revenu, sauf un—Certains de ces immeubles ont été vendus à un prix inférieur au solde du prêt hypothécaire, de sorte que le demandeur a dû hypothéquer de nouveau l'immeuble qu'il lui restait pour garantir le remboursement complet de sa dette—Le ministre a refusé la déduction des intérêts versés sur ces prêts hypothécaires au motif qu'ils ont été engagés relativement à des immeubles dont le demandeur a cessé d'être propriétaire—Le demandeur a prétendu que l'argent emprunté pouvait être relié à une utilisation directe et admissible en se fondant sur l'arrêt *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S.

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

305, et, subsidiairement, que les intérêts étaient déductibles parce qu'ils avaient été versés dans le cours des activités d'une entreprise—La C.C.I. a conclu que les intérêts versés n'étaient pas déductibles car les immeubles dont le demandeur était propriétaire constituait des sources individuelles de revenu de biens, et qu'on n'avait présenté aucun élément de preuve en vue d'établir que les immeubles étaient détenus dans le cours des activités d'une entreprise—Demande accueillie—Les intérêts versés sur un prêt garantissant le remboursement de créanciers hypothécaires à l'égard de biens que le demandeur détenait antérieurement ne visaient pas à tirer un revenu de la propriété restante—L'arrêt *Tennant* n'est d'aucune utilité pour le demandeur car celui-ci n'a acquis aucun bien de remplacement au moyen des prêts garantis par la propriété restante; il a plutôt utilisé directement l'argent en question pour rembourser le solde des prêts garantis par hypothèque sur des immeubles dont il n'était plus propriétaire—Utilisation non admissible—Mais, en concluant que le demandeur n'avait pas présenté d'éléments de preuve établissant que ses immeubles étaient administrés et exploités comme une entreprise, la Cour de l'impôt a omis de donner effet au sens du mot «entreprise» contenu dans la Loi ou n'a tenu aucun compte des éléments de preuve dont elle était saisie—En 1991, le demandeur avait un droit sur huit immeubles, qui étaient loués à de multiples locataires—Le demandeur trouvait ses locataires en publiant des annonces; les états du revenu de location détaillaient les frais de réparation et d'entretien et les rajouts immobiliers à six des huit immeubles—Comme il n'a payé aucun frais d'administration, le demandeur s'est occupé du financement, de la location, de l'entretien et de l'amélioration de ces immeubles au fil des ans—Le demandeur a mis en commun les revenus tirés de ces activités—Conclusion: plutôt que de simplement percevoir les loyers, le demandeur se livrait à des opérations d'administration et d'exploitation de ses immeubles—Comme le demandeur s'est servi de l'argent emprunté pour tirer un revenu de cette entreprise durant les deux années d'imposition en cause, les intérêts versés sur l'argent emprunté sont déductibles conformément à l'art. 20(1)c(i) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 20(1)c(i).

DANSEREAU C. CANADA (A-654-00, 2001 CAF 305, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 18-10-01, 7 p.)

**PRATIQUE**

Appel de la décision par laquelle le juge des requêtes avait accueilli une demande de contrôle judiciaire de la demande péremptoire délivrée par le ministre du Revenu national conformément à l'art. 230(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu, enjoignant à l'intimée de tenir les registres et livres de comptes spécifiés pour que le ministre puisse déterminer de la façon appropriée le montant des impôts payables—La demande péremptoire était fondée sur le

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

rapport du vérificateur qui s'était rendu aux bureaux de l'intimée—Le vérificateur, qui était le principal responsable des affaires fiscales de l'intimée, a établi un affidavit expliquant que les documents financiers n'étaient pas satisfaisants et que la chose posait un problème lorsqu'il s'agissait de déterminer avec exactitude la dette fiscale de la société—Si le ministre avait pris sa décision en se fondant sur le contenu de l'affidavit, l'affidavit aurait clairement servi de fondement raisonnable justifiant la conclusion du ministre—Toutefois, l'affidavit ne disait pas que le ministre avait à sa disposition les renseignements qui y étaient énoncés—La lettre par laquelle l'intimée avait été informée de la demande péremptoire ne précisait pas elle non plus ce que renfermait le rapport du vérificateur—Compte tenu des éléments mis à la disposition de la Cour, il n'était pas possible de savoir si les renseignements contenus dans ce rapport étaient les mêmes que ceux qui figuraient dans l'affidavit—Il n'y avait rien dans le dossier qui indiquait le fondement de la décision du ministre de délivrer une demande péremptoire—Le juge des requêtes avait conclu qu'il ne disposait d'aucun élément de preuve montrant que les registres voulus n'étaient pas tenus—Appel accueilli—Le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a dit que la question de savoir si les registres voulus étaient tenus constituait une «question de compétence» à l'égard de laquelle le ministre devait avoir raison pour que sa décision soit maintenue—L'intimée pouvait uniquement obtenir une réparation si elle établissait que le décideur avait commis une erreur susceptible de révision, soit en l'espèce une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'art. 230(3)—L'intimée aurait été obligée de démontrer que le ministre ne disposait d'aucun élément raisonnablement susceptible d'étayer la conclusion selon laquelle elle ne tenait pas les registres voulus—De fait, aucun élément de preuve n'indiquait le fondement de la décision du ministre—Il incombait à l'intimée, en sa qualité de demanderesse aux fins du contrôle judiciaire, d'établir que le ministre ne disposait pas de pareil élément de preuve lorsqu'il avait exercé son pouvoir discrétionnaire en vue de délivrer une demande péremptoire—La règle 317 autorise une partie à demander que des documents ou éléments matériels pertinents à la demande qui sont en la possession de l'office fédéral dont l'ordonnance fait l'objet d'une demande lui soient transmis—L'intimée n'a pas demandé ces éléments et n'a pas invoqué la règle 317—Elle ne saurait soutenir que la Cour ne dispose pas du fondement de la décision du ministre—Puisque le fondement de la décision du ministre n'est pas mis à la disposition de la Cour, l'intimée ne peut pas démontrer que le pouvoir discrétionnaire a été exercé d'une façon non appropriée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 317—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 230(3).

CANADA C. MERCHANT (2000) LTD. (A-606-00, 2001 CAF 301, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 10-10-01, 5 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****RADIATION**

Demande présentée en vertu de l'art. 57(1) de la Loi sur les marques de commerce visant à obtenir la radiation des marques de commerce «Boston Chicken» et «Boston Chicken Design» employées en liaison avec des services de restaurant de plats à emporter et des services de traiteur parce que l'enregistrement des marques de commerce était invalide puisque celles-ci n'étaient pas distinctives, que les marques de commerce n'étaient pas enregistrables parce qu'elles créaient de la confusion avec la marque déposée «Boston Pizza» employée en liaison avec de la pizza et du spaghetti ainsi que des services de restauration et de franchisage de services de restauration, et que la défenderesse n'était pas la personne qui avait droit à l'enregistrement des marques de commerce puisque chaque marque de commerce créait de la confusion avec les marques de commerce de la demanderesse qui avaient été largement employées antérieurement au Canada—Les questions en litige étaient la protection, le cas échéant, à accorder à la marque de commerce de la demanderesse, et les questions de savoir si les marques de commerce de la défenderesse créaient de la confusion avec celles de la demanderesse, si la défenderesse avait droit à l'enregistrement de ses marques de commerce et si les marques de commerce de la défenderesse étaient distinctives de ses services—Demande rejetée—La demanderesse satisfait aux exigences de l'art. 50(1) de la Loi puisqu'elle exerce un contrôle, par le contrat de licence, sur les caractéristiques et la qualité des marchandises et services liés à l'emploi de sa marque de commerce par les franchisés—Pour ce qui est de la question de la confusion, bien que sa marque «Boston Pizza» ne soit pas distinctive en elle-même, la demanderesse a convaincu la Cour que, du fait d'un long usage, la marque a acquis un caractère distinctif en liaison avec une chaîne de restaurants franchisés qui servent une cuisine «bostonnais»—Par conséquent, la marque mérite protection—Quant à la marque de commerce «Boston Chicken», elle mérite peu de protection vu qu'il n'y a guère de preuve de son emploi au Canada—Quant à la période pendant laquelle les marques ont été en usage, ce facteur favorise la marque de commerce de la demanderesse—Il existe un recoupement considérable entre les services offerts par les parties—Il y a un emploi considérable par des tiers du mot «Boston» dans le secteur de la restauration—Toutefois, à l'époque de l'enregistrement de la marque de commerce «Boston Chicken» et du logo «Boston Chicken» de la défenderesse, il n'y avait pas de probabilité de confusion entre la marque de commerce de la demanderesse «Boston Pizza» et les marques de la défenderesse—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 50(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 69; ch. 44, art. 233, 236(1j)), 57(1).

BOSTON PIZZA INTERNATIONAL INC. C. BOSTON CHICKEN INC. (T-677-95, 2001 CFPI 1024, juge Nadon, ordonnance en date du 17-9-01, 35 p.)

**PENSIONS**

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un membre désigné de la Commission d'appel des pensions (CAP) qui avait refusé au demandeur l'autorisation de faire appel à la CAP—Le demandeur avait demandé des prestations d'invalidité par suite d'une «arthrite dégénérative, vertèbres cervicales et lombaires»—Cependant, sa demande de prestations mentionnait qu'il avait cessé de travailler en 1994 en raison d'un licenciement causé par un manque de travail—La demande de prestations avait été rejetée, le demandeur ayant été jugé apte à exécuter régulièrement certains travaux légers adaptés à son état et à ses limites; invalidité jugée ni grave ni prolongée—Le tribunal de révision avait rejeté l'appel du demandeur au motif que ni le spécialiste ni le médecin de famille n'avaient indiqué que le demandeur était incapable de faire toute espèce de travail, et au motif que les radiographies ne révélaient pas une dégénérescence grave au point d'empêcher l'appelant de travailler—Il n'existait non plus aucune preuve médicale objective de l'état psychotique du demandeur survenu dans l'intervalle ni aucune preuve de l'existence de cet état avant octobre 1998, et il se trouvait donc en dehors de la période minimale d'admissibilité—Le membre désigné de la CAP a refusé en juillet 2000 l'autorisation d'interjeter appel de la décision du tribunal de révision—Le membre désigné a-t-il commis une erreur sujette à révision en refusant la demande d'autorisation d'appel présentée par le demandeur?—Demande accueillie—L'obstacle que doit franchir un demandeur dans une demande d'autorisation d'appel est moindre que dans l'examen même du fond de l'appel—Cependant, le membre désigné a déclaré que, pour que l'autorisation d'appel soit accordée, il faut une erreur manifeste de la part du tribunal de révision ou des preuves nouvelles susceptibles de conduire à une conclusion différente en appel—Le membre désigné a ainsi commis une erreur parce qu'il a appliqué le mauvais critère lorsqu'il s'est demandé s'il convenait ou non d'accorder l'autorisation d'appel—Il faut plutôt se demander si la demande d'autorisation soulève ou non une question sérieuse—La question de savoir si le tribunal de révision a ou non commis une erreur est une question sérieuse—Également sérieuse est la question de savoir si le tribunal de révision a commis une erreur lorsqu'il s'est prononcé sur l'invalidité en se fondant uniquement sur la preuve médicale, sans tenir compte des témoignages du demandeur et de sa sœur.

GRENIER C. CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (T-1510-00, 2001 CFPI 1059, juge O'Keefe, ordonnance en date du 27-9-01, 11 p.)

**PRATIQUE**

Instruction distincte d'une question en litige—Appel d'une ordonnance rendue en application de la règle 107 des Règles de la Cour fédérale (1998), accueillant la requête de l'intimée qui voulait obtenir une ordonnance portant soit renvoi,

## PRATIQUE—Suite

soit instruction d'une question soulevée, en vue de décider de la nature et du montant des dommages-intérêts que devrait verser l'appelante en raison des injonctions provisoire, puis interlocutoire prononcées contre l'intimée—La règle 107 autorise la Cour à ordonner, à tout moment, que les questions en litige soient jugées séparément—Injonction provisoire prononcée le 30 novembre 1993 empêchant l'intimée de vendre des comprimés de diclofénac à libération prolongée—Injonction interlocutoire prononcée le 5 août 1994, mais restreinte aux comprimés de 100 mg—Injonction conditionnelle à ce que l'appelante s'engage par écrit, à la satisfaction de la Cour, à payer à l'intimée les dommages-intérêts auxquels elle pourrait être condamnée lors du procès—Dans une instance parallèle, le registraire des marques de commerce a accueilli la demande de l'appelante visant l'enregistrement d'une marque de commerce en liaison avec les comprimés de «Voltaren SR»—Appel de l'intimée concernant cette décision accueilli le 14 avril 2000 parce que l'appelante n'a pas établi de caractère distinctif—Ordonnance levant l'injonction rendue le 19 décembre 1997—Juge MacKay mentionnant que l'appelante devait poursuivre l'affaire avec diligence raisonnable; en fait, l'appelante a presque reconnu qu'elle considérait les injonctions interlocutoires comme un règlement permanent du différend; retards inhabituels, excessifs constituant une circonstance extraordinaire justifiant l'intervention de la Cour—Dépôt d'un avis de désistement par l'appelante—Onze mois plus tard, l'intimée a déposé une requête pour ordonnance portant renvoi ou instruction d'une question soulevée, en vue de décider de la nature et du montant des dommages découlant de l'ordonnance visée par l'appel—Juge des requêtes concluant que l'appelante n'a pas établi l'existence de circonstances particulières la soustrayant à son obligation d'indemniser l'intimée du préjudice causé par l'application des injonctions—Appelante soutenant que le juge des requêtes a commis une erreur en ne tenant pas compte du retard de l'intimée à déposer sa requête, en concluant que l'intimée a rempli son obligation de produire des éléments de preuve montrant l'existence d'un préjudice, ainsi qu'une erreur de fait et de droit concernant l'existence de circonstances particulières—Appel rejeté—Critère applicable aux examens de l'exercice du pouvoir discrétionnaire consistant à déterminer si le juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes: *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394—Texte de la règle 107 ayant un caractère facultatif—Juge des requêtes ayant accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes—Conclusions de fait amplement étayées par la preuve—Application inattaquable des principes juridiques aux faits—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 107.

NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. C. NOVOPHARM LTD. (A-7-00, 2001 CAF 251, juge Isaac, jugement en date du 28-8-01, 13 p.)

## PRATIQUE—Suite

## ACTES DE PROCÉDURE

*Requête en radiation*

Appel interjeté de la décision du protonotaire adjoint Giles qui, sans fournir de motifs écrits, a refusé la demande présentée par la demanderesse de radier la deuxième phrase du paragraphe 19 de la défense et demande reconventionnelle de la défenderesse, sans autorisation de modification—En novembre 1989, la demanderesse Anchor Brewing de San Francisco a obtenu l'enregistrement au Canada de la marque de commerce «Steam» en liaison avec de la bière—En juin 1999, la défenderesse a obtenu l'enregistrement comme marque de commerce canadienne de la marque «Sleeman Steam Beer» en liaison avec de la bière—Anchor a intenté une action contre Sleeman pour contrefaçon de sa marque de commerce, substitution frauduleuse et diminution de la valeur de l'achalandage—En mai 2001, Sleeman a déposé une défense et demande reconventionnelle en faisant valoir diverses défenses, notamment l'invalidité de la marque de commerce canadienne «Steam» d'Anchor—Le critère reconnu qui oriente le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires du protonotaire a été énoncé par le juge MacGuigan dans l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investment Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.)—L'ordonnance du protonotaire adjoint en l'espèce relevait de son pouvoir discrétionnaire—En ne radiant pas la deuxième phrase du paragraphe 19 de la défense et demande reconventionnelle de la défenderesse, le protonotaire adjoint ne rendait pas une décision ayant une influence déterminante sur l'issue de l'instance—Une ordonnance non motivée du protonotaire ne donne pas lieu d'office à une audience *de novo* dans un appel interjeté auprès d'un juge de la Cour—Il n'est pas justifié d'intervenir *de novo* lorsque l'examen de l'ensemble des circonstances, notamment la nature de l'ordonnance prononcée, la preuve produite devant le protonotaire et le fait que l'exercice du pouvoir discrétionnaire porte essentiellement ou non sur l'appréciation de principes juridiques, établit raisonnablement la manière dont le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire—Le principe que devait appliquer le protonotaire adjoint consistait à déterminer s'il était clair et manifeste que les actes de procédure ne révélaient aucune cause d'action ou étaient frivoles ou redondants—Le protonotaire adjoint n'était pas convaincu que le critère du caractère clair et manifeste avait été rempli—Il n'était pas approprié de réexaminer l'exercice du pouvoir discrétionnaire du protonotaire adjoint *de novo*—L'appelante doit convaincre la Cour que le protonotaire adjoint, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a commis une erreur manifeste ou donné une mauvaise interprétation des faits—La phrase qu'on cherche à faire radier est une simple déclaration de fait et constitue, jointe aux autres phrases du paragraphe 19, une réponse à la prétention de la demanderesse au sujet de la marque de commerce «Steam»—Le protonotaire n'a pas exercé son

**PRATIQUE—Suite**

pouvoir discrétionnaire de manière manifestement erronée—La décision ne comporte aucune incohérence—Appel rejeté.

ANCHOR BREWING CO. C. SLEEMAN BREWING & MALTING CO. (T-1158-99, 2001 CFPI 1066, juge Lemieux, ordonnance en date du 28-9-01, 16 p.)

Appel du rejet par le protonotaire de la requête en radiation de la déclaration modifiée—Étant donné que la question de savoir s'il y avait lieu de radier la déclaration modifiée ou non était déterminante quant à l'issue, l'appel a procédé *de novo*—Le critère applicable en vertu de la règle 221(1)a des Règles de la Cour fédérale (1998) (l'inexistence d'une cause d'action valable) consiste à déterminer s'il est évident et manifeste, au-delà de tout doute, que l'action est vouée à l'échec—Quant aux autres motifs prévus à la règle 221, le critère consiste à déterminer si le motif est si clairement non pertinent, frivole ou abusif qu'il n'a absolument aucune chance de succès—La Couronne soutient que le protonotaire a commis une erreur en concluant qu'il n'était pas évident et manifeste que la réclamation du demandeur était irrecevable en vertu de l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif ainsi que de l'art. 111 de la Loi sur les pensions—Elle soutient aussi que le protonotaire a commis une erreur en concluant que la pension d'invalidité du demandeur ne concernait pas la blessure ou le dommage qui fonde l'action de ce dernier contre la Couronne; que l'action du demandeur en vertu des art. 7 et 15 de la Charte n'était pas irrecevable au vu de ces mêmes dispositions—L'art. 111 de la Loi sur les pensions porte que nulle action ou procédure n'est recevable contre la Couronne relativement à une blessure ou une maladie ayant entraîné l'invalidité dans tous les cas ou une pension est ou peut être accordée en vertu de la Loi—L'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif interdit tout recours contre la Couronne pour toute perte (notamment décès, blessures ou dommages) ouvrant droit au paiement d'une pension—Le demandeur a servi dans l'armée canadienne dans des missions de maintien de la paix en Croatie et en Bosnie, au cours desquelles il a été exposé à des situations traumatisantes—À son retour au Canada, il a souffert de différents symptômes reliés au stress—Il a demandé de l'aide à plusieurs reprises, mais il n'a pas reçu de services de soutien ou de traitements, ni aucune autre forme d'aide—Le demandeur affirme que la réaction de ses supérieurs lorsque sa santé a continué à se détériorer et qu'il a persisté à demander une thérapie constituait de la discrimination fondée sur son ascendance afro-canadienne et sur la nature psychologique de ses blessures—Il a été rétrogradé et toutes ses fonctions antérieures de supervision lui ont été retirées suite à la conclusion qu'il était invalide—Le demandeur fait valoir que cette décision a été prise de mauvaise foi et qu'elle constituait un prétexte pour se débarrasser de lui—Un diagnostic de syndrome de stress post-traumatique (SSPT) a finalement été établi à son

**PRATIQUE—Suite**

égard—Appel rejeté—La Couronne n'a pas atteint le seuil élevé exigé pour démontrer que la réclamation du demandeur est vouée à l'insuccès et qu'elle est sans espoir—1) On peut soutenir que la réclamation du demandeur ne recherche pas une compensation par suite de sa blessure de SSPT ou de la continuation des symptômes associés à cette blessure à son retour au Canada, mais qu'elle se fonde sur d'autres blessures subies qui ont causé des dommages n'ayant rien à voir avec la pension qu'il reçoit et qui trouvent leur source dans la négligence des fonctionnaires de la Couronne qui ne se sont pas préoccupés de sa situation; sur un manquement à l'obligation de fiduciaire et à d'autres obligations légales en ne lui apportant aucune aide; sur une allégation de discrimination fondée sur la race ou sur une déficience mentale liée à la Charte; et sur la mauvaise foi lors de sa libération—2) L'art. 111 de la Loi sur les pensions et l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif exigent qu'il y ait un lien et un fondement de fait entre la pension payée et la blessure ou son aggravation—Un des objectifs de ces dispositions est d'éviter le cumul des indemnités—L'on n'a pas démontré l'existence de ce lien et de ce fondement de fait—3) Le droit n'est pas encore fixé lorsqu'il s'agit de déterminer jusqu'à quel point des lois comme la Loi sur les pensions et la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif peuvent affecter des réclamations fondées sur l'art. 24 de la Charte—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221(1)a—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 111—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 9—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15, 24.

DUPLESSIS C. CANADA (T-294-00, 2001 CFPI 1038, juge Lemieux, ordonnance en date du 21-9-01, 9 p.)

**AFFIDAVITS**

Requête présentée par la défenderesse sous forme d'appel de la décision par laquelle le protonotaire a autorisé la demanderesse à déposer et à signifier l'affidavit supplémentaire de Michael Beyer—La demanderesse cherche à faire radier la marque de commerce «Woodbridge Estate & Design» de la défenderesse—La décision du protonotaire portait sur une requête présentée par la demanderesse en vertu de la règle 84(2) des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue d'obtenir une ordonnance l'autorisant à déposer et à signifier des affidavits supplémentaires—La règle 84(2) prévoit que la partie qui a contre-interrogé l'auteur d'un affidavit déposé dans le cadre d'une requête ou d'une demande ne peut par la suite déposer un affidavit dans le cadre de celle-ci, sauf avec le consentement des autres parties ou l'autorisation de la Cour—La requête est rejete-

**PRATIQUE—Suite**

tée—L'appel repose sur la prémisse erronée suivant laquelle, si des éléments d'information étaient disponibles avant la tenue du contre-interrogatoire, la Cour ne peut exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à permettre à une partie de déposer un affidavit contenant ces éléments après le contre-interrogatoire—La règle oblige le juge ou le protonotaire à examiner et à soupeser les facteurs suivants pour décider s'il y a lieu d'accorder l'autorisation demandée, eu égard aux circonstances de l'affaire: 1) les faits relatés dans le second affidavit sont-ils pertinents au litige? 2) les éléments d'information que l'on se propose de présenter dans le second affidavit étaient-ils disponibles avant le contre-interrogatoire? 3) le dépôt de l'affidavit supplémentaire causera-t-il un préjudice aux autres parties?—La requête est rejetée—La défenderesse n'a pas démontré que le protonotaire n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon impartiale ou qu'il a commis une erreur de droit en concluant qu'il y avait lieu d'accorder l'autorisation demandée—1) Le protonotaire a souligné que la défenderesse ne contestait pas que les éléments de preuve proposés étaient pertinents à la question centrale en jeu dans la procédure de radiation—2) Il a conclu que les renseignements en question étaient à la disposition de la demanderesse avant la tenue du contre-interrogatoire—3) Il a conclu que le tribunal serait en mesure de réparer tout préjudice que pourrait subir la défenderesse au moyen de mesures appropriées en permettant à la défenderesse de procéder à un autre contre-interrogatoire et en adjugeant les dépens appropriés—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 84(2).

ROBERT MONDAVI WINERY C. SPAGNOL'S WINE & BEER MAKING SUPPLIES LTD. (T-1294-99, 2001 CFPI 1005, le juge Nadon, ordonnance en date du 10-9-01, 13 p.)

**GESTION D'INSTANCE**

Requête visant à faire instruire séparément les questions de responsabilité et les questions de quantum de dommages-intérêts dans une action en violation d'un droit d'auteur—La présente requête découle de l'ordonnance du protonotaire selon laquelle certains documents devaient être produits à moins qu'une requête ne soit présentée dans un certain délai en vertu de la règle 107 des Règles de la Cour fédérale; le protonotaire a en fait suspendu l'exécution de l'ordonnance relative à la production de documents en attendant le règlement de la requête—Il a rendu l'ordonnance accordant l'autorisation en sachant que les requêtes antérieures visant à l'obtention de la même réparation avaient été rejetées—La doctrine de la chose jugée ne s'applique pas en l'espèce étant donné que le protonotaire agissait à titre de gestionnaire de l'instance—Étant donné que le gestionnaire de l'instance est chargé de donner toute directive nécessaire pour permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible entre les

**PRATIQUE—Suite**

parties, on peut conclure que, dans ces conditions, le gestionnaire de l'instance agit selon un système autre qu'un système accusatoire—Il est autorisé à agir de son propre chef—La règle 385 permettait au protonotaire d'accorder l'autorisation de présenter une requête qui serait par ailleurs visée par la doctrine de la chose jugée et, ce faisant, de ne pas appliquer la doctrine de la chose jugée telle qu'elle s'appliquerait à cette requête—Toutefois, le pouvoir que possède le gestionnaire de l'instance de réexaminer une question qui a déjà été tranchée ne doit pas être exercé d'une façon arbitraire—Le critère consiste à savoir s'il existe des faits permettant au gestionnaire de l'instance de conclure qu'il serait possible de faciliter la procédure visant à une instruction équitable de l'affaire si une question particulière était réexaminée—L'opinion du gestionnaire de l'instance sur ce point doit faire l'objet d'une retenue considérable—Le fait qu'une requête antérieure visant à l'obtention de la même réparation a été rejetée ne fait pas obstacle à la requête en vue de l'obtention d'une ordonnance fondée sur la règle 107—La demanderesse cherche à faire instruire séparément les questions de quantum et de responsabilité pour le motif qu'il y a lieu de croire que les demandes d'Annabel N.V. seront rejetées—En fin de compte, il s'agit d'utiliser le mieux possible le temps qui a été attribué à l'instruction de l'affaire—Une ordonnance est rendue en vue de confirmer que la requête des demandereses n'est pas visée par l'application de la doctrine de la chose jugée, la requête étant renvoyée au protonotaire pour décision au fond—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 107, 385.

MICROFIBRES, INC. C. ANNABEL CANADA INC. (T-2680-97, 2001 CFPI 1032, juge Pelletier, ordonnance en date du 20-9-01, 11 p.)

**INTERROGATOIRE PRÉALABLE ET  
COMMUNICATION DE DOCUMENTS***Production de documents*

Requête visant à la production de renseignements figurant dans les dossiers de la CCDP destinés à permettre à la demanderesse de préparer son affidavit et son contre-interrogatoire—Question de savoir si les documents demandés par la demanderesse satisfaisaient au critère de la pertinence aux fins de l'octroi de la requête—Les documents demandés par la demanderesse sont-ils pertinents à la demande de contrôle judiciaire?—Pour que la règle 317 s'applique, les documents demandés par le demandeur doivent être pertinents à la demande de contrôle judiciaire et ne doivent pas être en la possession du demandeur—Les documents demandés n'étaient pas en la possession de la demanderesse—La demande de contrôle judiciaire visait à faire examiner la décision du 30 octobre 2000 rejetant la plainte de la demanderesse pour le motif que, compte tenu de la preuve, l'allégation de discrimination n'était pas



## PRATIQUE—Suite

fondée en vertu de l'art. 44(3)b(i) de la Loi canadienne sur les droits de la personne—La Commission s'était fondée sur le rapport de l'enquêteur, qui était l'unique document servant de fondement à sa décision—Les documents demandés étaient pertinents à la demande de contrôle judiciaire parce qu'il n'existait aucune autre façon pour la demanderesse de prouver les motifs allégués à l'appui du contrôle judiciaire—Les documents demandés étaient nécessaires afin de bien plaider l'affaire au fond et de préparer un affidavit et un contre-interrogatoire détaillés—La portée de la demande était beaucoup trop générale pour que la règle 317 s'applique—Une demande de contrôle judiciaire n'est pas le recours qu'il convient d'exercer aux fins du réexamen d'éléments de preuve autres que les éléments précis que la Commission avait à sa disposition lorsqu'elle a rendu sa décision—La demanderesse a demandé une multitude de documents dont la portée et le but sont trop vagues et ambigus; elle cherche à effectuer un examen «à l'aveuglette» dans les dossiers de la Commission—La demande de communication visait à permettre d'effectuer un examen «à l'aveuglette», ce qui n'est pas permis dans une demande de contrôle judiciaire—La Cour considérera peut-être d'une façon plus favorable toute requête que la demanderesse pourra présenter en donnant une liste plus précise et plus détaillée des documents demandés—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 317—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 44 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64; L.C. 1998, ch. 9, art. 24).

BRADLEY-SHARPE C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-806-01, 2001 CFPI 1130, juge Blais, ordonnance en date du 18-10-01, 15 p.)

## ORDONNANCES DE CONFIDENTIALITÉ

Requête visant à l'obtention d'une ordonnance interdisant la communication des dossiers de la Cour sans autorisation de cette dernière—Les audiences tenues par la section du statut sont confidentielles—Lorsque le demandeur a décidé de présenter et de signifier une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire le 2 novembre 2000, l'affaire faisait désormais partie du domaine public—Tous les motifs et arguments invoqués par le défendeur à l'appui de la requête visant à assurer la confidentialité auraient pu être soumis après le 2 novembre 2000—Le défendeur n'a pas présenté d'éléments de preuve pertinents indiquant pourquoi la Cour devrait lui permettre de déposer et de signifier un affidavit supplémentaire dans le cadre de la requête visant à assurer la confidentialité—La requête visant au dépôt et à la signification d'un affidavit supplémentaire est rejetée—Afin d'avoir gain de cause dans une requête visant à assurer la confidentialité, le défendeur doit démontrer pourquoi la Cour devrait déroger au principe voulant que les procédures judiciaires aient lieu en public et que les dossiers de la Cour

## PRATIQUE—Suite

soient accessibles—Le défendeur n'a pas satisfait aux exigences énoncées par la C.S.C. dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835—Il n'existait aucun motif valable permettant à la Cour d'accueillir la requête visant à assurer la confidentialité—La requête visant à assurer la confidentialité est rejetée.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. TIKY (IMM-5693-00, 2001 CFPI 1093, juge Blais, ordonnance en date du 5-10-01, 6 p.)

## SIGNIFICATION

En l'absence d'une défense, l'instance a fait l'objet d'un examen de l'état de l'instance après six mois—Un avis d'examen de l'état de l'instance, délivré au défendeur pour qu'il donne les raisons pour lesquelles il n'y aurait pas lieu d'enregistrer un jugement par défaut, a été renvoyé à titre de courrier non réclamé—Un autre avis a été délivré à la demanderesse pour qu'elle donne les raisons pour lesquelles l'instance ne devrait pas être rejetée pour cause de retard—La demanderesse a répondu en déposant une requête pour obtenir un jugement par défaut—S'il est nécessaire de délivrer un avis d'examen de l'état de l'instance, il faut une explication du retard—Nonobstant l'absence d'une explication pour le retard, la preuve de signification en l'instance est inadéquate—La signification des documents est considérée par plusieurs études d'avocats comme une fonction mécanique, qui est déléguée à des membres du personnel n'ayant pas de formation juridique et qui n'auront souvent comme guide qu'une photocopie de la page pertinente des Règles de la Cour—Même si la preuve de signification est déficiente sur le plan technique, on a toujours l'option de faire valider la signification au motif que le défendeur en a eu connaissance—Certains peuvent désespérer de ce qui semble être une formalité aveugle qui vient dépanner les mauvais payeurs—La signification ne consiste pas seulement à déterminer si le défendeur a d'une certaine façon entendu parler de la réclamation—La signification est constitutive de compétence—C'est le fondement de la compétence de la Cour de délivrer une ordonnance à l'encontre de la personne du défendeur—Dans l'ouvrage *Canadian Conflict of Law* (4<sup>e</sup> éd.) Butterworths, Toronto, 1997, à la p. 202, J. G. Castel déclare que les règles juridiques de signification définissent les limites de la compétence d'une cour; dans toutes les provinces et les territoires de common law, la signification à personne de l'acte de procédure introductif d'instance après sa délivrance est le fondement de la compétence dans les actions *in personam*—Selon Castel, la compétence sur la personne du défendeur est fondée sur l'exigence de la signification à personne et sur son aspect adéquat—L'exigence de la signification et son aspect adéquat doivent être déterminés au vu des Règles—Le respect des règles visant la signification à personne n'est pas une formalité inopportune; c'est le fondement même du droit d'obtenir un jugement contre le défendeur—La règle

**PRATIQUE—Suite**

128(1*b*) des Règles de la Cour fédérale (1998) porte que la signification à personne d'un document à une personne physique s'effectue par remise du document à une personne majeure qui réside au domicile de la personne et par envoi par la poste d'une copie du document à cette dernière à la même adresse—L'affidavit de signification porte que la signification a été effectuée à l'épouse du défendeur, en lui laissant une copie de la déclaration certifiée—On ne peut présumer que M. et M<sup>me</sup> Spelrem vivent ensemble, puisqu'on a procédé à la signification de l'épouse dans le district de Ponoka alors que la copie a été envoyée par la poste à une adresse se trouvant dans la ville de Ponoka (Alberta)—La règle 128 est claire, en ce qu'elle prévoit que la déclaration doit être mise à la poste à la même adresse où le document a été remis à une personne majeure—Comme rien n'autorise à présumer que M. et M<sup>me</sup> Spelrem vivent ensemble, il n'y a aucun fondement pour présumer que la déclaration a été remise à une personne majeure qui réside au domicile du défendeur—La Cour ne peut spéculer qu'en sus de leur ferme, les Spelrem ont aussi une résidence dans une ville proche où ils viennent prendre leur courrier; si c'est le cas, la déclaration a probablement été portée à l'attention de M. Spelrem—Comme on n'a pas respecté les Règles, il n'y a pas de preuve valable de signification—Si la difficulté est liée au fait qu'un manque d'attention a fait décrire le même lieu de deux façons différentes, on aurait pu l'éviter en respectant les Règles et en déposant un affidavit de signification rédigé selon la formule 146A, qui fournit le cadre pour une signification en vertu de la règle 128(1*b*)—Devrait indiquer le moyen de vérification utilisé pour savoir que la personne habitait sous le même toit que le défendeur et la manière de vérifier que les lieux en question sont réellement la résidence du défendeur—En l'absence d'une preuve valable de signification, la requête pour obtenir un jugement par défaut est rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 128(1*b*), Formule 146A.

CANADA C. SPELREM (T-1334-00, 2001 CFPI 1064, juge Pelletier, ordonnance en date du 28-9-01, 6 p.)

**SUSPENSION D'INSTANCE**

Requête en suspension de la demande de contrôle judiciaire jusqu'au moment où l'appel prévu par la loi sera tranché par l'arbitre—L'inspecteur désigné suivant le Code canadien du travail a signé un ordre de paiement—La demanderesse a interjeté appel suivant l'art. 251.11 du Code canadien du travail—La demanderesse a par la suite déposé une demande de contrôle judiciaire de la même décision—Le ministre du Travail a désigné un arbitre suivant l'art. 251.12, lequel arbitre a suspendu l'audition de l'appel prévu par la loi jusqu'à ce que la demande de contrôle judiciaire soit tranchée—Les demandeurs dans la première requête présentée ont prétendu que la procédure d'appel prévue par la loi représente un autre recours approprié—L'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*,

**PRATIQUE—Suite**

[1995] 1 R.C.S. 3, énonce les facteurs à prendre en compte pour décider si un autre recours approprié existe, incluant la commodité de l'autre recours, la nature de l'erreur, la nature de la juridiction (c'est-à-dire sa capacité de mener une enquête, de rendre une décision et d'offrir un redressement)—La Cour suprême du Canada a mentionné que «la célérité et les frais» étaient des facteurs pertinents et que la catégorie des facteurs ne devrait pas être une catégorie fermée—L'audience devant l'arbitre pourrait durer plus d'une semaine; la demanderesse présenterait au moins trois témoins dont deux en provenance de Vancouver; l'audience devant un arbitre est une audience *de novo* et les deux parties soumettraient probablement des éléments de preuve—Dans sa demande de contrôle judiciaire, la demanderesse prétend qu'une partie de la définition de «conducteur urbain de véhicule automobile» dans le Règlement sur la durée du travail des conducteurs de véhicules automobiles est soit nulle pour cause d'imprécision, soit *ultra vires* du délégué du Parlement, c'est-à-dire le gouverneur en conseil, étant donné qu'elle constitue une sous-délégation des pouvoirs législatifs y contenus—Dans l'éventualité où l'une ou l'autre des deux prétentions s'avère exacte, il est concevable que l'arbitre puisse tenir une longue audience en utilisant la mauvaise définition et que l'audience doive être entendue au complet de nouveau—On ne peut pas associer la célérité à cette manière de procéder—Un contrôle judiciaire serait moins coûteux et serait fait avec plus de célérité—L'appel à l'arbitre n'est pas un autre recours approprié—En outre, il n'était pas de l'intention du parlement de faire de la procédure d'appel prévue à l'art. 251 un recours exclusif pour la contestation d'un ordre de paiement émis suivant l'art. 251.1—Ce n'est pas ce que le Parlement a prévu dans la loi—Tel que déclaré dans l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, en s'abstenant de mettre clairement en évidence l'exclusivité du recours prévu par la loi, le Parlement laisse au judiciaire la faculté de définir son rôle par rapport à ce recours—Il ne devrait pas y avoir de décisions contradictoires étant donné que l'arbitre lors de l'audition de l'appel appliquera la conclusion de la Cour quant à ce que la définition de «conducteur urbain de véhicule automobile» inclut—La requête sollicitant la suspension du contrôle judiciaire est rejetée—Règlement sur la durée du travail des conducteurs de véhicules automobiles, C.R.C., ch. 990, art. 2, «conducteur urbain de véhicule automobile»—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 251.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 42, art. 37), 251.11 (édicte, *idem*), 251.12 (édicte, *idem*).

ACTON TRANSPORT LTÉE C. STEEVES (T-671-01, 2001 CFPI 984, juge O'Keefe, ordonnance en date du 31-8-01, 14 p.)

Les défendeurs demandent une suspension d'instance au motif que la demande est actuellement en instance devant une autre cour—Le 9 mai 2000, le demandeur a intenté une

**PRATIQUE—Suite**

procédure devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, réclamant, conformément à un contrat de licence, des redevances impayées—Le 17 mai 2001, il a engagé la présente instance réclamant les redevances impayées, des dommages-intérêts, une déclaration portant que le contrat de licence est nul en raison du défaut de paiement ainsi qu'une injonction enjoignant aux défendeurs de s'abstenir de continuer à fabriquer ou à vendre de la clôture de corde tressée électrique—L'art. 50(1a) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal—La jurisprudence a établi plusieurs critères utiles pour décider de l'opportunité d'accorder une telle suspension—Ces critères sont résumés et réunis de la manière suivante: 1) La poursuite de l'action causerait-elle un préjudice ou une injustice (non seulement des inconvénients et des frais additionnels) au défendeur? 2) La suspension créerait-elle une injustice envers le demandeur? 3) Il incombe à la partie qui demande la suspension d'établir que ces deux conditions sont réunies; 4) L'octroi ou le refus de la suspension relèvent de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge; 5) Le pouvoir d'accorder une suspension peut seulement être exercé avec modération et dans les cas les plus évidents; 6) Les faits allégués, les questions de droit soulevées et la réparation demandée sont-ils les mêmes dans les deux actions? 7) Quelles sont les possibilités que les deux tribunaux tirent des conclusions contradictoires? 8) À moins qu'il y ait un risque que deux tribunaux différents rendent prochainement une décision sur la même question, la Cour devrait répugner fortement à limiter le droit d'accès d'une partie en litige à un autre tribunal; 9) La priorité ne doit pas nécessairement être accordée à la première instance par rapport à la deuxième ou *vice versa*—Demande rejetée—La poursuite de la présente action ne causerait pas de préjudice aux défendeurs—Elle peut entraîner des frais supplémentaires et d'autres inconvénients auxquels il est possible de remédier au moyen des dépens—Il ne s'agit pas d'un cas évident en faveur d'une suspension—Il y a deux différences flagrantes entre l'instance engagée en Nouvelle-Écosse et celle engagée devant la Cour fédérale: trois défendeurs ont été ajoutés dans l'affaire fédérale et le demandeur demande maintenant une injonction applicable à l'échelle nationale dans son action devant la Cour fédérale—Même si les faits et certaines questions de droit peuvent être semblables dans les deux actions, la réparation sollicitée est différente—Il n'y a pas de risques que les deux tribunaux rendent prochainement leur décision—Il serait prématuré de limiter le droit du demandeur d'avoir accès à la Cour fédérale—On doit supposer qu'il est maintenant plus intéressé à solliciter une injonction nationale et qu'il agira en conséquence—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

WHITE C. E.B.F. MANUFACTURING LTD. (T-836-01, 2001 CFPI 713, juge Dubé, ordonnance en date du 27-6-01, 7 p.)

**PRATIQUE—Fin**

Les demandereses demandent un sursis provisoire à l'exécution d'une décision et d'une recommandation du Tribunal canadien du commerce extérieur jusqu'à ce que la Cour fédérale se prononce dans les deux demandes de contrôle judiciaire relatives à ladite décision—Le TCCE a recommandé dans sa décision que la Société canadienne des postes ne procède pas au renouvellement des conventions de services proposés avec les deux demandereses à l'égard des services de gestion de quelque 1 100 propriétés lui appartenant, mais plutôt qu'elle déclenche et mène à terme, dans un délai de six mois, une nouvelle invitation à soumissionner à l'égard de ces services conformément aux dispositions de l'ALÉNA—La décision du TCCE est fondée sur l'omission de la SCP de donner le préavis de six mois exigé à l'égard de son intention de renouveler les conventions de services pour une autre période de cinq ans—Les demandereses soutiennent que le délai d'avis a été prorogé en raison des discussions qui avaient été amorcées ainsi que du renouvellement provisoire de la convention jusqu'au nouvel approvisionnement proposé qui a plus tard été abandonné—Application des critères énoncés dans l'arrêt *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, soit l'existence d'une question sérieuse à trancher et d'un préjudice irréparable ainsi que la prépondérance des inconvénients—Demande accueillie, pourvu que les dossiers soient déposés rapidement—Il y a suffisamment de raisons valables de dire que le critère de base servant à décider s'il existe une question sérieuse à trancher a été établi—La preuve présentée au sujet du préjudice irréparable permet de dire que le deuxième critère a été établi: le marché en question représente un des principaux contrats des demandereses et a une importance vitale pour leur entreprise; bon nombre de leurs employés compétents pourraient quitter l'entreprise et ne plus revenir—La prépondérance des inconvénients favorise nettement les demandereses: les liens qu'elles entretiennent avec la SCP, qui est l'un de leurs principaux clients, sont menacés par le nouvel approvisionnement et la rupture temporaire de ces liens entraînerait une désorganisation de l'entreprise, des frais au titre d'activités de démarrage et de fermeture inutiles ainsi que des pertes d'emploi—Pour sa part, FM One doit simplement attendre la décision de la Cour et risque également de perdre d'éventuels profits—Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, [1994] R.T.C. n° 2.

PROFAC FACILITIES MANAGEMENT SERVICES INC. C. FM ONE ALLIANCE CORP. (A-436-01, 2001 CAF 303, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 12-10-01, 8 p.)

**TRANSPORTS**

Appel d'un arbitrage tenu par l'Office des transports du Canada en vertu de la Loi sur les transports au Canada—Questions en litige consistant à savoir si l'arbitrage relatif au

**TRANSPORTS—Suite**

transport ferroviaire de marchandises est restreint aux seuls mouvements par rail lorsque l'ensemble des mouvements comporte d'autres modes de transport; si la dernière offre faite par l'expéditeur en l'espèce constituait un engagement, par l'expéditeur, d'expédier les marchandises visées par l'arbitrage conformément à l'art. 161(2)c) de la Loi—Appel rejeté—Mouvements par conteneur allant de Toronto ou Montréal à St-John's ou Cornerbrook, par voie routière, maritime ou ferroviaire—Négociations entre l'appelante et l'expéditeur toujours fondées sur un acheminement direct porte à porte, en fonction duquel l'appelante fixait ses prix—Dans la mesure nécessaire, l'appelante concluait des contrats de sous-traitance avec des transporteurs maritimes ou routiers pour les portions de l'acheminement direct ne pouvant être effectuées par rail—Si le législateur avait voulu restreindre l'arbitrage à la portion ferroviaire d'un mouve-

**TRANSPORTS—Fin**

ment comprenant d'autres modes de transport, il lui aurait été facile de libeller la disposition applicable en ce sens—Emploi de termes généraux dans la Loi impliquant que, dans la mesure où le transport ferroviaire de marchandises fait partie d'un mouvement, on peut recourir à l'arbitrage pour l'ensemble du mouvement—L'art. 159(1)b) ne limitant nullement l'accès à l'arbitrage à la seule portion effectuée par rail de l'acheminement direct—Il serait incongru que la dernière offre et l'offre la plus récente visant un acheminement direct soient renvoyées pour arbitrage, puis que l'arbitre soit tenu de n'examiner que la portion du mouvement effectuée par rail—Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 159(1)b), 161(2)c).

CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. MOFFATT (A-385-98, 2001 CAF 281, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 24-9-01, 6 p.)

*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacre-Coeur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Coeur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9